



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA

## Anatocismo: efectos jurídicos del dinero como bien productivo

Cristopher Díaz Silva

**ADVERTIMENT.** La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) i a través del Dipòsit Digital de la UB ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

**ADVERTENCIA.** La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) y a través del Repositorio Digital de la UB ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

**WARNING.** On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) service and by the UB Digital Repository ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA

---

Facultat de Dret

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política  
Línea de investigación: Derecho Privado

## **Anatocismo: efectos jurídicos del dinero como bien productivo**

Director y tutor: Prof. Dr. Carlos Villagrasa Alcaide

Cristopher Jonathan Díaz Silva

Barcelona, 2022



## **Nota de agradecimiento**

El camino recorrido para llegar a este momento ha significado esfuerzos que solitariamente hubiera sido imposible acometer, de manera que es mi deber agradecer a aquellas personas que me ayudaron a sentirme menos solo y confiaron en la posibilidad de emprender un trabajo de estas características.

En primer lugar, a mi maestro catalán, el Doctor Carlos Villagrasa Alcaide, que desde el primer momento confió en mis capacidades para desarrollar una investigación caracterizada por una ambición de exploración sin miramientos y que con su sensatez y sentido común fue capaz de permitir que esto acabara.

En segundo lugar, a mi compañera Carolina, que no solo creyó en mí, sino que es la causante de que me atreviera a mirar más allá de las fronteras de mi país y que con su amor ha sanado los males provocados por este proceso.

Y, por último, a todos y cada uno de los chilenos anónimos que gracias a sus impuestos han hecho posible el sueño de un abogado que quiere ser académico y desde allí contribuir a la construcción de un mejor país.

Esta investigación ha sido financiada por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo (ANID), Subdirección de Capital Humano, DOCTORADO BECAS CHILE/2015 – 72160266.

## **Resumen**

Los intereses responden al principio económico de productividad del dinero y se presentan como una figura propia de los contratos de financiación, cuya justificación descansa en el sacrificio económico que sufre el dueño del capital prestado y que se tradujo en el reconocimiento de los intereses como frutos civiles del capital, cuya percepción se garantiza a través de la configuración de la relación obligatoria.

En este trabajo, se argumenta la ausencia de dicha justificación en la relación contractual entre las entidades financieras, principalmente representadas por los bancos, y los consumidores financieros, falta de justificación que basamos en el funcionamiento del sistema financiero actual, en el que el contrato que alberga el crédito y el dinero, han dejado de tener la naturaleza que permitió afirmar la fundamentación económica y jurídica que amparó la legislación que reconoció los intereses como una prestación lícita.

Esta argumentación se sustenta en un método dogmático y comparado, a través del que se irá comprobando la vigencia del principio de productividad, su operatividad y la adecuación de este principio con el estado actual de evolución del dinero y, de esta manera, negar las razones principales que mantienen vigente el anatocismo.

## Resum

Els interessos responen al principi econòmic de productivitat dels diners i es presenten com una figura pròpia dels contractes de finançament, la justificació dels quals descansa en el sacrifici econòmic que pateix el propietari del capital prestat i que es va traduir en el reconeixement dels interessos com a fruits civils del capital, la percepció del qual es garanteix a través de la configuració de la relació obligatòria.

En aquesta investigació, s'argumenta l'absència de la justificació esmentada en la relació contractual entre les entitats financeres, principalment representades pels bancs, i els consumidors financers, manca de justificació que basem en el funcionament del sistema financer actual, en què el contracte que alberga el crèdit i els diners, han deixat de tenir la naturalesa que va permetre afirmar la fonamentació econòmica i jurídica que va emparar la legislació que va reconèixer els interessos com una prestació lícita.

Aquesta argumentació se sustenta en un mètode dogmàtic i comparat, mitjançant el qual s'anirà comprovant la vigència del principi de productivitat, la seva operativitat i l'adequació d'aquest principi amb l'estat actual d'evolució dels diners i, així, negar-ne les raons principals que mantenen l'anatocisme vigent.

## **Abstract**

The interests respond to the economic principle of money productivity and are presented as a figure inherent to mutuum or simple loan, whose justification rests on the economic sacrifice suffered by the owner of the borrowed capital and which was translated into the recognition of interests as civil fruits. of capital, the perception of which is guaranteed through the configuration of the mandatory relationship.

In this research, the absence of such justification is argued in the contractual relationship between financial entities, mainly represented by banks, and financial consumers, a lack of justification that we base on the operation of the current financial system, in which the contract that it houses credit and money, they have ceased to have the nature that allowed to affirm the economic and legal foundation that protected the legislation that recognized the interests as a legal benefit.

This argument is based on a dogmatic and comparative method, through which the validity of the principle of productivity, its operability, and the adequacy of this principle with the current state of evolution of money will be verified and, in this way, denying the main reasons that keep anatocism in force.





## SUMARIO

Introducción .....	12
Desarrollo de la hipótesis .....	15
1. El dinero y su alcance .....	21
1.1. Evolución del dinero.....	50
1.1.1. Los medios de cambio y el dinero .....	51
1.1.2. El metalismo .....	53
1.1.3. Chartalismo o cartalismo.....	55
1.1.4. El patrón oro .....	57
1.1.5. El dinero fiduciario y el dinero fiat.....	59
1.1.6. Dinero electrónico y digital.....	62
1.2. Una aproximación al dinero desde sus funciones .....	65
1.2.1 Las funciones del dinero .....	69
1.2.2 El dinero como medio de cambio .....	75
1.2.3 El dinero como unidad de cuenta.....	75
1.2.4 El dinero como medida ideal de valor .....	78
1.2.5 El dinero como reserva o depósito de valor.....	83
1.2.6 La desmaterialización del dinero .....	86
1.2.7 Hacia un concepto del dinero actual .....	90
1.3. La expansión crediticia y el sistema financiero actual .....	96
1.3.1 El Banco Central y la política monetaria .....	100
1.3.2 El sistema de reserva fraccionaria o la ley del encaje en las normativas bancarias.....	106
1.3.4 La creación del dinero a través del otorgamiento de préstamos y la creación de las cuentas de depósitos .....	109
1.4. El concepto jurídico del dinero. Un intento de definición.....	112
1.5 Las características del dinero como bien jurídico .....	121
1.6 Las manifestaciones formales del dinero.....	125

1.7	Sistema de pago de las obligaciones pecuniarias .....	134
1.8	Deudas u obligaciones dinerarias, pecuniarias o de dinero .....	142
1.9	El incumplimiento de las obligaciones pecuniarias.....	165
1.10	El dinero y los medios de pago .....	167
2.	El dinero y la relación de crédito. ....	173
2.1	La causa de los contratos de financiación. ....	175
2.2	La relación de crédito.....	178
2.3	El crowdfunding o financiación participativa .....	190
2.3.1	Las partes de la financiación participativa .....	193
2.3.2	Naturaleza jurídica .....	196
2.4	El consumidor o usuario financiero .....	198
2.5	Obligaciones referidas al capital.....	201
2.6	La deuda de intereses y su fundamentación.....	203
2.6.1	Naturaleza jurídica de los intereses .....	228
2.6.2	Características de los intereses .....	241
2.6.3	Sobre el concepto de interés.....	254
2.6.5	Los intereses desde un punto de vista técnico.....	262
2.6.6	Categorías de intereses reconocidos en el ámbito jurídico.....	264
2.6.7	Intereses a tipo fijo y variable .....	267
2.6.8	Los factores que determinan el precio del crédito .....	272
2.6.9	Las cláusulas de estabilización y su función en la determinación del precio por el uso del dinero .....	274
2.6.10	Intereses moratorios y daños a las entidades de crédito .....	276
2.6.11	Intereses moratorios y cláusula penal.....	279
2.6.12	Inicio del devengo de los intereses moratorios.....	281
2.6.13	Intereses anatocísticos o interés compuesto.....	284

2.6.14	Extinción de los intereses .....	285
2.6.15	Interpretación de los artículos 1110 y 1173 del Código Civil español 286	
2.6.16	Respecto del pago anticipado .....	296
2.6.17	La prescripción de la deuda de intereses .....	301
2.7	Los deberes secundarios del prestamista en los contratos de financiación y las comisiones bancarias .....	305
2.8	La usura.....	316
2.8.1	Libertad contractual, usura y protección de los consumidores y usuarios .....	319
2.8.2	Sobre la concurrencia normativa en la protección contra la usura o los intereses desproporcionados.....	323
2.8.3	La denominada Ley Azcárate o de Represión de la Usura.....	330
2.8.4	Efecto del carácter usurario de un préstamo o de la abusividad de una cláusula .....	337
2.9	El daño o los daños sufridos por las entidades financieras a causa del incumplimiento de las obligaciones pecuniarias derivadas de los contratos de financiación .....	341
3.	Intereses que generan interés. El anatocismo.....	347
3.1	La regulación del anatocismo en España .....	353
3.2	El anatocismo en el Derecho chileno .....	356
3.3	Naturaleza de los intereses anatocísticos y basales .....	358
3.4	Anatocismo legal y convencional en el Derecho español .....	360
3.5	Las fórmulas del anatocismo .....	361
3.4	Usura y anatocismo abusivo.....	368
3.5	Derecho de consumo y anatocismo .....	369
3.6	Anatocismo y sobreendeudamiento .....	371
3.7	El anatocismo en el Draft Common Frame of Reference.....	373

Conclusiones .....	376
Jurisprudencia citada .....	388
Bibliografía .....	389

## **Introducción**

Nuestro objetivo general a través de la presente investigación consiste en determinar la vigencia del principio económico de productividad del dinero en los contratos de financiación, bajo la fundamentación jurídica de la ganancia que no se ha obtenido por parte del acreedor financiero o prestamista y que se traduce en el pago de intereses, tanto retributivos como moratorios y, en consecuencia, la fundamentación jurídica del anatocismo.

Bajo este objetivo descansa nuestra hipótesis de que los intereses, especialmente los intereses moratorios, cualidad que presentan los intereses anatocísticos, carecen de una justificación en la relación contractual entre las entidades financieras, principalmente representadas por los bancos, y los consumidores financieros, afirmación basada en el funcionamiento del sistema financiero actual, en el que el contrato que alberga el crédito y el dinero que dejan de tener la naturaleza que permitió afirmar la fundamentación económica y jurídica que sustenta la legislación que regula los intereses.

Es así como, en esta tarea haremos uso del método dogmático, en virtud del que indagaremos en los conceptos económico y jurídicos referidos al dinero, los intereses, el anatocismo, la obligación y los frutos civiles como garantes del principio de productividad del dinero, los contratos de financiación establecidos por las legislaciones, especialmente la española, y su interpretación por parte de la doctrina y la jurisprudencia.

De manera complementaria, tanto para verificar los conceptos bases de nuestra investigación, acudiremos el método comparado, revisando algunos aspectos de la legislación de los países del entorno europeo, algún país de América y los parámetros que se han ido desarrollando desde las entidades de la comunidad europea, especialmente lo que se establezca en el *Draft Common Frame of Reference*.

Cabe advertir que, con un ánimo de fluidez en el discurso, se utilizan términos propios y diferenciados del Derecho civil chileno, fácilmente comprensibles en cuanto a los conceptos equivalentes del Derecho civil español.

De esta manera, para conseguir nuestro objetivo, con base en la metodología aplicada, en el primer capítulo se recoge una exposición de las distintas teorías relativas al surgimiento del dinero como medio de intercambio indirecto que permitieron a la humanidad pasar de una economía de cambio simple o trueque a una economía que supera la idea de la doble coincidencia entre las necesidades y los bienes para el cambio directo. Tras exponer las principales causas teóricas del origen del dinero se expone la evolución que ha presentado hasta llegar a la concepción actual del dinero y su posible paso evolutivo. Seguidamente a su evolución, analizamos las distintas funciones que ha desempeñado y desempeña el dinero, para destacar aquellas que permiten que sea el bien jurídico de mayor relevancia para la economía, particularmente por su función de medio de cambio. A continuación, a partir de la aproximación al dinero en su calidad de unidad fundamental del sistema financiero, se detallan los distintos sujetos intervinientes en el sistema, la manera como intervienen en la formación de la base monetaria, el cambio que se produce con la concepción del dinero como un bien que requiere de sanción normativa y la idea de que las entidades financieras desarrollan su actividad en virtud del crédito, lo que cambió la configuración del dinero que se había tenido en cuenta en el momento de acoger definitivamente el carácter productivo del dinero. Seguidamente, llevamos a cabo un análisis de la recepción jurídica del dinero, es decir, de la teoría monetaria, en la que exponemos las características principales que muestra el dinero como bien, que ha requerido de esfuerzos importantes para incorporar en el sistema jurídico un bien que por sí tiene un fuerte contenido social y económico, con una doble proyección, tanto material, como inmaterial, y que por sus funciones impide la aplicación de los conceptos clásicos de la doctrina civil. A continuación, llevamos a cabo el análisis de las deudas pecuniarias, que tratamos bajo los conceptos desarrollados anteriormente, particularmente referidos a las distinciones pretendidas de esta magna categoría, para terminar el primer capítulo con los efectos del incumplimiento de

las deudas pecuniarias y reconocer la diferencia entre el dinero con los medios de pagos.

En el capítulo segundo se lleva a cabo el análisis de la relación obligatoria que permite la existencia de los intereses, dentro de la relación de crédito. En este análisis perfilamos el fin económico social que tienen los contratos de financiación, así como los distintos elementos de la relación contractual, pasando por los tipos contractuales que le han dado y le dan vida al crédito. Caracterizamos la relación contractual original del contrato de financiación, el mutuo, e identificamos las distintas obligaciones que constituyen la relación contractual a la que dan lugar los contratos de financiación, con especial énfasis en el desarrollo de la deuda de intereses, su fundamentación económica y jurídica, su naturaleza jurídica, sus características y operatividad en la relación de crédito. Junto con el análisis de la deuda de intereses vemos los intentos por limitar el pacto desproporcionado de intereses, tanto con el análisis de la usura y su control, como con la abusividad de los intereses pactados. De manera concordante con la fundamentación de los intereses, se hace referencia a los daños que cubriría el interés moratorio en los contratos de financiación con las entidades de crédito.

Por último, esta tesis afronta la institución del anatocismo, en cuanto a su conceptualización, la definición de su operatividad, sus categorías y su regulación en distintas legislaciones, reconduciendo el análisis de los intereses anatocísticos con los intereses moratorios para formular, en conclusión, la ausencia de justificación del modelo de producción de intereses del dinero, cuando este está representado por el dinero prestado por las entidades financieras o bancos.

## **Desarrollo de la hipótesis**

El anatocismo es una figura jurídica que se ha asimilado a una hipótesis de interés, como ha sido el interés compuesto, y que ha planteado problemas de orden práctico al momento de definir si la idea de la capitalización de los intereses es asimilable al anatocismo<sup>1</sup>, en circunstancias que este no debiera ser aplicado al capital o principal adeudado, ya que, por definición el interés del interés es lo que se ha entendido históricamente como anatocismo.

Sin embargo, nuestro propósito principal no es principalmente el de discernir respecto de la forma en que definitivamente se aplicarían los intereses anatocísticos, a lo que igualmente dedicaremos atención, sino más bien indagar en la justificación de estos intereses.

Es así como el razonamiento en torno a la falta de justificación del anatocismo se sustenta en los principios y en las reglas que regulan la indemnización de daños y perjuicios, dígase, en la necesidad de un incumplimiento, como ocurre en el caso de la constitución en mora del deudor, la existencia de un daño y la necesaria relación causal entre el incumplimiento y el daño que se reclama.

Lo planteamos en esos términos debido a que al anatocismo, más bien a los intereses anatocísticos, se les asigna la naturaleza de intereses moratorios, es decir, vienen a constituir una indemnización de daños y perjuicios, integrada tanto por el daño emergente como por el lucro cesante, como sobre los tipos de daños patrimoniales y que dan fundamento a la procedencia de los intereses moratorios, como justificación jurídica histórica y mantenida en el tiempo.

Así, la lógica propia de una indemnización de daños y perjuicios es la existencia de tales daños, ante todo, que estos sean ciertos y no simplemente una

---

<sup>1</sup> Villagrasa Alcaide, Carlos (1998). *La Deuda de intereses* (recurso electrónico). *Universitat de Barcelona. Departament de Dret Civil*. ISBN: 9788469289637. Disponible en:

<https://www.tdx.cat/handle/10803/1391> (última consulta: 12 de diciembre 2021), págs. 180-182. El autor deja planteada la necesidad de diferenciar entre el anatocismo y el interés compuesto, al que lo excluye del análisis por tratarse de un tema propio de las matemáticas financieras.



afirmación de hecho sin sustento en la realidad. Estos daños, en el caso de las obligaciones pecuniarias, se presumen en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, de manera que entrar a discutir en un juicio sobre la inexistencia de los daños causados por el incumplimiento, habría que definirlo como una tarea dantesca, considerando además que el esfuerzo, seguramente, no se vea reflejado en un resultado muy atractivo.

Sin embargo, bajo la idea de la solicitud de mayores daños de los que la ley concede al acreedor bajo el carácter de intereses legales, que son de carácter moratorio, se plantea la posibilidad inversa, es decir, sí se podría probar la existencia de daños superiores, lo que permite pensar en la posibilidad de que se podrían probar daños menores e incluso su inexistencia.

Es posible concebir que, como consecuencia del incumplimiento de una obligación de carácter pecuniaria, no se produzcan daños o, a lo menos, que los daños ocasionados sean de una entidad menor a la presumida por la ley. Aquí descansa el meollo de nuestro análisis, pues, al poner en duda la justificación de los intereses moratorios, y en consecuencia los anatocísticos, justamente estamos afirmando que los daños reclamados no tienen justificación, que no pasan el tamiz de los requisitos del daño, que con tanto empeño se han construido por la doctrina, para que sean susceptibles de indemnización, al punto incluso de sostener el carácter irreal de los mismos.

Ese carácter irreal lo basamos en la forma en que operan las entidades de crédito para los efectos de contar con numerario, con las específicas manifestaciones formales del dinero.

Si pensamos que los principales acreedores de obligaciones pecuniarias, las entidades de crédito, son meros intermediarios entre el ahorro de sus clientes y los prestatarios, caeríamos en un error de realidad histórica, pues este carácter de intermediación se superó rápidamente en la historia bancaria, desde el momento en el que los bancos generaron títulos representativos de dinero (dinero bancario) y estos fueron generalmente aceptados con la venia del Estado, aunque no fueran una representación real de lo que tenían en sus

bóvedas fortificadas, bajo el supuesto de que ofrecían seguridad de las unidades monetarias, cuestión indiscutible.

Esa es la forma en que vienen operando las instituciones bancarias desde hace siglos, bajo el manto de la fe pública, de la confianza que los ciudadanos depositan en sus funciones, con el apoyo del Estado, que, con su máximo poder, establece cuáles son los medios de pagos de impuestos y de todo tipo de obligaciones que se generen en su territorio y, por qué no decirlo, con base en el siempre temido razonamiento matemático (incluso del más elemental), del cálculo económico y la contabilidad, que hace que se prefiera ignorar los temas de carácter financiero y dejar a los especialistas que lleven los negocios de los números y simplemente preocuparse de que se pueda acceder a las cantidades dadas en depósito para su guarda y custodia.

Así, este carácter irreal de los daños está sustentado en que el lucro cesante del que se habla, es decir, el no poder celebrar un nuevo negocio, el no poder prestar nuevamente el dinero que se le ha prestado al incumplidor, es a lo menos parcialmente falso, pues a través de la figura del dinero operante al día de hoy, el dinero escritural (*scriptural money*), el dinero contable, el dinero que existe solo como datos en el sistema informático, puede generarse y se hace a través de la expansión crediticia, a pesar del incumplimiento del deudor, por lo que no se trata que, como consecuencia del incumplimiento, la entidad de crédito no pueda seguir con su actividad y generar otro préstamo.

Los bancos crean dinero a través de cada préstamo, de manera que el gran argumento a favor de la procedencia de daños como consecuencia del incumplimiento del contrato de préstamo, el incumplimiento de una obligación pecuniaria perdería su sustento tradicional, pues ese lucro cesante no existiría como daño indemnizable, como una frustración de una ganancia, sino que, todo lo contrario, la entidad de crédito sigue prestando más dinero, creándolo, pues tiene el monopolio de su creación -hay que hacer presente que se supone que todos pueden crear dinero en la medida que sea aceptado, en el sentido de que todos podrían generar ganancias-.

Esta posición, si la queremos llevar a sus consecuencias lógicas, nos haría llegar incluso a determinar que cualquier interés que pretenda cubrir el lucro cesante no tendría justificación.

Por otra parte, el hecho de que se pague una tasa de interés a consecuencia de la financiación, la facilitación de la adquisición de bienes y servicios debido a la carencia de dinero, sí se justifica, pero en el sentido de que hay un uso por el que se debe pagar. Este es el verdadero fundamento de los intereses, que hay un servicio por el que se paga, respondiendo al principio de la mutualidad. El precio que debo pagar por lo que me han prestado está sustentado en el uso que se me permite como prestatario de una cantidad que antes no tenía y que impulsaría el desarrollo de actividades que forman parte de la economía real, la que produce riqueza de forma efectiva, satisfaciendo necesidades.

Así, el dinero y el tiempo son conceptos fundamentales en el desarrollo de nuestra investigación, pues la combinación de ambos elementos le da la dinámica a los contratos de financiación. Si bien se debe tener presente que no se pretende aquí llegar a un conocimiento, sistematización, y comprensión exhaustiva de estos dos fenómenos (uno social y otro físico) cruciales en nuestra existencia, se tendrán en cuenta los aspectos de estos dos fenómenos que se vinculan al anatocismo y que enriquecen el análisis de una institución que históricamente ha sido puesta en duda con base en sus problemas de carácter ético y especialmente con las ideas de justicia conmutativa<sup>2</sup> que funda el principio de la equivalencia de las prestaciones, que deben imperar en las instituciones jurídicas privadas, pues, como tal, el anatocismo constituye una creación de lo jurídico, es decir, la aplicación de efectos sancionadores a la

---

<sup>2</sup> Serrano, E. (2005). La teoría aristotélica de la justicia. (Insomnia, Ed.) México. Este tipo de justicia ya expresada en las obras de Aristóteles, en la que se distingue la justicia conmutativa propiamente tal y la justicia conmutativa de carácter correctiva. Ambas categorías se presentan como las ideas de virtud referentes para el desarrollo de esta investigación. Ahora, debemos aclarar que la autora identifica la justicia conmutativa propiamente tal en el ámbito del intercambio, mientras que la justicia conmutativa correctiva la asimila a los ilícitos penales. Sin embargo, para nosotros la idea de justicia correctiva es perfectamente aplicable a la situación del incumplimiento y los daños que este provoque. Asimismo, responde a la idea de justicia conmutativa correctiva los métodos de control de desproporcionalidad entre las prestaciones de las partes, que debido al no respeto de la justicia conmutativa propiamente tal, requerirá el restablecimiento de la equivalencia a través de la justicia correctiva.

reprochable conducta del deudor al incumplir una deuda de dinero y la ficción legal, normalmente reconocida a través de una presunción, del carácter productivo del dinero, visado por el acuerdo de los contratantes bajo la asimetría de la información y del poder de negociación presentes en los contratos de adhesión o predispuestos, modalidad contractual predominante en los contratos de financiación, y que no representan un consentimiento pleno y bajo el cual no se pueden permitir acuerdos que claramente implican un abuso de la posición de poder que ocupan las entidades de crédito<sup>3</sup>.

Con estos propósitos nos empeñaremos en el primer capítulo a exponer los principales aspectos de la teoría jurídica y económica del dinero, desarrollando un breve análisis histórico de las teorías que han ido convergiendo hasta hoy, con intentos de innovación, tanto en lo que se refiere a la moneda, como a los tipos de financiamiento, para llegar al funcionamiento de los sistemas financieros actuales, en los que el Banco Central es el protagonista principal, juntos con las entidades de crédito, y realzar el aspecto jurídico de este fenómeno social que ha permitido correr los límites de lo posible, junto a la dicha y desgracia de los seres humanos involucrados en la evolución del dinero.

Asimismo, nos esforzaremos en analizar el principio del carácter productivo del dinero que se representa categóricamente a través de la figura de los intereses, pero que, con la evolución a la baja de las tasas, ha venido a pasar a un plano secundario frente a otros aspectos de la relación de crédito que llegan a constituir un pago de los servicios prestados por las entidades de crédito y que se

---

<sup>3</sup> Esta afirmación debe ser enriquecida, pues definir el anatocismo como una simple aplicación de una sanción lo acerca a la cláusula penal en una de sus categorías y hay que precisar que lo que justifica la aplicación de intereses sobre intereses son las mismas justificaciones sustentadas en el carácter productivo del dinero que ha sido objeto de una relación contractual y que se sustentan en los títulos de daño emergente, lucro cesante y riesgo de no pago.

Además, cabe hacer presente la idea del contrato de adhesión en base el ejercicio de la libertad contractual en la sentencia del Tribunal Supremo 566/2019, de 25 de octubre, a propósito de un recurso de casación en que se conoce acerca de la validez de la comisión por reclamación de posiciones deudoras precisa: "Respecto del artículo 1255 del Código Civil, el carácter de condición general de la contratación de la cláusula controvertida excluye su aplicación, puesto que la autonomía de la voluntad del cliente se reduce a la decisión de contratar o no, pero carece de capacidad para excluir negociadamente una cláusula predispuesta e impuesta".

concretan en una diversidad de comisiones, que requieren de la dilucidación de su justificación.

## **1. El dinero y su alcance**

En este primer capítulo buscamos determinar qué se entiende por dinero desde el punto de vista económico y jurídico, acudiendo a los postulados sobre su origen, evolución y la realidad que presenta en la economía actual, para luego categorizar el dinero. En seguida trataremos de sistematizar las obligaciones que tienen por objeto el dinero, particularmente en razón de los postulados relativos a la teoría del valor real y desarrollar las categorías de deudas pecuniarias que se vinculan con el principio de productividad del dinero.

De esta manera es que el dinero se nos presenta de una manera tan cotidiana que seguramente no tendremos problema en reconocer lo que es dinero de lo que no, pues si expongo mi cartera se podrá distinguir entre los billetes, tarjetas y el documento de identidad, señalando que los primeros dos mencionados corresponden a dinero (si hay fondos, claro) y lo demás a otras cosas. Sin embargo, esta supuesta simplicidad es falsa, pues si planteamos que el dinero no es más que un asiento contable, integrado en un sistema de cuentas en las que participan los distintos sujetos que intervienen en el mercado, teniendo como protagonistas a los bancos comerciales o entidades de crédito, a los bancos centrales, los Estados, las empresas y las personas físicas o naturales, cada uno con sus hojas contables, con sus respectivos debe y haber, seguramente se consideraría, por cualquier sujeto, una idea bastante alejada a lo que entiende por dinero, pues para el uso común dinero hoy está representado por un signo monetario, es decir, una corporeidad y cuyo funcionamiento en la economía depende del uso del sistema de pagos.

Es más, en el caso de la tarjeta de mi cartera, seguramente habrá quienes mencionarán acertadamente, que no se trata de dinero, sino únicamente de un medio de pago que está basado en la existencia de una cantidad de dinero que respalda su uso y que responde a los avances electrónicos del mercado de pagos.

FERGUSON, en su aclamada obra sintetiza las cualidades de los bienes para que lleguen a ser considerado como dinero, en el marco de la explicación de lo

que sucedió en América y las cualidades de la plata y del oro como bienes que alcanzan las características deseadas para servir de dinero y en esas explicaciones señala, lo que a nuestro parecer deja claro lo que debe ser entendido por dinero, por lo menos inicialmente:

*“Money, it is conventional to argue, is a medium of exchange, which has the advantage of eliminating inefficiencies of barter; a unit of account, which facilitates valuation and calculation; and a store of value, which allows economic transactions to be conducted over long periods as well as geographical distances. To perform all these functions optimally, money has to be available affordable, durable, fungible, portable and reliable”<sup>4</sup>*

Al ser el dinero un fenómeno esencialmente económico, acudiremos a la aproximación desde el punto de vista de las ciencias de esa área del conocimiento y definiremos al dinero (también referido como oferta de dinero) como cualquier cosa que se acepte en pago del precio de los bienes y servicios o como cualquier cosa que permita el reembolso de una deuda, es decir, solucionar una deuda<sup>5</sup>. Este concepto general del dinero aportado por la Economía poco nos ayuda, pues con base en la autonomía de la voluntad toda deuda puede ser solucionada en virtud de un acuerdo que implique incluso no utilizar bien alguno para su extinción. Por otra parte, desde este momento queremos que el lector tenga claro que la noción del dinero a la que apelaremos constantemente en este trabajo corresponde a la de los depósitos, que constituye la forma más habitual de dinero presente en la oferta monetaria y el que es creado a través de los mecanismos de préstamos de las instituciones financieras.

Se puede apreciar una coincidencia con la perspectiva jurídica del análisis del dinero, pues desde la doctrina jurídica se parte sobre la base del pago de las

---

<sup>4</sup> Ferguson, N. (2008). *The ascent of money: A financial history of the world*. Penguin, pág. 23.

<sup>5</sup> Mishkin, F. S. (2014). *Moneda, banca y mercados financieros*, pág. 52. Cabe señalar que es la primera aproximación de lo que entienden los economistas por dinero y que lo plantea en estos términos para diferenciar del sentido común y corriente con que es utilizado cotidianamente el término, pues este está referido más bien al circulante, que no es la parte más importante de la oferta monetaria, a la riqueza, y a los ingresos.

obligaciones pecuniarias o deudas de dinero para llevar a cabo el análisis del dinero<sup>6</sup>.

La evolución del dinero lo posiciona al día de hoy como una *unidad ideal de medida del valor patrimonial*<sup>7</sup>. Es decir, para enfrentarnos al dinero debemos tener en cuenta *su carácter abstracto o manifestación ideal*, con un poder de representación del valor que es ilimitado, en cuanto bienes y servicios, carácter abstracto que se eleva como la nota más distintiva, pues es este aspecto el que le permite la determinación del valor patrimonial de las cosas.

Esta función en la que ponemos un énfasis inicial posiciona al dinero como el detonante del cambio entre una economía de trueque o intercambio directo y una organización económica en la que prima el intercambio indirecto con base en la eliminación de la *doble coincidencia* de necesidades entre sujetos que intercambian bienes o servicios<sup>8</sup>.

En este mismo sentido, VON IHERING no tiene duda alguna acerca del rol que juega el dinero en el desarrollo de la humanidad y en el análisis de lo que él llama el *comercio jurídico* deja en claro que el cambio directo, es una forma inferior de cambio, base de la concepción del contrato bilateral, pero que no responde a la demanda de satisfacción inmediata de la diversidad de necesidades que a las personas pueden urgir. Es gracias al dinero que VON IHERING considera que el comercio jurídico logra prosperar<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> Bonet Correa, J. (1981). *Las deudas de dinero*. Madrid, Madrid, España: civitas S.A., pág. 12. Junto a esta aproximación al dinero en el marco del análisis de las deudas de dinero el autor precisa que luego el análisis del dinero nos hace caer en el hecho de que funciona anticipadamente como crédito y luego como un valor equivalente, que reconocemos como la capacidad de representación del valor patrimonial de todo el entorno en que nos desenvolvemos.

<sup>7</sup> Inzitari, B. (2011). *Delle obbligazioni pecuniarie: Art. 1277-1284. Commentario del Codice Civile Sciajola-Branca*. Bologna; Roma, Italia: Zanichelli Editore; Soc. Ed. del Foro Italiano, pág. 3; Bonet Correa, J. (1981). *Las deudas de dinero*. Madrid, Madrid, España: civitas S.A., pág. 12. Hemos decidido comenzar el análisis del dinero desde esta función, pues serán objeto de desarrollo posterior las demás funciones del dinero, que lo contornearán de una forma más integral.

<sup>9</sup> Von Ihering, R. (1911). *El fin del derecho*. (B. Rodríguez Serra, Ed.) Madrid: Librería general Victorino Suarez, pág. 84-86. El aclamado jurista argumenta a favor del egoísmo como uno de los principales motores del acontecer social y que estaría por sobre la benevolencia, la necesidad del dinero vedría a ocupar el lugar de la complacencia, de la abnegación, para la satisfacción de



Asimismo, es importante considerar que al definir al dinero como una unidad ideal<sup>10</sup> nos trae algunas importantes consecuencias conceptuales que es preciso aquí exponer. Por nombrar alguna, el carácter esencial del dinero como unidad ideal excluye al dinero electrónico como dinero, pues la utilización de ese medio de pago, que no es más que eso, genera una relación contractual que tiene por objeto el dinero. En consecuencia el dinero electrónico no es asimilable al peso, al dólar o al euro, que son manifestaciones concretas del dinero.

La unidad ideal responde a la más genuina capacidad de abstracción de las personas, pues carece completamente, como unidad ideal, de una existencia material que no esté representada en los signos monetarios o como hemos querido llamar *símbolo dinerario*<sup>11</sup>, que sería *la manifestación formal del dinero*. Como aclara NUSSBAUM el dinero es en la concepción jurídica la expresión de X veces de la unidad ideal, la pieza de 20 X es ella misma 20 X y no solamente una prueba material de un derecho a obtener 20 X extraño a la misma cosa que se prueba, quien luego de criticar los criterios de HARTMAN, influenciado por el principio romano *omnis condemnatio pecunia est*, excluyendo en su análisis del concepto del dinero cualquier definición con un tamiz normativo, precisa que el

---

las diversas necesidades de las personas, proponiendo que a través del dinero se puede conseguir la libertad de satisfacer, sinmendar, las necesidades que surgen en las personas.

<sup>10</sup> Nussbaum, A. (1929). *Teoría Jurídica del Dinero. El dinero en la teoría y en la práctica del derecho alemán y extranjero*. Madrid, Madrid, España: Victoriano Suarez, pág. 35. El autor plantea que el dinero, como unidad ideal, no tiene en su esencia una representación material fuera del dinero y que los signos monetarios, las manifestaciones formales de dinero, como nosotros le llamamos, vienen a cumplir una función de representación necesaria.

<sup>11</sup> Simmel, G. (1958). *Filosofía del dinero* (Trad. R. García Cotarelo). *Madrid: Instituto de Estudios Políticos*, pág. 150. Con un ánimo propositivo, queremos llamar a la manifestación concreta y formales de dinero como símbolos dinerarios basados en la idea de SIMMEL “*Esta posibilidad de los símbolos, por medio de la separación psicológica de lo cuantitativo de las cosas que hoy nos parece tan evidente, constituye un estadio espiritual de consecuencias extraordinarias. También la posibilidad del dinero encuentra en él justificación, en la medida en que, indiferente a toda cualidad del valor, representa la pura cantidad de este en forma numérica. Una transición significativa desde la expresión determinada cualitativamente a la simbólica cuantitativa, aparece en un ejemplo procedente de la antigua Rusia, donde antaño se utilizaban pieles de marta como medios de cambio. En el curso del tiempo, sin embargo, la medida y la belleza de cada piel perdió toda influencia sobre su poder adquisitivo, de forma que, cada una de ellas podía valer por una y todas las demás. Como resultado, únicamente el número de pieles tuvo importancia, lo que fue causa de que al incrementarse el intercambio, se emplearan solamente los cabos de aquellas como dinero, hasta que, finalmente, solo circularon trocitos de piel como medios de cambio, que, probablemente, estaban sellados por el gobierno. En este ejemplo se ve claramente cómo la reducción al punto de vista puramente cuantitativo implica la simbolización del valor, sobre la que ya descansa la realización del dinero*”.

dinero se puede definir como aquellas cosas que en el comercio se entregan y reciben, no como lo que físicamente representan, sino solamente como fracción, equivalente o múltiplo (x veces) de una unidad ideal<sup>12</sup>.

Asimismo, la idea de diferenciar las dos dimensiones del dinero es tomada también por MANN, al plantear la distinción entre la forma concreta del dinero y su aspecto abstracto, antes de cualquier examen del dinero en su aspecto legal. En palabras de MANN: "*It should be made clear at the outset that the distinction must be drawn between money in its concrete form and the abstract conception of money*"<sup>13</sup>. Cabe aclarar desde aquí que preferiremos las expresiones manifestación formal del dinero y la manifestación ideal del mismo, pero siguiendo la idea central de lo expuesto por MANN.

Para entender el dinero se hace indispensable manejar las ideas relacionadas al valor<sup>14</sup>. El dinero hoy en día carece de un valor en sí mismo, no se trata de una mercancía como cualquier otra, sino que se trata del instrumento que permite la satisfacción de cualquier necesidad que las personas puedan sentir o, en nuestra realidad, desear<sup>15</sup>, pues la totalidad de bienes y servicios que se ofrecen en el mercado tienen un *valor relativo*<sup>16</sup> que se representa en el dinero. El dinero pasa

---

<sup>12</sup> Nussbaum, *op. cit.*, pág. 33. El autor lleva el análisis del dinero en un contexto histórico especialísimo, en el periodo entre guerras y teniendo a la vista la gran crisis financiera sufrida por el *Reich* y que los llevó a los cuestionamientos referente al valor del dinero en razón de los procesos de hiperinflación experimentados, todo lo cual hace que su análisis goce de una riqueza de circunstancias que tensionan la reflexión sobre la idea del dinero;

<sup>13</sup> Mann, F. A. (1992). The legal aspect of money: with special reference to comparative private and public international law. *OUP Catalogue*, pág. 5.

<sup>14</sup> Este es uno de los temas más complejos de la economía política, de manera que intentaremos expresarlo en términos claros y sin desgastes retóricos. Se puede mencionar el valor de uso como la idea más cotidiana de valor. El valor de uso responde a la necesidad que se ve satisfecha con el bien al que nos queremos referir, el papel tiene diversos valores de uso, como la de servir para la impresión de un documento. Ahora, como se sabe hace mucho tiempo el valor de uso del dinero es casi inexistente hoy en día, pues el carácter de unidad ideal, el aspecto abstracto del dinero ha sido llevada a su máxima expresión hoy a través del denominado dinero electrónico, respecto al que, gracias a la sociedad de la información, se permite una desmaterialización supina. Además del valor de uso es posible plantear lo que se entiende por valor relativo, que no es más que la representación de un bien en otro.

<sup>15</sup> Está claro que hoy la satisfacción de necesidades es mucho más amplia, existe la cultura empresarial de la creación de necesidades, cuestión evidente en nuestro entorno publicitario.

<sup>16</sup> Marx, K. (2010). *EL Capital. Crítica a la economía política (Das Kapital/Kritik der politischen Ökonomie) Traducido por Pedro Scaron* (Vol. 1). Madrid, Madrid, España: Siglo XXI de España editores S.A, págs. 59-60: "*El secreto de toda forma de valor yace oculto bajo esta forma simple*

a ser el intermediario entre el bien o servicio y la satisfacción de la necesidad. Nadie puede negar que la carencia de dinero lo priva de la satisfacción de sus necesidades más básicas, pues a pesar de los impulsos de protección a los más débiles, hay cuestiones que el Estado simplemente no cubre, como proveerse de lo necesario para tener la fuerza que permita ejercer actividades que se remuneren y así conseguir el *poder de adquisición universal*, designación que hace DE LA CUESTA<sup>17</sup> en razón de la fuerza laboral de cada persona.

Así las cosas, aclaramos que cada vez que se piense en dinero debemos distinguir lo que llamaremos su manifestación formal y su manifestación ideal, que es su entidad abstracta o dicho en los términos de NUSSBAUM *la unidad ideal y el signo monetario*<sup>18</sup>. La manifestación formal es el más dinámico de los aspectos, pues ha ido evolucionando notoriamente desde el dinero primario, constituido por algún bien de un alto grado de deseabilidad o comerciabilidad (*salableness; Absatzfähigkeit*), utilizando los términos de MENGER<sup>19</sup>, hasta la era digital de hoy, en el marco de la sociedad de la información extrema, en la que la manifestación formal del dinero se reduce a *información cifrada* en el sistema informático de alguna entidad de crédito<sup>20</sup> que da cuenta del aspecto abstracto del dinero, de su unidad ideal (peso, dólar o euro), pero que se

---

*de valor. Es su análisis, pues, el que presenta la verdadera dificultad. Las dos mercancías heterogéneas A y B, en nuestro ejemplo el lienzo y la chaqueta, desempeñan aquí, obviamente, dos papeles diferentes. El lienzo expresa su valor en la chaqueta; la chaqueta hace las veces de material para expresión del valor. A la primera mercancía le corresponde un papel activo; a la segunda, uno pasivo. El valor de la primera mercancía queda representado como valor relativo, o sea, reviste una forma relativa de valor. La segunda mercancía funciona como equivalente, esto es, adopta una forma de equivalente”.*

El valor relativo es entendido como la representación de un bien en otro. La manifestación del valor relativo puede referirse a una relación entre cualquier bien, por ejemplo, el valor relativo entre un libro y el café se puede establecer como 1 libro equivale a 4 kilos de café.

<sup>17</sup> De la Cuesta Rute, J. M. (2006). *El Dinero y la representación de las posiciones acreedoras y deudoras en el tráfico*. (M. Pons, Ed.) Madrid; Barcelona, Madrid; Barcelona, España: Marcial Pons, pág. 28.

<sup>18</sup> Nussbaum, *op. cit.*, pág. 37

<sup>19</sup> Menger, *op. cit.*, pág. 20.

<sup>20</sup> Las entidades de crédito deben ser entendidas de conformidad a lo establecido en el artículo 1 de la Ley 10/2014, del 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades de Crédito, que dispone: Son entidades de crédito las empresas autorizadas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia. Luego el mismo artículo precisa que se consideran entidades de crédito a los bancos, las cajas de ahorro y el Instituto de crédito oficial.

manifiesta en el sistema binario de la informática. Es bajo esta definición de manifestación formal del dinero que podemos identificar el dinero bancario en la doble dimensión propia del dinero. Esta manifestación formal del dinero es llamada por NUSSBAUM, como se expuso más arriba, como el signo monetario, entendiendo por tal aquellas cosas que pueden tener carácter de dinero y que reciben por lo común su denominación de la relación con la unidad ideal, como es un euro, cinco euros, veinte céntimos de euro. Esta visión le permite al autor plantear que el carácter esencial de los signos monetarios es la *numeralidad* es decir, la relación numérica con la unidad que sirve en general para el cálculo<sup>21</sup>.

Ahora, se ha postulado que, económicamente, el dinero cumple diversas funciones. Estas funciones son la de ser *un instrumento de intercambio*, de *medida de valor* y de *reserva de valor o liquidez*, funciones que son traducidas al ámbito jurídico como *medio de pago*, *unidad de medida de valor e instrumento de capitalización de valor patrimonial*<sup>22</sup>. En consecuencia, si el dinero cumple una función de instrumento de intercambio es en razón de que el dinero es considerado como medio de pago, si el dinero cumple la función de medida de valor es porque se le ha reconocido socialmente, hoy por los Estados, una determinada unidad ideal, por ejemplo el euro o el dólar o el peso, que le permite cumplir la primera función expresada y por último es una reserva de valor<sup>23</sup> que

---

<sup>21</sup> Nussbaum, *op. cit.*, pág. 37.

<sup>22</sup> Inzitari., *op. cit.*, pág. 3. Respecto a la función de *reserva de valor o de liquidez* se debe tener presente que la evolución del fenómeno monetario nos ha llevado desde el metalismo al abandono, hoy, de cualquier posibilidad de convertibilidad del dinero por algún bien, cuestión que se catapultó como definitiva luego del abandono del patrón oro por prácticamente la totalidad de las economías del mundo y con el propósito de llevar a cabo un control de la economía a través del control de la base monetaria por parte de las diversas instituciones que componen el complejo funcionamiento del sistema financiero.

Cabe hacer presente que la idea de la liquidez del dinero padece de un problema lógico si entendemos por liquidez la propiedad que tienen los bienes como consecuencia de las posibilidades existentes de realización y conversión en dinero; Greco, O. (2009). Diccionario de finanzas (2a. ed.). Buenos Aires, Argentina, Argentina: Valletta Ediciones. Recuperado de <https://elibro-net.sire.ub.edu/es/ereader/craiub/66816>, pág. 266. Entendemos por *liquidez*: propiedad que tienen los bienes como consecuencia de las posibilidades existentes de realización y conversión en dinero. Este problema lógico podría superarse en la medida que entendemos que no solo el dinero de curso legal forzoso constituye la idea del dinero, bajo una concepción amplia en la que se incluyan título valor, como una letra de cambio o un cheque, a los que se les reconoce el carácter de medio de pago y en ese sentido entender que son depósitos de liquidez.

es traducida como un instrumento de capitalización de valor patrimonial gracias a que el Estado le reconoce la calidad de medio de pago obligatorio con capacidad para producir frutos civiles, es decir, intereses. De esta manera, el dinero como lo señalamos inicialmente cumple la función de ser una unidad ideal de medida de valor patrimonial y con base en esta función se derivan las demás, pues es en razón de que el dinero permite cifrar la totalidad del mercado en la unidad ideal elegida por el Estado que le permite desempeñar las otras funciones aludidas<sup>24</sup>. Es más, el que al dinero se le reconozca la posibilidad de que con él se pueda llevar a cabo la totalidad de los pagos posibles sin que se pueda refutar por parte de quien lo debe recibir<sup>25</sup>, aun cuando sea en equivalencia en el caso del incumplimiento contractual<sup>26</sup>, lo posiciona como la convención social<sup>27</sup> más importante en el intercambio patrimonial.

---

<sup>25</sup> Inzitari, *op. cit.*, pág. 3. El autor resalta la función del medio de pago como la más significativa desde el punto de vista jurídico. Nos señala: "l' elemento più significativo nella considerazione giuridica del danaro è dato dalla qualità di mezzo de pagamento legalmente non rifiutabile, idoneo ad estinguere (con l'osservanza della regola stabile dagli art. 1277 e segg. Cod. Civ. i debiti di natura pecuniaria).

<sup>26</sup> Entiéndase que el concepto de pago en este caso se amplía para englobar el cumplimiento por equivalencia de los contratos.

<sup>27</sup> Mcleay, Michael; Radia, Amar; Thomas, Ryland. *Money in the modern economy: an introduction (recurso electrónico)*. Bank of England Quarterly Bulletin, 2014, pág. 1. (Última consulta: 12 de diciembre del 2021) Disponible en:

[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2416229](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2416229);

Mcleay, Michael; Radia, Amar; Thomas, Ryland. Money creation in the modern economy. Bank of England Quarterly Bulletin, 2014, p. Q1. (última consulta: 12 de diciembre del 2021) Disponible en:

[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2416234](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2416234)

Mcleay, M., Radia, A., & Thomas, R. (2015). El dinero en la economía moderna: una introducción. (traducido por Alberto Supelano. (Última consulta: 12 de diciembre del 2021) Disponible en:

[http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0124-59962015000200015](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-59962015000200015);  
*Revista de economía institucional*, 17(33), 333-353.

Mcleay, Michael; Radia, Amar; Thomas, Ryland. *La creación de dinero en la economía moderna*. Revista de economía institucional, 2015, vol. 17, n° 33, pág. 355-383. (Última consulta: 12 de diciembre del 2021). Disponible en:

[http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0124-59962015000200016](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-59962015000200016)

Knapp, G. F. 1924. *The state theory of money*. McMaster University Archive for the history of economic thought, pág. 155. En la teoría *cartalista* propuesta por Knapp desarrolla las distintas

Ahora, jurídicamente el dinero se presenta en una serie de instituciones, en las que asume diversas *funciones contractuales*, siempre bajo la categoría de objeto de la prestación del deudor y, a la vez, del crédito del acreedor, tales como, el precio en el contrato de compraventa, la renta en el contrato de arrendamiento, el capital en el contrato de sociedad, el salario en el contrato de trabajo, el capital, intereses, comisiones y gastos en el préstamo y en el contrato de apertura de créditos, el *quantum* en la responsabilidad civil concretada en la indemnización de perjuicios, el medio a través del cual se pueden compensar los gastos o mejoras, los intereses en su carácter de frutos civiles, así como también el objeto de propiedad o posesión<sup>28</sup>, todo lo cual no es más que demostrativo de su cualidad de ser una unidad ideal de medida de valor y todos los bienes y servicios son susceptibles de un valor en dinero, de un valor relativo, de un valor de intercambio.

Estos roles contractuales diversos del dinero son consecuencia de su función de *unidad de medida ideal del valor*, “*ideal unit*”, de la totalidad de bienes y servicios disponibles en el mercado. Al ser el dinero una unidad ideal, *un poder patrimonial abstracto*<sup>29</sup>, al ser capaz de valorar la totalidad de cosas, bienes, servicios e incluso utilizado para la valoración de intereses extrapatrimoniales (daño moral), se transforma en el instrumento de la valoración patrimonial, tanto para permitir el intercambio de bienes y servicios como para corregir inequidades en las

---

etapas por la que ha pasado el dinero hasta la época de su publicación, poniendo énfasis en el rol que ha tenido el estado, a través de la administración y enfocándose en la necesidad de aceptación por parte del estado de un determinado medio de pago, que si bien puede llegar a ser innovador, como lo fue en su momento los “*gyro payment*”, requiere de dicha aceptación, partiendo de la base que se utiliza por mandato la unidad ideal elegida por el estado y expresada en el pretendido nuevo medio de pago. Ahora, más abajo nos haremos cargo de la categorización del dinero como convención social, que creemos no comparte.

<sup>28</sup> Vattier fuenzalida, C. (1980). Problemas de las obligaciones pecuniarias en el derecho español. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, pág. 48. Se podrían agregar casos de forma indefinida, pues al ser el dinero de una versatilidad absoluta en cuanto a la posibilidad de representar el valor de bienes y servicios le permite estar en contratos tanto no minados como innominados, sin embargo, hemos señalado los más importantes y los que serán objetos de una especial atención, dígame, los casos en que el dinero se encuentra bajo la celebración de contratos de financiamiento.

<sup>29</sup> Nussbaum, *op. cit.*, pág. 119-129. La referencia al dinero como poder patrimonial abstracto tiene que ver con la posibilidad de adquirir bienes o servicios disponibles en el mercado, bajo la idea de patrimonio explicada por el autor en la teoría del poder patrimonial abstracto de SAVIGNY.

relaciones privadas. Prueba de lo anterior es que desde del Derecho Romano, en el que el procedimiento por incumplimiento contractual se entendiera que todo puede reducirse al dinero, *omnis condemnatio pecuniaria est*, prefiriéndose la salida de un cumplimiento por equivalencia antes que el pago idéntico a lo que se acordó<sup>30</sup>. Mandato que hasta hoy es aplicado para lograr la satisfacción del interés del acreedor, aunque solo en equivalencia.

Por otra parte, cabe destacar que la doctrina económica actual plantea que el dinero debe ser considerado como un fenómeno social, en el que nos encontramos con una relación entre a lo menos dos personas y se concibe al dinero como crédito, una relación entre un acreedor y un deudor, de ahí la expresión de que el dinero responde a la idea “te debo” que en su formulación original sería “*I Owe You*” (IOU),<sup>31</sup>. Ahora, las relaciones de crédito u obligatorias se caracterizan por tratarse de un fenómeno jurídico de dos dimensiones, es decir, que estamos ante una relación, dos posturas, nos encontramos con dos sujetos de derechos que se entrelazan en razón de alguna de las fuentes de las obligaciones, normalmente un contrato, y que, en razón de la faceta que es representada por estos sujetos, uno de ellos será el deudor y el otro el acreedor.

---

<sup>30</sup> Zimmermann, R. (1987). *Stipulatio poenae*. *South African Law Journal*, 104(3), pág. 400. La referencia a este principio del Derecho Romano por parte de ZIMMERMANN es en el marco del análisis de la *stipulatio poenae*, vinculándola en el sentido que dicho principio justificaba que las partes previeran el monto indemnizatorio con el objeto de evitar el criterio incierto del juez en base que se prefería la aplicación de *omnis condemnatio pecuniaria est* antes que el cumplimiento específico. Nos señala el autor: “... *always has to remember that owing to 'omnis condemnatio pecuniaria' specific performance could never be enforced, and that the problem of fixing monetary compensation or damages thus arose on a much broader scale than it does today. Correspondingly more important were penalty clauses obviating the need to adduce evidence, dispensing with the vagaries of judicial discretion, and allowing parties to recover more safely, more quickly and more completely*”.

<sup>31</sup> Bell, S. (2001). *The role of the state and the hierarchy of money*. *Cambridge journal of economics*, 25(2), pág. 150. La autora propone un análisis de la teoría monetaria moderna en la que explica como las posturas metalistas y *cartalistas* pueden ser probadas en su eficacia con base en la concepción moderna que se tiene del dinero. Por otra parte, hay que hacer ver que una concepción del dinero como crédito, que vincula a dos personas solo puede ser concebida en la dinámica del mercado, es decir, cuando el dinero está en circulación; Marx, op. cit., pág. 172. “*El dinero crediticio surge directamente de la función del dinero como medio de pago, ya que los propios certificados de deudas correspondientes a las mercancías vendidas circulan a fin de transferir a otros esos créditos. Por otra parte, al expandirse el sistema crediticio se extiende también la función del dinero como medio de pago*”.

Luego, en lo que se refiere a la creación, se señala que cualquiera puede crear dinero, el problema es que sea aceptado<sup>32</sup>. Lo anterior no podría ser de otra forma, pues con la teoría general de los negocios jurídicos, que se traduce en la teoría general de la contratación y que si enfocamos la atención a la formación del consentimiento, claro que es indispensable que el origen de la mayor parte de las obligaciones se sustente en la aceptación de algún individuo, de manera que para los juristas, una perspectiva del dinero como crédito es familiar y hoy casi necesaria<sup>33</sup>.

Hay que hacer presente que esta idea del dinero como crédito debe ser aterrizada, la idea de que cualquiera puede crear dinero, y ser entendida en el sentido de que las obligaciones pueden ser creadas en razón de un acuerdo de voluntades, sin considerar la existencia del dinero, el que podrá crearse a través de los préstamos, que por ser un contrato se basa en el acuerdo de voluntades.

Es tan especial el dinero que incluso le da forma a una categoría particular de obligaciones dentro de las obligaciones de dar. Estas obligaciones de dar, que al tener por objeto de su prestación el dinero, bien distinto a cualquier otro del mercado, pero con presencia en su totalidad que presenta características de una complejidad que requieren un análisis particularizado. Dicha complejidad se traduce incluso en una propia categorización de las obligaciones que tienen por

---

<sup>32</sup> Minski, *op. cit.*, pág. 255. Con aclaraciones de seriedad el autor pretende analizar el dinero desde una perspectiva que, según él, sale de los estándares con que se ha tratado hasta la fecha y siguiendo con la idea de la jerarquía del dinero, de que hay más de un tipo de dinero presente en la economía, de tal manera que cualquiera podría crear dinero. *“The view of money, banking, and financial markets consistent with the investment-financing perspective presented here clearly differs radically from the standard view, which divorces how money affects the economy from any consideration of the specific transactions by which money is created. Both the monetarist and standard Keynesian approaches assume that money can be identified quite independently of institutional usages. But in truth, what is money is determined by the workings of the economy, and usually there is a hierarchy of monies, with special money instruments for different purposes. Money not only arises in the process of financing, but an economy has a number of different types of money: everyone can create money; the problem is to get it accepted”*.

<sup>33</sup> Necesaria debido a que la creación del dinero se basa, en su mayoría, en la expansión monetaria, en la que a través de préstamos se crea dinero.



objeto el dinero, categorización en la que se distingue diversas obligaciones en razón de la forma en que el dinero ha sido incluido en la prestación<sup>34</sup>.

Ahora, nuestro foco de atención estará dirigido al dinero como único objeto del contrato y que se presenta tanto en la obligación del prestamista como la del prestatario. O dicho de otra manera, nos enfocaremos únicamente en los contratos cuyo objeto mediato, el objeto de la prestación, sea el dinero<sup>35</sup>. Sin embargo, con base en el principio *omnis condemnatio est pecuniaria*<sup>36</sup>, podríamos quedarnos con una noción en la que el dinero se desempeña de la misma manera en cualquier categoría contractual, cabe hacer presente que el dinero en los contratos de financiación tiene características propias, como la que para efectos de determinar el cumplimiento del equilibrio contractual no exista un bien o un servicio de referencia como en la compraventa o en la prestación de servicios de un abogado, por más que hoy se reconozca que las entidades de crédito presten servicios para la justificación del pago de comisiones, la esencia de los contratos de financiación descansa en el préstamo simple y en el que la referencia al precio justo o al equilibrio de las prestaciones está determinado por factores propios del mercado financiero.

De la misma manera, decimos que excluimos aquellas obligaciones dinerarias en las que la contraprestación forma parte de una obligación cuyo objeto puede ser una cosa distinta al dinero como una mercancía, bien, cosa o un servicio, pues las consideraciones del dinero a tener en cuenta, principalmente relacionado con el precio que se fija o las consecuencias del incumplimiento, dependen de valoraciones diversas a las que se presentan en los contratos de

---

<sup>34</sup>Vattier, *op. cit.*, pág. 55. Distingue el autor entre obligaciones de suma, obligaciones de valor y obligaciones. Como se verá la categorización de las obligaciones pecuniarias se genera a propósito de los efectos del principio nominalista presente en la mayor parte de los estados, que a consecuencia de la inflación dio lugar a postulados tendientes a generar la idea de que la obligación dineraria, para su cumplimiento debía ser reajustada y así las obligaciones pecuniarias serían deudas de valor.

<sup>36</sup> Mann, *op. cit.*, pág. 65 señala en relación a este principio procesal romano en el que el dinero es: "*medium of final compulsory liquidation or as a medium of final tender*"; Zimmermann. Cita 30.

financiación, principalmente referido a la causa de dichas obligaciones pecuniarias, que no por esto dejan de tener por objeto el dinero.

En consecuencia, asumimos aquí, en torno a los tipos de contratos que nos interesan, la distinción que atiende a la función del dinero, entre el dinero como simple medio de intercambio (compraventa; arrendamiento) y el dinero como capital. Es el dinero como capital, D-D', el objeto de nuestra investigación y particularmente en sus manifestaciones jurídicas<sup>37</sup>. Sin embargo, se debe tener presente que jurídicamente el dinero como bien es caracterizado y entendido

mente, pues el hecho que cumpla distintas funciones no significa que se trata de un bien distinto cuando es empleado como capital o como medio de cambio, a pesar de que esta función es la genuina. En definitiva, no nos haremos cargo de aquellas manifestaciones jurídicas del dinero en el marco de contratos distintos de los de financiación, pero sí, desde el punto de vista obligacional podrá tener utilidad nuestro análisis, pues las obligaciones emanadas de esos contratos tienen igualmente por objeto dinero, particularmente en lo que se refiere a la aplicación del principio nominalista.

A pesar de la exclusión anteriormente señalada, esta no será del todo. Esto será así solo en cuanto a la vigencia del contrato de intercambio, pues una vez que este se encuentre en incumplimiento nuevamente el dinero aparece como el garante de la satisfacción del interés del acreedor, si bien no necesariamente a través del cumplimiento *in natura*, a lo menos bajo el imperativo romano de que

---

<sup>37</sup>Marx, *op. cit.*, págs.181-190. "D - D', dinero que incuba dinero —*money which begets money*—, reza la definición del capital en boca de sus primeros intérpretes, los mercantilistas", entiende el capital como un valor permanente que se multiplica. A establecer las formas de circulación de las mercaderías Marx utiliza la fórmula de D-M-D' para referirse al dinero como capital, en el que el dinero se usa para comprar y luego para vender a un precio mayor del que se compró. Luego, precisa que el capital usurario, es decir, el dinero que engendra dinero a través de la figura de los intereses, al que denomina capital usurario, y que representa a través de la fórmula D-D', se abrevia la fórmula anterior, reduciéndose a dos extremos carentes de término medio. Se trata de "dinero que se intercambia por más dinero y por tanto resulta inexplicable desde el punto de vista del intercambio de mercancías". Llevadas estas ideas al funcionamiento de los contratos de financiación, en los que la eliminación de la mercancía en la fórmula del capital usurario, propuesta por Marx, D pasa a manos del prestamista en el tiempo presente, ya sea para satisfacer necesidades o para invertir, es decir, nadie toma dinero prestado sino es para utilizarlo como medio de intercambio ya sea en medios de producción o en bienes de consumo. Es la *preferencia temporal*, como se analizará en el segundo capítulo, lo que justifica económicamente los intereses como frutos civiles y le otorga sustento al dinero como bien productivo, como se retratará.

finalmente, por el carácter representativo que detenta el dinero, es omnipresente en las relaciones patrimoniales, de manera que todo se puede traducir en dinero. Esta referencia a los contratos de intercambio será precisamente para delimitar el alcance de las distintas categorías de obligaciones pecuniarias. Así, en cuanto a la especialidad de las obligaciones pecuniarias se destaca que las obligaciones pecuniarias vendrían a configurar una tercera categoría en la bipartición que distingue entre obligaciones genéricas y específicas o a lo menos son dignas de una revisión especial, no bastando su incorporación en las obligaciones que tienen por objeto un género<sup>38</sup>, pues el dinero es el bien más importante presente en el mercado y en la práctica cobra una relevancia indiscutible.

Asimismo, en el ámbito de los contratos de financiación nos encontramos con una serie de convenciones en los que la innovación financiera, sustentada en el principio de la libertad contractual, ha llevado a una complejidad de tipología de contratos que hace necesario agruparlos para una mayor claridad. El contrato que se aproxima con mayor relevancia, en este sentido de innovación (ya antigua), es *el contrato de apertura de crédito*, que si bien tiene una caracterización propia de parte de la doctrina comercial, responde a la financiación y a las bases del contrato de préstamo. En consecuencia, las obligaciones pecuniarias se pueden originar en el marco de un simple préstamo o en el contrato de apertura de crédito. De aquí es que emanan obligaciones pecuniarias con diversas denominaciones, tales como la restitución de capital, el pago de intereses, las comisiones, entre otras.

La innovación en materia financiera incluso ha llevado a replantear la labor de las entidades de crédito y se ha llegado a hablar, al día de hoy, de servicios y productos financieros, en los que se denota el desarrollo del sistema al punto de ir mudando las formas a través de las que los consumidores se relacionan con las entidades de crédito.

---

<sup>38</sup> Díez-Picazo, L., & Gullón, A. (1988). *Sistema de Derecho Civil* (Vol. II). Madrid, España: Tecnos; Solo a modo de botón los autores tratan las obligaciones pecuniarias de manera especial.

Ahora, insistimos que por el objeto de la prestación, se sustenta una categorización de este tipo de obligaciones y que les otorga una especificidad destacable, con consecuencias jurídicas que la diferencian de otras obligaciones que forman parte del todo de las relaciones obligatorias. A modo de ejemplo, basta hacer referencia a las excepciones que se producen en materia de efectos del incumplimiento, ámbito en el que podemos ver la presunción del daño a consecuencia del incumplimiento que se concreta en la aplicación de intereses legales frente el silencio contractual de conformidad al artículo 1108 del Código Civil español, lo que acerca la indemnización de perjuicios a consecuencia del ilícito de incumplimiento a un sistema en el que se prescinde de la atribución subjetiva (la exigencia de culpa del deudor) para establecer la existencia de la responsabilidad civil contractual con tendencia a objetivar<sup>39</sup>, pues más allá de la presunción general de culpa ante el incumplimiento (como regla general del movimiento codificador), pues no cabe, de acuerdo con al estado del arte<sup>40</sup>, la posibilidad de probar la existencia de una causal de justificación o exención sustentada en la diligencia para exonerarse de la obligación de pagar los intereses moratorios<sup>41</sup>, que, en términos sencillos, son indemnización por incumplimiento de una obligación de dinero.

Ahora, hay que tener en cuenta que lo que hoy en día es dinero no es lo mismo que en sus orígenes, al punto de que, en la economía moderna de crédito, los bancos comerciales pueden ser considerados como los agentes económicos que crean dinero a través de sus operaciones de préstamos, lo que se conoce por

---

<sup>39</sup> Jiménez Muñoz, F. J. (2010). La resarsibilidad del mayor daño sufrido por el acreedor pecuniario a causa de la mora del deudor. *Anuario de Derecho Civil*, 63(2), pág. 797. Nos señala el autor: “Si el acreedor en las obligaciones no pecuniarias puede reclamar una indemnización por todos los perjuicios que le cause la mora del deudor solo con la existencia en este de culpa (sin necesidad de llegarse al dolo), no debería haber objeción para admitir lo mismo para las obligaciones pecuniarias, respecto de las que además se entiende que, debido a que en ellas no puede darse nunca una imposibilidad absoluta y objetiva, se ha producido una cierta objetivización de la responsabilidad del deudor (sic)”.

<sup>40</sup> Inzitari, *op. cit.*, pág. 87.

<sup>41</sup> Como se verá en un apartado especial, sobre la posibilidad de ampliar el privilegio del acreedor, es decir, que no baste únicamente con el pago de los intereses legales que se presumen, sino con la posibilidad de demandar un mayor daño a lo previsto en el contrato o no previsto, un mayor daño a los intereses reconocidos en el artículo 1108 del Código Civil español.

parte de la teoría económica como expansión crediticia<sup>42</sup>, y que no se trata de la impresión o acuñación de dinero. De ahí que las entidades de créditos, representadas tradicionalmente por los bancos, no son meros intermediarios entre el ahorro individual y la inversión. Así, cada vez que un banco hace un préstamo, crea simultáneamente un depósito correspondiente en la cuenta bancaria del prestatario, con lo cual crea dinero<sup>43</sup>. Hay que entender, por tanto, que la mayor parte del dinero en circulación está constituida por depósito bancario y es posible afirmar que estamos frente a la era del *scriptural money* (dinero escritural) que mostró su utilidad en el periodo de transición entre las monedas locales de cada integrante del espacio económico europeo y el euro<sup>44</sup>. En este sentido, hay datos que nos demuestran que el dinero disponible en la economía mundial, en su versión tradicional, es decir, en su manifestación formal clásica, ya sea en monedas o en billetes, y con la cual seguramente la gran parte de la ciudadanía identifica la idea del dinero, no es más que un 7 % del total en circulación, formando parte de lo que en economía se conoce como el M1<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> Huerta, J. (2009). Dinero, crédito bancario y ciclos económicos. *Unión Editorial*, 91, págs. 135-213. En el capítulo cuarto de la obra, el autor expone el proceso por medio del cual los bancos crean dinero de la nada, con el beneplácito de los gobiernos y poniendo énfasis en que este comportamiento o actividad de la banca tiene una repercusión notable en la economía y que es la actividad generadora de las crisis económicas. Cabe hacer presente de todas formas que la emisión de billetes y monedas sigue siendo de monopolio estatal, pero que cuantitativamente el monto de dinero efectivo es ínfimo frente al dinero bancario.

<sup>43</sup> McLeay, et al. (2015) *La creación...* op. cit. Pág. 356.

<sup>44</sup> Proctor, C. (2005). *Mann on the legal aspect of money*. Oxford: Oxford University Press, pág. 26. Se debe tener presente que el autor pone énfasis al *scriptural money* como medio de pago predominante en la economía moderna. Además, pone destaca que en el periodo que va entre el 1 de enero del año 1999 y el 1 de enero del año 2002, periodo en el que el euro, no existía materialmente sino solo como *scriptural money*; KNAPP, op. cit., pág.. 156 "the whole business of payment might not be conceived as a state giro business, so that payment in pieces would be completely abolished". El autor al reconocer que en un estado existen distintos tipos de medios de pago, asimilando los medios de pago al dinero, expresa que el camino que seguirá el fenómeno monetario implica lo que hoy se conoce como las tendencias al *cashless*, tendencia hoy en día propugnada por algunos países nórdicos.

<sup>45</sup> <https://www.visualcapitalist.com/all-of-the-worlds-money-and-markets-in-one-visualization-2020/>. Pastor Sampere, M. d. (2017). Criptodivisas: ¿Una disrupción jurídica en la eurozona? *Revista de estudios europeos*(70), pág. 295-329. Estos datos son citados por la autora. El M1, de acuerdo con Banco de España es: Agregado monetario estrecho que comprende el efectivo en circulación y los depósitos a la vista mantenidos en Instituciones Financieras Monetarias y la Administración Central (por ejemplo, en Correos o en el Tesoro). Agregado monetario intermedio que comprende M1 y los depósitos disponibles con preaviso hasta tres meses (es decir, depósitos de ahorro a corto plazo) y los depósitos a plazo hasta dos años (es decir, depósitos a

En consecuencia, el análisis del dinero, como objeto de las obligaciones pecuniarias, requiere hacer un sucinto relato en cuanto *al origen del dinero, sus funciones, su concepto económico y jurídico, su naturaleza, sus características, sus tipos y las obligaciones y contratos en los que está presente.*

### **1.1. Sobre el origen y actualidad del dinero**

Las teorías ante la pregunta qué es el dinero pueden responder a lo que es hoy o a lo que ha sido evolutivamente o lo que fue en un primer momento para aquellas personas que vieron la utilidad en un medio de intercambio indirecto frente a la necesidad de intercambio como consecuencia de la división del trabajo y el desarrollo tecnológico. Nos parece que intentar responder a estas preguntas nos dará la base necesaria para poder construir la presente investigación, entender los aspectos que el dinero históricamente ha presentado permitirá evidenciar la correlación de los valores que inspiraron las primeras regulaciones y verificar su correspondencia con las actuales legislaciones<sup>46</sup>.

En cuanto al origen del dinero destacan principalmente dos posturas económicas<sup>47</sup>. Por un lado, se sostiene que el dinero se ha creado de forma espontánea, en el centro de las primeras relaciones de intercambio y que dio el

---

plazo a corto plazo) mantenidos en Instituciones Financieras Monetarias y en la Administración Central.

<sup>46</sup> Menger, op. cit., pág. 18. En el inicio de su ensayo sobre el origen del dinero formula las trascendentales preguntas: “*What is the nature of those little disks or documents, which in themselves seem to serve no useful purpose, and which nevertheless, in contradiction to the rest of experience, pass from one hand to another in exchange for the most useful commodities, nay, for which everyone is so eagerly bent on surrendering his wares? is money an organic member in the world of commodities, or is it an economic anomaly? Are we to refer its commercial currency and its value in trade to the same causes conditioning those of other goods or are they the distinct product of convention and authority?*”. Estas preguntas, como se verá a continuación, permitirán comprender las características y la esencia de lo que el dinero es. Como sigue más adelante: “*it is a question concerning not only the origin but also the nature of money and its position in relation to all other commodities*”.

<sup>47</sup> Se debe hacer presente que se trata de teorizaciones en torno al origen, basados esencialmente en la lógica del comportamiento humano.

paso de una economía de trueque a la del intercambio indirecto, principalmente atribuida a MENGER. Mientras que en la otra ribera se posiciona la teoría *chartal*, para quienes el dinero es producto de un acto de autoridad, postura que dio lugar al principio monetario del nominalismo, representado principalmente por KNAPP<sup>48</sup> y posteriormente desarrollado desde un punto de vista jurídico por NUSSBAUN. Ambas posturas no tienen pretensiones históricas para establecer el origen del dinero, sino que teóricas, pues no es posible identificar el primer acto en el que se acude a la abstracción de una unidad de medida que permita el intercambio sin necesidad de acudir a otra mercancía como se entiende que se desarrollaron las primeras interacciones sociales que dieron lugar a un intercambio indirecto impulsado por las necesidades.

Ahora, si bien no es posible encontrar el primer acto en virtud del cual se acude a la idea del dinero, se debe tener presente que el registro con mayor antigüedad, que da cuenta de una moneda acuñada, está situado en el año 600 antes de Cristo, moneda a la que se refieren como *electrum* y que corresponde a una aleación de oro y plata acuñada por el reino de Lydia, actualmente ubicada en Turquía<sup>49</sup>. Hay que precisar que este es el hallazgo más antiguo de acuñación, pero no coincide con los primeros intercambios indirectos en los que mercancías determinadas fueron utilizadas como medio de intercambio y que dieron paso de una economía de trueque a la economía del dinero o del intercambio indirecto. Ejemplos de cosas distintas a las monedas se pueden encontrar en tanta diversidad como culturas han existido, siendo el más emblemático la sal, que cumplía con ciertas características que lo elevaron como uno de los principales

---

<sup>48</sup> Knapp, G. F. (1924). *The state theory of money*. McMaster University Archive for the History of Economic Thought; Goodhart, Charles A. (1998). The two concepts of money: implications for the analysis of optimal currency areas. *European Journal of Political Economy*, 14(3), pág. 407-432. Se debe tener presente que en esta postura se incluye a KNAPP y a KEYNES. Knapp formula la teoría estatal del dinero en su ensayo "The state theory of money" y en el caso de KEYNES en su "Treatise on money"; McLeay, Michael, Radia, Amar, & Thomas, Ryland. (2015). El dinero en la Economía moderna: Una introducción, *Revista de Economía Institucional*, 17(33), 333-353. <https://dx.doi.org/10.18601/01245996.v17n33.15>. pág. 346; En este artículo se expresan las posturas de GOODHARD, origen a través del acto de autoridad siguiendo la teoría cartalista y MENGER como medio espontáneo.

<sup>49</sup> Goodhart, *op. cit.*; Zelmanovitz, L. (2011). Money: origin and essence. *Criterio Libre*, (14), pág. 75; Ferguson. *op. cit.*, pág. 24.

medios de intercambio indirecto en la historia que, incluso trasciende al día de hoy y da el nombre a la paga que reciben los trabajadores<sup>50</sup>. Cualquier ejemplo demostrativo de la utilización de ciertos bienes como medio de intercambio indirecto, aun cuando revista caracteres similares al dinero, no son más que intentos, tentativas de dinero, pues en la mayoría de los casos se reducían a comunidades pequeñas y al considerar que las cosas que se usaban como “dinero primitivo” tenían un valor intrínseco, la abstracción no era propia del medio de intercambio, sino que se acerca mucho más a la idea de un intercambio directo. Es más, es de común conocimiento que en circunstancias excepcionales, como es la interacción social que se da en el contexto de las personas privadas de libertad, al no estar en sociedad emerge nuevamente la idea del intercambio con uso cosas distintas a la manifestación formal del dinero. Sin embargo, con un ánimo de teorizar en torno al dinero se presentan las dos principales corrientes que postulan orígenes diversos del dinero para los efectos de perfilar que es lo que debe ser entendido por tal hoy. Y como nota característica podemos ver por un lado a quienes muestran la necesidad del Estado, mientras que por el otro se muestran aquellos que concentran su atención únicamente en el mercado, dándole un rol secundario al Estado.

Ahora bien, en cuanto a la gestación del dinero de forma espontánea, se plantea un análisis en el que la pregunta sobre el origen del dinero es propuesta de manera fundacional y con el objeto de contribuir a la errática historia de la teoría monetaria<sup>51</sup>, pues difícilmente se podrá rastrear el primer uso de un bien que

---

<sup>50</sup> Guzmán Fernández, G. (2000). ¿ Qué es el dinero? Un abordaje desde la psicología económica. *Psicología desde el Caribe*(6), pág. 79.

<sup>51</sup> Menger, C. *op. cit.*, págs. 20-21: “*These difficulties* (la difícil coincidencia entre los bienes requeridos y los bienes existentes entre sujetos que detentas distintos tipos de bienes y que no cuentan con el medio de intercambio indirecto) *would have proved absolutely insurmountable obstacles to the progress of traffic, and at the same time to the production of goods not commanding a regular sale, had there not lain a remedy in the very nature of things, to wit, the different degrees of saleableness (Absatzfähigkeit) of commodities. The difference existing in this respect between articles of commerce is of the highest degree of significance for the theory of money, and of the market in general. And the failure to turn it adequately to account in explaining the phenomena of trade, constitutes not only as such a lamentable breach in our science, but also one of the essential causes of the backward state of monetary theory. The theory of money necessarily presupposes a theory of the saleableness of goods. if we grasp this, we shall be able to understand how the almost unlimited saleableness of money is only a special*



haya sido considerado capaz de un intercambio indirecto, es decir, saber cuál fue la primera compraventa tal como hoy es conocida.

Así las cosas, la postura de MENGER elabora un relato en el que inicialmente las personas se vieron enfrentadas a la dificultad de satisfacer sus necesidades, debido a que los bienes requeridos en pocas ocasiones serían encontrados en una economía de simple trueque o permuta<sup>52</sup>. Que sería muy difícil que quien poseyera un bien determinado se encontrara o coincidiera con quien lo necesitara. De esta suerte, bajo la condición de división social del trabajo, en el contexto integrado por un mercado libre, que es como nació, es decir, una economía de mercado, la que normalmente se ubica en un estado posterior a la de la economía primaria en la que el instrumento del intercambio estaba constituida por el trueque o permuta (acusado por MISES como imaginario<sup>53</sup>), es decir, el dinero se habría originado en el contexto de las primeras relaciones privadas que vieron la posibilidad de intercambio de bienes utilizando una cosa o un bien que cumpliera con ciertas características que hicieran de dicha cosa el medio de cambio más eficiente<sup>54</sup>.

En un sentido similar, MISHKIN plantea el problema de los *costos de transacción* que existen bajo una economía de cambio directo, sosteniendo que este costo corresponde al tiempo que se utiliza al intercambiar bienes o servicios y que en el caso de una economía basada en el trueque se debe dar lo que se conoce como “*la doble coincidencia de necesidades*”, lo que trae aparejado una ineficiencia en el desarrollo de cualquier actividad económica y expone los beneficios que genera la creación del dinero como medio de intercambio, el que

---

*case, —presenting only a difference of degree—of a generic phenomenon of economic life—namely, the difference in the saleableness of commodities in general”* (comentario y resaltados propios).

<sup>52</sup> *Ibidem*, pág. 20-21.

<sup>53</sup> Mises, L. (2011). La acción humana: tratado de economía, 10.ª edición. *Unión Editorial, Madrid*, pág 286. “El intercambio mercantil y el cálculo monetario se hallan inseparablemente ligados entre sí. Un mercado con cambio directo tan solo no es más que una construcción imaginaria. Es más, la aparición del dinero y del cálculo monetario viene condicionada por la preexistencia del mercado” (negrita propia).

<sup>54</sup> *Ibidem*, pág. 313. *Entiéndase por economía de mercado como aquel sistema social de división del trabajo basado en la propiedad privada de los medios de producción*. Por oposición a una economía estática socialista en la que los medios de producción son de propiedad del Estado.

no solo permite la disminución de los costos de transacción, sino que además permite que las personas se dediquen a un área específica de producción económica, lo que fomenta la especialización que iría de la mano de una mayor eficiencia en el mercado<sup>55</sup>.

Esta dificultad que presentaría un mercado embrionario es lo que estimuló la búsqueda de alternativas para lograr intercambios más eficientes, es lo que impulsó el avance o desarrollo de la economía, pues resultó ser el motor de la creación del dinero y con ello la facilidad de mejorar las condiciones de vida, pues sustentado en una mayor fluidez de intercambio las necesidades que pudieron verse satisfechas fueron incrementando en número. Es así que se precisa que aquellos que contaban con una inteligencia superior para el intercambio de los bienes, los humanos más creativos, impulsaron, antes que cualquier autoridad, la utilización de un bien o elemento de referencia que vendría a constituir el medio de intercambio indirecto<sup>56</sup>.

Así, bajo la presunción del estándar de comportamiento del *homo economicus*,<sup>57</sup> siguiendo la lógica de MENGER, se postula el origen del dinero en razón del análisis de los costos de transacción y se apunta como natural que las personas, en su calidad de seres capaces de realizar valoraciones económicas, dedujeran que necesitaban reducir los costos que implicaban el intercambio directo para así lograr un mayor rango de necesidades satisfechas.

---

<sup>55</sup> Mishkin, *op. cit.*, pág. 50.

<sup>56</sup> Mises, L. (2011). La acción humana: tratado de economía, 10.ª edición. *Unión Editorial, Madrid*, pág. 488.

<sup>57</sup> Samson, A. (Ed.) (2018). The Behavioral Economics Guide 2018 (with an Introduction by Robert Cialdini) (online). Disponible en: <http://www.behavioraleconomics.com> (última visita 15 de mayo del 2019), pág. 134. "The term *homo economicus*, or 'economic man', denotes a view of humans in the social sciences, particularly economics, as self-interested agents who seek optimal, utility-maximizing outcomes. Behavioral economists and most psychologists, sociologists, and anthropologists are critical of the concept. People are not always self-interested, nor do they have consistent preferences or be mainly concerned about maximizing benefits and minimizing costs. We may make decisions with insufficient knowledge, feedback, and processing capability (bounded rationality); we overlook and are constrained by uncertainty; and our preferences change, often in response to changes in context and to noting others' preferences". Este presupuesto o estándar de comportamiento de las personas ha sido el sustento sobre el cuál se ha construido la mayor parte de la legislación referida a las cuestiones contractuales, esencialmente conectada con el estándar de comportamiento construido en referencia al consumidor.

Por otra parte, MARX al llevar a cabo el análisis del dinero como medio de intercambio indirecto, en cuanto a fijar un momento en el que se da el salto del cambio directo al indirecto pone en el papel protagónico a las comunidades nómades, que por la naturaleza mueble de las cosas con las que viajaban, gozaban de mayor liquidez, o, en otros términos, comerciabilidad<sup>58</sup>.

Desde el Derecho civil podemos imaginar el paso de la permuta a la compraventa como instrumentos de intercambio entre los individuos de épocas de economía primaria o de subsistencia. De esta manera, se explica que el surgimiento del dinero es espontáneo, por esto la Escuela Austriaca de la Doctrina Económica, desconoce la importancia del Estado como condición necesaria para su nacimiento, pues antes del reconocimiento explícito de parte de alguna autoridad en un territorio determinado, las personas buscaron, con un ánimo de reducción de los costos de transacción, un medio de intercambio indirecto que fuera el más próximo posible, es decir, que requiriera la menor cantidad de intercambios. Sin embargo en la parte final de su ensayo, sobre el origen del dinero, MENGER declara que el Estado a través de su poder regulador impulsa el uso del dinero, particularmente de los metales preciosos, y hace frente a las dificultades que el desarrollo del mercado fue presentando, impulsando sus funciones<sup>59</sup>.

Por otra parte, la característica que debía reunir un bien para que haya sido considerado como el más viable para cumplir con estos requerimientos de eficiencia en el pago, en el intercambio, es su capacidad para ser intercambiado. Tales medios de intercambio indirectos han pasado, como se mencionó más

---

<sup>58</sup> Marx, *op. cit.*, pág. 108-109 “Los pueblos nómades son los primeros en desarrollar la forma de dinero, porque todas sus pertenencias son *móviles* y revisten por tanto la forma de directamente enajenables, y porque su modo de vida los pone de continuo en contacto con entidades comunitarias distintas de la suya, incitándolos en consecuencia al intercambio de productos”. Ahora, hay que entender que el análisis del dinero de MARX es más complejo que los expuestos anteriormente, pues desarrolla una serie de categorías para entender el intercambio indirecto y concluir en la materialización de lo que es el dinero, todo lo cual parte del análisis del valor de las mercancías. Son precisamente estas categorías las que ayudan a dilucidar la idea del dinero. Así, MARX plantea que las mercancías incorporan un *valor de uso* y un *valor de cambio*. Además, debe hacerse presente que para los efectos de la presente investigación todo lo que tenga que ver con la plusvalía se dejará para otra oportunidad, pues en cuanto a categorías podríamos quedarnos únicamente con el valor de uso y de cambio para los efectos de entender el dinero haciendo converger los pensadores que se han dedicado al análisis económico.

<sup>59</sup> Menger, *op. cit.*, pág. 52.

arriba, por una diversidad de posibilidades, pero como elemento común, siempre con una función reconocida por la generalidad, es decir, que existe un consenso a que el bien que haría las veces de dinero es la referencia del intercambio debido a que reúne una cualidad esencial que lo hace potencialmente admisible por la generalidad de las personas. Así las cosas, podemos imaginar que probablemente impulsados por la satisfacción de necesidades determinadas individualmente se llegó a la idea de la valoración indirecta.

El proceso del despertar ante esta posibilidad del intercambio indirecto MENGER lo sitúa en el mercado, desconociendo la autoridad como el fundador del fenómeno monetario. Y anota como característica esencial del bien que sería utilizado como dinero, su *liquidez o comerciabilidad (en cuanto al grado en que estos caracteres se presentarían)*, es decir, la cualidad de ser susceptible u objeto de relaciones jurídico-privadas o en sus propios términos la capacidad para ser vendido, su *Absatzfähigkeit* o *salableness*<sup>60</sup>. Esta nota característica de los bienes que fueron potencialmente puestos a prueba como medios de intercambio indirecto es graduable<sup>61</sup> y dependería de factores tanto de orden temporal como de orden espacial. Las circunstancias en las que se genera un intercambio definen el grado de comerciabilidad, *salableness*, de un bien y que hicieron pasar por esta función diversos tipos de bienes.

En palabras de MENGER:

*“Men have been led, with increasing knowledge of their individual interests, each by his own economic interests, without convention, without legal compulsion, nay, even without any regard to the common interest, to exchange goods destined for exchange (their “wares”) for other goods equally destined for exchange, but more saleable”*<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> Una traducción literal sería el adjetivo “vendible” es decir, que se puede vender o que está expuesto a la venta. Sin embargo como el relato que hace MENGER parte de la inexistencia del dinero, el término venta está imbricado con el surgimiento del contrato de compraventa que es posterior a la aparición el dinero.

<sup>62</sup> *Ibidem*

En esta cita es posible deducir que cada producto o bien ha tenido su grado de *salableness*, y siguiendo el curso causal propuesto por MENGER llegar a un bien que supera a la mayoría en esta nota característica.

Se puede agregar que de la mayor parte de bienes distinto a una moneda utilizada como medio de intercambio indirecto se presentan con mayor grado aquellos bienes que suplen necesidades de subsistencia básicas, pues estos bienes serían fácilmente aceptados por aquellos grupos de humanos que no lograban satisfacer dichas necesidades, dígase por ejemplo, las pieles necesarias para soportar el frío.

La idea de que la comerciabilidad de un bien constituye la esencia del dinero primario y que proporciona la explicación del origen y en consecuencia la sustancia del fenómeno monetario se conecta con la idea del medio de intercambio generalmente aceptado. Esta aceptación general MENGER la posiciona exclusivamente como una fuerza natural incubada en un mercado libre, impulsada por aquellos que lograron identificar la mayor aceptabilidad de un determinado bien.

Vale decir por tanto, que la función del dinero que lo identifica y que lo caracteriza inequívocamente corresponde a su capacidad para ser *un medio de intercambio indirecto*, su capacidad de ser utilizado en las transacciones, permitiendo superar la “doble coincidencia de necesidades” y así ser el medio de cambio por definición, por antonomasia desde organizaciones sociales primitivas y que al día de hoy sigue cumpliendo. La función de medio de cambio

Por otra parte, nos encontramos con la teoría *chartal* o cartalista del origen del dinero propuesta por KNAPP, quien al inicio de su obra afirma que: “*money is a creature of the law*”<sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup> Knapp, G. F. (1924). *The state theory of money*. McMaster University Archive for the History of Economic Thought., pág. 1. Bajo esta premisa es que posteriormente plantea la necesidad del estudio de la historia de la ley relacionada con el dinero. El autor para desarrollar su teoría parte de los supuestos teóricos del metalismo y con un ánimo fundacional, al igual que MENGER, pretende dar una terminología propia al estudio del dinero de la que solo trascendió el nominalismo. Sin embargo, es destacable que en el análisis de KNAPP podemos encontrar una serie de afirmaciones referentes a la realidad que imperaba en la época de desarrollo de su obra pero que logra descifrar una serie de problemas relacionados con el devenir del dinero y la necesidad de separar de una vez por todas la etapa metalista.

Ahora, bajo la postura cartalista<sup>64</sup> KNAPP al desarrollar su teoría parte de una asimilación del dinero con los medios de pago, y llega a sostener que lo esencial del dinero no tiene que ver con el material de las piezas usadas como tal, sino más bien con las normas que regulan su uso y nos señala *“all money, whether of metal or of paper, is only a especial case of the means of payment in general”*<sup>65</sup>.

Es más, para platear su teoría parte de una distinción entre lo que es un medio de pago (*mean of payment*) y un bien de intercambio (*exchange-commodity*), precisando que, no obstante, un bien de intercambio puede ser considerado como un medio de pago, no todo bien de intercambio es un medio de pago. Luego nos precisa que *“the general exchange-commodity is accordingly an institution of social intercourse; it is a commodity which has obtained an especial use in society, first by custom, then by law”* y posteriormente aclara: *“the possibility of real use is insufficient to make it a mean of payment”* en referencia a los bienes de intercambio<sup>66</sup>. Además, en el planteamiento precisa que aquellos bienes que se usan en el intercambio, al ser capaces de provocar una satisfacción real de alguna necesidad, quien detente un bien que tenga dicha categoría, en el evento que la ley le reconozca como medio de pago, el detentador del bien puede elegir entre su uso como bien o como medio de pago. Y luego de manera introductoria, pues luego la mayor parte de su obra la dedica

---

<sup>64</sup> Knapp, *op. cit.*, pág. 32. El origen de esta expresión para referirse a la teoría monetaria conocida como cartalista se sustenta en la siguiente afirmación *“Perhaps the latin Word “charta” can bear the sense of ticket or token, and we can form a new but intelligible adjective “chartal”. Our mean of payment has this token, or chartal, form”*. Vale aclarar que, para la época, en la que imperaba el patrón oro y la convertibilidad, es posible entender la explicación del dinero a través de la idea del ticket del teatro para recuperar nuestro abrigo, pues se trataba de una etapa de desarrollo monetario en que la vinculación con los metales preciosos y particularmente con el oro aun no era abandonado, vinculación que se supera poco tiempo después.

Por otra parte, cabe hacer presente que el autor utiliza la expresión latina *“charta”* cuyo significado literal es papel, muy *ad hoc* a la idea del papel moneda como dinero fiduciario.

<sup>65</sup> Knapp, *op. cit.*, pág. 2.

<sup>66</sup> *Ibidem*, pág. 3-7.

a desarrollar los distintos medios de pago, señala que un medio de pago es un objeto movable el cual en cualquier caso puede ser utilizado para la circulación<sup>67</sup>.

En este sentido, GOODHART en un ensayo en el que hace una revisión de las dos posturas frente al origen y naturaleza del dinero, ya mencionadas inicialmente, sitúa a MENGER por un lado y a los CHARTALISTAS por otro<sup>68</sup>. Esta última visión, a la que adhiere y que atribuye al Estado, o más bien a la autoridad, el origen del dinero. GOODHART trata de despertar la alarma de lo que significaría crear un espacio óptimo para una moneda (OCA por su descripción en inglés que sería *optimal currency area*), considerando el grave atentado que generaría a la soberanía de los países miembros de una posible unidad económica y monetaria europea (EMU por su nombre en inglés que sería *economic monetary union*), antes que política. En este contexto es que GOODHART revisa la postura de MENGER y sus seguidores. Si bien reconoce el carácter técnico del razonamiento de MENGER, considera que la principal debilidad que presenta la teoría del origen espontáneo tiene que ver con la ausencia de alerta acerca de los problemas que habrían tenido las primeras personas que pasaran a asumir como medio de intercambio indirecto los metales preciosos<sup>69</sup>. Particularmente referido a la verificación de la nobleza de estos. De manera que bajo un razonamiento económico los costos asociados a la verificación de la calidad de los metales que se hubieran utilizado no es consistente en cuanto el postulado de que el origen del dinero fue impulsado por la disminución de los costos de transacción<sup>70</sup>.

---

<sup>67</sup> *Ibidem*, pág. 7 “The holder can choose between real satisfaction and circulatory”. Se piensa en la posibilidad del artesano de poder trabajar un metal o destinarlo a la circulación, es decir, usarlo como medio de intercambio indirecto.

<sup>68</sup> Mann, *op. cit.*, pág. 14. “only those chattels are money to which such character has been attributed by law by or with the authority of the state”.

<sup>70</sup> Goodhart, C. A. (1998). The two concepts of money: implications for the analysis of optimal currency areas. *European Journal of Political Economy*, 14(3), pág. 410-417. En sus palabras: “Apart from their lack of historical support, not that any such has usually been considered to be necessary., the main drawback of such models is that they fail to recognize the informational difficulties of using precious metals as money” Cabe destacar que la fuerza de la postura de GOODHART se sustenta en los aspectos empíricos del análisis del fenómeno dinerario. Si bien trata de restar importancia a la falta de sustentación histórica de la postura de MENGER, en el

Es más, existe una visión sociológica del origen del dinero, la que radica sus inicios en la práctica de rituales, todo ligado a lo místico y espiritual de las primeras sociedades en las que el culto a lo divino constituía la mayor realización del individuo como sujeto en el entorno social. Así, del valor que se le daba a los animales sacrificados es que parte de este animal era valorado y, de esta manera, la idea de la valorización a través de un elemento externo, a un medio indirecto, nace en un entorno ritual. En palabras de SÁNCHEZ *“Es precisamente la dimensión sacramental que dimana del proceso ritual la que se desplaza al campo del comercio, instalándose como el momento inicial de la actividad económica. Es el cerdo el animal sagrado ya que, a los ojos del hombre mediterráneo, sus rápidos procesos de crecimiento y engorde simbolizan la fuerza renovadora de la naturaleza. Propiamente, la autoridad que va a transmitir la confianza a los actores sociales en la valencia del cerdo como medio generalizado de intercambio es la casta sacerdotal, por lo demás, máximo representante de la creencia religiosa de fondo”; “Por ello, el bien sagrado se perfila como primera forma de equivalente generalizado sin una conciencia económica diferenciada que así lo promueva de manera deliberada”*<sup>71</sup>.

Sin embargo, determinar el origen del dinero como una obra espontánea de la humanidad a través de la acción individual de los primeros mercaderes o a través de la imposición coercitiva de la autoridad a través de su aparato estatal, entendiendo el dinero o la moneda como un mero símbolo, obra exclusiva del Estado a través del ordenamiento jurídico como medio de cambio y pago<sup>72</sup> o como una trascendencia de lo espiritual o ritual a lo mercantil, nos parece de una visión reduccionista y es mejor adoptar una posición conciliadora de las visiones. Asimismo, desconocer los procesos de gestación normativa, que por lo general son de aparición posterior al hecho o problema que se presenta en la

---

desarrollo de su artículo abundan variadas notas de investigaciones antropológicas de hallazgos de acuñación de moneda que se remontan a mediados del siglo VII A. D. C., con la acuñación del *electrum*.

<sup>71</sup> Sánchez Capdequí, C. (2005). Las identidades del dinero. *REIS* nº 111, 2005, pág. 49. Conjuntamente al origen mediterráneo (Egipto, Mesopotamia y la Grecia preclásica) el autor analiza la cultura *trobiana*, quienes al igual que el grupo anterior, sus vidas giraba en torno al rito sacrificial.

<sup>72</sup> Bonet, *op. cit.*, pág. 141.



sociedad<sup>73</sup>, es el principal problema que presenta la postura chartalista para abrazarla sin reparos.

Es más, los primeros autores analizados permiten afirmar que el origen del dinero como medio de intercambio indirecto y como el impulsor del desarrollo de la economía puede tener perfectamente una lectura convergente, pues tanto en MENGER como en KNAPP<sup>74</sup> se puede verificar, un grado de convergencia en el análisis del fenómeno monetario. Por una parte MENGER reconoce el rol del Estado en el impulso de las funciones del dinero como medio de intercambio indirecto y GOODHART reconoce que es posible que los privados hayan desarrollado de forma inicial el dinero en mercados específicos<sup>75</sup>.

Por otra parte, la noción de convención social<sup>76</sup>, carácter atribuido al dinero<sup>77</sup>, también nos permite aclarar el proceso de gestación normativa, pues si bien es posible aceptar que el dinero responde a este concepto en etapas iniciales, en aquellos supuestos imaginarios improbables, debemos resaltar el carácter

---

<sup>73</sup> Por ejemplo, hoy el mundo digital representa uno de los mayores desafíos de los juristas y en este caso por cuestiones particularmente técnicas que impiden la apreciación integral del fenómeno digital.

<sup>74</sup> Knapp, *op. cit.*, pág. 3.

<sup>75</sup> Goodhart. *op. cit.*, pág. 418. “A disclaimer may, however, also be needed. The purpose of this section was to argue, first, that money frequently played an initial means-of-payment role in interpersonal social and governmental roles before it played a major role as a medium-of-exchange in market transactions, and second, that the relationship of the State, the governing body, to currency in all its roles has almost always been close and direct, but I do not claim that the private sector cannot, and has not, ever been able to develop monetary systems without the involvement of state authorities. Perhaps the most likely early historical example of purely private sector monetary systems is the Aztec cocoa bean money”.

<sup>76</sup> Miller Moya, L. M. (2009). La noción de convención social. Una aproximación analítica (online) Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3026966> (última consulta 3 de marzo 2020). *Paper: Revista sociologica* (91), pág. 38. “Una definición de convención social sería: Una *regularidad R* empíricamente observable en el comportamiento humano que cumple las siguientes características: 1) se trata de una regularidad *R arbitraria e indeterminada*, en tanto que podría ser identificada una regularidad alternativa *R'* que respondiera de igual forma a la demanda originada por la estructura de la situación de interacción social a partir de la cual ha surgido *R*; 2) se trata de una regularidad *estable*, cuya estabilidad puede deberse a dos motivos: bien los individuos no tienen incentivos para desviarse de la misma (problemas puros de coordinación en los que existe una coincidencia plena de intereses entre los participantes) o bien cualquier desviación de la convención está penalizada por la desaprobación de aquellos que participan en ella, ya que para estos dicha desviación no supone sólo comportarse de forma diferente a la regularidad *R*, sino que supone desviarse de un *principio normativo*. Ambos motivos no son excluyentes”. Al referirse a lo normativo se entiende que es en referencia a una prescripción de conducta determinada por la interacción social, se trataría de una norma social.

<sup>77</sup> McLeay *et al.* (2015), *op. cit.*, pág. 346

jurídico normativo, pues desde que se ha reconocido que el fenómeno financiero es determinante para mantener la estabilidad interna, es la autoridad en ejercicio que lleva a cabo una acuciosa regulación del fenómeno. Así por tanto, si bien en cuanto el origen y evolución del dinero nos parece útil la noción de convención social, también aplicable a los buenos modales, el dinero como fenómeno social no es solo una convención social, sino que además cuenta con un cuadro de personas especialmente dedicado imponer su cumplimiento<sup>78</sup>, que en el caso del dinero estaría representado por los tribunales, que frente al rechazo por parte del acreedor de recibir una cantidad de dinero como pago, se verá obligado a recibirla. Desde que el Derecho reconoce el carácter de medio de pago al dinero y el pago es realizado conforme a lo que reza el contrato, el acreedor se ve obligado a recibir dicho pago en dinero y no puede pretender que se le pague en oro, por ejemplo. Por otra parte, si pensamos en la posibilidad de que sea utilizado un nuevo medio de pago, un nuevo instrumento que cumpla con las funciones del dinero, a diferencia del incumplimiento de una convención social, el ordenamiento jurídico, a través de las instituciones que detentan el monopolio de la coacción, reaccionará con el propósito de mantener el orden en cuanto a lo que se debe entender por dinero, a lo que ha sido elevado a través de las normas jurídicas al carácter de tal. El ejemplo más ilustrativo de las pretensiones de cambio de paradigma de comportamiento en los intercambios patrimoniales, que vendría a ser el contexto de interacción social, lo constituye las criptomonedas. La reacción del Estado fue categórica, el rechazo al cambio de instrumento para los intercambios, inicialmente, fue categórico<sup>79</sup>.

Así las cosas, el origen del dinero puede tener perfectamente la comprensión de fenómeno histórico, sociológico, económico y jurídico, por tanto, un fenómeno social al cual cada una de las disciplinas se acercará con sus métodos, pero que

---

<sup>78</sup> Miller Moya, L. M. (2008). Una aproximación sociológica a la noción de convención social. *Revista mexicana de sociología*, 70 (4), pág. 657. En este artículo el autor hace referencia a la propuesta de WEBER y precisa la diferencia de la convención social con el derecho en cuanto a los mecanismos de ejecución del cumplimiento de la prescripción normativa.

<sup>79</sup> Hoy ya se ha ido conociendo más detalle acerca del fenómeno de las criptomonedas y se han ido abriendo puertas que permiten la aplicación de la tecnología usada por las criptomonedas para mejorar el sistema financiero, pero siempre bajo la premisa de la presencia de las entidades bancarias.

debería llegar a conclusiones coherentes en razón de que se trata del mismo fenómeno, en este sentido la complejidad del fenómeno demanda la actuación conjunta de las ciencias para aclarar los límites y sustancia del fenómeno financiero.

De esta manera, a las autoridades le tocó su reconocimiento por fuerza de argumentos, de conveniencia, de utilidad, entre otras tantas cualidades de esta forma indirecta del intercambio, que por fuerza de los hechos parecía ser la mejor forma de hacer eficiente la economía y para posteriormente vislumbrar utilidades de cohesión social, conquista, trascendencia imperial, recaudación tributaria y así como en el caso de innumerables fenómenos sociales, los hechos encontraron su lugar en el Derecho y hoy en día podemos verificar su regulación no en una ley sino más bien en una estructura normativa compleja<sup>80</sup> que deja de manifiesto las dificultades que presenta el fenómeno en cuestión y que excede con creces las referencias realizadas en los códigos decimonónicos, si es que no es más preciso señalar la ausencia de regulación a uno de los instrumentos más importantes de las relaciones humanas en la época compiladora.

### 1.1. Evolución del dinero

El estado del arte reconoce que el dinero ha ido evolucionando conjuntamente con el desarrollo económico y a las exigencias que impone la eficiencia en el comercio, y ,en razón de la presión ejercida por las máximas del mercado, es posible distinguir diversas etapas en la evolución del fenómeno hasta llegar a nuestros días, en que la revolución digital ha encontrado su lugar en este impulso

---

<sup>80</sup> <https://www.bde.es/bde/es/secciones/normativas/> En este enlace del Banco de España está la base de datos de la normativa del sistema financiero, en el que se desenvuelve el dinero con normativa a nivel de comunidades autónomas, a nivel de estado y a nivel comunitario, además de diferentes tipos de normas, unas de carácter administrativos y otras de origen legislativo, todo lo cual pone de manifiesto la complejidad del fenómeno en cuestión. Se debe tener presente además que al visitar los sitios web de los bancos centrales de cualquier estado nos encontraremos con panoramas muy similares en cuanto a la forma en que está estructurado el sistema financiero.

evolutivo de las concepciones del dinero, especialmente por la instantaneidad que promete la tecnología digital.

Es así como, es posible distinguir una época primitiva, en la que el dinero se manifiesta en una mercancía con valor de uso. Luego, se ha identificado la época metalista, en el que el metal precioso pasa a ganar su lugar como la más idónea mercancía para cumplir la función de intercambio indirecto. Más adelante, y ante la importancia que el dinero representa en las interacciones sociales y su reconocimiento por las autoridades se llega a la época chartal o más bien cartalista, en el que el dinero cartal cumple la función de pago forzoso, tras la sanción normativa, estado evolutivo del dinero que es posible sostener hasta el día de hoy. Seguidamente, destacaremos la época fiduciaria (dinero fiduciario y contable; *scriptural money*) *cuya traducción responde al dinero que consta en las cuentas de depósito o cuentas corrientes, que en la actualidad constituye, cuantitativamente, la definición de lo que se entiende por dinero.* Por último, la época digital en el que la que el dinero más que cambiar su estado anterior, dinero contable, pasa a ocupar la forma que habilita la tecnología digital (e-money, dinero digital o dinero electrónico), que eventualmente podría ser la puerta a un nuevo estado evolutivo del dinero a través de la aplicación de las nuevas tecnologías (Criptodivisas).

Vale decir que, cada una de estas etapas evolutivas del dinero fueron dejando su estampa en el devenir del fenómeno, a pesar de que a veces solo para caer en confusiones.

### **1.1.1. Los medios de cambio y el dinero**

Esta es la etapa seminal del dinero. Se trata del comienzo de una forma específica de relacionarse en torno a los intercambios patrimoniales. Entiéndase que estamos hablando de una etapa histórica que nos remonta más allá del año 600 antes de Cristo, año en el que se ubica la primera moneda acuñada por

parte del reino de Lidia. Si queremos simplemente enfocarnos en las monedas como idea de dinero en concreto, dinero simbólico, pues las manifestaciones formales del dinero primitivo tuvieron un valor de uso, un valor intrínseco y adicionalmente se transformaron en medios de intercambio indirecto en razón a sus características, lo que se determinaba circunstancialmente, vinculado a las priorizaciones de necesidades determinadas en el tiempo y el espacio. Tantas manifestaciones formales del dinero, como culturas, lo que demuestra, en palabras de FERGUSON que el dinero no es más que *trust inscribed*<sup>81</sup>. Así, la lista la podría encabezar el cacao, la sal, las pieles, las cabezas de ganado, entre otras tantas. Es en esta época, en la que las características que hoy se le atribuyen al dinero son perfectamente entendibles, y la trascendencia del fenómeno se hace evidente. Se trata de mercancías que formaban claramente parte de lo que hoy conocemos como cosas muebles, genéricas, fungibles, a las cuales se les puede atribuir una determinada calidad y cantidad. Es más, se podría afirmar que la idea del dinero *in abstracto* no haya sido pensada, debido a que las cosas que se utilizaban como tal portaban un valor de uso, de manera que su aspecto abstracto está incorporado en su manifestación material y no se hace evidente, sino que, inconscientemente, se acudía a una referencia que servía para medir el valor, a través de la idea del valor relativo. Esta relación entre los aspectos constitutivos del dinero, el formal y el ideal, veremos que se invierte con el dinero bancario vigente, pues la manifestación ideal impera sobre la material o formal. Así, se puede entender que con el objeto de mejorar las relaciones patrimoniales la costumbre en los intercambios decante por algún sistema que permita eliminar la imposible posibilidad de la doble coincidencia.

Hay que hacer presente que las condiciones en que surgió históricamente el dinero no necesariamente está exclusivamente vinculado a la edad antigua, pues incluso en la actualidad, entendiendo que estamos hablando del dinero sin las consideraciones jurídicas que a su respecto se deben atender, la utilización de bienes de consumo como dinero es latente a cualquier situación en la que de facto el *legal tender* o numerario o dinero en circulación, pierda su razón de

---

<sup>81</sup>Ferguson. *op. cit.*, pág. 30. Lo que vendría a ser una suerte inscripción de la confianza, idea que está íntimamente relacionada con el dinero fiduciario.

existir, como fue en su momento el tabaco, el que fue utilizado como medio de intercambio por parte de los prisioneros de guerra durante la Segunda Guerra Mundial<sup>82</sup>. Es más, esta pequeña síntesis de la historia del dinero nos permite ir percibiendo que el dinero como fenómeno cultural se precisa como una entidad presente en nuestras relaciones que ha cobrado infinidad de formas, todas las cuales han ido cumpliendo las distintas funciones que se le han atribuido en la historia.

### 1.1.2. El metalismo

Como se ha señalado en el desarrollo del origen del dinero, desde el año 600 antes de Cristo, correspondiente al año en el que se ubica el registro histórico más antiguo de la acuñación de metales preciosos para ser utilizados como dinero en la región de lo que hoy sería Turquía, encontrada en el templo dedicado a Artemisa de Éfeso, moneda que sería la precursora del tetradracma ateniense. Esta moneda lidia consistió en una aleación de oro y plata que se denominaba *electrum*, la primera moneda conocida y es del reino de Lidia<sup>83</sup>. Durante este periodo se mantiene el carácter de mercancía de las manifestaciones formales del dinero o del dinero simbólico. Solo que hay una homogeneización del fenómeno y se acude a las características materiales de ciertos metales para uniformar los intercambios indirectos. En gran razón por la homogeneidad que presentan los metales nobles.

De acuerdo con NUSSBAUM, el afinamiento del concepto mismo del dinero se logra con la utilización de los metales preciosos o nobles, los que eran utilizados como medios de intercambio en razón de su peso, para dar el gran paso a la moneda, es de ahí que se pasó de la unidad de peso a la unidad ideal, apuntando como el paso decisivo en cuanto a las monedas de una misma clase, no obstante

---

<sup>82</sup> Mishkin, *op. cit.*, pág. 51

<sup>83</sup> Ferguson, *op. cit.*, pág. 24.

las diferencias de peso que entre ellas pudieran existir, debido a su desgaste, se aceptaban como iguales<sup>84</sup>.

Destaca en esta época de la evolución del dinero, en Roma, que en la construcción de su imperio a través de los distintos emperadores hicieron del dinero y particularmente de la acuñación de la moneda a través de los metales preciosos una fuente de riqueza para financiar los conflictos bélicos y el mismo aparato fiscal, en la que se entendía la moneda en su aspecto preferentemente cuantitativo. Es en el propósito de los principios procesales romanos en que podemos encontrar la moneda como una medida común, entendiéndose que las condenas serán siempre en dinero. Sin embargo, los avatares de las mercancías hacían que el dinero representado por los metales preciosos igualmente fuera corrompido, no solo por una voluntad soberana<sup>85</sup>, sino que también se vieran vulnerados por la ley de la oferta y la demanda, como es el caso de España durante la época dorada, luego de la llegada a América y a consecuencia de la explotación de metales preciosos<sup>86</sup>.

En este estado de evolución del dinero la moneda resulta una mercancía, como cualquier otra, por lo que su valor radica en la materia, en su valor intrínseco, de lo que está hecha, y así su función de medida de valor y medio general de cambio deriva de la idoneidad del material que integra el signo monetario, que es un aspecto cualitativo e independiente de la designación nominal que alguna autoridad pretenda asignar<sup>87</sup>.

De acuerdo con BONET, históricamente han existido dos concepciones metalistas. Una primaria, en la antigüedad, en la que el dinero era visto en el contenido de una pieza de metal. En una nueva concepción metalista bastará que la pieza de metal esté apoyada en la reserva de metales nobles, de modo

---

<sup>84</sup> Nussbaum, *op. cit.*, pág. 42.

<sup>85</sup> Bonet, *op. cit.*, pág. 122 Destaca el autor a Nerón, quien amalgama cobre para aumentar las monedas, perdiendo su valor intrínseco y llevando a la crisis de autoridad en la enunciación fiduciaria.

<sup>86</sup> Keynes, J. M. (2013). *The Collected Writings of John Maynard Keynes: In Two Volumes. A Treatise on Money. The Pure Theory of Money.* (Vol. II). Cambridge University Press for the Royal Economic Society, pág. 136.

<sup>87</sup> Bonet, *op. cit.*, pág. 125.

que no es necesario que la pieza representativa de la unidad de valor contenga una determinada cantidad de metal acuñado, sino una determinada cantidad abstracta de poder adquisitivo y de pago. Para los últimos metalistas el dinero se concibe como un bien económico-jurídico que es portador de un poder adquisitivo; de este modo se llega a identificar al dinero con la unidad de cálculo<sup>88</sup>. Cabe destacar que en el metalismo, el valor de uso de los metales nobles pasaba a segundo plano y es el valor relativo de la mercancía lo que determinó su funcionalidad.

### 1.1.3. Chartalismo o cartalismo

Una vez que se saca de circulación las manifestaciones formales del dinero o signos monetarios en los que predominaba su valor intrínseco, es decir, dinero con valor de uso, que constituían a su vez una mercancía en sí misma y que inspiró el desarrollo de la teoría de los metalistas, pero que también dejó obstrucciones al entendimiento del dinero en su nueva forma. El patrón metálico, la convertibilidad de las piezas que constituían la manifestación formal del dinero en esta época es la característica sobre la que se pone mayor énfasis. La expresión latina *charta* fue la elegida por KNAPP para teorizar acerca de lo que era el dinero en los años de desarrollo de su teoría. Para entenderla el autor se basa en títulos representativos de una prestación, tales como los tickets que hasta el día de hoy son usados en recintos privados o públicos que prestan servicios de custodia, su ejemplo está basado en los *tickets* que dan a cambio de la custodia de los abrigos en el teatro. En sus palabras, que trascienden hoy en día:

*“When we give up our coats in the cloakroom of a theatre, we receive a tin disc of a given size bearing a sign, perhaps a number. There is nothing more on it, but this ticket or mark has legal significance; it is a proof that I am entitled to demand the return of my coat. When we send letters, we affix a stamp or a ticket which proves that we have by payment of postage obtained the right to get the*

---

<sup>88</sup> *Ibidem*, pág. 134.



*letter carried. The “ticket” is then a good expression . . . for a movable, shaped object bearing signs, to which legal ordinance gives a use independent of its material. Our means of payment, then, whether coins or warrants, possess the above-named qualities: they are pay-tokens, or tickets used as means of payment . . . Perhaps the Latin word “Charta” can bear the sense of ticket or token, and we can form a new but intelligible adjective – “Chartal.” Our means of payment have this token, or Chartal, form. Among civilized peoples in our day, payments can only be made with pay-tickets or Chartal pieces”* <sup>89</sup>. La extrapolación que hace el autor del ticket, como representativo de un derecho que lo vincula con las cartas, para llegar a su denominación de dinero cartal, que sería el medio de pago con que se realizan las transacciones hoy, debe ser entendido con la superación de la convertibilidad, pues el ticket para obtener la devolución del abrigo, de acuerdo con KNAPP, no tiene una asimilación a la idea del dinero luego de que se abandona el carácter convertible en mercancía del dinero, representada por el patrón oro, pero conservando su capacidad para cambiarse por la universalidad de bienes y servicios presente en el mercado.

Por otra parte, de acuerdo con el análisis de BONET, es KNAPP el definidor del nominalismo contemporáneo<sup>90</sup>. La autoridad pasa a tener un rol preponderante en la designación de la unidad de cuenta y cuya significancia diera la seguridad para el control del sistema monetario. Así, la imposición por parte de un Estado de un sistema monetario en el que se determinara uniformemente y nominalmente la unidad de cuenta con la que se podía transar en el mercado es impuesta en regímenes totalitarios como en el caso de Rusia con el rublo y con el caso Italiano con la lira, definiéndose de esta manera el curso legal forzoso de un determinado signo monetario, de valor impuesto por el Estado nominalmente e inderogable por las partes convencionalmente, lo que traería como efecto la consideración del principio nominalista como un principio de orden público<sup>91</sup>. Ahora, es en el contexto de la nación francesa que con el Edicto de 1602 se

---

<sup>89</sup> Knapp, *op. cit.*, pág. 32. La visión del autor nos permite vincular la visión Chartalista del dinero con los títulos de crédito, pues estos justamente contienen una prestación.

<sup>90</sup> Bonet, *op. cit.*, pág. 125.

<sup>91</sup> *Ibidem*, pág. 138.

reconoce el triunfo del nominalismo.<sup>92</sup> Es así como la aplicación del nominalismo, de manera absoluta, como aclara BONET, frente a la inflación, nos invita a aceptar las cláusulas de estabilización, que buscan salvar los problemas del nominalismo como sistema de pago de las obligaciones pecuniarias.

#### **1.1.4. El patrón oro**

El patrón oro o *gold standard* se reconoce como el sistema regulador o estabilizador internacional del valor del dinero<sup>93</sup>. Se atribuye al economista clásico RICARDO el diseño de un sistema monetario basado en la representatividad del dinero referido al metal precioso, sistema que habría sido ideado con mucha antelación a su aplicación<sup>94</sup>. Este sistema consiste en que el valor de la unidad ideal o fundamental del sistema financiero se fija en términos de una determinada cantidad de oro, acudiendo a otra unidad ideal, referida a la masa del metal precioso y que se mide en gramos o en onzas. De esta manera, una unidad fundamental equivale a x gramos u onzas de oro.

KEYNES fue quien dio el golpe de gracia al sistema de patrón oro o patrón metal, al considerarlo una reliquia barbárica. Este sistema monetario, que se termina quebrando con el abandono de los Estados Unidos del Acuerdo de Breton Woods, era un sistema que permitía mantener una conexión del dinero con una de sus funciones, que corresponde a la de ser un depósito de valor. Hay que tener en cuenta que el *gold standard* o *patrón oro*, corresponde a un sistema en el que el metal no servía como medio de intercambio propiamente tal, sino que va asociado a un documento representativo de una cantidad determinada del metal, pero la circulación del metal precioso estaba muy lejos de que los hombres

---

<sup>92</sup> Nussbaum, *op. cit.*, pág. 119.

<sup>93</sup> Mann, *op. cit.*, pág. 32.

<sup>94</sup> Mises, L. v., & traductor Riano, A. (1936). *La teoría del dinero y del crédito*. (M. Aguilar, Ed.) Madrid, España: Aguilar. Pág. 329.

corrientes pudieran utilizarla como medio de intercambio, a diferencia de lo que sí ocurrió históricamente con la plata<sup>95</sup>. Ahora, es posible afirmar que el patrón oro, considerando que el metal es precisamente lo que le da el valor al dinero, en este sistema, comparte una característica con el dinero fiduciario, que es el hecho de que no se respaldan necesariamente con alguna reserva de oro efectiva, sino que se utiliza un encaje. De esta manera, el dinero fiduciario y el patrón oro no son excluyentes, sino que conviven en la evolución del dinero, desde que se permitió no respaldar con reservas al cien por cien de los metales que representaba el dinero. En este sentido, podemos destacar la historia monetaria española, pues se utilizaba un sistema bimetalista que se mantuvo hasta 1876-77 y, como nos señala *RIERA* “desde la ley de 1856, la emisión de billetes por parte de los bancos debía mantener una garantía en metálico (encaje) que se situó en 1/3 de la emisión pudiendo alcanzar la emisión de billetes el triple de su capital efectivo”<sup>96</sup>. Hay que precisar, igualmente, que bajo la vigencia de este sistema, bimetalista, el dinero constituye una promesa de entrega de una cantidad de gramos del metal diferenciado, estableciéndose una razón de unidad equivalente a quince, entre el oro y la plata, lo que trajo una serie de complejidades al sistema financiero español.

La relación entre el patrón oro y los medios fiduciarios se puede afirmar en lo que ocurrió con India y la rupia, al establecerse un sistema financiero basado en el patrón oro, abandonando la plata, que en vista a los efectos que podría provocar el traslado de oro de Londres a la India, las autoridades asiáticas decidieron no respaldar con reservas reales de oro a la unidad fundamental del sistema que se establecía<sup>97</sup>.

---

<sup>95</sup> Keynes, J. M. (2013), *op. cit.*, pág. 262. En el análisis el autor precisa que es la plata el metal que cumplió más propiamente el carácter de dinero mercancía, no el oro.

<sup>96</sup> Riera i Prunera, C. & Blasco-Martel, Y. (2016). La teoría cuantitativa del dinero. La demanda de dinero en España: 1883-1998. Estudios de historia económica nº 72 Disponible en: <https://repositorio.bde.es/bitstream/123456789/7407/1/roja72.pdf>. *Informe Banco de España*, pág. 48.

<sup>97</sup> Mises (1936), *op cit.* pág. 327.

Definitivamente la idea del patrón oro en el establecimiento de un sistema financiero que buscaba la estabilidad del valor del dinero carece de las consideraciones de que el dinero, como cualquier otro bien, responde a las leyes de la oferta y de la demanda<sup>98</sup>.

#### **1.1.5. El dinero fiduciario y el dinero fiat**

Desde ya hay que dar por establecido que el dinero *fiat*, *una derivación natural del dinero fiduciario*, es el tipo de dinero que forma parte de las corrientes del circuito monetario actual. Como se adelantó, en las distintas etapas de la evolución del dinero se han ido conservando ciertos caracteres y el carácter fiduciario se podría decir que ya es definitivo del sistema financiero. Esta época la podemos posicionar definitiva e históricamente con el abandono del patrón oro, a pesar de que es posible identificar su operatividad con anterioridad.

Ahora, en la literatura se utiliza indistintamente las expresiones dinero fiat o dinero fiduciario, seguramente por el valor confianza que etimológicamente proviene de la palabra de raíz latina, “*fiduciarus*” y cuyo significado es tal para la Real Academia Española. Sin embargo, podemos sostener que el dinero fiat es posterior al surgimiento del dinero fiduciario, y se produce junto al monopolio de la emisión del dinero fiduciario<sup>99</sup>.

Ahora, los medios fiduciaros, antes de que el dinero adoptara esta calidad, eran entendidos como como títulos de pago de cierta suma al momento de su presentación, que no están cubiertos por ningún fondo de dinero y que sus características técnicas y jurídicas le permiten circular en lugar del dinero y ocupar su lugar. Así, estos títulos que permitían agilizar las transacciones e incluso transar sobre ellas, basados en la confianza que se tenía en su emisor,

---

<sup>98</sup> Mises (2011), *op cit.* pág. 510.

<sup>99</sup> Hoppe, H. H. (1994). How is fiat money possible? —or the devolution of money and credit. *The Review of Austrian Economics*, 7(2), pág. 59-60.

esencialmente basada en la solvencia, eran emitidos o por los bancos o por el estado, entidad que gozaba de la prerrogativa de acuñación. Es así que, los medios fiduciarios que se desarrollaron por los bancos fueron los billetes bancarios (muy distinto a los billetes de curso legal) y las cuentas corrientes<sup>100</sup>.

Ahora, desde el despegue de una economía monetaria es que la confianza pasa a ser el componente por definición del dinero, esta confianza que las personas depositan en el dinero es lo que le da el valor, o mejor dicho como señala PASTOR “*el verdadero valor que incorpora el dinero es la confianza que los diferentes sujetos depositan en las diferentes formas del dinero*”<sup>101</sup>, en cualquier bien que representara el medio de intercambio indirecto. Nosotros podríamos agregar que este acto de confianza, que es la designación del medio de intercambio indirecto, Es más genuino en la atribución natural de los agentes del mercado en las épocas primigenias de la economía monetaria, pues desde que es el Estado el que reconoce una determinada moneda de curso legal forzoso, la confianza es depositada por el Estado en representación de la sociedad.

Sin embargo, hay que tener presente que la emisión de billetes bancarios, que eran utilizados como títulos representativos de dinero emitido por la misma entidad, no respondían necesariamente a las existencias reales del dinero propiamente tal. Así, la existencia del dinero fiduciario se gesta con anterioridad al abandono del patrón oro, desde que las instituciones bancarias emitían los denominados billetes bancarios.

En este sentido, es pertinente hacer una aclaración entre los medios fiduciarios y los sustitutos del dinero en la época anterior a que el *dinero fiat* o *dinero por decreto* se convirtiera en dinero de curso legal. Así, antes de que se imponga el sistema financiero en el que el gran protagonista es el Banco Central, según MISES el *medio fiduciario* no está respaldado, necesariamente, por dinero real o efectivo, mientras que los *sustitutos del dinero* corresponden a aquellos títulos,

---

<sup>100</sup> Mises (1936), *op. cit.*, págs. 315-316.

<sup>101</sup> Pastor Sempere, María del Carmen. *Dinero electrónico* (recurso electrónico). Edersa. Madrid. 2005 (Consulta: 29 de noviembre 2017) Disponible en:

<https://app-vlex-com.sire.ub.edu/#sources/576>. En las cuestiones previas la autora hace una pausa obligada para detenerse en el concepto del dinero.

conocidos normalmente como los títulos de créditos, que pueden representar el dinero real o un medio fiduciario. De esta manera, se identifica entre los sustitutos del dinero la letra de cambio. Se trata, por tanto, de créditos pagaderos a la vista o sujeto a plazo y que cumple la función esencial del dinero, es decir, puede ser utilizado como medio de cambio. Es así que, los sustitutos del dinero pueden ser creados por cualquier persona, pues no son más que créditos que se crean voluntariamente por su librador.

Dentro de los posibles sustitutos monetarios destaca, en la evolución del dinero, los billetes de banco, que precisamente consistían en un crédito contra el banco, por una determinada cantidad de dinero efectivo.

Como se podrá deducir, el respaldo de dicho crédito en dinero efectivo dependería de las reservas del dinero que promete, de manera que el componente esencial en esta manifestación del dinero es la confianza, pues hay una cierta seguridad que al momento de cobrar el sustituto monetario se podrá acceder al dinero real o efectivo.

Hoy, la distinción cambia sus componentes, pues podemos afirmar que los medios fiduciarios, tales como los billetes bancarios (emitidos por ellos) pasaron a ser parte del dinero que respalda los sustitutos del dinero, es decir, seguimos utilizando sustitutos del dinero, que son instrumentos legales que permiten establecer relaciones de crédito y que representan el dinero de curso legal, en el que se absorbió el dinero bancario en un primer lugar, para pasar posteriormente a la emisión de una entidad estatal.

Es así que, estos sustitutos que se identifican con las letras de cambio, cheques o pagaré, son concebidos como medios fiduciarios, en el sentido de que representan el dinero de curso legal<sup>102</sup>, como en su momento los billetes de banco representaron el dinero de curso legal.

En este contexto conceptual, según BONET, el acontecimiento más importante del siglo XIX es la consideración que se le da al billete de banco como dinero y que incluso comience a darse y aceptarse como verdadera moneda debido a su conversión en moneda de metal noble. Comienza a ser una moneda de curso

---

<sup>102</sup> Lasarte González, C. (2015). *Derecho de Obligaciones Principios de Derecho Civil II*. Madrid: Marcial Pons, pág. 70-71.

voluntario (cuando para los pagos se admite potestativamente por el acreedor), que luego pasa a ser curso legal (la admisión del billete es obligatoria para los pagos o liberación de obligaciones) para terminar siendo de curso forzoso, es decir, se impone preceptivamente como medio de pago con pleno poder liberatorio sin tener que reembolsar el banco emisor su importe en oro o plata al momento de su presentación<sup>103</sup>.

Es en este contexto institucional del dinero, en el que el billete bancario junto con la cuenta corriente, como medios fiduciarios y como sustitutos monetario, permitió a la banca aprovechar dicha confianza y no respaldar los créditos emitidos con las efectivas reservas del dinero legal que declaraba representar y, así, se hace posible la creación de cuentas de depósitos, que representa una cantidad de unidades monetarias, que por muy poco tiempo se correspondían con las reservas del banco y que a través de los préstamos se configura una nueva versión del dinero, cuál es, el dinero crédito, en el marco de la operatividad de la expansión crediticia<sup>104</sup>.

#### **1.1.6. Dinero electrónico y digital**

Podemos afirmar que esta época del desarrollo del dinero constituye la actual. Hoy es cada vez más frecuente ver la imposición del carácter extremadamente abstracto del fenómeno financiero para los efectos de reconocer la práctica de los intercambios patrimoniales. Las manifestaciones formales del fenómeno se reducen a simples asientos contables existentes en las cuentas bancarias y electrónicas de las personas.

---

<sup>103</sup> Bonet, *op. cit.*, pág. 133

<sup>104</sup> Cruz Hidalgo, E., & Parejo Moruno, F. M. (2016). El dinero en la historia del pensamiento económico: la teoría monetaria post-keynesiana y su confrontación con la ortodoxia. *Iberian Journal of the History of Economic Thought*, 3(1), pág. 32. En el marco del análisis de la postura del carácter endógeno del dinero, desarrollan los autores la idea del dinero fiduciario crédito.

Esta época se caracteriza por mantener el carácter fiduciario del dinero, es decir, la inexistencia de una convertibilidad de la unidad monetaria o más bien de la unidad ideal en algún bien, o en algún metal precioso, más propio de la época del dinero mercancía y consecuentemente estamos ante el dinero por decreto o dinero fiat.

La tendencia a la desaparición de la manifestación formal clásica, dígase, la pieza de dinero, moneda o billete, metal o papel, es ya casi una realidad y se ha impuesto por las mismas razones por la que el fenómeno financiero ha ido cambiando a lo largo de la historia, es decir, *eficiencia en los costos de transacción y seguridad*.

Esto se ve reflejado en la gran cantidad de servicios de pagos que nacen de la idea de la eficiencia en la transacción, en la que el acto de consumo, el pago de los bienes y servicios pasan por una instancia en la que la instantaneidad del pago es se hace cierta<sup>105</sup>.

No obstante, por más digital o abstracta que se presente el fenómeno dinerario es insoslayable entender que siempre habrá un terminal informático, ya sea un Smartphone o un ordenador, en cuya memoria se albergará la información sobre la cantidad de unidad ideal que poseemos en nuestro patrimonio, sin dejar de notar que la relación entre la manifestación ideal y formal del dinero se invierte, pues la manifestación ideal que en un principio era casi ignorada, hoy es el aspecto del dinero que con mayor fuerza se hace presente

En este mismo sentido, a pesar de que no está dentro de nuestros objetivos indagar sobre cuál de las dos teorías en torno al origen del dinero es la que más se acerca a su origen histórico, como lo conocemos hoy, es conveniente hacer referencia a una reciente experiencia, que se enmarca en el desarrollo de las tecnologías y que puede darnos pruebas del cómo se habrá gestado inicialmente el dinero. Este fenómeno es el de las criptomonedas o criptodivisas como se ha preferido llamar en la Unión Europea.

---

<sup>105</sup> Si bien es cierto la idea de la instantaneidad es posterior a la recolección de datos por parte del intermediario financiero dueño del medio de pago a utilizar.



Es así que, el ingreso de esta *posible y pretendida* modalidad de intercambio indirecto, en el esquema financiero actual, es producto de la actuación espontánea, como se precisa que fue la creación de los primeros medios de intercambios indirectos. Cabe señalar que las criptomonedas se originan como una reacción al sistema financiero colapsado en la última crisis económica, antes de la generada por la pandemia, que se generó entre los años 2007 y 2009 en Estados Unidos<sup>106</sup> y que se expandió al resto del mundo, que hasta el día de hoy sigue siendo objeto de análisis, esencialmente por las alertas que no se escucharon y que se podrían estar repitiendo patrones de comportamiento de los agentes económicos.

Ahora, en lo referente a las criptomonedas lo precisamos debido a que efectivamente hemos podido ver como la ciudadanía, al ver el fallo del sistema económico, representada por uno de ellos, uno de los ciudadanos más lúcidos<sup>107</sup>, anónimo por lo demás<sup>108</sup>, a proponer o intentar levantar un sistema

---

<sup>106</sup> Brunnermeier, M. K. (2009). Deciphering the liquidity and credit crunch 2007-2008. *Journal of Economic perspectives*, 23(1), pág. 82. Destacamos el pasaje referido a que a pesar de las señales de una eventual crisis se siguió bailando, sobre la base de la metáfora de la silla musical de Keynes. Señala el autor: “*This combination of cheap credit and low lending standards resulted in the housing frenzy that laid the foundations for the crisis. By early 2007, many observers were concerned about the risk of a “liquidity bubble” or “credit bubble” (for example, Berman, 2007). However, they were reluctant to bet against the bubble. As in the theoretical model presented in Abreu and Brunnermeier (2002, 2003), it was perceived to be more profitable to ride the wave than to lean against it. Nevertheless, there was a widespread feeling that the day of reckoning would eventually come. Citigroup’s former chief executive officer, Chuck Prince, summed up the situation on July 10, 2007, by referring to Keynes’s analogy between bubbles and musical chairs (Nakamoto and Wighton, 2007): “When the music stops, in terms of liquidity, things will be complicated. But as long as the music is playing, you’ve got to get up and dance. We’re still dancing.” This game of musical chairs, combined with the vulnerability of banks to dry-ups in funding liquidity, ultimately unfolded into the crisis that began in 2007.*”

<sup>107</sup> En los términos de Mises al plantear la subjetividad como regla y que, por tanto, habría personas más inteligentes que otras, lo cual compartimos.

<sup>108</sup> Nakamoto, S. (2008). Bitcoin: A peer-to-peer electronic cash system (online) disponible en: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Obtenido de <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> Tras señalarnos las debilidades del sistema de pagos actual precisa y al introducir lo que devendría en una de las ideas más revolucionarias de la década pasada.: “*What is needed is an electronic payment system based on cryptographic proof instead of trust, allowing any two willing parties to transact directly with each other without the need for a trusted third party. Transactions that are computationally impractical to reverse would protect sellers from fraud, and routine escrow mechanisms could easily be implemented to protect buyers. In this paper, we propose a solution to the double-spending problem using a peer-to-peer distributed timestamp server to generate computational proof of the chronological order of transactions.*”

financiero basado en nuevas tecnologías, particularmente a través de la tecnología *blockchain*<sup>109</sup>, eliminando al intermediario, es decir, con la pretensión de eliminar el sistema bancario en razón de la demostración de alta falibilidad de tales operadores financieros y con la cantidad de abusos acumulados por el sector bancario.

Estas criptomonedas son definidas, haciendo una extrapolación de lo que es Bitcoin, como *aquellas monedas digitales, descentralizadas, parcialmente anónimas, que no cuentan con el respaldo de ninguna entidad legal y que no son convertibles en oro u otra mercancía valiosa*<sup>110</sup>, definición ilustrativa, pero que, en nuestro concepto del dinero, como se expondrá, carece de fundamento llamarla moneda, pues mientras no tenga reconocimiento legal, el filtro jurídico del dinero, y no sea aceptada de manera generalizada, el filtro económico del concepto, no cumple con los aspectos básicos para llamarla con una de las designaciones históricas del dinero. Ahora bien, este revolucionario invento, que se presenta como alternativa, sería el paso evolutivo del dinero si atendiéramos a los fundamentos que dieron origen a esta creación de la humanidad que permitió el avance del comercio y con ello el desarrollo de las civilizaciones, pues una tecnología como blockchain permite cumplir con los ansiados ideales de eficiencia, que son prometidos por una “moneda” descentralizada, perfectamente rastreable y acorde con los avances de la tecnología digital que agudizaría la globalización del comercio.

## 1.2. Una aproximación al dinero desde sus funciones

---

Ahora, decimos anónimos, pues se ha intentado incluso por la policía de Estados Unidos encontrar a este hombre por vincular las BITCOIN con el lavado de dinero y el desarrollo de actividades ilícitas.

<sup>109</sup> [https://www.youtube.com/watch?v=Yn8WGaO\\_\\_ak](https://www.youtube.com/watch?v=Yn8WGaO__ak) Una pequeña síntesis de la tecnología.

<sup>110</sup> Grinberg, R. (2012). Bitcoin: An Innovative Alternative Digital Currency (online). Disponible en: <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hascietlj4&id=163&div=&collection=> . *Hastings Science & Technology Law Journal*, 4. Pág. 160. “Bitcoin is a digital, decentralized, partially anonymous currency, not backed by any government or other legal entity, and not redeemable for gold or other commodity”.

La aproximación al dinero, por parte de los juristas, solo tendría relevancia desde la perspectiva del pago, otorgando al dinero la definición de medio de pago reconocido por el Derecho, más precisamente desde el punto de vista de los medios de pago válidos<sup>111</sup>. Sin embargo, creemos que lo referente al dinero desde la perspectiva legal no se reduce únicamente a esta cuestión, pues para nosotros es de vital importancia saber qué debemos entender por dinero hoy, pues es este como capital o principal, el que generará intereses y consecuentemente, ante el incumplimiento contractual, también anatocismo. Además, como postula NUSSBAUM, entender el dinero como medio de pago, es un error, pues la idea de medio de pago presupone la idea del dinero y nada dice respecto de este<sup>112</sup>, independientemente de que en la evolución del dinero ciertos medios de pago, que han tomado la forma de sustitutos del dinero, se hayan transformado en dinero. Asimismo, el dinero considerado en su calidad de bien jurídico, determinar sus características y los efectos legales que produce el hecho que sea objeto de una prestación, son aspectos jurídicos que cobra relevancia para la comprensión de la operatividad del principio de fertilidad del dinero.

Del mismo modo, para entender el marco en el que se desenvuelve el anatocismo, se hace indispensable saber qué es lo que lo produce, considerando que la base lógica del anatocismo se sustenta en la idea de la productividad del dinero. De esta manera, en esta investigación debemos tener en cuenta la doble función del dinero, como medio de cambio y como capital, pues es en esta última faceta del dinero en la que nos enfocaremos principalmente, pues es en este papel en el que el dinero se transforma en el bien productivo que intentamos identificar, más allá que en ocasiones se le reconozca el carácter productivo en el contexto de los contratos de intercambio.

Ahora, se distingue que para saber lo que es el dinero tenemos a nuestra

---

<sup>111</sup> Nussbaum, *op. cit.*, pág. 29

<sup>112</sup> *Ibidem*, pág. 30.

disposición a lo menos tres teorías que intentan dar con una respuesta, a saber, la Teoría Estatal, la Teoría Social y la Teoría Institucional. Cada una de estas teorías tiene sus aciertos e insuficiencias y la visión acuñadora para nosotros es la más correcta en razón que la totalización del fenómeno a una visión nos puede hacer perder de vista aspectos que tienen relevancia, pero poniendo énfasis en el análisis de la teoría estatal, que trajo su mayor repercusión desde el punto de vista normativo.

Ahora, se precisa que para saber lo qué es el dinero, tenemos a nuestra disposición a lo menos tres teorías que intentan dar con una respuesta, a saber, la Teoría Estatal, la Teoría Social y la Teoría Institucional. Cada una de estas teorías tiene sus aciertos e insuficiencias y la visión acuñadora para nosotros es la más correcta, en la medida de lo posible, en razón de que la totalización del fenómeno a una visión nos puede hacer perder de vista aspectos que tienen relevancia en la comprensión del fenómeno, sin necesidad de su desarrollo especial. Es así que, pondremos énfasis en el análisis de la teoría estatal, que trajo su mayor repercusión desde el punto de vista normativo, teoría desde la que proyectaremos la visión social e institucional que se hará evidente en las diversas manifestaciones del fenómeno dinerario.

Sintéticamente, la teoría estatal o *chartalista* o cartalista propone que el dinero es de exclusiva creación de la autoridad, de manera que cualquier otra mercancía que pretenda asumir el rol del dinero debe contar con el beneplácito del Estado para que cumpla las funciones del dinero. Sin embargo, hoy una postura como esta tomada en términos absolutos quedaría desajustada a la realidad, pues como se ha expuesto, no es capaz de explicar la expansión crediticia a manos de los bancos comerciales que vienen a determinar la inmensa mayoría del dinero que circula en la actualidad. O podría decirse que da pie para afirmar que dichos depósitos, dicho dinero contable, no es dinero y por tanto no se le podrían aplicar los efectos que la legislación le otorga a esta categoría primordial. Lo anterior sería una conclusión apresurada, pues más allá de esta verdad de que los bancos comerciales puedan llevar a cabo la expansión crediticia con la creación de depósitos múltiples, como ha sido expuesto por

diversos juristas y economistas, la verdad es que cuentan con un elemento propio de la teoría cartalista o chartalista, cual es, la venia del Estado, el que través de su legislación los habilita a la emisión del dinero escritural o contable condicionando su funcionamiento a la denominada tasa de encaje que configura el sistema fraccionario. Esta venia estatal se produjo antes con el reconocimiento del dinero bancario o billete bancario, inicialmente medio de pago y no dinero propiamente tal, en un elemento integrante del curso legal.

Por otra parte el *principio nominalista* plantea que las obligaciones pecuniarias deben ser cumplidas en la misma cantidad de la unidad monetaria en la que se fijó su origen, de manera tal que, independientemente del poder adquisitivo del dinero, la extinción de la obligación se produce con el pago de la misma cantidad de la unidad monetaria, apoyado por el principio de la identidad e integridad del pago.

Ahora, los aportes realizados por los representantes de la teoría valorista del dinero se han ganado un lugar destacable en los postulados para comprender el fenómeno del dinero hoy. Lo anterior se puede comprobar con la influencia que ejerció la doctrina alemana con el denominado *Kaufkraft*, que es el poder adquisitivo del dinero, también conocido como *purchasing power of money*. En razón de los postulados valoristas el dinero pasa a ser reconocido con una triple manifestación de valor, cuales son, el valor intrínseco, el valor nominal y el valor comercial o de tráfico<sup>113</sup>. Esta visión triple del valor del dinero viene a ser la síntesis de la historia de las concepciones del dinero, pasando de una visión enteramente metalistas, a una nominalista y termina incorporando la perspectiva valorista. Profundizaremos en este tema a propósito de las obligaciones pecuniarias y los sistemas de pago asociadas.

Entonces, creemos que una aproximación al fenómeno a través de las funciones que cumple como tal nos comenzará a aclarar su realidad, funciones que se han ido decantando en el desarrollo histórico del fenómeno, conservando en la

---

<sup>113</sup> Vattier. (1980), *op. cit.*, pág 50; Hernandez Gil, A. (1960). *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Marible artes gráficas. pág. 348.

actualidad aquellas que le dieron la sustancia y su *ratio essendi* que posiciona al dinero como el bien más importante en el comercio jurídico.

### **1.2.1 Las funciones del dinero**

El análisis de las funciones del dinero puede plantearse, por lo menos, en tres dimensiones. Desde un punto de vista macroeconómico, desde un punto de vista contractual y desde el punto de vista de su operatividad.

Las funciones que puede llegar a desempeñar el dinero, desde un punto de vista macroeconómico, lo posicionan como un elemento esencial en el devenir de la economía de un Estado o no, ya sea que nos posicionemos en la postura endógena o exógena. En otra perspectiva, mirando el dinero en su uso diario y en la forma en que se presenta en los distintos contratos, como medio de intercambio indirecto o como capital o principal, el dinero desempeña funciones que lo elevarán a la importancia macroeconómica anteriormente expuesta.

De esta manera, la función del dinero como capital, cumple funciones a nivel macroeconómico en un Estado, y en esta área tenemos que se han planteado, por un lado, aquellos que sostienen que el dinero tiene un carácter exógeno, bajo una visión ortodoxa y neutral, derivado del planteamiento del dinero-mercancía, atribuido al pensamiento escolástico, postura heredera del patrón oro, corriente de pensamiento que habría concebido el dinero como un medio de intercambio sin ninguna influencia en la producción y, consecuentemente, en el empleo. Bajo esta doctrina económica existía la creencia de que el dinero podría mantener su valor en el tiempo, su valor real, es decir, conservar su poder adquisitivo, de ahí que se pretenda del patrón oro la estabilización del valor internacional del dinero, todo lo cual fue abandonado desde que se entiende que el estado de reposo sería un estado más perfecto que el movimiento<sup>114</sup>.

---

<sup>114</sup> Mises (2011), *op. cit.* pág. 502.

Por otro lado, tenemos la corriente doctrinal, esencialmente pos keynesiana, que ha propuesto un carácter endógeno del dinero en el sistema económico. Este carácter endógeno se explicaría en razón de que los bancos comerciales o entidades de crédito no son meros intermediarios entre el ahorro de las empresas o ciudadanos y los préstamos, sino que se trataría de entidades que intervienen directamente en la producción del dinero a través de los préstamos<sup>115</sup>, a través de la expansión crediticia. En consecuencia, la función de financiamiento es ejercida principalmente por los bancos al determinar la base monetaria de un Estado, dependiendo de las demandas de dinero por parte de los agentes económicos. Es así que, bajo una concepción endógena del dinero, en la que la demanda de dinero es determinada por la necesidad del crédito, la comprensión de los procesos inflacionarios se aterriza con la ley básica aplicada a todos los bienes y servicios, la ley de la oferta y demanda, que en el caso del dinero determinaría su poder adquisitivo, pues al haber mayor oferta monetaria bajaría su poder adquisitivo, teoría moderada del dinero que atribuye su origen a la teoría cuantitativa<sup>116</sup>.

A modo de justificación de esta función se precisa que el financiamiento o crédito a través de la expansión crediticia en manos de los bancos, constituye una de las funciones más importantes dentro de una economía, pues a través de estos estímulos es que se fomenta la innovación, el desarrollo de la sociedad y cualquier otra idea que pretenda cohesionar la labor de los bancos al desempeñar la actividad crediticia<sup>117</sup>.

Ahora, en cuanto a las funciones que desempeña el dinero como objeto de un contrato, es posible distinguir las funciones del dinero como capital y las

---

<sup>115</sup> Cruz Hidalgo, E., & Parejo Moruno, F. M., *op. cit.* pág.27-41. En este artículo se trata de dejar claro que hasta el día de su redacción la forma en que se enseña y se difunde el papel del dinero en la sociedad, se basa en la ortodoxia y que se trata de una mala aproximación de este fenómeno social. En consecuencia, partiremos de esta postura para plantear nuestras ideas, pues nos parece más realista y acorde a los avances de las ciencias económicas y que nos permite descifrar las bases del fenómeno dinerario.

<sup>116</sup> Mises (2011), *op.cit.* pág. 487.

<sup>117</sup> Pastor (2005), *op. cit.*

funciones del dinero como medio de intercambio<sup>118</sup>. Si bien el dinero puede cumplir alternativamente sus funciones como capital o como medio de cambio, de forma sucesiva, la relación contractual de la que sea objeto determinará la función que cumplirá. Si el dinero se presenta de una u otra forma, los aspectos causales del contrato, su finalidad económica y social cambiarán.

Así, si el dinero es el objeto mediato de un contrato de financiación, estamos en presencia del *dinero como capital*. Luego, si el dinero es el objeto mediato de cualquier otro contrato cumplirá las funciones como *medio de intercambio*.

Estas dos facetas del dinero se pueden presentar respecto de una misma cantidad, entiéndase que el dinero en su calidad de capital puede ser utilizado como dinero en su faceta de medio de intercambio, no se trata de dineros distintos sino que de dos facetas del mismo fenómeno. En este sentido, el dinero que es objeto mediato de un contrato de financiación, una vez cumplida la obligación del prestamista y al haber transferido el dominio sobre las piezas dinerarias o haber realizado el aporte a la cuenta bancaria del prestatario, este lo puede usar para el fin que desee, es decir, podría perfectamente volver a utilizarlo en la calidad de capital o derechamente incorporarlo a la circulación de las mercancías y destinarlo a la compra de algún bien o servicio que requiera para la satisfacción de sus necesidades.

Importa distinguir la función que cumpla el dinero que permite separar entre los contratos de financiación y los contratos pertenecientes a la economía real<sup>119</sup>.

---

<sup>118</sup> Valle Baeza, Alejandro; Mendieta Muñoz, Iván. (2010). Apuntes sobre la teoría marxista de la tasa de interés. *Problemas del desarrollo (online)*, 41(162), 161-176. (Última consulta: en 05 de marzo de 2019). Disponible en:

[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0301-70362010000300008&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0301-70362010000300008&lng=es&tlng=es). Pág. 163.

<sup>119</sup> Se distingue en economía entre lo que es la economía real de la financiera. La economía real y financiera son interdependientes. Por economía real se entiende la economía productiva, la que genera empleo, la que está basada en la agricultura y la industria y que se basa en un tejido productivo sólido. La economía financiera es la que se desarrolló en los mercados financieros, los mercados de valores y las grandes inversiones. En la economía financiera el dinero se mueve muy rápido, es altamente especulativa y está poco regulada.



Ahora, como el dinero históricamente se planteó como medio de intercambio, como el salto de la economía sustentada en el trueque o cambio directo a una economía basada en el intercambio indirecto, las primeras funciones que se expondrán serán las del dinero como medio de intercambio indirecto.

Así, tradicionalmente se presentan las funciones del dinero atendiendo a su operatividad<sup>120</sup>, se dice que el dinero cumple la función de instrumento de cambio, de medida de valor y de reserva de liquidez, o más bien liquidez en sí misma, y que, jurídicamente, se traduce en que el dinero cumple la función de medio de pago, unidad de medida de valor e instrumento de capitalización de valor patrimonial<sup>121</sup>

En este sentido, se ha señalado que la única función del dinero es la que da origen a su utilización, cual es, la mencionada función de intercambio y que cualquiera otra que se le pretenda atribuir, no es más que una derivación de esta principal función<sup>122</sup>.

La función del dinero como capital hace de este una mercancía más, es decir, sobre él imperarán las leyes que imperan la determinación de los precios, por ejemplo, que se traduce en las tasas de interés a la que es prestado<sup>123</sup> y así la relación entre la oferta y demanda del dinero darán un precio de mercado. El dinero como mercancía, como capital, hacen que los intereses sean el valor de intercambio del dinero, el precio por el uso del dinero, pero téngase presente que dichos intereses, que son a la vez dinero, no son una mercancía alternativa, a pesar de que el esquema del intercambio precisamente buscó un elemento externo de referencia para valorar la mercancía o bien objeto del intercambio.

Por otra parte, el dinero carece de una utilidad o valor de uso en sí mismo, en cuanto a su manifestación material. Sin embargo, la utilidad del dinero viene

---

<sup>120</sup> Trataremos de ser exhaustivos con las funciones que se le atribuyen al dinero, reconociendo que de forma absoluta esta pretensión no podría ser satisfecha.

<sup>121</sup> Inzitari, *op. cit.*, pág. 3.

<sup>122</sup> Mises (1936), *op. cit.* pág. 26.; Mises (2011), *op. cit.* pág. 483.

<sup>123</sup> Téngase presente que en el Capítulo II nos detendremos en la determinación de la tasa de interés, los diversos sistemas que existen con el objeto de limitar las tasas referidos a la usura y la función de los bancos centrales referidas a dicho precio.

representada justamente como consecuencia de su función de medio general de intercambio, pues el dinero que es objeto de un crédito puede ser utilizado para la financiación de algún proyecto empresarial o para la obtención de bienes de consumo, de manera que el valor de uso del dinero viene a estar representado en su valor relativo de otras mercancías, es decir, lo que puedo cambiar por el dinero, que es todo lo que se ponga en el mercado.

Al carecer el dinero de valor de uso, al carecer de utilidad, el hecho de ahorrar parte de esa mercancía solo constituiría un acto de acumulación que no presta utilidad alguna a su poseedor, de aquí que ARISTÓTELES planteara que el dinero no engendra dinero. Esta ausencia de valor de uso del dinero, a pesar de ser considerado como una mercancía, puede justificar que históricamente el préstamo de dinero, el mutuo de dinero, haya sido naturalmente gratuito, es decir, que el préstamo de dinero no generase intereses naturalmente, de manera que los contratos en los que se tenía únicamente por objeto el dinero fueran categorizados como gratuitos también en Roma por los jurisconsultos y no es sino con el acuerdo expreso de las partes que este carácter podía ser modificada a través de un acuerdo que quedaba fuera del contrato de mutuo<sup>124</sup>. El carácter gratuito del mutuo se transmitió en el tiempo y llegó a ser una realidad que se mantiene a en la ley civil de España, pero que se exceptúa por la práctica contractual. De ahí que la presencia del *usurae* o *interés* siempre acompañó a un acuerdo expreso entre los contratantes en torno del dinero. Y en este mismo sentido es que se supone al dinero como bien productivo, únicamente si es objeto de una transacción de crédito, pues los intereses son frutos civiles y como tales requieren de un acuerdo para que remuneren el uso del capital “ajeno”.

Hay que precisar que lo que carece de valor de uso hoy en día, pues remotamente lo que se usaba como moneda sí tenía un valor de uso, es la manifestación formal del dinero, es decir, la moneda, el billete o el asiento contable que se muestra en el estado de cuenta de los clientes de bancos. Por

---

<sup>124</sup> Gómez Rojo, M. E. (2003). *Historia jurídica del anatocismo. Málaga: Cátedra de Historia del Derecho y de las Instituciones (Universidad de Málaga)*, pág. 5. La autora explica que la idea de que el dinero es estéril es una herencia del maestro de Aristóteles, Platón, en cuya obra la República ideal dejaba fuera la posibilidad del uso del oro y la plata. Concluye sosteniendo el carácter gratuito del préstamo de dinero en Roma.

otra parte, su aspecto ideal, lo que representa la moneda, el dinero, al desempeñar las funciones asignadas a tener una utilidad, la suprema en el mercado, al ser el poder patrimonial abstracto, *poder de adquisición universal*<sup>125</sup>. Así las funciones del dinero elevan a la moneda como lo máspreciado, pues a través del dinero se pueden concretar los anhelos patrimoniales de los sujetos que viven en sociedad e incluso la corrección de intereses extramatrimoniales afectados por infracciones en los deberes de conducta en sociedad. Aquí es que se pone de manifiesto el carácter de convención social del dinero, pues incluso en una economía metalista, con el triunfo del oro como el metal de referencia, se ve que es producto de una decisión de los sujetos que ven al oro como el metal precioso que contiene las cualidades que le permiten desempeñar las funciones deseadas del dinero.

En consecuencia, hay que ver que el dogma de la preferencia temporal en el caso del dinero no representa tanta claridad, pues al existir un poseedor de mucho dinero, para él es más valioso el dinero futuro que el dinero presente, pues el dinero futuro vendrá acompañado de un fruto civil, totalmente artificial, por tanto, a la naturaleza de las cosas. La preferencia temporal solo tendría sentido para aquel que carece del dinero, normalmente pequeños empresarios o consumidores, puesto que la carencia del dinero lo hace valorar más el dinero presente que el dinero futuro<sup>126</sup>.

Así, cuando el dinero es una mercancía, es objeto de un crédito, se invierten los papeles de valor relativo y valor de intercambio, antitéticos, de la teoría del valor de MARX. Ahora, en cuanto a la esencia del valor de uso, la utilidad del dinero,

---

<sup>125</sup> De la Cuesta, *op. cit.*, pág. 27.

<sup>126</sup> Mises (2011), *op. cit.*, pág. 578. “La preferencia temporal es una categoría de la acción humana. No es concebible ningún tipo de acción en que la satisfacción más próxima no sea preferida — invariadas las restantes circunstancias — a la satisfacción más lejana. El propio acto de satisfacer un deseo implica que la gratificación presente se prefiere a la satisfacción ulterior. Quien hoy consume cierto bien (no perecedero), en vez de posponer tal consumo hasta un posterior e indefinido momento, proclama bien alto que valora en más la satisfacción presente que la futura. Si el interesado no prefiriera la satisfacción temporalmente más cercana a la más lejana, jamás llegaría a consumir, dejando perennemente insatisfechas sus necesidades. No haría más que acumular bienes que luego nunca llegaría a consumir ni a disfrutar. No consumiría hoy, desde luego, pero tampoco consumiría mañana, ya que ese mañana volvería a enfrentarle con la posibilidad de aplazar una vez más el disfrute”; Rothbard, *op. cit.*, pág. 425-457.

los economistas y juristas incorporan el valor trabajo para justificar las comisiones, se precisa que estamos en presencia de un servicio financiero, y por lo tanto tiene un valor trabajo.

Por otra parte, otra de las manifestaciones del dinero como mercancía, es decir, como objeto mediato de un contrato, lo serían cuerpos determinado de dinero que por circunstancias excepcionales pasan a ser objeto de un intercambio, principalmente en la actividad de los coleccionistas, en que como consecuencia de su escasez las hacen ser valorables. Muy distinta al dinero como capital, pues este precisamente es ilimitado.

### **1.2.2 El dinero como medio de cambio**

Como se puede notar del relato que antecede a este apartado, el dinero cumple una primera función consistente en servir al intercambio de bienes y servicios, eliminando la necesidad de doble coincidencia entre distintos sujetos que tienen capacidad para producir bienes y servicios, pero que no se corresponden en cuanto a lo que producen y necesitan. Si bien hoy podría salvarse con mayor facilidad el problema que soluciona el dinero, en virtud de alguna plataforma que permita hacer coincidir a los distintos agentes económicos, no se ha visto un trabajo de tales características en las nuevas tecnologías, el dinero sigue manteniendo prioridad en el intercambio de bienes y servicios del mercado.

Ahora, muchas cosas pueden ser utilizadas como medio de cambio, basta con que cumplan las expectativas de los sujetos que intervengan en una transacción, que coincidan en cuanto a lo que tengan por dar y a las necesidades que le apremian para actuar y así ha sido históricamente, desde bienes tan increíbles como los cigarrillos en contextos excepcionales, hasta los que se asentaron en la base del desarrollo histórico del dinero como los metales.

### **1.2.3 El dinero como unidad de cuenta**

La unidad de cuenta es el primer concepto de la teoría monetaria, según el tratado del dinero de KEYNES<sup>127</sup>. Hay que decir que el dinero cumple una función de unidad de cuenta lo conecta con los distintos sistemas utilizados por el hombre para comprender la realidad a través del proceso de medición. El dinero se expresa a través de una unidad de cuenta y se usa para medir el valor en la economía<sup>128</sup>. En este sentido, toca aclarar que la unidad de cuenta hace referencia al aspecto inmaterial del dinero y que se conecta con la función de cuantificación de lo comerciable, principalmente al menos, y preferimos referirnos sucintamente al carácter de unidad de cuenta que es la base sobre la cual se cumple la siguiente función, que es la de medida ideal de valor.

En este sentido, con el objeto de poner de manifiesto la función del dinero como unidad de cuenta, nos posicionamos en la hipótesis de una economía de trueque que opere en un almacén, sin dinero, en el que el intercambio de los bienes que se ponen a disposición del público esté vinculado con otros bienes para hacer operar el trueque, lo que se conoce como simple cambio. Cada bien tendrá un valor en los demás bienes, lo que se conoce como su *valor relativo*<sup>129</sup>. Sólo si nos quedamos en el área de los vegetales, podemos expresar la complejidad a la que se ve expuesta esta economía, desde el punto de vista de los *costos de transacción*. Tenemos que saber el valor de una patata en cada uno de los demás bienes, dígame, una cebolla o un ajo, si simplificamos en tres los bienes. Tendremos que saber cuántos ajos vale una patata, cuantas cebollas vale una patata y cuantas cebollas vale un ajo. Y si complicamos la hipótesis y ponemos 10 productos, el resultado de número de precios será 45 precios, luego si consideramos 100 bienes el número de precios sería 4.950 precios y con 1000 necesitaremos 499.500 precios<sup>130</sup>. Así, con la utilización del dinero el número de

---

<sup>127</sup> Keynes, J. M. (1930). *A treatise on money V. 1 The pure theory of money* (Vol. 1). Londres, England: Macmillan and Co., pág. 3

<sup>128</sup> Mishkin, *op. cit.*, pág. 51

<sup>129</sup> Marx, *op. cit.*, pág. 59-60.

<sup>130</sup> Mishkin, *op. cit.*, pág. 51. La fórmula utilizada por el autor es la misma para determinar el número de pares en un conjunto, que es:

precios será igual al número de bienes. Frente a los problemas que se evidencian se afirma que es gracias al dinero podemos considerar el valor del bien sin acudir a todos los otros bienes existentes en la economía y de esta manera se reducen los costos de transacción abrumadoramente, pues de 499.500 precios necesarios en una economía de trueque en la que existen 1000 bienes, pasamos a necesitar solo 1000 precios expresados en la unidad de cuenta.

Lo que se mide a través del dinero es el valor de los bienes y servicios que están disponibles en el mercado, traduce el valor de los bienes a números, valor que se transforma en precio. Cada Estado tiene su propia unidad de cuenta monetaria, su unidad fundamental del sistema monetario, que cumplirá la función de unidad de cuenta y gozan de una uniformidad determinada por el mismo Estado, conectando esta función del dinero con el poder soberano, con el ejercicio de un atributo político del Estado, del poder político<sup>131</sup>.

Por otra parte, cabe destacar que la sólida creencia popular y hasta científica de equiparar la unidad monetaria con las demás unidades del mundo físico (el metro, el kilo, el litro, entre otras) parece desvanecerse ante la crisis de la inconsistencia del valor del dinero. La adopción de tal postura resulta de no haber distinguido entre las unidades de medida de la naturaleza y las unidades de medida del mundo de lo social o político, además de comprender las dos facetas que tiene el dinero, en cuanto a una unidad fija y contable (que es la unidad de cuenta) y en cuanto resulta como un valor concreto, al materializarse en una determinada moneda, con su poder adquisitivo variable dependiente de las fuerzas de la riqueza, de la capacidad de organización, esfuerzo y trabajo de un determinado pueblo, que da lugar al precio, el que se manifiesta en la unidad de cuenta<sup>132</sup>.

---

$N(N-1) / 2$

Donde N es el número de bienes.

<sup>131</sup> Aglietta, M., & Cartelier, J. (1998). Orden monetario de las economías de mercado. En M. A. Cartelier, *La Monnaie Souveraine*,. Odile Jacob, pág. 49

<sup>132</sup> Bonet, *op. cit.*, pág. 101-102

#### 1.2.4 El dinero como medida ideal de valor

Hay quienes nos señalan que la función del dinero es la de proporcionar al abigarrado, diverso, heterogéneo mundo de las mercancías y servicios el material, la vía para la expresión de su valor o bien en representar los valores mercantiles como magnitudes de igual denominación, cualitativamente iguales y cuantitativamente comparables<sup>133</sup>. Es decir, que cualquier mercancía o servicio tenga su representación cuantitativa en una suma o monto de una unidad de medida que sea homogénea, de tal forma que uno pueda comparar el valor de cambio, que es lo que representa el dinero, de cualquier mercancía o servicio.

Esta función del dinero que apuntamos, tiene una complejidad sustentada en la relación que existe entre el objeto medido y la medida, pues a diferencia de otras convenciones sobre magnitudes, en las que las propiedades físicas de un objeto susceptibles de medición son inmutables, en el caso del dinero como medida ideal del valor de las cosas, pierde dicha inmutabilidad, pues lo que intenta medir no responde a una cuestión matemática, pues el valor de las cosas se podrá establecer en razón del trabajo invertido en ella, pero la ley de la oferta y la demanda destruye cualquier valoración con base en el trabajo que se ha invertido para su producción. Así, un litro de agua seguirá siendo un litro de agua inmutablemente. Pero, ese mismo litro de agua tendrá un valor distinto en atención a su momento y lugar. Esta inmutabilidad de las convenciones, a través de las cuales ciframos el mundo que se nos presenta a nuestros sentidos es la gran diferencia que anota BASTIAT al momento de explicar que creer que el dinero es igual a riqueza es un grave error<sup>134</sup>. Es más, a pesar de que como unidad de medida del valor, ya mutable, la unidad de medida ideal del valor no

---

<sup>133</sup> Marx, *op. cit.*, pág. 115. Debemos precisar que para MARX el oro hará las veces de la mercancía que se constituye como dinero.

<sup>134</sup> Bastiat, Federico. "¡Maldito Dinero!". Madrid. Imprenta de D. José C. De la Peña, Atocha. 1957. Disponible en:

<https://books.google.cl/books?id=uNCCmgEACAAJ&hl=es&pg=PA5#v=onepage&q&f=false>.

se concibe sino es con una determinada cantidad de dinero, a pesar de la mutabilidad casi diaria a la que se ve afectada su capacidad adquisitiva<sup>135</sup>.

Lo que se pretende medir a través del dinero es el valor de las cosas, sin embargo, en el momento en que se produce un intercambio el dinero asociado a esta transacción, que toma el nombre de precio, casi con seguridad, no responderá al valor de la cosa objeto de la transacción, pues el precio de la cosa responde a una ley superior, que es la oferta y la demanda.

Es necesario, igualmente, tener en cuenta la diferencia entre la forma del precio y la magnitud del valor de cambio o la cantidad de dinero que es representativa del valor que se pretende medir a través de él.

La medida de una cosa, de algo es una cuestión cuantitativa, es decir, que se expresa en un número, en una magnitud. Luego el carácter ideal de la medida tiene que ver con que ese número constituye una representación abstracta y no una medida óptima o deseable. A tal número, que constituye la medida, se acompaña de un elemento. Este elemento es el que cumplirá o constituirá el valor de intercambio, que podrá estar denominado por un tipo de moneda de curso legal como es el euro, el dólar, el peso, etc.

---

<sup>135</sup> Pintó Ruiz, J. J. (28 de Noviembre de 1998). Las reacciones del derecho privado ante la inflación. *Discurso de ingreso del académico numerario, electo Excmo. Sr. Dr. D. José Juan Pintó Ruiz, Doctor en Derecho miembro numerario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña y de la Real Academia de Doctores*. Barcelona, Cataluña, España. Obtenido de Real academia de ciencias económicas y financieras:

<https://racef.es/es/discurso/las-reacciones-del-derecho-privado-ante-la-inflacion>.

Se puede elegir cualquier unidad de medida ideal. El autor hace lo propio: “Y enseguida se advierte que si para medir, por ejemplo, la longitud, disponemos de una unidad estable claramente definida en lo material (es el metro que al efecto se conserva) y abstractamente, perfectamente establecida (la diez millonésima parte del cuadrante del meridiano terrestre) cuál no sería el caos que generaríamos, si midiéramos una longitud determinada, comparándola con una unidad que lejos de ser inmóvil y fija, cual corresponde al metro, fuera fluctuante, flotante, varía y no estable en el tiempo. ¿Podríamos mediante longitudes, determinar la altura real de una casa o de un puente, la distancia entre dos ciudades, si el metro tuviera un día una longitud y otro día otra? Evidentemente que no”.



La representación del valor de una cosa, es decir, su valor de intercambio está determinada por el valor de esta, es decir, su valor de uso, su utilidad. Luego, el valor de la cosa, el valor de uso de la cosa o bien, o de la mercancía en el lenguaje de MARX, viene constituida por el tiempo de trabajo que se requiere para producir la cosa, bien o mercancía. Es decir, que lo que se mide idealmente es el valor de intercambio, o simplemente valor. Así, el dinero vendría a representar el valor del trabajo que implica la producción de la cosa, bien o mercancía. La función de medida ideal, por tanto, se traduce o materializa en una cantidad de dinero. El dinero aquí viene a ser el valor de intercambio. Es ideal la medida debido a que se trata de un número figurado, virtual si se quiere, en el que no hay nada de material. En este punto, la diferencia entre lo que es la forma del precio y la magnitud del valor vendría a aclarar esta primera función del dinero.

Ahora, al decir que un móvil cuesta 500 euros, estamos utilizando el dinero como unidad de cuenta o medida. No hay nada material que signifique que el móvil es equivalente a esos 500 euros, de manera que al ver en internet un móvil con tal valor nos representamos que dicha mercancía la puedo obtener por su manifestación dineraria y para materializar esa unidad de medida debe operar el intercambio, es decir, la compra con la que se materializa el dinero en su función de medio de cambio.

Hay que considerar en toda esta cuestión los avances de la ciencia económica referida al concepto de utilidad marginal, para los efectos de determinar el valor de uso de un bien o mercancía.

Lo esencial del valor de las cosas, bienes, mercancías, lo que se dice que es irreductible es el trabajo humano<sup>136</sup>. El que no esté de acuerdo con esto deberá explicar el valor de las cosas en un ensayo en el que seguramente las categorías místicas se presentarán de las formas más complejas o incomprensibles para

---

<sup>136</sup> Marx, *op cit.*, pág 192. Esta idea sobre la que se construye la obra de MARX puede tener una lectura dimensionada en cuanto a las consecuencias lógicas de una afirmación como aquella, pero que por simples errores en la relación causal de las siguientes ideas que se pretenden unir a esta raíz no significa que es posible restaurar la obra a lo elemental que nos es tremendamente útil para comprender el comportamiento humano en el marco del mercado.

cualquier comerciante. No hay duda de que si yo vendo un trasto encontrado en la calle, a pesar de no haber participado en su proceso de producción con el solo hecho de tomarlo y llevarlo a casa para su consumo final, para su uso, ha constituido un esfuerzo físico y quizá incluso intelectual, que haría que este sujeto no estaría dispuesto, en este modelo racional del hombre económico, a regalarlo.

El dinero como unidad de medida ideal de valor tiene a su vez un valor. Como mercancía que es, por tanto, podemos hablar del valor relativo del dinero. Este valor viene determinado por diversas razones de carácter político y económico que hacen de una determinada moneda ser valiosa. Así, el valor de la unidad de medida en cuestión puede incrementar o disminuir, es decir, se puede devaluar, depreciar, revalorar o apreciar<sup>137</sup>. Así, el valor de una unidad de cuenta puede ser referenciada, asociada a otro estándar de valor, como es el oro o cualquier metal precioso, no hablamos aquí de convertibilidad de la moneda en alguno de estos metales preciosos, sino la utilización de estos como referencias del valor de este. Asimismo, el valor de a unidad de cuenta puede estar referenciado o asociado a determinadas mercancías o incluso a otra moneda, como en el caso del dólar<sup>138</sup>. Asimismo, en cuanto medio para valorar las mercancías, es decir, como unidad de cuenta o medida, el dinero también puede ser valorado en razón de las mercancías, lo que tiene que ver con el poder de adquisición que representa y que varía en el tiempo y el espacio. Para graficar este aspecto del dinero podemos utilizar una mercancía global de alguna empresa trasnacional para determinar las variaciones del valor de una divisa determinada. El ejemplo ya ha sido dado y utilizado para examinar los síntomas de las economías y sus monedas, como sería por ejemplo el precio que tiene el kilo de café, o un zumo

---

<sup>137</sup> Hay que hacer presente algunos conceptos más propios de la economía relacionados con el dinero. Así la depreciación y la devaluación y sus antónimos hacen referencia a la pérdida de valor de la moneda de un estado en relación con una moneda extranjera. La utilización del término depreciación es propio de un esquema de flotación libre del tipo de cambio, donde este es determinado por la interacción de la oferta y la demanda en el mercado. Por otra parte, la devaluación es la pérdida de valor de una moneda en un esquema donde el gobierno fija el tipo de cambio y anuncia que su valor pasará de uno a otro más elevado. Muy distinto es la pérdida del poder adquisitivo del dinero, que se produce como consecuencia de la elevación del nivel general de precios, es decir, por la inflación.

<sup>138</sup> Mann, *op. cit.*, pág. 60

de 500 cc en distintos países. Obviamente que esto se puede relativizar con las barreras que pone el Estado desde el punto de vista tributario y que incrementan los costos y harían que ese kilo de café sea más o menos cara en un país u otro. Sin embargo, teniendo en cuenta las variaciones derivadas de los impuestos es posible hacer análisis comparativo entre las distintas monedas en razón de una mercancía tal y como lo planteaba MANN. Esta observación podría vincularse con la devaluación del dinero, que corresponde a la pérdida de valor de una divisa respecto de otra.

Por otra parte, y en lo que concierne a la perspectiva jurídica del dinero, este aparece como medio general de pago. Se precisa que esta es su función básica<sup>139</sup> y como se señaló más arriba, es la traducción a la visión jurídica de la función económica de medio de cambio<sup>140</sup>. En la teoría *charlista o cartalista* del dinero o teoría nominalista, se precisa que si bien alguna mercancía sirvió como medio de intercambio indirecto entre los particulares, fue a través del rol que le otorgó el Estado, como medio de pago de los impuestos lo que reforzó su carácter de medio de intercambio universal. Hoy el carácter de medio de pago es uno de los aspectos que más interesan a los juristas en razón de la diversidad de servicios de pago que ofrece el mercado. A tal punto ha llegado el avance de los servicios de pago que se ha propugnado una teoría que pretende igualar el dinero con el cumplimiento de su función de pago, de tal forma que haya una identificación de los medios de pago o servicios de pago con el dinero. El reemplazo de su manifestación formal clásica, el dinero mercancía, por su manifestación formal moderna representada esencialmente por el dinero bancario o *scriptural money* plantea importantes desafíos para los juristas, en el sentido de adecuar el Derecho de obligaciones a la realidad económica actual, pues el aceptar medios alternativos de pago, que no sea a través de la manifestación formal clásica del dinero, el metálico, pone en duda la vigencia de los principios que imperan al momento de ejecutarse el cumplimiento de una

---

<sup>139</sup> *Ibidem*, pág. 6 y 65.

<sup>140</sup> Inzitari, *op. cit.*, pág. 3

obligación pecuniaria, especialmente relacionado con el principio de la identidad legal del pago.

Es así que, en el reconocimiento de los distintos aspecto de la capacidad de representación del valor de las cosas FISCHER entiende que es posible reconocer primitivamente la existencia del valor de uso y posteriormente hasta la actualidad el valor de cambio, valor de cambio que triunfa por sobre el valor de uso impulsado por las necesidades de intercambio y así citando a SHEEL “el valor de las cosas va tomando, en la mente del hombre, color cada vez más vivo de valor de cambio, hasta cifrarse en el dinero, el cual, de este modo, acaba por absorber el concepto de valor”<sup>141</sup>. De aquí es posible sostener que todos los bienes tienen un valor de cambio, es decir, todos los bienes gozan de un poder adquisitivo, por lo menos históricamente, que incluso en el relato del origen del dinero se puede vincular a las razones que da MENGER sobre la *saleableness* o comerciabilidad que al estar presente en mayor o menor grado llevó a que ciertos bienes comenzaran a ser vistos con la cualidad de cumplir con la función de medio de intercambio indirecto<sup>142</sup>.

### **1.2.5 El dinero como reserva o depósito de valor**

El dinero, al igual que otros activos tales como acciones, un inmueble, bonos, joyas, etcétera, originalmente constituyen una reserva o depósito de valor. Es decir, es un depósito del poder adquisitivo a través del tiempo. Se reserva el poder adquisitivo entre el momento en que se recibe un ingreso, el pago de un salario por ejemplo, y el momento en que es utilizado en su primera función,

---

<sup>141</sup> Fischer, Hans A. Los daños civiles y su reparación. Traducido del alemán y con concordancias al Derecho español por W. Roces. Librería General de Victoriano Suarez, Madrid, 1928, pág. 15.

<sup>142</sup> Marx, *op. cit.*, tanto es así, que el propio MARX utiliza el término valor sin adjetivo alguno para referirse al valor de cambio y usa el término valor de uso para lo que debería ser el valor sin adjetivo.

como medio de cambio<sup>143</sup> o se reserva el poder adquisitivo mientras no se transforme el activo en dinero, es decir, se liquide, mientras no se venda, mientras no se liquide y posteriormente ese dinero producto de la venta se use como medio de cambio. En general, cualquier bien puede ser un depósito de valor, debido a que todos los bienes se podrían transformar en dinero y dependerá de las circunstancias relativas a la escala de prioridades de los integrantes de una sociedad la facilidad con que un bien pueda ser liquidado, es decir, intercambiado por dinero. Valga observar que el paso de liquidación es más propio de los bienes distintos del dinero, pues el dinero en sí mismo es la liquidez.

Como se dijo, la gracia o la mayor virtud del dinero, como reserva de valor frente a todos los bienes, es su liquidez, la que pone en evidencia la importancia del reconocimiento de los Estados a una unidad de cuenta en particular, liquidez entendida como la facilidad y velocidad relativas con las que un activo se puede convertir en un medio de cambio<sup>144</sup> o en el medio de cambio reconocido por la ley. Así, el dinero, al ser un medio de cambio irrefutable, goza de la mayor liquidez posible en el mercado y la reserva de valor se supedita únicamente a la voluntad de su dueño a utilizarlo, cuestión que no ocurre con los demás bienes que importarán un costo de transacción mucho más alto, en tiempo, molestias, e incluso en disminución de la reserva a través de los distintos intermediarios que intervendrían en el proceso de liquidación. De esta manera, el dinero debe ser concebido como valor en sí mismo, pues lo representa y su materialización es el último escalón para llegar al valor, pero, como se verá, dicha cualidad se va marchitando.

Que el dinero haya sido depósito de valor está asociado a la época en la que el dinero tenía un valor de uso, en las épocas en las que la manifestación formal del dinero estaba constituida por algún bien que tenía un valor de uso, como fue la época del metalismo. Ahora, la convertibilidad del dinero en alguna mercancía fue una característica propia del fenómeno dinerario, que le permitió mantener

---

<sup>143</sup> Mishkin, *op. cit.*, pág. 52

<sup>144</sup> *Ibidem.*

la función de ser una reserva de valor, pues había un respaldo de la unidad ideal en algún bien que permitía sostener su valor en el tiempo, pues era posible obtener una determinada cantidad onzas de oro, por ejemplo, del signo monetario, lo que daba confianza y estabilidad al valor del dinero, pues se aseguraba su valor relativo en alguna mercancía de precios estables. Sin embargo, el abandono de la convertibilidad fue definitivamente lo que hizo que la idea de reserva de valor quedara expuesta a su ineficacia funcional.

Para generar una mayor familiaridad con la función de ser un depósito de valor, MISHKIN explica lo que sucede con los cambios del nivel general de precios entre el momento en que se cuenta con un ingreso y su utilización como medio de cambio. Al existir inflación, el depósito de valor del dinero se ve disminuido, es decir, se pierde parte del poder adquisitivo del dinero, fenómeno que podría llevar a los absurdos en un contexto de hiperinflación, en los que el dinero no solo pierde su valor, su poder adquisitivo, sino que además pierde su calidad de ser un factor de eficiencia en el mercado, pues una hiperinflación da lugar a que el dinero como medio de cambio no implique una disminución de los costos de transacción, sino que todo lo contrario, como es el caso de necesitar una carretilla de dinero por una pieza de pan, como ocurrió en Alemania después de la primera guerra mundial<sup>145</sup>.

De esta manera, no es posible sostener que el dinero hoy sigue siendo reserva de valor, y no solo por su inconvertibilidad en alguna mercancía y por carecer valor en sí mismo estimable en sus manifestaciones materiales, pues como se explicó, no mantiene precisamente el valor que representa, sino que solo se queda con su calidad de representante de valor. A mayor abundamiento, pensar en el dinero como reserva de valor nos hace pensar e como funciona el ahorro hoy, pues mantener el dinero en cuentas de depósitos sin que el dinero sea utilizado nos podría llevar al absurdo de que el dinero terminara por acabarse, por extinguirse a partir de las comisiones asociadas a la prestación de servicio

---

<sup>145</sup> Mishkin, *op. cit.*, pág. 52. El autor entiende por hiperinflación cuando la inflación excede el 50 % por mes.

de la entidad financiera, sin considerar el valor real del dinero que disminuye día a día que afecta otro aspecto de la unidad fundamental.

### **1.2.6 La desmaterialización del dinero**

SIMMEL plantea una idea asociada a la función esencial del dinero consistente en la condensación de la importancia económica de las cosas en su propio lenguaje, capacidad que tendría el dinero de condensar los valores y que pone al dinero dentro de las grandes fuerzas culturales<sup>146</sup>. Esta capacidad del dinero está vinculada a su aspecto abstracto, a su manifestación ideal, al que hemos venido haciendo referencia, y que tiene que ver con su esencia de unidad ideal. En este proceso de desmaterialización propuesto en este apartado, el aspecto abstracto del dinero cobra una importancia significativa, pues el *símbolo dinerario* va quedando cada vez más cerca de la noción o manifestación ideal o abstracta del dinero.

Por otra parte, destacamos lo señalado por NUSSBAUM, en referencia a la palabra "*Währug*", que toma el nombre en nuestro idioma como sistema monetario, que se corresponde con un sistema de signos monetarios, como elementos del sistema fundados en una misma *unidad ideal*, que le llama el autor *unidad fundamental*. Atribuye el autor a la evolución del sistema monetario basado en una unidad ideal la liberación de la corporalidad monetaria. Al llegar a este estado de evolución, a la creación de un sistema monetario basado en la unidad ideal, se presume que el dinero se ha elevado grado de perfeccionamiento técnico. Y bajo este abandono de la corporalidad es que está el germen, el inicio de su desmaterialización progresiva<sup>147</sup>.

Asimismo, en *la lógica de impulsar medios de intercambios eficientes*, reduciendo los costos de transacción, es que se nos presenta hoy la tendencia

---

<sup>146</sup> Simmel, *op. cit.*, pág. 213-217.

<sup>147</sup> Nussbaum, *op. cit.*, pág. 88-94.

a la desmaterialización del dinero y sea una realidad de los países desarrollados, por sobre todas las cosas con la aparición del dinero electrónico gracias al entorno digital.

Como idea inicial SAMPERE nos señala que el dinero electrónico como: *“toda clase de transferencia electrónica de fondos entre dos nodos (emisor de la transferencia y beneficiario) a través de una mayor o menor cantidad de intermediarios físicos y lógicos, que aportan, instalan, mantienen, y gestionan esos medios, redes de telecomunicaciones, redes de aplicaciones, redes de dispositivos, etc.”*<sup>148</sup>.

El dinero electrónico que viene a dar el primer paso en el entorno digital para que esta desmaterialización o su “espiritualización progresiva”<sup>149</sup> constituya la condición para un campo de acción global del dinero, en el que los Estados dejen de tener importancia en su circulación y sean los privados que determinen las direcciones de una sociedad guiada por el comportamiento de los agentes económicos del ámbito financiero.

Si bien esta desmaterialización, hoy, podría ser perfectamente contra argumentada con la presencia de los billetes y monedas que cualquier persona podría ser capaz de evidenciar exponiendo su cartera o visitando las casas de acuñación de monedas o de impresión de billetes, no es menor la tendencia de ciertos Estados a la eliminación del dinero efectivo, especialmente en el norte europeo con los países escandinavos.

Así las cosas, en lo que se refiere a la materialidad e inmaterialidad del dinero podemos ver que el inicio del intercambio directo posicionado en aquellas civilizaciones en las que el culto, la ritualización, lo místico y la espiritualización que tenían dichos elementos rituales que servían de medio de valorización, abandonada por el triunfo de la racionalidad y retomada en la era digital de la modernidad, permite ver el bucle por el que ha trascendido el dinero. Porque hoy no hay duda de que el dinero es reconocido como fiduciario, es decir, que dejó

---

<sup>148</sup> Pastor (2005). *op. cit.*

<sup>149</sup> Simmel, *op. cit.*, pág. 216.



de ser un depósito de valor liquidable, al haber abandonado su calidad de mercancía, es más, el dinero fiat tiene un costo de producción y un valor de uso inexistente prácticamente<sup>150</sup>. Hoy las relaciones de las personas con el dinero están imbricadas con la confianza a lo que constituye un medio de pago válido, y lo es porque lo reconoce una ley. Es así, como la sanción normativa de lo que se utilice como dinero pasa a ser fundamental en dicha confianza, pues al momento de saldar una deuda de dinero sabemos que nuestro medio de pago será aceptado.

Los efectos de la creación de máquinas analíticas, de ordenadores, de computadores, la creación de la *world wide web*, tendría su alcance en el mundo del dinero, pues desde el momento en que la idea digital del dinero se hizo latente, se creó y se pensó que vendría a reemplazar absolutamente la manifestación concreta o material del dinero tradicional. Sin embargo, MISHKIN plantea que el anuncio del reemplazo de los medios electrónicos de pagos al dinero en efectivo es una realidad más que una predicción al futuro<sup>151</sup>, pero que por problemas relativos a los costos asociados a las máquinas que se necesitan para que cada comercio tenga la posibilidad de recibir el pago electrónico, los problemas de seguridad en el entorno digital que no ha sido solucionados ni al día de hoy y lo más importante, en nuestra opinión, los tentados a la privacidad que implica que todo pago electrónico va dejando un rastro en el *BIG DATA*, que permitiría crear un perfil de hábitos de consume, serían los impedimentos para que se dé el paso definitivo de eliminación del dinero en efectivo o cash.

Ahora bien, considerando que la mayor parte de las transacciones se realiza a través de medios electrónicos de pago, MISHKIN es un visionario en cuanto a los problemas que hoy se presentan en materia de ciberseguridad, de espionaje de la conducta del consumidor y la tecnología cada vez más accesible para la instalación de los artefactos o gadgets que permitan el pago a través de medios

---

<sup>150</sup> Hoppe, *op. cit.*, pág. 59

<sup>151</sup> Mishkin, *op. cit.*, pág. 56. El autor cita a la revista *Business Week*, que en el año 1975 ya vislumbraba el reemplazo del sistema de pagos a través de medios electrónicos.

electrónicos, disminuyendo su costo al punto que comercios muy pequeños los tengan integrados, pues bajo la idea de la integración financiera, viene acompañada de la idea de eliminación del dinero en efectivo.

De esta manera, los instrumentos de pagos pasan a jugar un rol fundamental en el desenvolvimiento del dinero como medios indirectos de intercambio. Todos estos instrumentos de pagos pretenden una representación del dinero bajo el alero de su conveniencia en cuanto al análisis costo beneficio de su utilización por sobre el dinero en efectivo. Así, se comenzó con el dinero bancario entendido como instrumentos representativos del dinero existente en las bóvedas del Banco y que dio lugar a la creación de la figura jurídica de los títulos de créditos.

Ahora bien, es innegable que hoy la utilización de la manifestación material del dinero, de su aspecto concreto, a través de la moneda, viene en decadencia, pero esto no implica que el aspecto ideal del dinero, su representación abstracta como poder adquisitivo, como el equivalente universal de la totalidad de bienes y servicios comerciables sea lo único que será objeto de transacciones, pues afirmar que el valor comercial del dinero, su poder adquisitivo sea el único objeto de las relaciones obligacionales que tengan por objeto el dinero, es decir, su valor comercial, el poder patrimonial abstracto que representa atentaría con la simplicidad y la necesidad de eficiencia del tráfico, pues cada transacción, cada pago debería ser actualizada en cuanto al valor comercial al momento del pago.

Así las cosas, al plantear la desmaterialización del dinero únicamente la podemos aceptar en cuanto está haciendo referencia a su manifestación material histórica tradicional, la moneda o el billete, pues el dinero seguirá teniendo un valor nominal, tendrá una manifestación en una determinada unidad de cuenta cuyo nombre será el que determine el país soberano en que se emita y pasará a ser un asiento contable que se verá o para ser más preciso, que se refleja en la información encriptada de las bases de datos de los bancos comerciales y del Banco Central. Es decir, lo único que está cambiando, que se presenta como un proceso natural de la era digital, es la forma en la que se manifiesta la concreción material del dinero, que acorde a la era, estará concentrada en un bit de

información que representará lo que antes fue y aún sigue, por lo menos en una expresión mínima, el dinero en metálico, la moneda.

Ahora, la desmaterialización progresiva hizo que se fueran desarrollando otras alternativas que han ido más allá de la manifestación formal consistente en el dinero electrónico, sino que se han ido desarrollando alternativas al dinero fiduciario centralizado, que se presentan como alternativas más eficientes, más seguros y que cuentan con una escalada que hará que se genere la denominada revolución industrial digital, bajo el manto del *BIG DATA* y la tecnología *blockchain*<sup>152</sup>.

### **1.2.7 Hacia un concepto del dinero actual**

El 3 de abril del 2019 entró en vigencia en España la normativa que regula el acceso gratuito a los servicios de pago a todos aquellos que se encuentren en una situación de vulnerabilidad, siguiendo las directrices de la comisión europea para hacer que la mayor parte de la población participe en los beneficios de tener cuentas de pago electrónica y de esta manera integrar a la mayor parte de la población al uso de medios electrónicos de pago y mostrando claramente la preferencia de las autoridades europeas por el dinero electrónico, antes que el metálico, que es una tendencia mundial. La razón por la que se plantea en estos términos la cuestión de qué entienden todos por dinero es debida a que *el sistema de pagos es el dinero para todos*. Tratando de verificar un concepto unitario a lo que se debe entender por dinero.

Este sistema de pagos, el dinero, como todo sistema, tiene distintas partes, cada una de las cuales cumple una función determinada y llega a la mayor parte de la

---

<sup>152</sup> Pastor (2017), *op. cit.*, pág. 310. La autora nos muestra a las Criptodivisas como la alternativa futura, y porque no decirlo, presente, de lo que será el medio de intercambio indirecto propio de los avances tecnológicos, poniendo en evidencia que quizá el control del Banco Central sea su mayor “debilidad”, particularmente en el sentido de que no se podría hacer un control de la política monetaria a través de este ente fiscal.

población. Así, los billetes o las monedas, lo que hemos llamado la manifestación formal del dinero, los signos monetarios, reminiscencia del antiguo acuñado, representa la menor parte del sistema general de pagos. En muy pocos comercios se acepta únicamente medios electrónicos de pagos, sino todo lo contrario, en el comercio minorista muchos comerciantes venden y solo reciben el medio de pago por antonomasia, el clásico y cada vez más escaso *cash o efectivo* por lo menos antes de la pandemia. Es así como hoy bajo razones de orden sanitario debido a la pandemia de la SARS- CoV-2, el curso forzoso de los signos monetario en la práctica es descartado como prioridad en el pago minorista.

Ahora, sin perder el norte de nuestra investigación, debemos intentar indagar acerca del concepto jurídico del dinero y verificar si dicho concepto, reconocido por las legislaciones, si es que existe, responde o no a la realidad actual del sistema financiero. Es decir, hacer la prueba de actualidad de las legislaciones que descansan en gran parte en las codificaciones. De ahí, será posible también revisar críticamente las instituciones que están asociadas al dinero de manera inseparable, como sería los intereses y el anatocismo.

Podemos plantear en un primer intento un concepto del dinero en la doctrina española desde la perspectiva jurídica, que en palabras de BONET, quien una vez evidenciada la diversidad de ámbitos que el dinero afecta o se extiende (económica, sociológica, moral, entre muchos otros), nos señala que *“el dinero es un bien jurídico sancionado normativamente por una comunidad social en cuanto moneda que se intercambia como una unidad de cuenta con poder adquisitivo y de pago en las relaciones patrimoniales”*<sup>153</sup>. Esta definición claramente entiende que la sanción normativa es fundamental para estar en presencia de dinero, ubicando este autor entre los cartalistas en el lenguaje de GOODHART, más allá de los postulados economicistas de su gestación como instrumento de intercambio. Sin embargo, cabe hacer presente que en cuanto a aclarar cuál es el bien jurídico en cuestión y dejarlo despuntar con base en las

---

<sup>153</sup> Bonet Correa, J. (1981). Las deudas de dinero. *Madrid: Civitas*, pág. 227

funciones que cumple, queda esta definición insuficiente para aclarar la esencia del dinero como objeto de las obligaciones al día de hoy.

Es nuestra intención llegar hasta sus detalles de funcionamiento desde su gestación en la actualidad, su materialidad o inmaterialidad, incorporar su función social para definir los límites de la propiedad sobre el dinero e identificar las fuentes creadoras de dinero.

Antes de destilar un concepto de dinero producto de nuestra investigación, debemos aclarar que el fenómeno en cuestión se ve manifestado en una materialidad, que es la manera más próxima con que las personas se relacionan con el dinero, pero que no responde precisamente a los postulados teóricos sobre el dinero. En palabras de BONET estamos ante un fenómeno que se manifiesta en primer lugar como *dinero*, entendido este como una unidad ideal de medida<sup>154</sup> de valores patrimoniales, es decir, *un poder patrimonial abstracto* y por otra parte tenemos *la moneda* que es el símbolo representativo del dinero, es decir, poder patrimonial concreto, que es el que se ve expuesto a los vaivenes de los ciclos económicos (inflación; deflación)<sup>155</sup>.

Esta materialidad hoy en día se ve fuertemente menoscabada, al punto de que ya existen Estados que se hayan entregado a la total desmaterialización, movimiento impulsado por las lógicas económicas de eficiencia y seguridad del medio de intercambio indirecto, por lo menos como proyecto<sup>156</sup>.

Para ordenar la exposición tendremos que filtrar a los principales exponentes y que han marcado el curso del tratamiento del dinero en la historia, destacando la teoría monetaria moderna y que se han reflejado en la normativa vigente en gran parte de occidente.

---

<sup>154</sup> Se debe tener presente que como unidad de medida el dinero no marcha monopólicamente, pues diversos instrumentos pueden ser utilizados como tal. Por ejemplo, en el caso chileno se utilizan las unidades de fomento (UF) o unidades tributarias mensuales (UTM).

<sup>155</sup> Mises (2011) *op. cit.*, pág. 507. El autor nos llama la atención en cuanto a que las nociones de inflación y deflación tienen su origen en el lenguaje popular del pueblo y de los políticos y no de los teóricos de la economía, pues estos estaban atrapados por la teoría exógena o neutral del dinero.

<sup>156</sup> Inzitari, *op. cit.*, pág. 88-89;

Si bien, en lo que respecta al origen del dinero, la historia nos dará luces de lo que ha trascendido como tal hasta hoy, es de público conocimiento que desde el año 1971, con la salida de Nixon del tratado multinacional post guerra *Bretton Woods*<sup>157</sup> y antes el abandono del patrón oro, muchos de los aspectos teóricos sobre los que se había trabajado se ven reformados en la práctica. Además, la creación de un interviniente en los sistemas políticos económicos, cual es, el Banco Central, hacen que el relato histórico de su evolución sea insoslayable o a lo menos advertir que se debe tener en cuenta como hecho fundamental en el devenir de la economía mundial. Esto particularmente por el hecho de que a través de las distintas herramientas con las que controla la política monetaria de un país, tiene una influencia en los costos de los créditos, particularmente a través de las tasas de interés de política monetaria, entre otros mecanismos de control.

Tras ver los datos que se han registrado de los inicios del dinero y los hitos más importantes que han ido dando forma a lo que hoy utilizamos por dinero y ver sus peculiaridades debido a que las relaciones entre los individuos y los Estados han sido determinadas por el dinero, las ciencias jurídicas han realizado su aporte teórico para comprender el fenómeno, de tal forma que se hace indispensable desarrollarlo aquí.

Una de las primeras advertencias que se debe tener presente es la ubicación del análisis en la doctrina jurídica, pues hay quienes lo llevan al análisis exclusivo del Derecho Comercial y otros, como nosotros, que lo solapamos en el tratamiento civil, comercial y público. Una segunda advertencia es que si bien normalmente el análisis del dinero se realiza en el marco del curso de

---

<sup>157</sup> Pastor (2017), *op. cit.*, pág. 306. Nos señala la autora que: “Los acuerdos de Bretton Woods hacen referencia a las decisiones tomadas en la convención que en julio de 1944 reunió a 44 países con el fin de establecer un nuevo modelo económico mundial de posguerra donde se fijarían las reglas de las relaciones comerciales y financieras entre los países más industrializados. Encima de la mesa había dos propuestas, la estadounidense de Harry Dexter White y la británica de John Maynard Keynes. La propuesta estadounidense se impuso a la británica. No obstante, es interesante la propuesta del británico Keynes, por cuanto el bitcoin y la llamada nueva dolarización que está provocando –llamada “dolarización 2.0”-, podría acabar teniendo semejanzas con el Bancor, moneda internacional diseñada por Keynes que estaría vinculada a las divisas fuertes y sería canjeable en moneda local a través de un cambio fijo”.

obligaciones o en materia contractual o en cuanto a los tipos de valoración de los perjuicios, para nosotros el dinero debiese ser, junto a la propiedad, lecciones que deben ser enseñadas y aprendidas en los primeros cursos de Derecho civil, especialmente bajo el alero del análisis de la teoría general de los bienes.

El dinero como cosa o bien, se presenta con una materialidad innegable, por lo menos con más fuerza antes de la aparición del dinero electrónico, representada ya sea con el papel moneda o con las monedas de metal. Estamos en presencia de una cosa que presenta una *coporeitatem*, sin embargo no es el único aspecto que importa del dinero y para ser más precisos hoy en día es la que menos importa.

El otro aspecto que importa más el día de hoy es su ámbito abstracto. Y aquí es dónde el aporte teórico es importantísimo, pues hoy más que en cualquier momento, con el realce que han tomado las ideas alternativas al dinero como medio de cambio, es necesario tener claro qué debemos entender por dinero, cuáles son las características esenciales del dinero, qué es lo que le da sustancia y reconocimiento entre los diversos componentes de la sociedad y que permite hablar de la seguridad de las transacciones.

El relato histórico del dinero resulta muy interesante para cualquier persona dedicada a la investigación de las ciencias económicas, jurídicas, sociológicas, antropológicas, psicológicas, entre otras, aún más para los civilistas, pues constituye el poder de adquisición patrimonial universal<sup>158</sup>, que permite la libre circulación de los bienes, la facilitación de la circulación de los bienes y servicios producidos en la sociedad a través del crédito, la valoración de los daños ocasionados por delitos civiles, transformándose en el elemento indispensable para el cumplimiento del principio de la reparación integral del daño, incluso respecto de los intereses extra patrimoniales. En consecuencia, desconocer el relato histórico y económico del dinero cuando el objeto de nuestro estudio versa

---

<sup>158</sup> De la Cuesta, *op. cit.*, pág. 27.

en una de sus más defendidas cualidades, como es el ser un bien de capital, es decir, un bien productivo.

Ahora bien, a pesar de que no está dentro de nuestros objetivos indagar sobre cuál de las dos teorías en torno al origen del dinero, como lo conocemos hoy, es la que más se acerca a su origen histórico, es conveniente hacer referencia a una reciente experiencia, que se enmarca en el desarrollo de las tecnologías y que puede darnos pruebas del cómo se habrá gestado inicialmente el dinero. Este fenómeno es el de las criptomonedas o criptodivisas. Precisamente porque en el ingreso de esta posible modalidad de intercambio indirecto, en el esquema financiero actual, es producto de la actuación espontánea, como se precisa que fue la creación de los primeros medios de intercambios indirectos. Cabe señalar que las criptomonedas se originan como una reacción al sistema financiero colapsado en la última crisis económica generada por el cambio de comportamiento de la banca en Estados Unidos entre los años 2007- 2008 y que tuvo consecuencias planetarias y que hasta hoy sigue siendo objeto de análisis. Esto lo precisamos debido a que efectivamente hemos podido ver como la ciudadanía al ver el fallo del sistema económico, el que llevó a uno de ellos, uno de los ciudadanos más lúcidos, anónimo por lo demás, a proponer o intentar levantar un sistema financiero basado en nuevas tecnologías, particularmente a través de la tecnología *blockchain*, y eliminando al intermediario, es decir, con la pretensión de eliminar el sistema bancario en razón de la demostración de alta falibilidad de dichos operadores financieros.

De todo el análisis que hemos venido realizando podemos afirmar por tanto. Que el dinero pasa de ser un simple bien, sino que supera con creces este concepto, pues absorbe una parte del interés público que importa incorporar en su comprensión, hay una idea latente de las instituciones jurídicas que podría ayudarnos a comprender el dinero en cuanto a su integración. Si quisiéramos identificar el elemento esencial del dinero hoy que permite su funcionamiento y que está sustentado en siglos de evolución, diremos que es la fe, la confianza, la fiducia, que es la base de la convención social en la que descansa y que es posteriormente monopolizada por el Estado, de tal manera que la confianza,



fundamento intrínseco del dinero, descansa hoy día en la institucionalidad que respalda el sistema monetario y lo controla.

### **1.3. La expansión crediticia y el sistema financiero actual**

Para dar cuenta de la expansión crediticia o expansión monetaria y lograr una contemplación del curso del flujo del circuito monetario en el sistema financiero actual, tendremos obligatoriamente que detenernos en aspectos institucionales y conceptos propios de los mercados financieros para llegar al punto en que se muestre claramente como un banco crea dinero de la nada, *ex nihilo*, o más bien con la autorización del ordenamiento jurídico a través de los depósitos en las cuentas de cheques. Con el objeto de cumplir las expectativas derivada de la idea de que los bancos pueden crear dinero, es que procederemos a analizar expositivamente la institucionalidad financiera, comenzando por los Bancos centrales, para luego pasar a las entidades financieras, cuyo principal representante son los Bancos comerciales, con las referencias hacia la escuela monetaria y la escuela bancaria en torno a la teoría económica monetaria que dio origen al sistema financiero actual. Además, en uno de los apartados sucesivos explicaremos el denominado *multiplicador monetario* que permite entender la creación del dinero a través de los préstamos por parte de los bancos comerciales y lo relacionaremos con la ley de encaje o sistemas basado en la reserva fraccionaria, que es lo que precisamente permite este fenómeno ilustrado en el modelo matemático del multiplicador monetario.

En este mismo sentido, la descripción que haremos a continuación intenta aclarar la realidad del dinero en la economía actual, esencialmente la forma en que se crea dinero y el fundamento o la ausencia de justificación en la gestación del dinero y las consecuencias que tendría esta falta de justificación en las relaciones obligatorias de crédito vinculando las justificaciones históricas que se han dado, que no han cambiado, a la producción del interés de parte del dinero

que es objeto de las relaciones de crédito, enfocándonos en el lucro cesante como título justificante de la producción del interés.

Varios son los conceptos que se deberá tener a la vista para seguir el proceso de la creación del dinero, para comprender el fenómeno del dinero vigente hoy en día, pues se podría pensar que el dinero al tener una función de pago general y al ser reconocido por algún Estado en particular, la base u *oferta monetaria*<sup>159</sup> o *agregados monetarios*, es decir, la masa de dinero que circula, material o inmaterialmente, en una economía cerrada, podría ser explicada fácilmente a través de la impresión del dinero que hace cada Banco Central en su ámbito territorial de competencia. Sin embargo, el complejo del sistema bancario en operación se aleja bastante de esta creencia popular y esta concepción es muy alejada a la representación del dinero en efectivo, el cash, que circula en la economía<sup>160</sup>. Es por esto que debemos abordar el funcionamiento del proceso de la oferta monetaria y la base monetaria<sup>161</sup>.

Asimismo, aclaremos que la labor de las entidades financieras o de crédito, representadas mayoritariamente por los bancos, no se reduce únicamente a una labor de intermediación entre los depositantes de ahorros, personas comunes y corrientes que gracias a sus esfuerzos han logrado reservar dinero para ahorrar o invertir y que depositan su confianza en los bancos, y aquellos que no son capaces de ahorrar dinero suficiente para satisfacer sus deseos de consumo o iniciar emprendimientos empresariales.

En este sentido, podemos afirmar en términos generales que el sistema que rige en materia de emisión de capital actualmente es el de la *riqueza anticipada abstracta*<sup>162</sup>. Esto quiere decir que lo que mueve la creación del dinero es el

---

<sup>159</sup> Mishkin, *op. cit.*, pág. 335. Entiéndase por base monetaria a la suma de la moneda en circulación y las reservas totales del sistema bancario.  $BM = C + R$ .

<sup>160</sup> Pastor (2005), *op. cit.*

<sup>161</sup> Mishkin, *op. cit.*, pág. 333.

<sup>162</sup> Aglietta *et al.*, *op. cit.*, pág. 52 Señalan los autores, en cuanto al principio de emisión en los sistemas monetarios las posibilidades son: “*Para limitarse a indicaciones breves, tres grandes tipos de emisión parecen concebibles ya sea que sean fundadas sobre una riqueza tangible presente (el caso de un sistema metálico sin crédito), una riqueza tangible anticipada (el caso de un sistema metálico con crédito) o una riqueza abstracta anticipada (el caso de un sistema de emisión capital)*”

crédito, es a través del crédito, es decir, la anticipación de bienes futuros, de riqueza futura, lo que impulsa el desarrollo de la actividad económica o su comportamiento cíclico en la que la expansión crediticia está en el curso causal de las crisis económicas históricamente<sup>163</sup>.

La labor principal de las entidades financieras consiste en la creación de dinero a través de los préstamos y así se generan las utilidades a través de los intereses y comisiones.

Así las cosas, es posible identificar a lo menos *tres tipos de dinero* que integran la oferta monetaria en la mayor parte de las economías, por una parte tenemos *el efectivo en circulación* (al que cualquier sujeto identificaría como dinero, caracterizado esencialmente por la materialidad y que se puede presentar en su composición metálica o de papel), *los depósitos bancarios* ( no es más que la abstracción reflejada en los libros o sistemas contables de cada banco privado y que resulta esclarecedor a estas alturas de nuestra investigación) y *las reservas del Banco Central*<sup>164</sup>. A este conjunto del sistema financiero en economía se le denomina M1.

De esta manera, podemos afirmar que el negocio bancario interviene la circulación monetaria a través del crédito o de préstamos. Aquí se hace indispensable considerar la idea de que cualquier investigación relacionada con el crédito y el dinero con su respectiva influencia en el precio en dinero de las cosas.

Si la creación del dinero por parte de los bancos a través de los préstamos representa la mayor parte del flujo monetario de una economía, de la oferta monetaria, ese dinero estaría simplemente sustentado en la captación de la riqueza que es posible generar en la economía real<sup>165</sup>. A través del crédito se

---

<sup>163</sup> Esta visión binaria de los efectos que genera la expansión del crédito puede ser moderada si pensamos en una expansión crediticia que siga las recomendaciones guiadas por la asimetría de la información derivada de la selección adversa y el riesgo moral asociado a la actividad bancaria y de la que se aleja en un comportamiento de otorgamiento de créditos o préstamos indiscriminado.

<sup>164</sup> McLeay, *et al.* (2015), pág. 334.

<sup>165</sup> Entiéndase por economía real aquella actividad económica que produce riqueza de forma ajena a la industria de los bancos.

impulsa el comportamiento de los agentes económicos, de las personas, para que ejerzan alguna actividad que les permita solucionar las deudas contraídas con los mismos bancos, de manera que entender el dinero como deuda, que es como debería entenderse, aclara la función de las entidades financieras al momento en que ejercen su potestad de *creatio ex nihilo* del dinero<sup>166</sup>.

Pastor hace una descripción sintética en los siguientes términos: " *Asimismo, bajo los sistemas monetarios actuales, -de monopolio estatal de emisión del dinero de curso legal- es el Banco Central quien determina en última instancia cuánto dinero se crea en la economía. Otra cosa es el resto de los medios de pago creados por los bancos comerciales. Estos son los depósitos bancarios, que usamos a diario para realizar transacciones y saldar deudas. Al conjunto de ellos se le conoce como el dinero bancario y representa el grueso de la oferta de medios de pago existentes en cualquier economía moderna. Son dinero porque nos sirven para hacer pagos: a diario utilizamos tarjetas de débito, cheques bancarios, ordenamos transferencias bancarias, que no hacen más que "movilizar" mediante apuntes electrónicos el dinero que tenemos en nuestra cuenta bancaria a la de un tercero en el mismo o diferente banco*"<sup>167</sup>.

En definitiva, la forma del dinero actualmente ha sido completamente distorsionada a como seguramente se concibió inicialmente por los particulares que dieron el paso a la economía de intercambio indirecto. Hoy, el dinero está a punto de convertirse en un ente completamente desmaterializado, con la posibilidad de seguir evolucionando a medios de pagos más eficientes, en los que el comercio vea satisfecha su ansia de instantaneidad.

Ante esta realidad, no podemos sino entender que el fundamento de la posibilidad de creación de dinero por parte de los bancos es la autorización que históricamente ha dado la autoridad de turno, la que es denunciada como una viveza o astucia por parte de la banca desde la edad media con la complicidad

---

<sup>166</sup> Huerta, *op. cit.*, pág. 139. El autor adopta un ánimo denunciante frente a esta facultad concedida a las entidades financieras.

<sup>167</sup> Pastor (2017), *op. cit.*, pág. 306-307

de las autoridades, en el relato de HUERTA<sup>168</sup>. Pues desde el momento que crean el activo financiero, las personas pasan a ser deudoras y deberán responder a sus obligaciones a través de lo que obtengan con su trabajo o con sus utilidades. Es decir, que los bancos captan el valor del trabajo, la riqueza generada por la ciudadanía y de la producción a través de los préstamos y créditos, en razón de la institucionalización de dichas entidades. De tal manera, se invierte la idea inicial de la base monetaria que debía estar presente en la economía, que consistía en que la suma general de los precios de las mercancías y servicios determinaría el monto total de la masa de dinero en circulación y pasa a ocupar su lugar la idea antitética, es decir, que se incrementa primero la masa de dinero, a través de la expansión crediticia, para fomentar el incremento de bienes y servicios, para impulsar la economía. Esto es lo que se reconoce como beneficioso del financiamiento, de la creación del dinero a través de los depósitos de cuenta como elemento que impulsa el crecimiento económico<sup>169</sup>.

### **1.3.1 El Banco Central y la política monetaria**

De conformidad con RIERA I PRUNERA y BLASCO-MARTEL:

“La política monetaria tiene como eje central de su actuación el mantenimiento de la estabilidad económica de un país. En general se distingue entre la estabilidad de precios, el crecimiento económico, la plena ocupación y el equilibrio de la balanza de pagos; si bien, desde hace algunas décadas, en Europa parece que el primero de los objetivos es el que ha primado. Para lograr su meta las autoridades monetarias eligen como objetivo intermedio, bien la cantidad de dinero existente en la economía, bien la tasa de interés y actúan a través de las operaciones de mercado abierto, el cambio del coeficiente de caja o la variación del tipo de interés. La Teoría cuantitativa del dinero está relacionada con el primero de los objetivos, la

---

<sup>168</sup> Huerta, *op. cit.*, pág. 59.

<sup>169</sup> Marx, *op. cit.*, pág. 146

estabilidad de precios; postula una relación directa uno a uno entre la cantidad de dinero existente en una economía y el nivel de precios, considerando la inflación como un fenómeno monetario”<sup>170</sup>.

El Banco Central es la institución estatal, la autoridad monetaria en el diseño del sistema financiero más importante en el manejo de la política monetaria de los Estados al día de hoy, pues es la institución que controla el sistema financiero a través de una serie de mecanismos. Coloquialmente es conocido como el banco de los banqueros o el banco de los bancos. El mayor exponente a nivel mundial podría ser el sistema federal de bancos, constituido por los doce bancos centrales de Estados Unidos que se conoce coloquialmente como *FED*. Para entender el sistema financiero debemos tener una idea clara acerca de qué es el Banco Central y cuáles son sus principales funciones.

El Banco Central como una institución histórica nace de la germinación de los intereses de la banca privada y de los Estados representados por sus autoridades ejecutivas. Es la innovación de un banco privado a un Banco Central que colocó a parte de las economías del norte en una supremacía económica, atribuyéndose a los bancos centrales de Ámsterdam, Londres y de Estocolmo como los primeros bancos centrales bajo el modelo que se conoce al día de hoy<sup>171</sup>.

El primero de ellos, *Wisselbank*, creado en 1609, que fue fundado con el objeto de solucionar problemas prácticos que generaban los comerciantes debido a la importante cantidad de dinero extranjero, que transformó al *Wisselbank* en el banco de intercambio y fue el último banco que no rompió la regla de la reserva del cien por cien, es decir, no prestaba más dinero del que tenía, mantenía el *tantundem* de los depósitos irregulares<sup>172</sup>

Luego, en 1656 se crea el *Swedish Riksbank*, institución que da origen a lo que se conoce como el sistema de reserva fraccionaria, pues se tomaron del hecho

---

<sup>170</sup> Riera i Prunera, C. & Blasco-Martel, Y., *op. cit.* pág. 109.

<sup>171</sup> Ferguson, *op. cit.*, pág. 48

<sup>172</sup> Huerta, *op. cit.*, pág. 81.

de que los depositantes del dinero no irían en masa a solicitar sus fondos, así como el hecho de que el dinero dejado en depósito podría ser utilizable para rentar prestándolo a terceros<sup>173</sup>.

Para ubicarnos históricamente el banco privado, como agente económico, es muy anterior a la existencia del Banco Central, digamos, que es el precedente de los bancos centrales y que nacen a consecuencia de la existencia de estos<sup>174</sup>. Se identifica la creación de la banca a propósito de la guerra angloholandesa y se atribuyen a tres elementos que participan en su formación y que implicaban el corbo de usura. En primer lugar se identifica el cambio de moneda extranjera, es decir, el mercado de divisas. En segundo lugar, la negociación de préstamos y depósitos bancarios a los que están asociada la creación del dinero<sup>175</sup>.

Ahora, el caso de España se circunscribe en el acuerdo de la unión europea que se plasmó en el Tratado de Maastricht del año 1992<sup>176</sup>, que en su artículo 4.A dispone la creación de un *sistema de bancos centrales*, con un ente supranacional que impera las políticas monetarias en Europa, que es el Banco Central Europeo. Luego, cada Estado miembro de la comunidad tiene su propio Banco Central, que en España es el Banco de España, el que se incorpora en dicho sistema. En el artículo 105 del mencionado tratado, se dispone que el *Sistema Europeo de Bancos Centrales* está encargado de mantener la estabilidad de los precios y con este propósito se le otorgan una serie de facultades que permiten alinear la política monetaria de la Unión Europea,

---

<sup>173</sup> *Ibidem*, pág. 49

<sup>174</sup> *Ibidem*, pág. 48

<sup>175</sup> Gómez, *op. cit.*, pág. 35-36. Destaca la autora que se trata de un conflicto bélico que por primera vez estaba asociado a cuestiones de orden comercial, particularmente vinculado con las rutas comerciales.

<sup>176</sup> Del Rosal, M. (2019). Una crítica de la economía política del Banco Central Europeo (recurso electrónico). *Papeles De Europa [fecha de consulta: 12 de agosto 2020]* Disponible en: <https://doi.org/10.5209/pade.64469>, 32(1), 13-27. El origen causal de la creación del Banco Central Europeo el autor lo sitúa en el denominado shock de Nixon en el año 1971, que supuso el abandono del patrón oro y la caída de facto del acuerdo Bretton Woods, frente a la necesidad de establecer reglas claras en las tasas de cambio entre los países europeos, lo que dio lugar a la idea de la moneda común más exitosa en la historia de Europa, pues los anteriores intentos fracasaron.

especialmente dirigida al control de la base monetaria y desde ahí mantener la estabilidad de los precios.

Cabe hacer presente que la creación de los Bancos Centrales como un elemento esencial en el manejo de las economías va de la mano con una determinada teoría económica, que respecto de esta entidad se sitúa en la *teoría monetaria ortodoxa* o *teoría neoclásica monetarista*, la que tiene sus bases originarias en la *teoría cuantitativa del dinero* desarrollada por los clásicos de la Escuela de Salamanca y pensadores clásicos de la talla de Jean Bodin, David Hume, David Ricardo y representados más recientemente en los trabajos de Milton Friedman o Irving Fisher. Sintéticamente según esta visión, la oferta monetaria viene determinada directamente por la base monetaria establecida por el Banco Central, lo que significa que esta institución es capaz de influir de manera decisiva sobre la cantidad de dinero en circulación y, por lo tanto, sobre fenómenos tan trascendentes como la inflación o los tipos de interés<sup>177</sup>. La teoría cuantitativa afirma que la expansión monetaria es la que provoca *siempre* la inflación, porque se puede demostrar con datos históricos que todo proceso de inflación elevada se ve acompañado de un aumento de la cantidad de dinero. Adicionalmente, la teoría cuantitativa considera como segundo elemento determinante en el control de la inflación las tasas de desempleo y el valor de los salarios, afirmando que si los salarios son muy altos en relación al nivel de desempleo o paro, la inflación tiende a subir<sup>178</sup>. Ya explicaremos más adelante en detalle los modelos matemáticos a través o que se analiza la oferta y la base monetarias en relación con la ley de encaje y el denominado multiplicador monetario.

Asimismo, el modelo ideal en la institucionalidad del Banco Central en un Estado o comunidad de Estados es su carácter independiente<sup>179</sup> y así poder controlar

---

<sup>177</sup> Del Rosal, M. (2019). *Una crítica de la economía política del Banco Central Europeo [online]. Papeles De Europa*, 32(1), 13-27 Madrid. Ediciones Complutense. 2019. [fecha de consulta: 12 de agosto 2020] Disponible en: <https://doi.org/10.5209/pade.64469>.

<sup>178</sup> *Ibidem*.

<sup>179</sup> El artículo 7 del Protocolo sobre los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo, reza lo siguiente: Independencia. Tal como se expone en el artículo 108 del Tratado, cuando ejerzan las facultades que les confieren el Tratado y los presentes



los ciclos económicos a través de sus políticas monetarias de expansión o contracción monetaria vinculado a la preciada estabilidad de precios. Esta independencia tiene varias proyecciones en el Sistema Europeo de Bancos Centrales, en cuanto al personal que lo integra, a su financiamiento, en cuanto a los aspectos políticos y en cuanto a las decisiones de carácter económico referido al tipo de medidas a tomar en cuanto a los instrumentos monetarios para el logro de sus objetivos<sup>180</sup>.

Así las cosas, y en razón que solo expondremos el sistema vigente, comenzaremos por señalar que el Sistema de Bancos Centrales Europeo utiliza tres herramientas para ejercer su control sobre el sistema financiero, los que son: los coeficientes de reserva, las tasas de descuento y las operaciones en el mercado abierto<sup>181</sup>. Entiéndase que el modelo de operatividad de las instituciones financieras y particularmente del Sistema de Bancos Centrales Europeo está basado en la idea de que ese sistema controla la base monetaria a voluntad, en circunstancias que desde hace un tiempo considerable hay voces que apuntan a que un sistema financiero basado en la existencia de un Banco Central juntamente con la operatividad del sistema de reservas asociado al multiplicador monetario impide que ese control sea efectivo<sup>182</sup>.

La idea de la actuación de la entidad encargada de la política monetaria siempre irá enfocada a la inyección de circulante o al incremento del dinero, en un

---

Estatutos y desempeñen las funciones y deberes correspondientes, ni el Banco Central Europeo, ni los bancos centrales nacionales, ni ningún miembro de sus órganos rectores recabarán ni aceptarán instrucciones procedentes de las instituciones u organismos comunitarios, de ningún Gobierno de un Estado miembro ni de ningún otro organismo. Las instituciones y organismos comunitarios, así como los Gobiernos de los Estados miembros, se comprometen a respetar este principio y a no tratar de influir sobre los miembros de los órganos rectores del Banco Central Europeo o de los bancos centrales nacionales en el ejercicio de sus funciones.

<sup>180</sup> Del Rosal, *op. cit.*

<sup>181</sup> Pastor (2005), *op. cit.*; Kenneth Galbraith, J. (1983). dinero de donde vino/adonde fue, pág. 158.

<sup>182</sup> Mishkin, *op. cit.*, pág. 373. El autor propone un análisis vinculado a un modelo matemático que vincule la oferta monetaria con la base monetaria en el que se vea reflejada la influencia del multiplicador monetario.

concepto amplio<sup>183</sup>, disponible en una economía cerrada y de esa manera controlar el valor del dinero a través de las tasas de interés interbancario. Siempre se trata de oferta monetaria, ya sea a través de operaciones en mercado abierto, controlando las tasas de encaje o reserva o a través de las tasas de descuento.

En lo que nos interesa a nosotros, pues todo este análisis del sistema financiero con el modelo de una banca central o un sistema de bancos centrales quienes monopolizan la dirección de las políticas monetarias de una economía determinada pasa por el daño asociado al incumplimiento contractual del prestatario que fundamenta la mayor parte del interés moratorio e incluso el retributivo aplicable a las relaciones de crédito emanadas de los contratos de financiación. Es por esto por lo que, en el siguiente apartado realizaremos un análisis de la denominada reserva fraccionaria o ley de encaje, para que observemos que el principal título asociado a los intereses moratorios carece de existencia bajo el modelo de crédito actual.

---

<sup>183</sup> No solo se trata de la impresión de billetes o la acuñación de monedas, pues el dinero es encriptado a través de los estados centrales.

### **1.3.2 El sistema de reserva fraccionaria o la ley del encaje en las normativas bancarias**

El sistema bancario es el ámbito económico que se ha visto más fuertemente influenciado por la globalización, al punto que se entiende que hay un orden mundial en cuanto al sistema financiero<sup>184</sup> y que es necesario mantener un control a partir de los parámetros establecidos por los acuerdos del Comité de Basilea<sup>185</sup>, que se crea precisamente por los problemas que causa en la economía el comportamiento comercial de las entidades bancarias.

Así, el modo en que operan es relativamente similar en gran parte del mundo, con la existencia de un Banco Central y una operatividad en torno al negocio bancario replicada, en las que las reservas pasan a jugar un rol determinante en la influencia de la actividad bancaria en la economía. Las reservas, como figura contable y jurídica, son uno de los temas más debatidos, en cuanto a que se abrió la posibilidad, desde que existen los bancos prácticamente, que lo que era depositado por algún agente económico, posteriormente puede ser prestado por la institución financiera cumpliendo su función en la sociedad como intermediario financiero entre los ahorradores y aquellos que tienen una oportunidad de negocios, pero que carecen del dinero necesario para consumir su oportunidad empresarial o más tristemente, para financiar el sustento básico de la vida de una familia poco exitosa en el ámbito económico y que queda a las afueras de los grupos exitosos en la sociedad de mercado. Este procedimiento es lo que se

---

<sup>184</sup> En el Preámbulo de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito, se señala: “*La propia tendencia cíclica de las economías, el natural apetito de las empresas financieras por modelos de negocio que priorizan la optimización de beneficios a corto plazo, la impredecible evolución de la innovación financiera y la creciente y mundial interdependencia entre entidades y mercados financieros, pueden conducir a estas instituciones y al conjunto de las economías a situaciones de dificultad, con graves consecuencias sobre el funcionamiento global del sistema económico(la cursiva es nuestra)*”.

<sup>185</sup> Avella Gómez, M. (2004). Los acuerdos bancarios de Basilea en perspectiva. *Revista del Banco de la República*, pág. 107-133. Se puede apreciar en este artículo que a consecuencia de la crisis bancaria de la década del 70 del siglo pasado es a raíz de serios problemas bancarios, principalmente la bancarrota del Bankhaus Herstatt en Alemania Occidental y del estadounidense Franklin National Bank.

conoce como el proceso de transformación de activos, en el que un depósito en una cuenta de ahorro, que es un pasivo para el banco lo presta y ese préstamo pasa a ser un activo del banco<sup>186</sup>.

Es así como, con la venia de la autoridad respectiva, se permitió a los bancos la posibilidad de mantener solo una parte de los dineros que le hayan sido depositadas. Esta parte de los dineros es lo que se conoce como reservas y la ley exige que haya un porcentaje relativo en las cuentas del Banco Central o en las bóvedas de cada banco comercial.

Este modelo de funcionamiento ha sido denunciado históricamente como el causante de los ciclos económicos, en razón de que se pone énfasis en el crédito o deuda más que en el ahorro.

Sólo a modo de botón de muestra citaremos el caso del SEBC y el caso Chile, en los que en sus legislaciones vigentes, dan muestra de que hay una legitimación de la práctica del modelo de negocios bancarios basados en la reserva fraccionaria, como un elemento de control de los Bancos centrales del nivel general de precios. Así, el artículo 19 de los Estatutos del SEBC/BCE establece bajo la denominación de reservas mínimas lo que sigue:

*Reservas mínimas 19.1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2, el BCE podrá exigir que las entidades de crédito establecidas en los Estados miembros mantengan unas reservas mínimas en las cuentas en el BCE y en los bancos centrales nacionales, en atención a objetivos de política monetaria. El Consejo de Gobierno podrá establecer los reglamentos relativos al cálculo y a la determinación de las reservas mínimas exigidas. En caso de incumplimiento, el BCE podrá aplicar intereses de penalización, así como imponer otras sanciones de efecto comparable. 19.2. Para la aplicación del presente artículo, el Consejo definirá, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 42, la base correspondiente a las reservas mínimas y los coeficientes máximos admisibles entre dichas reservas y sus bases, así como las sanciones apropiadas en caso de incumplimiento.*

---

<sup>186</sup> Mishkin, *op. cit.*, pág. 223.

En el mismo sentido, en el artículo 63 de la ley general de bancos vigente en Chile la que dispone:

*Artículo 63.- Las empresas bancarias y Banco del Estado de Chile deberán mantener, por sus depósitos a la vista y a plazo u obligaciones, los encajes que determine el Banco Central de Chile.*

Dicha remisión a la gestación normativa del Banco Central actualmente se establece en los siguientes términos:

*En el capítulo 3.1 del Compendio de normas monetarias y financieras disponibles en la página web del Banco Central de Chile se precisa que “Los depósitos y captaciones a la vista, cualquiera que sea su naturaleza, estarán afectos a una tasa de encaje de 9%, en adelante la “tasa de encaje para depósitos u obligaciones a la vista”.*

Es así como, el control de la tasa de encaje o reserva es una de las herramientas de control del mercado financiero e influye en la oferta monetaria, de tal manera que al disminuirla el Banco Central la oferta monetaria incrementa y a la inversa al aumentarla la oferta monetaria disminuye, con el objeto de cumplir con la principal función que es mantener la tasa de inflación en estándares deseables, junto con las tasas de descuento y las operaciones de mercado abierto<sup>187</sup>.

---

<sup>187</sup> Mishkin, *op. cit.*, pág. 351.

#### **1.3.4 La creación del dinero a través del otorgamiento de préstamos y la creación de las cuentas de depósitos<sup>188</sup>**

El multiplicador monetario es un modelo matemático a través del que se determina la oferta monetaria que se relaciona con la base monetaria. Se entiende por base monetaria la suma entre la moneda en circulación y las reservas totales del sistema bancario. Mientras que la oferta monetaria es igual al multiplicador monetario multiplicado por la base monetaria<sup>189</sup>.

Lo que se busca a través de este modelo matemático es expresar lo que ocurre cada vez que se ingresa dinero al flujo general, en cuanto a la expansión. Y, aclaramos, desde ya, que la idea de mencionar el multiplicador monetario es quedarnos con la realidad que intentan representar estos modelos matemáticos y no desarrollar el análisis de la conveniencia de uno u otro para reflejar el incremento de dinero en una economía cerrada a consecuencia del funcionamiento del incremento de las reservas, pues en cualquier modelo que se utilice, la multiplicación del dinero con base en el otorgamiento de préstamos o créditos, sigue existiendo, es un hecho reconocido, que las entidades financieras prestan más de lo que se les deposita, como el hecho inicial de la expansión, con base en la legalidad del sistema de reserva fraccionaria o ley de

---

<sup>188</sup> La información que se presenta en el presente apartado consta en distintas páginas institucionales que explican a la ciudadanía la manera en que operan los bancos e instituciones crediticias. A modo de prueba tenemos la información proporcionada didácticamente por parte del Banco de Inglaterra (<https://www.bankofengland.co.uk/knowledgebank/how-is-money-created>) y en España podemos verificar esta información en una de las instituciones más importantes del sector bancario. (<https://www.bbva.com/es/como-se-crea-el-dinero-2/>). Por otra parte, hay un activismo asociado a los efectos perniciosos ocasionados por las instituciones financieras, que aboga por la modificación del sistema de reserva fraccionaria y la relectura del Plan de Chicago propuesto por Henry Simons, secundado por Irving Fisher en 1936. Benes, M. J., & Kumhof, M. M. (2012). *The Chicago plan revisited*. Washington: International Monetary Fund. La síntesis del plan es la siguiente: “*The key feature of this plan was that it called for the separation of the monetary and credit functions of the banking system, first by requiring 100% backing of deposits by government-issued money, and second by ensuring that the financing of new bank credit can only take place through earnings that have been retained in the form of government-issued money, or through the borrowing of existing government-issued money from non-banks, but not through the creation of new deposits, ex nihilo, by Banks*” .

<sup>189</sup> Mishkin, *op. cit.*, pág. 352.

encaje, bajo el control del respectivo Banco Central, que este a cargo de la política monetaria del Estado y que cada vez que se incrementa las reserva se traduce en un incremento del crédito y del dinero bancario. Es la manera en que se desarrolla la economía, impulsando el crédito y de esta manera dotar de mayor liquidez a la economía<sup>190</sup>.

Vale precisar, que no se trata únicamente de la posibilidad de prestar el dinero depositado con base en el ahorro de los consumidores financieros, sino que al hacer el primer préstamo, con el exceso de reservas, crea una nueva cuenta de depósitos que corresponde al crédito (préstamo o acreditación), sobre el cual podrá hacer un nuevo préstamo por el porcentaje de exceso de reserva respectivo y esto es solo explicitado a partir de un banco monopolista, pues al incorporar en el análisis al sistema bancario el efecto expansivo de créditos por los bancos se exagera aún más<sup>191</sup>.

El efecto que se genera al incrementar el circulante por parte del Banco Central es mínimo comparado con la expansión crediticia que se produce a consecuencia de la ley de encaje y el comportamiento de los bancos en relación a los excesos de reservas.

Ahora, no es nuevo el mecanismo por medio del que a través de un acto sin justificación se lleve a cabo la creación de dinero *ex nihilo*, podemos posicionar la creación del dinero con base en los depósitos bancarios con el quiebre de la autoridad católica en el siglo XVI, con el protestantismo, sustentado por Calvino, y su apoyo a las ideas de un capitalismo en el que la usura ya no es perseguida, sino que se trata de una forma justa de hacer negocios y en el que los intereses o usura ya no están vedados, sino que se plantea cuál es el límite, estableciéndose tasas máximas de interés. Es ese cambio de paradigma en que la usura deja de estar vinculada absolutamente a los intereses, y como señalamos, se vincula al exceso de interés. Considerando Calvino que en los préstamos a los pobres el cobro de la usura debía seguir vedado.

---

<sup>190</sup> McLeay, *et al.* (2014), *op. cit.*

<sup>191</sup> Huerta, *op. cit.*, pág. 176-187.

De esta manera, el negocio de la banca surge sobre la base de los ejes de las operaciones de descuento, el que se refieren a la negociación de préstamos, el cambio de moneda extranjera y los depósitos bancarios, siendo los orfebres quienes fueron atacados por los impulsos codiciosos al ver que las reservas de oro y de plata se mantenían intactos <sup>192</sup>.

Asimismo, la idea de la creación de cuentas de depósitos múltiples bajo un sistema bancario interconectado y controlado por el Banco Central es que la afirmación de que con un préstamo el banco amplía sus posibilidades de volver a prestar, impide seguir afirmando la justificación de los intereses en el sacrificio económico del prestamista, la entidad crediticia, pues el mismo préstamo da lugar a ampliar las posibilidades del lucro de la entidad.

MISHKIN describe la expansión de los depósitos múltiples de la siguiente manera: *“Usted puede ver ahora la diferencia en la creación de depósitos para el banco individual versus el sistema bancario en su totalidad. Puesto que un solo banco crea depósitos iguales solo por el monto de su exceso de reservas, no puede generar por sí mismo una expansión de depósitos múltiples. Un banco individual no está en condiciones de hacer préstamos por un monto mayor al de su exceso de reservas, porque perderá estas reservas conforme los depósitos creados por el préstamo encuentren su camino hacia otros bancos. Sin embargo, el sistema bancario como un todo puede generar una expansión múltiple de depósitos, porque cuando un banco pierde su exceso de reservas, estas no abandonan el sistema bancario aun cuando ya no pertenezcan a un solo banco. De esta manera, conforme cada banco hace un préstamo y crea depósitos, las reservas se desplazan a otro banco, que las usa para hacer nuevos préstamos y crear depósitos adicionales. Como se ha visto, este proceso continúa hasta que el incremento inicial en las reservas da como resultado un incremento múltiple en depósitos”*<sup>193</sup>.

---

<sup>192</sup> Rothbard, M. N. (2012). *Historia del pensamiento económico* (Vol. I). España: Unión editorial. Pág. 36.

<sup>193</sup> Mishkin, *op. cit.*, pág. 347-348.



En consecuencia, el análisis causal del sacrificio económico que se alude como fundamento a los frutos civiles generados por el dinero que ha sido objeto de un contrato de crédito no existe, pues precisamente a través del préstamo incrementan las opciones a que en el sistema monetario se cree más dinero, especialmente por aquel que lo presta. Retomaremos esta idea en el análisis de los daños sufridos por las instituciones financieras ante el incumplimiento de las deudas pecuniarias y los fundamentos del interés moratorio, que se trasladan a los retributivos o compensatorios.

#### **1.4. El concepto jurídico del dinero. Un intento de definición**

Conceptualizar desde el punto de vista jurídico una institución que es previa a cualquier norma que haya pretendido regularla o cuya regulación parte de los usos y costumbres de un comercio más avanzado que el desarrollado en la época del trueque, requiere de reflexiones que remueven los conocimientos teóricos de cualquier jurista. Normalmente, al intentar conceptualizar una institución de esta envergadura, se vincula el fenómeno con las normas que lo regulan, para así dar una idea que intente aproximarnos al concepto de magno producto de las relaciones entre individuos con intereses y prioridades incontables.

Así, creer que con un párrafo se puede dar con una idea cierta acerca de lo que es el dinero es un mero acto de pretensión intelectual que hasta el más humilde de los autores se ha atrevido ejecutar. Es por esta razón que seguiremos con la tradición y sostendremos en un primer acercamiento que *el dinero es el bien jurídico con una doble manifestación, material y abstracta, con titularidad individual y colectiva, susceptible de ser creado por un acuerdo de voluntades y que cumple la función de intercambio indirecto gracias a su capacidad de representar intereses de carácter material y moral, naturalmente degradable con el transcurso del tiempo*. En este mismo sentido podemos formular la siguiente definición: bien jurídico sancionado por un Estado, configurado en doble

dimensión, tanto material como inmaterial, y que cumple una función de cambio, de pago y crédito y que se expresa en términos numerarios a través de una unidad fundamental, base del sistema monetario (unidad de cuenta, unidad ideal), que es capaz de expresar el valor de la totalidad de los bienes y servicios que están disponibles en el mercado.

Ahora, los defectos de la vaguedad y ambigüedad del lenguaje han sido objeto de estudios por parte de la Filosofía del Derecho y ven en estos calificativos una cuestión endógena en el Derecho, pues este mundo abstracto del deber ser, al desarrollar su actividad de gestación normativa acude al lenguaje natural, al común o al técnico de alguna especialidad. El caso del dinero presenta una especial exposición de este carácter de las normas. Quizá esto debido a que incluso debido a que quienes se arroban la conceptualización de lo que se entiende por dinero tampoco estén contestes.

Nuestro propósito de definición del dinero es lograr un concepto en el que incluyamos la totalidad de las propiedades que permiten identificar este aspecto de la realidad, que conocemos como dinero. Haremos el intento de lograr una designación del conjunto de propiedades que debe reunir una cosa para formar parte del sistema de pago y así sustentar la conceptualización inicialmente planteada.

Como idea introductoria podemos decir que el dinero lo debemos entender como un *medio de intercambio indirecto*, el que cuenta con el reconocimiento generalizado de la sociedad. Sin embargo, la complejidad del fenómeno social en cuestión impide que quedemos satisfechos con una aproximación tan simple, en consideración de lo que es el dinero hoy.

Si para los economistas ha sido complejo estar de acuerdo acerca del concepto del dinero, no es tarea fácil tampoco para los juristas establecer cuál es el concepto del dinero, considerando la multiplicidad de funciones que cumple el bien objeto de análisis en la vida jurídica práctica y en la economía, en la que el dinero constituye el objetivo principal en la mayor parte de los conflictos jurídicos, ya sea tomando el nombre de deuda, impuestos, daños, valor, pago, precio, capital, intereses, etcétera, todo lo cual hace que la noción del dinero sea distinta,

en razón de las distintas funciones que cumple en la práctica<sup>194</sup>, y para definirlo se debe tener en cuenta la diferencia entre su manifestación formal o material y la manifestación ideal, su concepción abstracta, tal y como lo plantea MANN<sup>195</sup>.

KNAPP al inicio de su obra, pináculo de la teoría jurídica del dinero, nos señala que el alma del dinero no es el material del que están hecha sus piezas, sino en las normas que regulan su uso, para luego continuar y señalarnos que todo el dinero, sea de metal o de papel, son solo casos particulares de los medios de pago en general<sup>196</sup>. Es sabido y en función de lo desarrollado anteriormente, en nuestro ánimo de comprensión del fenómeno dinerario, que este autor es el que postuló la denominada teoría del cartalismo, teoría que pone énfasis en la función institucional de los organismos del Estado relativa al reconocimiento de alguna mercancía como medio general de pago, sobre la idea de que es el Estado que reconoce el pago de los impuestos con base en una determinada pieza. Muy cercano a la postura de los juristas que se acercan al estudio del dinero desde la función de medio general de pago.

NUSBAUNN<sup>197</sup> nos define el dinero como las cosas que en el comercio se entregan y reciben no como lo que físicamente representan, sino solo como fracción, equivalente o múltiplo de una unidad ideal.

Así las cosas, BONET entiende que el dinero forma parte de la categoría de “bienes”, es decir, objetos materiales o inmateriales susceptibles de prestar alguna utilidad y no de “cosa” limitada a los objetos corporales, alejándose de CASTÁN al categorizar en la cosa tanto lo material como la inmaterial. Así define el dinero como: *“el dinero es un bien jurídico sancionado normativamente por*

---

<sup>194</sup> Mann. *The legal aspect of money*, pág. 4.

<sup>195</sup> *Ibidem*, pág.5. *“It should be made clear at the outset that a distinction must be drawn between money in its concrete form and the abstract conception of money”*. Con anterioridad hemos preferido los términos de manifestación abstracta del dinero y manifestación material o formal del mismo fenómeno con ánimo aclaratorio, teniendo en cuenta que nos basamos en la distinción entre lo concreto y lo abstracto propuesto por el autor citado.

<sup>196</sup> Knapp, *op. cit.*, pág. 2.

<sup>197</sup> Nussbaum, *op. cit.*, pág. 33

*una comunidad social en cuanto moneda que se intercambia como una unidad de cuenta con poder adquisitivo y de pago en las relaciones patrimoniales*<sup>198</sup>.

Como comentarios a una definición como esta podemos señalar que destaca la sanción normativa como un elemento excluyente de la concepción del dinero, muy acorde a la posición histórica referida a que el dinero lo crea el Estado, fijando su origen en la sanción normativa y vinculado al sistema de monopolización del dinero por parte del Estado a través del Banco Central. La naturaleza normativa del dinero se refiere a que se reconoce una unidad ideal, la que corresponde a la unidad fundamental del sistema financiero, y que como tal constituye la unidad de medida, representada por las unidades monetarias expresamente reconocidas, como el euro o el dólar, los que sirven para cuantificar el valor económico de las cosas, de los bienes y de los servicios en los intercambios de los hombres y en sus consideraciones patrimoniales<sup>199</sup>.

Por otra parte, precisa que el dinero es una unidad de cuenta, lo que pone de manifiesto el aspecto abstracto del dinero, el aspecto imaginario, su manifestación ideal y que hace que el dinero se encumbre en una de sus cualidades, pues este carácter le permite representar el valor de los bienes y servicios de un mercado. Al señalar el autor que el dinero es moneda, debemos entender también billete, emitido hoy por el Banco Central, se refiere a la materialización, al aspecto real que podemos percibir con mayor facilidad y la manifestación del dinero más arraigada a la historia. Luego, al decir que el dinero es una unidad de cuenta, es decir que es una unidad de medida, la unidad de medida en general nos permite dimensionar nuestro entorno, nos permite conocer una magnitud física, como los grados Celsius nos da una idea acerca del calor, los milímetros nos dan una idea de longitud y así en nuestra vida nos encontramos con diversos aspectos de la realidad para los cuales ancestralmente hemos designado una unidad que nos permite comprenderlos y que hoy tienen valores universales. Es así como el dinero, si bien no mide aspectos físicos de la realidad, mide o designa un número de unidades de

---

<sup>198</sup> Bonet, *op. cit.*, pág. 227

<sup>199</sup> *Ibidem*, pág. 117.

cuenta, esa unidad monetaria fundamental, a los bienes y servicios, que facilita su intercambio. El poder adquisitivo del dinero mencionado por BONET es un aspecto del dinero que precisa una cuestión bien compleja y que dio lugar a todo un sistema de pago diferenciado al tradicional, pues el poder adquisitivo del dinero se degrada y nada tiene que ver con su número en calidad de unidad de cuenta, como *face value*, sino a su valor real. De esta manera, al incorporar el poder adquisitivo a la definición del dinero, incluimos un valor referido a la posibilidad de adquirir bienes y servicios y al ser la inflación un defecto endógeno de las economías modernas, dicho poder siempre cambiará, o por lo menos en la mayoría de los casos. Ahora, lo que habría que complementar a esta definición es que hoy el dinero sirve no solo para el pago de relaciones patrimoniales, sino que se puede afirmar con toda seguridad que el dinero incluso determina o representa el valor de bienes extramatrimoniales, que es lo que ocurre con la indemnización de perjuicios de carácter extrapatrimonial.

Asimismo, VATTIER nos da una serie de definiciones de que se entiende por dinero, luego de hacer una síntesis del sistema monetario de la época (año 1975), en la que precisa la unificación de la moneda, que correspondería a los billetes del Banco de España, con la dictación de su estatuto en el año 1947, a los que se les da el carácter de medio legal de pago con pleno poder liberatorio, cuya unidad es la peseta, la que sería en la época la especie monetaria de curso legal y forzoso. Este reconocimiento normativo al dinero bancario es de una importancia innegable en el desarrollo histórico del dinero. Junto a la peseta, se posiciona en el sistema monetario la circulación de otros elementos que cumpliendo funciones equivalentes a las del dinero no se deben obviar, cuales son, las monedas extranjeras y el dinero bancario o de giro a los que el artículo 1170 del Código Civil español les reconoce la función de pago junto con el dinero legal y forzoso, al establecer:

*“El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada y, no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España.*

*La entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, solo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado.*

*Entre tanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso”.*

Todo lo anterior decanta en una definición del dinero como: “*el dinero es una institución sancionada y regulada por el ordenamiento, una entidad normativa de medio de pago y de unidad y medida de valor económico creada por el mismo*”<sup>200</sup>. Esta definición se acerca bastante a la de BONET, particularmente por la opinión compartida en cuanto a que el dinero, jurídicamente, tiene como elemento constitutivo la sanción normativa. Sin embargo, considerando la cantidad de aportes que permiten tener una idea matizada acerca del dinero VATTIER acompaña a esta definición transcrita otros conceptos del dinero que no se pueden ignorar y nos señala que el dinero corresponde a aquellas cosas que en el comercio, se entregan y reciben, no como lo que físicamente representan (entendemos que hace referencia a su valor intrínseco), sino solamente como fracción equivalente o múltiple (x veces) de la unidad ideal del sistema monetario (aquí poder verificar la reiteración de la sanción normativa)<sup>201</sup> o como una unidad ideal de poder patrimonial abstracto o como un bien inmaterial de naturaleza patrimonial, tanto en el ámbito del Derecho de cosas, como en el de las obligaciones.<sup>202</sup>

Como vemos, lo esencial de las definiciones anteriores cambia de un autor a otro, lo que probablemente esté justificado por el ordenamiento jurídico en el que desarrollaron sus teorías, lo que hace insoslayable acudir a la teoría de los bienes y las cosas para entender qué es el dinero. O es una cosa o es un bien o es ambas o ninguna de ellas y es una categoría que no responde a categoría

---

<sup>200</sup> Vattier, Problemas..., *op. cit.*, pág.47.

<sup>201</sup> Lo entendemos así, pues el sistema monetario tiene un origen normativo. Además, conviene destacar que esta definición parte de la definición que da Nussbaum, como más arriba se señaló.

<sup>202</sup> *Ibidem*, pág. 48.

alguna ya establecida desde el punto de vista jurídico. Y aclarar la relación entre derechos, cosas y bienes, por lo menos sintéticamente.

Por otra parte, en las legislaciones latinoamericanas, destaca el caso del Código de Bello, el legislador precisó que los bienes consisten en cosas corporales e incorporales, precisando que a las primeras correspondía a aquellas que tienen un ser real y que pueden ser percibidas a través de los sentidos, como un libro, mientras que las cosas incorporales son los meros derechos como los créditos<sup>203</sup>. Para luego poder señalar que las cosas corporales pueden ser muebles o inmuebles dependiendo de si pueden ser trasladadas de un lugar a otro sin detrimento.

Por otra parte, la Real Academia Española de la Lengua entiende por cosa, en su primera acepción, lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, concreta, abstracta o virtual. Mientras que bien en la cuarta acepción (tomando por fuente el derecho) en contraposición a persona o sujeto, objeto de las relaciones jurídicas. Luego en un quinto sentido (también tomando por fuente el derecho) entiende por bien objeto material, en oposición a los derechos creados sobre él y a las prestaciones personales. Luego en un sexto sentido (también por fuente el derecho) bien es definido como cosas materiales o inmateriales en cuanto objetos de derechos.

Asimismo, la comprensión de lo que se entiende por título-valor, con el origen de los billetes, nos ilustra en parte el aspecto representativo y abstracto que tiene el dinero. Se plantea que el origen histórico de los billetes emitidos por los bancos en Europa se encuentra en una íntima conexión con el del título valor y afirma que los billetes no fueron distinguibles de otros instrumentos negociables y así en su primera aparición el papel moneda representaba una promesa de pagar una cantidad de oro por parte de los depositarios, lo que más tarde sería asumido por los bancos<sup>204</sup>. Esta idea se confirma con la identificación que hace MISES con los medios fiduciarios y los sustitutos del dinero, desarrollada más arriba,

---

<sup>203</sup> Artículo 565 del Código Civil chileno.

<sup>204</sup> Pastor (2005), *op. cit.*

configurándose dentro de los sustitutos del dinero a los billetes bancarios y esos títulos valor, que fueron inicialmente representados por las letras de cambio.

Así, en la doctrina general de los título-valor o título-crédito, se señala que las características que revisten dichos títulos son la legitimación por la posesión, literalidad del derecho incorporado y la autonomía de los título valor. Ahora, En cuanto a la legitimación por posesión se precisa que la posesión (tenencia) del documento es necesaria para exigir el cumplimiento de la prestación documentada en el mismo. Luego, en cuanto a la literalidad del derecho incorporado se refiere al contenido del título-valor y significa que el contenido, extensión y límites del derecho dependen exclusivamente del tenor literal del documento. Y, por último, por autonomía se entiende la inmunidad de la posición del adquirente de buena fe frente a excepciones oponibles a poseedores anteriores, lo que, indudablemente, conlleva la sustantividad del derecho documentado respecto de la relación básica<sup>205</sup>. Sin embargo, consideramos que una asimilación del dinero, hoy, una vez abandonado el patrón oro, y visto el carácter fiduciario del dinero al no poder ser convertible por mercancía alguna, se aleja de lo que son los título-valor, los que por definición incorporan una prestación la que incluso puede estar constituida por dinero. De manera que si bien originariamente, en el siglo XIII en Italia, podría haber una asimilación de los billetes, no se habla de dinero propiamente, a los títulos valor hoy se trata de instituciones que se diferencian. Asimismo, se señala: “luego del abandono del patrón oro en la actualidad el dinero tiene valor porque es generalmente aceptado y dado a que por costumbre todo el mundo lo admite como valor, tiene valor. El valor del dinero actual descansa en la confianza de cada individuo de que será aceptado como medio de pago por los demás”<sup>206</sup>.

En un sentido similar, la doctrina italiana ha intentado la determinación del dinero en el marco del sistema de Derecho de obligaciones o del sistema de derechos

---

<sup>205</sup> Gadea Soler, E. (2007). *Los títulos valor. Letra de cambio, cheque y Pagaré*. Madrid: Dykinson, pág. 19. Teoría general que se plantea como una asimilación de la doctrina alemana e italiana en España.

<sup>206</sup> Pastor (2005), *op. cit.*



reales. El análisis pasa por la consideración del dinero como bienes o cosas corporales o incorpóras.

Ahora, bajo la afirmación que el carácter material del dinero no viene al caso hoy en día, y en busca de una coherencia de la evolución del fenómeno monetario, en el que debe primar el aspecto práctico, en orden a la facilidad de circulación, se pone atención al proceso de creación de los títulos de créditos para comprender la forma en que opera el dinero fiduciario. En este proceso de determinación del sistema aplicable es que se acude a los títulos de crédito para entender que es lo más conveniente desde el punto de vista de la circulación de los bienes muebles y ver que el dinero luego de su desmaterialización, de su pérdida de valor en sí mismo, una vez superada la etapa metalista, enfrenta un vacío en el mundo perceptible concordante con el carácter esencialmente abstracto de la unidad de medida ideal de valor, mostrándose el sistema del Derecho de obligaciones como el más adecuado con la realidad del fenómeno monetario al día de hoy, en contraste con un sistema de derecho real en el que existen más obstáculos, en lo que se refiere a la circulación.

Desmaterialización que se acentúa con la forma en que se realizan las transferencias de dinero, en las que este está simplemente representado por un asiento contable de una cuenta bancaria determinada y que las piezas monetarias, la manifestación formal del dinero, no es siquiera percibida. En este camino de reubicación del dinero en los distintos sistemas del Derecho civil y con el objeto de no dejar desprovisto al titular de una suma de dinero de la posibilidad de recuperar el numerario es que se acude a la teoría de la subrogación, pues la consideración del dinero en su carácter esencial como una institución abstracta y desvinculada de su manifestación formal o material individual, la que se encuentra en la corriente de circulación, concibe al dinero únicamente en su valor económico abstracto y, así, soslayar las dificultades que presenta la consideración de la materialidad del dinero, en su consecuente ubicación en el sistema de derechos reales, para determinar las acciones con

que se protege a los sujetos de derecho. Por todo lo anterior se llega a afirmar que sobre el dinero no habría un derecho de propiedad<sup>207</sup> .

De esta manera, teniendo en cuenta los aportes doctrinales, mantenemos la afirmación del carácter de bien jurídico, cuya función esencial es permitir el intercambio y el crédito, que se manifiesta a través de una unidad de cuenta, legalmente reconocida, la que representa el valor de los bienes y servicios del comercio jurídico, con un valor propio vinculado a dicho comercio jurídico, sujeto a degradación con el tiempo y que en su designación numeraria representa parte de un sistema complejo, en el que interactúa su aspecto abstracto y concreto.

### **1.5 Las características del dinero como bien jurídico**

El dinero como bien jurídico<sup>208</sup> se diferencia del dinero como bien económico en los términos con que se lleva a cabo su regulación, lo que nos impulsa a mantener clara la regulación de este bien y verificar que los principios económicos son manifestados por esta regulación. BONET nos señala que se trata del bien más genérico, más fungible, y más consumible hace que el gasto, la compensación y el pago sean efectos jurídicos propios del dinero como bien jurídico<sup>209</sup>.

---

<sup>207</sup> Bonet, *op. cit.*, pág. 282. El autor nos plantea que si bien el dinero, a través de su concreción, se trata de un bien mueble, no se le aplica la totalidad del estatuto de estos bienes, pues no se puede reivindicar, pero si se entra en posesión de buena fe se configura el título de propiedad (artículo 464 Código Civil español). Ahora, la no consideración del dinero como objeto del derecho de propiedad es bastante radical. Sin embargo, se sustenta en las consecuencias que genera el fenómeno monetario debido a su extrema abstracción, de tal forma que la cosa objeto de propiedad, su realidad en el tráfico impide la aplicación de los medios de defensa tradicionales de los propietarios; Inzitari, *op. cit.*, pág. 33: "*L'inadeguatezza del sistema dei diritti reali ad essere interprete della peculiarità del danaro risiede, probabilmente, proprio in questo elemento: la logica dei diritti reali è una logica di fisicità, di corporeità, quella del danaro sempre più accentuatamente di astrattezza e di immaterialità*".

<sup>208</sup> Bonet, *op. cit.*, pág. 225. Esto supone que la consideración del dinero dentro de la categoría de bienes, considerados estos como objetos materiales e inmateriales susceptibles de prestar alguna utilidad. Así compartimos la definición del autor en orden a no considerar el dinero como una cosa, pues estas no incluirían el aspecto inmaterial.

<sup>209</sup> *Ibidem*, pág. 15.

Jurídicamente el dinero se presenta con toda su significación en el pago. Ahora, debemos tener presente que esta acepción de pago que se refiere a las obligaciones pecuniarias o deudas de dinero o que asimila el pago a este tipo de obligaciones es de origen romano, mientras que hoy el pago es el acto jurídico bilateral por medio del cual se extingue una obligación. Jurídicamente se precisa que el pago puede ser entendido en distintas acepciones, pues el concepto general propuesto inicialmente englobaría la totalidad de pagos, independientemente de lo que constituye el objeto de la obligación. Ahora, el estudio del dinero nos ha llevado a un momento en que una función fundamental de una mercancía, para transformarse en dinero, debe convertirse en un medio de pago. Así, la función que se le da al dinero como medio de pago es su más destacable característica como bien jurídico.

Luego, volviendo al concepto general de pago, habría que aclarar que, si bien se puede acordar cualquier objeto de una obligación distinta al dinero, al momento de la exigibilidad de dicha obligación el medio a través del que se debe pagar es lo que se determinó. Pero frente al incumplimiento y ante la imposibilidad del cumplimiento idéntico, aparece el dinero en su calidad de medida ideal y unidad de cuenta que permitiría entender al dinero como un medio de pago general.

Ahora, la mayor parte de la doctrina que se ha detenido en la calificación jurídica del dinero está relativamente conteste. Así, como bien jurídico se le han atribuido como característica, su naturaleza mueble, genérica de forma absoluta, fungible<sup>210</sup>, su divisibilidad abstracta, el ser un bien consumible al momento de utilizarlo como medio de pago.

Como características propias su equivalencia o sustituibilidad en un mismo momento, pues al ser el representante del valor de otros bienes tiene un determinado poder de compra que varía, cosas o servicios, su ultrafungibilidad, la compensabilidad, su carácter productivo al ser capaz de generar frutos civiles

---

<sup>210</sup> Artículo 1740 del Código Civil español: "Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo". De este primer inciso se extrae este carácter al referirse a otras cosas fungibles.

siempre que el dinero se ponga en circulación en el mercado<sup>211</sup>. Hay que precisar que para llevar a cabo estas caracterizaciones del dinero se debe tener en cuenta tanto su manifestación formal o material como su esencia de poder patrimonial abstracto.

No obstante ser acertadas estas calificaciones que se hacen del dinero como bien, en nuestra opinión, estas características deben ser reubicadas en consideración a la dimensión del dinero a la que estemos enfocando.

En consecuencia, decir que la dimensión abstracta o ideal del dinero puede ser calificada como un bien mueble propiamente tal y no como aplicación residual por mandato legal es un error. Por otra parte, su fungibilidad es más propia de su dimensión material o formal, representada por la moneda o billete o su encriptación. Luego, *en cuanto a su divisibilidad*, como el nombre de la característica misma expone, responde a su dimensión ideal, pues dividir el billete normalmente parece ser una acción de agravio o de simple insensatez. Sólo en el contexto de alguna representación teatral tendría sentido dividir físicamente la manifestación formal del dinero, el cash. El acto mismo de disposición jurídica, pues solo sería esta la posibilidad que brinda el dinero.

*En cuanto a su carácter consumible*, diremos que es más propia de su dimensión abstracta, pues su manifestación material carece de cualquier utilidad práctica, si no es en el marco de una relación de cambio, de manera que lo que se consume es su poder adquisitivo y por tanto su dimensión abstracta o ideal<sup>212</sup>, por lo que se precisa que es consumible en cuanto se concreta en el gasto. Se habla de una consumición de carácter estrictamente jurídica, para diferenciarla de la material, en comparación a cualquier bien destinado al uso en un sentido más propio, como sería de los bienes de consumición, como la comida, bienes

---

<sup>211</sup> Vattier. *Problemas...*, *op. cit.*, págs. 49-50; Bonet, *op. cit.*, págs. 238-251.

<sup>212</sup> Villagrasa (1998), *op. cit.*, pág. 55. El autor pone de manifiesto nuestra observación al referirse al carácter consumible especial del dinero al señalar que: "Es decir, el dinero se consume para quien lo gasta, pero no se gasta para la sociedad, puesto que sigue subsistiendo para cumplir sus funciones", pues entiende que la acepción de consumible del dinero es la impropia, la referida a su traspaso o transmisión mediante la entrega.

en los que se concentra tanto una consumición material como jurídica<sup>213</sup>. Ambas ideas de consumición forman parte de la facultad de disposición que detenta el poseedor de las unidades monetarias. Una facultad de disposición jurídica representada por el gasto y la disposición material que solo se daría en estos términos en la medida que el depósito del poder patrimonial abstracto sea destruido, pues en este caso la materialidad se reduce a la nada, sin reportar más utilidad que la particular representación de la destrucción del dinero puede conllevar para su poseedor.

Y por último, en cuanto a *su carácter genérico absoluto* se presenta de la manera más clara, pero no por esto con menos especialidad. Se precisa que el carácter genérico del dinero no se comunica a las obligaciones que lo tienen como objeto de su prestación debido a que la prestación se encuentra determinada por el juego de la cantidad y del sistema monetario, por otra parte se dice que no es aplicable la regla de cumplimiento de las obligaciones genéricas en cuanto a entregar un bien de calidad media (artículo 1167 Código Civil español), la obligación pecuniaria no admite una individualización de los bienes objeto del pago con anterioridad a este, no habría imposibilidad sobrevinida de la prestación (el dinero *nunquam perit*), de tratarse de una deuda de suma de dinero se le aplican intereses, cuestión que no ocurre con otro tipo de género. Nos señala el artículo 1167:

“Cuando la obligación consista en entregar una cosa indeterminada o genérica, cuya calidad y circunstancias no se hubiesen expresado, el acreedor no podrá exigirla de la calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior”.

Por último, importa reconocer los tres valores del dinero, dígase, el valor nominal, el valor intrínseco y el valor comercial, según dicho valor provenga de la autoridad estatal, resulte de la materia de la que está compuesta una moneda o el que resulta del tráfico de sus transacciones diarias<sup>214</sup>. Se queda únicamente con el dinero cuando es utilizado como medio de intercambio. Ahora el dinero como capital, cuando es objeto de contratos de financiación, el valor que se

---

<sup>213</sup> Namen Vargas, William. (1998). Obligaciones Pecuniarias y Corrección Monetaria. *Rev. Derecho Privado*, 3, 31, pág. 39.

<sup>214</sup> Bonet (1981), *op. cit.*, pág. 78.

tomará en cuenta es el valor nominal o el valor comercial, en este último caso si se establece la reajustabilidad de la deuda a través de una cláusula de estabilización. El dinero en cuanto a su poder adquisitivo se presenta como un bien degradable en el tiempo. Sin embargo, es posible mantener dicho poder adquisitivo, o hacer que el proceso de degradación sea lo más lento posible. Estos valores pasan a cobrar importancia en razón del análisis del tiempo y su influencia en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias.

## **1.6 Las manifestaciones formales del dinero**

Con la evolución experimentada por el fenómeno dinerario se ha llegado al día de hoy a aclarar ciertas cuestiones que son de conveniencia explicar. Como se ha adelantado en el análisis del dinero, el concepto de este se despeja entendiendo los aportes de la doctrina económica en cuanto a las funciones de operatividad que cumple en el mercado. Es decir, existe hoy claridad en cuanto a las funciones que viene a cumplir el dinero, con una actualización de una de ellas, la de reserva de valor, precisando que se trata de una actualización debido al imperativo de funcionamiento del dinero fiduciario y que se traduce hoy más bien en reserva de liquidez o en términos jurídicos instrumento de capitalización de valor patrimonial<sup>215</sup>.

Sin embargo, más allá de las aclaraciones de carácter funcional y conceptual que se han hecho del dinero como *unidad ideal*, lo cierto es que sus manifestaciones formales, su materialidad a la que el común de la gente asocia la idea del dinero ha ido evolucionando de forma constante y, cada vez más, ese desarrollo del fenómeno monetario se encuentra más cerca del carácter o aspecto abstracto de la idea del dinero. En otras palabras, y acorde con la era digital, hija de la sociedad de la información, las manifestaciones formales del

---

<sup>215</sup> Inzitari, *op. cit.*, pág. 3. La capitalización de valor patrimonial hace referencia en términos más comunes en la acumulación de dinero, que puede ser asociada al ahorro y que a través de diversos productos financieros podría llevar al detentador de dinero a invertir.

dinero han ido por un camino de desmaterialización<sup>216</sup>, debido al abandono progresivo de sus manifestaciones formales clásicas conocida como dinero en efectivo o *cash*<sup>217</sup>. Así, hoy podemos decir que no hay una sola manifestación material o formal del dinero, pero la tendencia es a la unificación de una sola manifestación formal, constituida por el dinero electrónico.

No obstante lo anterior, además hay que agregar que como para los juristas la función del dinero más importante es la de servir de medio de pago<sup>218</sup>, hoy las preguntas dirigidas a aclarar si los diversos medios de pagos, que constituyen todo un mercado de prestación de servicios, pueden ser considerados o no como dinero para los efectos del cumplimiento de las obligaciones pecuniarias, enriquece los elementos a tener en consideración al momento de aclarar qué manifestación material o formal del dinero debe ser asimilada a este fenómeno tecnológico social y cuáles tienen o no efecto liberatorio.

Así, jurídicamente, al entender que el dinero es una unidad ideal<sup>219</sup> o un poder patrimonial abstracto<sup>220</sup>, no admite clasificación en este sentido<sup>221</sup>. Lo que admite clasificación es su manifestación material o la manifestación por medio de la que

---

<sup>216</sup> Pastor, *op. cit.* En el marco del análisis de la denominada “revolución digital de los medios de pago” la autora manifiesta la tendencia a la desmaterialización del dinero y de los medios de pago, acusando los problemas de seguridad que aún en la época en que se escribió dicho libro eran temidos.

<sup>217</sup> Cabe hacer presente que la intención de algunos países es hacer desaparecer del sistema monetario el papel moneda por razones de seguridad (Dinamarca; India).

<sup>218</sup> Los medios de pago podrían analizarse en razón de su liquidez y clasificarse en razón de este criterio. Es más, se ha planteado la jerarquía del dinero en razón de su liquidez, lo que habría que precisar como una jerarquía de los medios de pago.

<sup>219</sup> Nussbaum, *op. cit.*, pág. 89. En referencia a la palabra “*Währug*” que se corresponde con un sistema de signos monetarios, como elementos del sistema fundados en una misma unidad ideal, que le llama unidad fundamental. Atribuye el autor a la evolución del sistema monetario basado en una unidad ideal la liberación de la corporalidad monetaria. Al llegar a este estado de evolución, a la creación de un sistema monetario basado en la unidad ideal, se premune el dinero de un elevado grado de perfeccionamiento técnico.

<sup>220</sup> De la Cuesta, *op. cit.* Evidentemente basado en las ideas sustentadas por Savigny.

<sup>221</sup> Cabe hacer presente que si bien consideramos que el Estado a través de su Banco Central entra en la ecuación del dinero como una *conditio sine qua non*, sin considerar este aspecto y con una visión estrictamente económica en la que el dinero es visto desde la función de intercambio, podría llegar a cumplir la función del dinero otras unidades ideales, como el Bitcoin, en un escenario en el que el estado renuncie a sus facultades de gestación y control de las políticas monetarias y permita la intromisión de las criptomonedas como medios de pago irrefutables, lo que daría lugar a una categorización del dinero distinguiendo entre el dinero estadual y el dinero natural.

circula en el mercado (manifestación formal). Prueba de lo anterior es que a pesar de que el dinero se vincule con un Estado o Estados en particular y su sistema monetario, con su respectiva unidad ideal (euro o dólar), al gozar de liquidez, el dinero es siempre convertible en razón de lo que representa, este poder patrimonial abstracto, de manera que la moneda, cualquiera que fuera puede ser convertida para operar en cualquier parte del mundo, lo que es fácilmente comprobable por cualquier turista y por la existencia del mercado de divisas que da homogeneidad global al dinero. De aquí, de esta posibilidad, podemos afirmar su aplicación planetaria, su universalidad<sup>222</sup>, es en razón de la existencia del mercado de divisas, vía por medio de la que incluso se marchan los capitales por el miedo que les podría provocar estar en los extremos de las posibilidades, a nivel macroeconómico, por la volatilidad creada por el sistema financiero manejado por cada Banco Central, al ver que los capitales de los ahorradores, o de los que poseen capital en general, tienen una liquidez poco satisfactoria, es decir, la transformación de su capital en dinero estaría lejos de lo que pretenden, lo que significa que a consecuencia de la variación general de precios su capital, su dinero, pierde valor<sup>223</sup>.

Ahora, si atendemos a una concepción restringida del dinero, en el que el tamiz para la calificación como tal venga dado por la legalidad, es decir, que haya un reconocimiento por parte de la autoridad monetaria de un Estado, que descansa en la soberanía o por el orden internacional, que descansa en los acuerdos de Estados soberanos, lo que corresponde con la visión *cartalista* del dinero, claro está que dejaríamos fuera cualquier manifestación espontánea de medios de intercambios indirectos, que si bien pueden llegar a cumplir las mismas funciones del dinero y mostrando un desenvolvimiento mucho más atractivo por la ausencia de intermediarios en dichos esquemas o por su internacionalización, no entrarán al concepto de dinero con el que debemos trabajar. A pesar de la visión de

---

<sup>222</sup> La universalidad como característica del dinero es entendida en el sentido que el dinero posee el poder general de compra, tiene que ver con la aplicación de la regla de aceptación generalizada. En el texto simplemente le llamamos de aplicación planetaria para los efectos de resaltar esta característica que posee la idea del dinero, en su aspecto abstracto.

<sup>223</sup> Aglietta *et al.* *Op. cit.*, pág. 60. El análisis de los autores pasa por la revisión de la política monetaria como una estrategia para preservar la integridad del sistema de pagos.



algunos economistas para los que el dinero se basta con una característica, cuál es, la de ser medio de intercambio con aprobación general y para los que la función del reconocimiento soberano solo fortalece la función de intercambiabilidad, que sería propia de una mercancía en particular<sup>224</sup>.

Es así como, para tratar de reflejar el entramado de categorías de manifestaciones formales o materiales del dinero, se hace muy útil la función práctica del dinero, o más bien la función a la que jurídicamente se le otorga mayor importancia, que se traduce en la función de pago y, que en términos económicos, constituye la función primaria del dinero conocida como la función de medio de intercambio indirecto. El dinero cumple, naturalmente, la función de ser medio de pago y de aquí es que ha interesado a los juristas. No obstante, junto al dinero entendido en su manifestación clásica, moneda o billete, es posible identificar otras categorías de medios de pago, que son aceptados por la generalidad de una determinada sociedad y que cuentan con la venia del poder soberano, pero que no son dinero, sino que son títulos representativos de dinero, tal como inicialmente lo fueron los billetes de banco, para llegar a los títulos de crédito, que hoy se han diversificado hasta el punto de que haya una asimilación práctica de lo que es el dinero y lo que son los distintos medios de pago. El cheque, la letra de cambio, el pagaré, las tarjetas de débito o crédito en sí mismas no constituyen dinero, sino que son representativas de dinero, diferenciándose entre ellos en razón su mayor o menor inmediatez para su liquidez o en razón de los medios técnicos que se utilizan para la conversión de dichos títulos en dinero. Lo que los hace diferentes son sus grados de liquidabilidad<sup>225</sup>. Así como inicialmente, bajo la visión metalista moderna, el dinero era convertible en oro, los títulos de crédito son convertibles en dinero y, es más, cumplen a su vez la función de medios de pago de aceptación general

---

<sup>224</sup> Fisher, I. (1985). *The purchasing power of money*. Fairfield: Augustus M. Kelly, Publishers. Pág. 8: *“the general acceptability may be reinforced by law, the money thus becoming what is known as “legal tender”; but such reinforcement is not essential.”*

<sup>225</sup> Liquidabilidad: Criterio de ordenación de las partidas del activo, según la facilidad que tiene cada una de ellas de convertirse en disponibilidades.

reconocida por ley. De manera que para los efectos de la definición de lo que debemos entender por dinero, el hecho que intrínsecamente el dinero es un medio de pago, la pregunta es si todo medio de pago debe ser considerado dinero<sup>226</sup>.

Esta pregunta daría lugar a una investigación independiente, pero en principio creemos que tiene que ver más bien con la adecuación de las normas a la realidad económica actual. Decimos esto en razón de que actualmente cualquiera sea el medio de pago, la totalidad de los mencionados produce un efecto en términos escriturales o contables en el sistema bancario que nos hace afirmar que aun cuando sea aceptado por el acreedor el medio de pago hay un riesgo de que dicho pago no se vea reflejado en la traslación de la unidad ideal patrimonial en la cantidad determinada por la ejecución del modo de pago, sea este un cheque, una letra de cambio, una transferencia bancaria o con el contacto del móvil con el terminal telemático de recepción del pago.

Así, es posible diferenciar claramente entre los medios de pago, que son múltiples, y el reflejo real en el patrimonio de los sujetos que se ven entrometidos en este acto jurídico bilateral. Es la idea del dinero escritural o contable (*scriptural money*), hoy llevado a la altura de los avances tecnológicos y, en consecuencia, expresado principalmente en un estado contable de debe y haber de las distintas cuentas bancarias que es fácilmente manejable por los ciudadanos a través de sus respectivos datos y claves de acceso.

Por otra parte, partiendo con la visión nominalista revisada y adecuada a la degradación de su poder adquisitivo, que entiende al dinero como creatura del Estado y por consiguiente se requiere que el dinero, para que sea tal, cuente con la venia del Estado, es posible diferenciar distintos tipos de dinero también.

Así las cosas, en una primera categorización podríamos distinguir entre lo que se conoce como *dinero electrónico* y *dinero material*. Esta categorización parte del criterio de la materialidad tradicional del dinero, es decir, su corpus como entidad perceptible a los sentidos, principalmente a la vista y al tacto y que es el

---

<sup>226</sup> Proctor. Mann on the legal aspect of money. Pág. 43.

denominado metálico o *cash*. Debemos tener presente que la inmaterialidad que se aboga respecto del dinero electrónico es una cuestión que es posible asimilar con la inmaterialidad de los asientos de depósitos creados por los bancos comerciales en sus transacciones de préstamos a través de la que crean dinero.

Así, *la lógica de impulsar medios de intercambios eficientes*, es que la tendencia hoy a la desmaterialización del dinero sea prácticamente inevitable, por sobre todas las cosas con la aparición del dinero electrónico, entendido este como *“toda clase de transferencia electrónica de fondos entre dos nodos (emisor de la transferencia y beneficiario) a través de una mayor o menor cantidad de intermediarios físicos y lógicos, que aportan, instalan, mantienen, y gestionan esos medios, redes de telecomunicaciones, redes de aplicaciones, redes de dispositivos etc”*<sup>227</sup>. Ahora, una transferencia electrónica de fondos aún a la titularidad de dos sujetos, de manera que la definición de dinero electrónico expuesta hace referencia a un momento de la circulación monetaria. Estamos en presencia de una definición de dinero electrónico que lo ve como una cuestión dinámica, en movimiento. Por nuestra parte creemos que el dinero electrónico no es más que una manifestación formal del dinero, que es propio de la era digital y en los que es interesante diferenciar con las denominadas criptomonedas, las que sí pretenden ser un nuevo dinero, considerando que crean una nueva unidad ideal distinta a la que imperativamente es reglamentada por cada Estado.

Profundizado un poco, sintéticamente podemos citar a LECHUGA y BUSTAMANTE quienes precisan que: *“El dinero electrónico puede utilizarse directamente en la adquisición de un bien –servicio o funcionar como instrumento de crédito; es decir, es un medio de pago que puede almacenar valor o una creación de dinero y, por ende, una expectativa de valor. El dinero electrónico es, valga la redundancia, un asiento electrónico que carece de corporeidad pues se trata de información contenida en un software y un hardware que administra*

---

<sup>227</sup> Pastor (2005), *op. cit.* Este concepto de dinero electrónico enfatiza en los aspectos técnicos que dan lugar al funcionamiento y el traspaso de valor patrimonial entre dos sujetos, pero que poco nos dice acerca de lo que hemos venido analizando respecto del dinero, en cuanto a si se trata de una nueva forma de dinero o es la misma de siempre en un soporte distinto al de papel.

*y compensa automáticamente, y en tiempo real, las transacciones realizadas con dicha tecnología de pago. No es más que una unidad de cuenta con la cual se realiza el tráfico mercantil. Dicha tecnología representa un proceso de desmaterialización del dinero como representación ideal del valor: dinero-mercancía, dinero quirografario, dinero fiduciario, dinero plástico, dinero electrónico. Sin embargo, no deja de ser una forma monetaria institucional, pues si bien hablamos de dinero bancario, su convertibilidad está avalada por el Banco Central, ya que de no darse un uso masificado y profundo se volvería solo una clase más de dinero bancario, por lo que tarde o temprano tendría que ser transformado en dinero corriente para realizar el tráfico mercantil”<sup>228</sup>.*

Por otra parte, la Directiva 2009/110 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, dispone, en su artículo 2.2 que: «dinero electrónico»: *todo valor monetario almacenado por medios electrónicos o magnéticos* que representa un crédito sobre el emisor se emite al recibo de fondos con el propósito de efectuar operaciones de pago, según se definen en el artículo 4, punto 5, de la Directiva 2007/64/CE, y que es aceptado por una persona física o jurídica distinta del emisor de dinero electrónico”

Por otra parte, la Directiva 2009/110 CE del Parlamento Europeo y del Consejo plantea de forma imperativa en su artículo 12 que: “*Los Estados miembros prohibirán la concesión de intereses o cualquier otro beneficio relacionado con el tiempo durante el cual un titular de dinero electrónico está en posesión de dinero electrónico*”. De manera que este supuesto dinero se posiciona fuera del dinero con carácter productivo de frutos civiles. Sin embargo, parece ser un contrasentido que el dinero electrónico emitido por una entidad autorizada pueda llegar a generar intereses si el dinero electrónico representa dinero en sentido original y cuya titularidad la detenta el usuario del servicio. Es el servicio de la entidad de crédito el que detentaría de causa, de justificación para recibir un

---

<sup>228</sup> Lechuga Montenegro, J. & Busamante, J. (Julio-Diciembre de 2008). Estado y bancos en la creación monetaria. El valor del dinero electrónico. *Trayectorias. revista de ciencias Sociales de la Universidad nacional de Nuevo León*, X(27), pág 38. Precisamos que la identificación del dinero electrónico como un dinero institucional realizada por los autores, es una idea imperante y tan evidente que en muchas ocasiones no es siquiera mencionada en los análisis del dinero en su manifestación formal digital, pero que en nuestra opinión no debe ser perdida de vista debido a que sigue siendo el estado el garante del sistema financiero en el que opera el dinero electrónico.

pago a través de alguna comisión, más no el dinero electrónico, que a voluntad del titular de la cuenta puede dejar de ser tal. Se haría indispensable un acuerdo a este respecto, para producir intereses, y sería a favor del usuario que deposita un valor a la entidad de crédito que presta el servicio que implica el dinero electrónico.

Por otra parte, el dinero material o efectivo es el que comenzó como una mercancía y que pasó de ser un depósito de valor únicamente, por ejemplo oro, a lo que hoy en día vemos salir de los expendedores de dinero de los bancos, debidamente seriados y que podemos percibir a través de los sentidos del tacto, la vista y el olfato. Este dinero material, que en razón del sistema financiero institucional sería capaz de identificarse como si fuera una especie o cuerpo cierto, pero que se intercambia como si fuera un bien genérico. Y si queremos ser más estrictos en la reflexión en orden al carácter genérico del dinero, deberías quedarnos con el carácter de especie y cuerpo cierto y que se trataría de una fungibilidad especial, que es dotada por la normativa al establecer la potestad liberadora de cualquiera de esas especies sin mirar a su seriado de impresión.

La materialidad del dinero es propia de su origen como tal, pues la necesidad de identificación del valor de los bienes para poder intercambiarlos, como se expuso más arriba, dependió de la capacidad que tenían los bienes para ser intercambiados, es decir, de su comerciabilidad. El hecho de que los metales preciosos pasaran a ser el dinero en una primera etapa de este fenómeno social pasó por el hecho de que los metales preciosos han sido un depósito de valor confiable y por las limitaciones naturales de su gestación limitados en su cuantía, por su capacidad de división y de representación homogénea. Además, los metales preciosos tienen un carácter que se mantendrá en el tiempo que es su divisibilidad material, en cuanto a que sus divisiones pueden llegar a mínimos que permitirían que todos pudiesen llegar a acceder a ellos. Su homogeneidad una vez divididos y su aclamado carácter fungible (*res fungibiles*) le hicieron ganar grados de liquidez que ningún otro bien pudo superar en las etapas

iniciales del dinero<sup>229</sup>.

Ahora, con el propósito de acercar el foco de atención al dinero nos permitiremos traer a la vista distintas categorías económicas, conceptos, desarrolladas por MARX que nos ayudarán a acercarnos más al dinero como medio de intercambio. Dichas categorías son: valor de uso; valor de cambio...

más allá de cualquier cualidad que reúnan los metales preciosos, es necesario tener en cuenta que la idea de valor que representan en el momento en que ascienden a la calidad de dinero es ideal o figurada. Esta idea del carácter figurado o ideal de los metales preciosos como dinero emana de la función de medida de valor que se le atribuye al dinero. No es lo mismo hablar de precio que de valor de cambio. Todas estas categorías desarrolladas por MARX nos sirven para desentrañar más detalles de la estructura del dinero.

En este estadio, nos podemos preguntar si las criptomonedas son dinero.

En coherencia con el desarrollo argumentativo de la presente investigación, la respuesta debe ser no. La principal razón para oponernos a una respuesta afirmativa al respecto parte de la idea de que el dinero como tal, en su versión más reducida, requiere no solo la aceptación general como medio de pago, que aisladamente tampoco se presenta como característica en las criptomonedas, lo que debe ser reconocido por algún Estado, está muy lejos de la realidad por la que pasan las criptomonedas.

Ahora, si bien la criptodivisa no es posible que la consideremos jurídicamente como dinero, sí es un activo, que representa valor, y que como activo está en un Estado de evolución análogo a la de las mercancías que se ofrecieron inicialmente como medios de intercambio indirecto.

---

<sup>229</sup> Menger, *op. cit.*, pág. 49. Tras explicar el origen del dinero en la necesidad de intercambiar bienes, pasa a hacer un análisis de los metales preciosos como los bienes que con mayor fuerza presentaron esa característica del dinero. Llama la atención de que en sus orígenes sea develado con características tan similares a las criptomonedas, principalmente en lo referido al stock de metales preciosos, lo que se asimila al número limitado de criptomonedas que pueden ser creadas.

## 1.7 Sistema de pago de las obligaciones pecuniarias

El análisis de los sistemas de pagos de las obligaciones pecuniarias es un tema obligado en una investigación como la nuestra, pues precisamente en la evolución del dinero se hace presente la modificación del valor del dinero como uno de los grandes problemas a los que el Derecho ha pretendido dar solución. Es más, NUSSBAUM considera que en la teoría de la deuda pecuniaria sería el problema típico e históricamente el único del Derecho monetario<sup>230</sup>, con lo que manifiesta su descontento.

Hay que considerar para estos efectos que el dinero puede ser considerado en a lo menos tres dimensiones, tradicionalmente y considerando que aún queda un porcentaje de signos monetarios que circulan en la sociedad. Estas tres dimensiones están asociadas a lo que se conoce como el valor nominal, el valor intrínseco y el valor adquisitivo. El valor intrínseco carece de importancia para los efectos del presente análisis, más aun considerando su presencia marginal en la base monetaria.

Cuando se deben obligaciones que consisten en pagar una suma de dinero, existen dos sistemas pago, el primero es el *sistema de pago nominalista*, en el que el deudor cumple con su obligación entregando la cantidad numérica expresada en el contrato, es decir, el deudor cumplirá entregando el importe exacto de unidades monetarias contempladas en el título constitutivo de la obligación<sup>231</sup>, un euro debido se paga con un euro debido<sup>232</sup>, sistema de pago que tiene por ventaja la certeza, la seguridad jurídica, por sobre el valor justicia<sup>233</sup>, el deudor sabe qué debe pagar al final, desde el momento en que nace la obligación, cuya desventaja es la desvalorización del dinero objeto de la

---

<sup>230</sup> Nussbaum, *op. cit.*, pág. 17.

<sup>231</sup> Lasarte (2015). *Derecho de Obligaciones...* pág, 70.

<sup>232</sup> Sabater, *op. cit.*, pág. 231.

obligación. El acreedor recibirá dinero disminuido en su capacidad adquisitiva. Se debe tener en cuenta que, a pesar de la implantación de un sistema nominalista en el pago de las obligaciones pecuniarias, el dinero igualmente se verá afectado por la realidad económica a la que se vea expuesta la relación obligatoria. Los “*valores reales o extranominales*” como les llama HERNÁNDEZ-GIL<sup>234</sup>, no afectan al cumplimiento de la obligación pecuniaria, y el autor nos señala que precisamente el nominalismo, como se dijo, lo que hace es preferir uno de los fines del Derecho, cuál es la seguridad. Lo sostiene también BONET, en cuanto que en el principio nominalista la seguridad se impone a la igualdad, como consecuencia de las variaciones que puede sufrir el dinero en cuanto a su capacidad adquisitiva o poder adquisitivo<sup>235</sup>.

A este respecto, cabe comentar que esta necesidad de ponderación entre dos valores de manera antitética es a lo menos criticable, pues enarbolar una respuesta a la aplicación absoluta del principio nominalista, bajo la concreción del “valor” seguridad jurídica por sobre el valor justicia, lleva al absurdo de que el valor justicia debe estar precisamente incorporado en las normas del derecho positivo, pues la seguridad jurídica no sería un valor en sí mismo, sino que depende de la garantía de los valores que inspiran las normas que se pretenden aplicar en aras al respeto de la seguridad jurídica. En este caso, lo que inspira a la preferencia de la aplicación de un sistema valorista es la equivalencia de las prestaciones, que es una manifestación del valor justicia en el derecho privado y que con la aplicación de las normas positivas referidas al nominalismo se ve frustrado<sup>236</sup>.

Ahora, BONET nos señala que el problema del nominalismo es que hace de una cuestión estrictamente económica una cuestión jurídica, pues la naturaleza de la unidad de cuenta, la unidad ideal, como medio de expresar valores y precios es un concepto “psicológico jurídico” y como tal es el resultado de innumerables

---

<sup>234</sup> Hernandez Gil, A. (1960). *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Marible artes gráficas, pág. 342.

<sup>235</sup> Bonet (1981), *op. cit.*, pág. 104.

<sup>236</sup> García Manrique, R. (2004). *Radbruch y el valor de la seguridad jurídica*. *Anuario de filosofía del derecho*, pág. 276-277.



relaciones de cambio y reflejo de numerosas experiencias de valor<sup>237</sup>. Es a consecuencia del cuestionamiento del cumplimiento de las deudas pecuniarias frente a la inflación que se debe identificar en el dinero tanto una identidad de carácter cuantitativa como una identidad de carácter valorativa<sup>238</sup>. Esta última identidad del dinero es lo que plantea los mayores desafíos, pues es variable en el tiempo y se ve pone de manifiesto en la crisis del principio nominalista.

Ahora, desde nuestro punto de vista, al momento de definir el principio nominalista o valorista, lo vinculamos con el principio de integridad del pago, pues la consideración del valor real del dinero en el cumplimiento total de lo adeudado es lo que pone en duda el cumplimiento de dicho principio. Si sostenemos que lo que importa es lo nominal, es decir, simplemente lo estipulado y ante la inexistencia de una cláusula de estabilización, la cuestión es que la obligación sufrirá una merma, una disminución de su valor, como consecuencia de circunstancias general de un economía cuyo efecto estimula al cambio del nominalismo al valorismo, en lo que se refiere al cumplimiento de las obligaciones pecuniarias, pues el valor en curso del dinero es una cuestión intrínseca del bien, en el sistema financiero actual que incorpora la inflación como una cuestión endógena, desde que se crea la figura del Banco Central cuyo principal objeto es precisamente que este incremento en el nivel general de precios no ocurra o esté en estándares ideales.

Ahora, bajo la idea del patrimonio es que SAVIGNY crea su reiterada idea del poder patrimonial abstracto, pues el patrimonio es concebido como el poder de Derecho privado o señorío de un individuos obre porciones del mundo externo, a pesar de que el patrimonio se presente como un conjunto heterogéneo de bienes, se puede concebir como un todo homogéneo, como una cantidad líquida, que representaría el concepto abstracto de patrimonio y así SAVIGNY deposita en el dinero el instrumento necesario para la construcción de ese concepto abstracto de patrimonio y así el dinero no solo tendría la función de medir el valor sino que en sí mismo es el valor que mide, representando así el valor de todos

---

<sup>237</sup> *Ibidem*, pág. 145.

<sup>238</sup> *Ibidem*, pág. 27.

los componentes del patrimonio<sup>239</sup>. La idea del poder patrimonial abstracto propuesto por SAVIGNY que considero la diferencia entre el valor nominal y el valor en curso (*Kurswert*), como el mismo NUSSBAUM reconoce, ejercieron una fuerte influencia en el desarrollo de la teoría jurídica del dinero, de la doctrina jurídica de la deuda pecuniaria, pues con base en las posibilidades del dinero respecto de su capacidad de representación se gesta la idea de la *deuda de valor*, como una forma de entender la deuda pecuniaria. Ahora, NUSSBAUM se resiste sosteniendo que definitivamente que el contraste entre el valor nominal y el valor real está precisamente la peculiaridad del dinero y reafirmando que la deuda de valor solo patentada esa peculiaridad del objeto de la obligación favoreciendo al error de que la deuda pecuniaria se algo completamente distinto a una deuda de cosas, categoría en la que enmarca NUSSBAUM la deuda pecuniaria<sup>240</sup>.

Por otra parte, como una reacción a las injusticias provocadas por el sistema nominalista, especialmente frente a grandes procesos inflacionarios, particularmente en los periodos de postguerra, se plantea el denominado sistema valorista de pago de las obligaciones pecuniarias, bajo la interpretación de que la deuda de dinero es una deuda de valor. En este sintéticamente, el deudor cumple con su obligación cuando entrega una cantidad que tiene el mismo poder adquisitivo que tenía esa suma cuando contrajo la obligación. Es decir, se debe determinar cuánto dinero, cuál será la suma con la que el deudor podrá liberarse de su obligación. Este sistema de pago tendría como ventaja, que el acreedor podrá recibir una cantidad de dinero que represente el equivalente al poder adquisitivo que tenía en el momento en que nace la obligación. El acreedor recibirá cantidad que tenga misma capacidad adquisitiva, superando los efectos que la inflación pudiere de haber provocado en el dinero adeudo. Ahora, se menciona como desventaja, atendiendo precisamente a estos fines del Derecho

---

<sup>239</sup> Nussbaum, *op. cit.*, pág. 121 Criticando la idea propuesta el autor señala que SAVIGNY aclara en el prólogo de su tratado de obligaciones en el que señalaría la poca seguridad de la sección sobre el dinero debido a una suerte de propiedad casi misteriosa del objeto de estudio. NUSSBAUM acusa que se trata de una propuesta economicista muy influenciada por HOFFMAN y que la idea del poder patrimonial abstracto es a lo menos superflua.

<sup>240</sup> *Ibidem*, pág. 126.

mencionados por HERNANDEZ, la incertidumbre, la que se vería desplazada por la justicia o más bien el equilibrio de las prestaciones. Es así que, bajo un sistema de pago de esta naturaleza el deudor no sabe cuánto tendrá que pagar. Como se mencionó más arriba, la idea de un sistema de pagos de las obligaciones pecuniarias sustentado en el poder adquisitivo hace que las deudas pecuniarias se traduzcan en deudas de valor.

Concordantes con la idea del valor en curso del dinero están las ideas económicas planteadas por FISHER relativas al *purchasing power of money*, poder adquisitivo del dinero, *Kaufkraft*. El poder adquisitivo del dinero no es privativo de este bien jurídico. Es posible afirmar que todo lo que tenga un valor tendrá a su vez poder adquisitivo en razón del valor relativo, como idea de comparación. Esta noción del poder adquisitivo es el más primitivo de todos y es el que permitió el desenvolvimiento de una economía de trueque o del simple cambio, pues efectivamente el poder adquisitivo de ciertos bienes se veía reflejado en lo que se podía intercambiar directamente con ellos. Se debe precisar que una visión estrictamente económica del dinero tendría esta afirmación como una obviedad, en el sentido de que para los economistas el lugar del dinero puede ser ocupado por cualquier mercancía, siempre que cumpla con su característica esencial que es su intercambiabilidad general<sup>241</sup>. Sin embargo, entiéndase que la afirmación del poder adquisitivo de cualquier mercadería afirmado en este párrafo no corresponde a las mercancías como dinero, sino a la mercancía en sí misma, sin que sea considerada por la generalidad como medio de intercambio indirecto general. De esta manera, FISHER nos expresa: "*The purchasing power of money is indicated by the quantities of other goods which a given quantity of money will buy. The lower we find the prices of goods, the larger the quantities that can be bought by a given amount of money, and therefore the higher the purchasing power of money. The higher we find the prices of goods, the smaller the quantities that can be bought by a given amount of money, and therefore the lower the purchasing power of*

---

<sup>241</sup> Fisher, *op. cit.*, pág. 8. Cabe destacar que el análisis de Fisher concuerda con los postulados económicos tenidos en cuenta por Savigny al momento de desarrollar la idea de poder patrimonial abstracto.

*money. In short, the purchasing power of money is the reciprocal of the level of prices; so that the study of the purchasing power of money is identical with the study of price levels*<sup>242</sup>.

Así, el poder adquisitivo es una relación entre el dinero y los bienes <sup>243</sup> y que responde a un momento y lugar determinado, vinculándose de esta manera con el precio.

Ahora bien, el fenómeno inflacionario uno de los temas más tratados en la economía política y que se ha entendido comúnmente como el incremento generalizado de los precios de los bienes y los servicios. Estos precios suben en función de diversos factores, entre los cuales destaca y normalmente se asimila la inflación con el aumento de la base monetaria, particularmente con el aumento de la oferta monetaria<sup>244</sup>. Ahora, sin quedarnos en análisis de las causas del fenómeno inflacionario, lo que nos importa desde el punto de vista del sistema pagos es que a consecuencia del incremento general de precios la cantidad de unidades monetarias pierde valor de adquisición.

Así, para hacer frente a las modificaciones del poder adquisitivo del dinero es que se tomaron medidas relativas a realizar un reajuste con el que el deudor se pueda ver liberado de la obligación y el acreedor ver satisfecho su interés comprometido en el crédito.

Es así como surgen las denominadas cláusulas de estabilización. El surgimiento y aceptación de este tipo de acuerdo es posible siempre que estemos ante una obligación pecuniaria. Se precisan como medidas correctoras del principio nominalista que tienen por base la contractual. Se identifican también bajo el nombre de cláusulas de garantía de valor, cláusulas índices de escala móvil,

---

<sup>242</sup> Fisher, *op. cit.*, pág. 13.

<sup>243</sup> Bonet (1981), *op. cit.*, pág. 143.

<sup>244</sup> Hernández, *op. cit.*, pág. 347. Cabe destacar que el valor relativo de la unidad monetaria vigente en un estado en particular respecto a las divisas extranjeras es otro aspecto del valor del dinero, que es conocido como devaluación. Riera I Prunera, et al. Óp. Cit. En este trabajo se plantea como el incremento de dinero influye en la tasa de inflación, en cuyas conclusiones señala que las teorías cuantitativa del dinero influiría en el periodo analizado de manera mínima, a pesar que es la teoría que funda las políticas monetarias europeas.

cláusulas de seguro, entre otros nombres<sup>245</sup>. Ahora, LASARTE entiende por cláusulas de estabilización como previsiones contractuales, en virtud de las cuales las partes contratantes acuerdan que el importe nominal de la obligación pecuniaria se actualizará llegado el momento de cumplimiento conforme al valor de un bien o un conjunto de bienes, que se toma como punto de referencia en el momento constitutivo de la obligación, o con referencia a unos índices estadísticos de mayor objetividad y, por supuesto independientes de la voluntad de las partes, como en el caso del índice general de precio al consumo<sup>246</sup>. En un sentido similar SABATER señala que las cláusulas de estabilización son trata de medidas preventivas contra los efectos indeseables que produce la alteración del valor del dinero dentro de un sistema nominalista y mediante ella las partes contratantes tratan de convertir la deuda pecuniaria en deuda de valor, designando como medio obligado de pago o como medida de la cantidad de dinero a pagar, un signo monetario valioso o un bien intrínsecamente valioso y sustraído de las fluctuaciones del poder adquisitivo de la moneda<sup>247</sup>. Luego, tenemos a BONET quien nos señala que las cláusulas de estabilización regulan el valor y el precio del contrato con referencia a algún producto o mercancía que fluctúa con el nivel creciente y decreciente del poder adquisitivo del de la moneda y permitiría calcular y hacer la conversión, de manera aproximada, de la cantidad de dinero que se ha de entregar en el momento del pago, para que represente su valor real según las circunstancias iniciales del contrato<sup>248</sup>.

Dicho esto por tanto tenemos que la deuda pecuniaria respondería a la categoría de obligación cuyo objeto es determinable en razón de una operación aritmética que determinará el monto exacto que le permitirá al deudor liberarse de la relación obligatoria. Esta posibilidad está expresamente reconocida a propósito del objeto del contrato en el Código Civil español, en su artículo 1273, al señalar: *“El objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia*

---

<sup>245</sup> *Ibidem*, pág. 365.

<sup>246</sup> Lasarte (2015), *op. cit.*, pág. 74.

<sup>247</sup> Sabater, *op. cit.*, pág. 236.

<sup>248</sup> Bonet, J. (1955). Los arrendamientos con escala movil. *Anuario de Derecho Civil*, 89-159.

*del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes*". Y así, LASARTE concluye que el carácter determinable del objeto del contrato basta para que nazca la obligación<sup>249</sup>.

Por otra parte se han reconocido distintas modalidades que pueden presentar estos mecanismos que pretenden reparar convencionalmente los efectos perniciosos de la inflación, entre los cuales destacan las cláusulas de reajustabilidad o estabilización la cláusula de valor en especie o valor mercancía, cláusula en que se establece que se debe una suma de dinero equivalente a una determinada cantidad de mercaderías, que deberá ser en su oportunidad pagada, por el valor que tenga en ese momento la mercadería.

Ejemplo clásico es el que se basa en que me debes la suma de dinero (x pesos), equivalente a doscientos quintales de trigo. La obligación se reajusta a partir del valor del trigo al momento de pagar la obligación. Luego se destaca la denominada cláusula de valor oro o plata *en que se paga en moneda nacional, pero en el equivalente a una determinada cantidad de oro*, es decir, debo X euros, equivalentes a veinte gramos de oro. Por ende cuando pagamos, tendremos el valor del gramo de oro y lo multiplicamos por veinte, así cada vez que suba la moneda oro, subirá lo que se debe pagar. También se nos presentan las cláusulas en moneda extranjera, *la obligación se paga en moneda nacional, pero equivalente a la cantidad de una moneda extranjera*, así se debe en euros, el equivalente a doscientos dólares. A medida que va aumentando el dólar, aumentará lo que tenemos que pagar. Por último, nos encontramos con las denominadas cláusulas de escala móvil o de índices variables, en estos casos la determinación de monto de dinero pasa por la aplicación del índice y el más directo índice que permitiría la actualización del valor real del dinero, de su poder adquisitivo será precisamente el índice de general de precios al consumo, se puede incluso agregar como índice la tasa de inflación entre el momento en que nace la obligación y el del pago<sup>250</sup>.

---

<sup>249</sup> Lasarte. Derecho de Obligaciones, *op. cit.*, pág. 41.

<sup>250</sup> *Ibidem*, pág.75.

Ahora, todas aquellas cláusulas de estabilización que utilicen otras mercancías, incluso en el caso del oro, se ven expuestas a que en el periodo de duración de la relación obligatoria el valor de esa mercancía varíe negativamente, que es lo mismo que podría pasar con la referencia a alguna divisa extranjera, pues en ambos casos no se trata de bienes que sean impermeables a los avatares de la economía de mercado. Por esta razón hoy, las cláusulas que son más convenientes en cualquier tipo de contrato que de lugar a obligaciones pecuniarias son las cláusulas de estabilización de escala móvil o índice variable, pues estos índices integran precisamente lo que se pretende sanear con el establecimiento de las cláusulas de estabilización<sup>251</sup>.

## **1.8 Deudas u obligaciones dinerarias, pecuniarias o de dinero**

Las obligaciones pecuniarias constituyen la forma de obligación más frecuente y difusa<sup>252</sup>. Y solo por este dato deberían ser consideradas como una categoría especial entre las obligaciones patrimoniales, pues presentan una serie de particularidades debido al objeto sobre el que recaen.

En términos simples, estamos en presencia de una obligación pecuniaria o dineraria o deuda de dinero<sup>253</sup>, en el caso que el objeto de la prestación esté constituido por dinero, entendiéndose por tal aquel bien jurídico sancionado por un Estado, configurado en doble dimensión, tanto material como inmaterial, y que cumple tanto una función de cambio, como de pago y que se expresa en términos numerarios a través de una unidad fundamental, base del sistema monetario

---

<sup>251</sup> *Ibidem*, pág. 76. Cabe mencionar el caso chileno, en el que la mayor parte de los créditos son reajustables conforme a la variación del índice de precios del consumidor. Existe en Chile la utilización de un índice de referencia de composición compleja llamado unidad de fomento (UF) que es utilizada como unidad de cuenta prácticamente por la totalidad de las entidades financieras, especialmente cuando se trata de créditos hipotecarios.

<sup>252</sup> Inzitari, *op. cit.*, pág. 108.

<sup>253</sup> Hernández, *op. cit.*, pág. 171-208. Díez-Picazo, L., & Gullón, A. (1988). *Sistema de Derecho Civil* (Vol. II). Madrid, España: Tecnos, pág. 145-152; Vattier (1980), *op. cit.*, pág. 68. Lasarte (2015), *op. cit.*, pág. 70-92; Bonet (1981), *op. cit.*, pág. 255

(unidad de cuenta, unidad ideal) o en términos de aritmética simple, bien que es capaz de expresar el valor de la totalidad de los bienes y servicios que circulan en el mercado, que por esto irradia de particularidades la relación obligatoria pecuniaria.

En otras palabras, la deuda de dinero es aquella en el que el objeto de la prestación está constituido por dinero desde el nacimiento de la obligación hasta su extinción a través del pago<sup>254</sup>. Ahora, como ya hemos comentado, y como consecuencia del principio romano *omnis condemnatio pecunia est*, ante el incumplimiento y frente a la imposibilidad de un cumplimiento en naturaleza o específico, el cumplimiento por equivalencia se realizaría a través del pago de una suma de dinero, ya sea en reemplazo del valor de la cosa o a título de indemnización de perjuicios<sup>255</sup>. Por otra parte, cumpliendo la función de medio de intercambio indirecto el dinero estará presente en la obligación cuando esta nazca de la relación contractual que pretenda la compra, en su calidad de precio, obligación que también es pecuniaria por excelencia, pero que queda fuera de nuestra atención.

Como veremos, es de suma importancia entender que la existencia de la obligación pasa por un *iter* que influye cuantitativamente en la noción de la deuda de dinero.

Como se precisó más arriba, las obligaciones que tienen por objeto de su prestación dinero pueden emanar de cualquiera de las fuentes reconocidas por una legislación en particular. Tanto es así que, en lo que se refiere a la principal fuente de las obligaciones, el contrato, es posible verificar que los contratos que

---

<sup>254</sup> Bonet (1981), *op. cit.*, pág. 285

<sup>255</sup> Pérez Velázquez, J. P. (2016). *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los principios de derecho contractual europeo*. Madrid: BOE, pág. 80. “Centrándonos en el Derecho español, del que ya se ha dicho que la pretensión de cumplimiento tiene prioridad sobre el resto de los remedios, se observa como en la práctica los Tribunales, en más supuestos de los que pudiera parecer a priori, teniendo en cuenta cual es la regla general, se encuentran obligados a resolver los incumplimientos contractuales en última instancia en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios. Esta transformación de la obligación de cumplimiento específico en el pago de una cantidad económica como compensación o como indemnización de los daños y perjuicios tiene como principales destinatarias: las obligaciones de dar cosa mueble o inmueble determinada o específica en los casos en los que no se encuentre en el patrimonio del deudor, y en las obligaciones de hacer personalísimo o no”



generen obligaciones dinerarias se pueden agrupar entre aquellos en los que el dinero es visto como una medida de valor, un medio de intercambio por bienes o servicios y aquellos contratos en los que el dinero no representa el valor de ningún bien o servicio y se precisa de él con el propósito de participar en el mercado ya sea a través de la actividad empresarial con la producción de bienes o servicios o simplemente como consumidor final. Estos últimos contratos tienen un perfil bastante definido y se les puede englobar bajo el término de contratos de financiación y los primero como contratos de intercambio. Estos contratos de financiación son los que dan lugar a la relación de crédito, ámbito contractual bajo el cual, a lo menos parcialmente hemos desarrollado el presente trabajo<sup>256</sup>.

Por otra parte, para efectos de definir los contornos del panorama de las obligaciones pecuniarias, es indispensable tener en cuenta que las relaciones obligatorias están sujetas al devenir, es decir, que entre la consumación del consentimiento contractual y la realización de la finalidad de los intereses de los acreedores, normalmente habrá una época, una unidad de tiempo insoslayable, que se podría graduar tanto como lo permite el tiempo mismo, pero que para los efectos jurídicos importará solo cuando dicho transcurso afecte a la relación obligatoria, es decir, la relación obligatoria pecuniaria se ve expuesta a un *iter* o itinerario, a un lapso. Es más, el contrato de préstamo es concebido sobre la base de que haya un término entre la entrega de la cosa que se presta y su devolución, pues de lo contrario no se cumpliría con la finalidad del préstamo, es su *ratio essendi*.

Así, es posible ver, incluso en aquellos contratos cuyas obligaciones son de carácter instantánea, una diferencia temporal entre el nacimiento de la obligación y su cumplimiento, pues el Derecho no ha sido capaz de atender contra las leyes de la física<sup>257</sup>. Ahora bien, entre mayor tiempo transcurra entre el nacimiento y exigibilidad de una obligación, mayores son los riesgos a los que se ve expuesta

---

<sup>256</sup> Decimos parcialmente debido a que nuestro interés está en la relación de crédito que existe entre las entidades de crédito y los consumidores financieros, pues el alcance de nuestras conclusiones pasa por el dinero utilizado particularmente por las entidades bancarias.

<sup>257</sup> Solo para efectos ilustrativos, es posible que el derecho haga detener el tiempo en el sentido de que hace una suspensión de los plazos para beneficiar a algún interés que carece de los medios de defensa, como es el caso de a suspensión de la prescripción en el caso chileno.

la relación obligatoria de crédito, de manera que el contrato previsor y distribuidor de dichos riesgos pasa a ser fundamental frente a los acontecimientos sobrevenidos. Por todo lo anterior, es que los efectos del tiempo en las obligaciones pecuniarias que emanan de los contratos de financiación, particularmente en lo referido a los intereses que se podrían haber pactado, su devengo y su relación con la idea de que el dinero se sabe que es degradable en cuanto a su valor en curso o comercial o poder adquisitivo o de compra, requiere delimitar las concepciones bases de lo que es una obligación pecuniaria, basándose en el análisis del apartado anterior.

Una vez alertado el dinamismo temporal con que se desenvuelven las relaciones obligacionales, toca ahora revisar los aportes doctrinales referidos a las obligaciones pecuniarias que justamente consideran los efectos del tiempo en el dinero y ponen énfasis en las distintas funciones que este desempeña en las relaciones privadas.

De forma general, comprendiendo la totalidad de las obligaciones que tendrán por objeto de su prestación el dinero, se reconocen al menos tres tipos de deuda dineraria<sup>258</sup>, categorización que atiende a la configuración que las partes hayan dado a la integración del dinero en el objeto de la prestación<sup>259</sup>.

Cabe destacar, antes de presentar las categorías de obligaciones pecuniarias, que la necesidad de distinción es fruto de la discusión a la que dio lugar SAVIGNY con su teoría del poder patrimonial abstracto y la incorporación a las consideraciones jurídicas del aspecto del dinero tratado por los economistas y que se refiere a la pérdida del valor en curso, a su poder adquisitivo, lo que llevó a cuestionar que en cumplimiento de una obligación pecuniaria se pagara con el mismo monto definido al nacer dicha obligación, considerando que una cuestión endógena del dinero, o una de sus proyecciones intrínsecas imbricada con su principal función, como medio de pago, se ve afectada por el transcurso del

---

<sup>258</sup> Téngase presente que en lo que se refiere a la terminología usada por BONET el autor pone énfasis en el aspecto pasivo de la relación obligatoria en cuestión. A diferencia de nuestra preferencia por el término obligación dineraria.

<sup>259</sup> Vattier (1980), *op. cit.*, pág. 55.

tiempo. De ahí que en aras de mantener la conmutatividad inicial se pretendió asignar a las deudas pecuniarias, el carácter de deuda de valor<sup>260</sup>.

Así, nos encontramos en primer lugar, con la deuda dineraria simple, como la designa BONET que la define como “...aquella deuda cuyo objeto de prestación es una determinada suma o cantidad de dinero, entendida en moneda de curso legal del lugar de pago.”<sup>261</sup> Por otra parte HERNÁNDEZ nos dice, luego de destacar que se trata de la modalidad fundamental de la deuda de dinero, que la deuda de suma o cantidad es aquella en la que la prestación está constituida por una cantidad de dinero, expresada con referencia a un determinado sistema monetario, mediante el empleo de la unidad ideal en el vigente<sup>262</sup>.

Asimismo, LASARTE las considera como aquella obligación pecuniaria en la cual la prestación debida por el deudor coincide con una suma de dinero precisa y determinada por referencia a un conjunto de unidades monetarias. Así, cuando el dinero es considerado como objeto de la obligación como mera unidad de valor y por referencia a unidades monetarias jurídicamente establecidas, estamos en presencia de una obligación pecuniaria. Para este autor no importa que el objeto sea el “dinero legal” o “dinero fiduciario” para calificar a la obligación de pecuniaria<sup>263</sup>.

Este tipo de obligación sería heredera del principio nominalista, con el establecimiento de un sistema monetario basado en una unidad fundamental, al que el Estado a través de su poder soberano designa el signo monetario a través de los que se pagaran los impuestos y cualquier obligación, aplicando la idea de la moneda de curso legal.

---

<sup>260</sup> Nussbaum, *op. cit.*, pág. 121.

<sup>261</sup> Bonet (1981), *op. cit.*, pág. 291.

<sup>262</sup> Hernández, *op. cit.*, pág. 188

<sup>263</sup> Lasarte (2015). Derecho de Obligaciones, *op. cit.*, pág. 70-71. Ahora, LASARTE precisa que el dinero fiduciario sería cualquier instrumento mercantil de general aceptación que incorpore un valor en dinero, por ejemplo, un talón al portador. Sin embargo, debemos anotar que dinero fiduciario, de acuerdo con nuestra investigación, es todo el dinero, en su materialidad, es decir, moneda o billetes, y que se califica como tal desde el momento en que se abandona la convertibilidad a metales preciosos de las unidades de cuenta y medida. Mientras que lo que LASARTE llama dinero fiduciario hace referencia más bien a los títulos de valor, que impliquen una suma de este dinero fiduciario, los denominados sustitutos del dinero.

Ahora, como consecuencia de los problemas que acarrea dicho principio en las relaciones obligacionales, en las que el tiempo resulta ser un factor de suma importancia, se precisa que carecen de estabilidad y permanencia, pues se basan en la idea de valor nominal del dinero y se ven afectadas por el valor comercial del dinero o valor en curso y así ponen en riesgo *el principio de la equivalencia de las prestaciones*<sup>264</sup>.

Como se ha venido advirtiendo por lo menos en sus causas, esta equivalencia se vería afectada en el sentido de que el dinero al degradarse en su poder adquisitivo haría injusto que se pagara con la misma cantidad de numerario pactado un día X y pagado un día posterior Z. Al natural transcurso del tiempo que hace que todo envejezca o se degrade, no hace excepción al dinero. Por esta razón, esta categoría va normalmente acompañada de cláusulas de estabilización con el propósito de resguardar los intereses del acreedor en lo que se refiere al poder adquisitivo del dinero. Cabe hacer presente que en tiempos de crisis, en los que el nivel general de precios sube, es que con mayor énfasis se prefiere que aquellas relaciones contractuales de crédito, que estén dilatada en el tiempo, o sea, relaciones contractuales que tendrán larga duración, se pacten estas cláusulas que vienen a prever este riesgo del acreedor de la deuda de dinero, para que así en periodos en los que el dinero en su valor en curso, su poder adquisitivo, disminuirá.

Se precisa que, el carácter genérico absoluto del dinero no le comunica tal carácter a la obligación pecuniaria<sup>265</sup> en razón de que la prestación se encuentra determinada por el juego de la cantidad y de la unidad ideal del sistema monetario, a diferencia de cualquier otra obligación genérica en la que no hay referencia a norma pública alguna para los efectos de su cantidad, lo que se evidencia con la utilización de otras unidades ideales de medida, dependiendo de la naturaleza del bien genérico de que se trate y la costumbre en el comercio en la forma de medir la cantidad del género que es objeto de esa prestación (litros de aceite, kilos de trigo, metros cuadrados de tela, etcétera).

---

<sup>264</sup> Bonet (1981), *op. cit.*, pág. 290-297.

<sup>265</sup> Vattier. Problemas... *op. cit.*, pág. 57

Por otra parte, no le es aplicable la regla de la calidad media contemplada en el artículo 1167 del Código Civil español, propia de las obligaciones genéricas. Nos aclara HERNÁNDEZ a este respecto que en la obligación genérica hay una relativa indeterminación hasta el momento del cumplimiento, la que se resuelve con la entrega de la calidad media, mientras que en las deudas de suma de dinero no cabe aplicar tal procedimiento, pues se sabe desde el nacimiento de la obligación que existe una rigurosa determinación por el juego de la cantidad y del sistema monetario, agregando, que el dinero es sin discusión un género, y de ahí que se le aplique el principio "*genus numquam perit*", pero que no sea calificable como una obligación genérica<sup>266</sup>.

Ahora, desarrollando la idea de la calidad del dinero, os parece oportuno señalar que el dinero en sus diversas manifestaciones de moneda de un Estado en particular, podría ser objeto de la determinación de su calidad, si se atiende a la fortaleza de la divisa y que hace que unas monedas por sobre otras sean utilizadas como referencias o índices para obligaciones cuyo pago se realizará en dinero. La posible calidad del dinero a la que aludimos está implicado al mercado de divisas, en el que todas las monedas son entendidas con un poder de adquisición abstracto, es decir, como dinero. Así, hay divisas más valiosas que otras, y para cuya determinación se parte de una serie de factores que los economistas han intentado precisar tomando en consideración diversos aspectos macroeconómicos de los países de acuñación o emisión, tales, como el nivel general de precios, los tipos de interés, etc. Ahora, en este mismo sentido de calidad, de no imperar el principio nominalista, podría utilizarse como argumento a favor del cumplimiento de la obligación dineraria, como una obligación genérica, en su calidad media en atención su valor en curso o poder adquisitivo, cosa que solo sería posible de alegar bajo un sistema de pago valorista. De esta forma, si se plantea que la regla de la calidad media del género es aplicable en el cumplimiento de una obligación dineraria podría concluirse que tendrá que ser el promedio del valor del dinero en un determinado plazo.

---

<sup>266</sup> Hernández, *op. cit.*, pág. 190.

Adicionalmente, es inadmisibile una individualización de los bienes objeto del pago con anterioridad a este, es decir, de ciertos y determinados ejemplares de moneda con el que se debe pagar, como sí lo sería en aquellos casos en que la deuda recayese sobre específicas especies monetarias, en las que el dinero deja de ser tal, como se mencionara más abajo.

Además, no es posible aplicar la imposibilidad sobrevenida de la prestación debido a que el dinero *nunquam perit*.

En un sentido similar y con el objeto de aclarar que las obligaciones pecuniarias no deben ser consideradas una obligación genérica en su concepción tradicional, así como tampoco el pretendido carácter de fungibilidad, pues ambos caracteres parecen ser más propios de la época metalista, en las que la manifestación formal del dinero, las piezas monetarias, gozaban de un valor intrínseco y las relaciones con el dinero se sustentaban en una materialidad que hoy es cada día menor, lo que se acentuó en su momento como consecuencia de la inconvertibilidad de las piezas de dinero y pasa a regir el carácter fiduciario del medio de intercambio, como títulos representativos. En este sentido, además, se precisa que más que una obligación pecuniaria, lo que tenemos es una obligación de una suma de dinero, categoría en la imperaría el carácter abstracto de la unidad ideal de medida de valor y que cuyo contenido es sustancialmente una referencia numérica<sup>267</sup>, es decir, una referencia a un sistema de medida legalmente determinado en un Estado específico.

Por otra parte, a esta categoría de obligaciones se les aplica el artículo 1108 del Código Civil español, de manera que el acreedor que se ve perjudicado a consecuencia de la mora del deudor tendrá la garantía de que su perjuicio es reconocido por ley y no tendrá la necesidad de desplegar actividad probatoria

---

<sup>267</sup> Inzitari, *op. cit.*, pág. 23. En el marco del análisis de la relación de las obligaciones pecuniarias con el sistema de obligaciones y el sistema de derechos reales, el autor se basa en el avance de la doctrina alemana (SIMITIS; FOGEN; DUDEN) a desmarcar a las obligaciones pecuniarias de la categorización primaria y casi espontánea de las obligaciones pecuniarias como obligaciones genéricas.

alguna referida a la existencia del daño ni a la relación causal con la mora del deudor<sup>268</sup>.

Se posicionan en esta categoría de obligaciones las emanadas del contrato de mutuo de dinero, del contrato de compraventa con precio aplazado, el contrato de compraventa retro, la ejecución de obra o suministro, arrendamiento de cosas, renta vitalicia, censos, y en general todos aquellos contratos en los que la relación jurídica pecuniaria presenta una permanencia en el tiempo más o menos prolongada. En estas obligaciones lo debido es una suma específica y perfectamente determinada y conocida de dinero desde el momento mismo en que nace la obligación y no un valor<sup>269</sup>.

Es más, a las obligaciones pecuniarias de suma se les aplica en su integridad el nominalismo, con base en los artículos 1170, 1753 y 1754 Código Civil español en relación con el artículo 312 Código de Comercio español. No obstante, este tipo de obligaciones pueden ir acompañadas de cláusulas de estabilización, que buscan reparar precisamente los efectos de la aplicación absoluta del principio nominalista, con el propósito de corregir los efectos inflacionarios de la economía en las relaciones de crédito.

En este sentido, relacionado con las cláusulas de estabilización, en nuestra opinión, pone en duda el carácter de la obligación, como una deuda de suma, no solo, pero especialmente en aquellos casos en los que la cláusula de estabilización es de escala móvil o establece índices que permiten integrar los efectos negativos del incremento general de precios.

En segundo lugar, se señala la categoría de deuda dineraria concreta o especificada o deuda de moneda específica, que es aquella en la que se pacta un tipo o especie de moneda para el pago, se integra la prestación con un tipo de moneda específica, de manera que no estamos en presencia de una deuda de dinero genuina, requiriéndose de un pacto que precise la moneda en la que

---

<sup>268</sup> *Ibidem*, pág. 57. Este artículo del Código Civil español ha sido objeto de debate por la posibilidad de que el acreedor se vea afectado por daños mayores a los intereses legales que el legislador le reconoce, debate del que nos haremos cargo oportunamente.

<sup>269</sup> Vattier. Problemas..., *op. cit.*, pág. 57.

se realizará el pago<sup>270</sup>, de tal manera que la deuda de cantidad está también integrada por la especie monetaria designada de un sistema monetario vigente<sup>271</sup>. Asimismo, cuando se analiza el artículo 1170 del Código Civil español se señala que cuando dispone sobre la posibilidad de deudas dinerarias en alguna moneda específica, responde a una etapa histórica en la que la consideración del poder adquisitivo del dinero era previsto por las partes en el ejercicio de su libertad contractual, en razón del capital extranjero presente en España, permitiría hablar de calidad de las manifestaciones concretas del dinero y bajo la circulación de moneda metálica y papel moneda un pacto de estas características excluía al papel moneda<sup>272</sup>.

En nuestra opinión en este tipo de obligaciones se integra la idea de las deudas de valor, pues el pacto que determina la unidad numeraria específica, dólar o euro, responde al interés que las partes tienen de no ver afectada la relación obligatoria a los vaivenes de los procesos inflacionarios del país al que pertenecen. Además, si consideramos el carácter convertible de cualquier moneda, como se precisó más arriba, mientras tenga la calidad de ser de curso legal de algún Estado, será posible llegar a este acuerdo.

Hay que precisar que esta categoría de obligaciones pecuniarias se refleja en el artículo 1170 del Código Civil y que responde al momento histórico español del año 1886-1889 en el que se precisa que la presencia de capital extranjero hizo indispensable cerrar la posibilidad de pago de forma absoluta hasta que se procede a las normativas de control de cambio haciendo imperar la moneda nacional<sup>273</sup>.

---

<sup>270</sup> Bonet (1981), *op. cit.*, pág. 300. Cabe hacer presente que el autor en este caso pone énfasis en la libertad contractual para la gestación de este tipo de obligaciones y siguiendo con su postura, en cuanto a la condición necesaria de sanción legal de la moneda en cuestión, solo hace referencia a monedas reconocidas por estados.

<sup>271</sup> Hernández, *op. cit.*, pág. 190

<sup>272</sup> *Ibidem*, pág. 191.

<sup>273</sup> Bonet (1981), *op. cit.*, pág. 278. Precisa el autor: “*será más tarde al acentuarse los nacionalismos y sus autarquismos con sus poderes políticos autoritarios, al imponerse los controles de cambio y el curso forzoso de las monedas fiduciaria, cuando se reduzca el marco de posibilidades para las deudas de dinero*”.



Por otra parte, y con el objeto de evitar confusiones terminológicas, la especificidad de las obligaciones recientemente relatadas no tiene que ver con aquellas obligaciones en las que el objeto de la obligación está constituido por una pieza monetaria que ha dejado de tener vigencia legal en cualquier Estado y que constituye una cápsula temporal que en razón de su escasez se transforma en un bien mueblepreciado por los coleccionistas<sup>274</sup> y cultivadores a la numismática.

Así las cosas, para que una obligación alcance el grado de específica y se le considere como una obligación de especie o cuerpo cierto, hay que llevar al máximo el grado de identificación de las especies con las que se satisface el interés del acreedor, de tal forma que la moneda que integra la obligación *in prestationi* se identifica con la moneda *in solutioni*. Este grado de determinación máximo de la especie monetaria deja fuera el aspecto inmaterial del dinero. Como se dijo, esta categoría es propia de la actividad numismática, en las que los niveles o grados de especificación de la moneda en cuestión responde a épocas, estado material, serie de impresión, país de acuñación, error en la acuñación o impresión, entre otros vectores. Cuanto más específico sea el grado de determinación, será mayor su escasez y, en consecuencia, mayor su precio. Claramente aquí se responde a la valoración de las monedas desde el punto de vista histórico y no a sus funciones como dinero, de manera que quedan completamente fuera del ámbito de las obligaciones pecuniarias.

En tercer lugar, se categoriza a las deudas finales o deudas de valor, en las que el objeto inicial de su prestación no viene constituido por una suma o cantidad de dinero, sino por el poder adquisitivo o valor patrimonial concreto, el cual ante ciertas dificultades de su prestación, en forma específica en su momento final, al cumplimiento, suele pagarse en una cantidad determinada de dinero. Se precisa que el dinero no entra en la relación obligatoria "*in prestacione*", sino que "*in solutione*"<sup>275</sup>. La esencia de la deuda de valor radica en la función de medida abstracta de valor que desempeña el dinero, su capacidad de representación del

---

<sup>274</sup> Vattier (1980), *op. cit.*, pág. 55

<sup>275</sup> Bonet, *op. cit.*, pág. 313-314. Pintó Ruiz, *op. cit.*, pág. 48. Albaladejo, *op. cit.*, pág. 60.

valor en la unidad ideal del sistema monetario elegido, el cual integra asimismo la prestación, pero no es buscado por las partes el dinero como suma, sino como índice de valor debido, índice de una determinada magnitud de poder adquisitivo, al que se enfoca el interés del acreedor, el que tiene el derecho a que se incorpore íntegramente a su patrimonio, luego de un proceso de liquidación, de ahí que el ejemplo típico de obligación de valor sea la indemnización de perjuicios y daños, en el sentido de que el dinero viene a representar los daños ocasionados al acreedor o víctima de un hecho ilícito civil y el juicio indemnizatorio consistirá, en parte importante, en la determinación del monto a indemnizar que representa el valor de los daños ocasionados.

El *quantum* de la obligación es variable, lo debido no es dinero ni cosas, sino su valor destinado a entrar en el patrimonio en su integridad al momento del pago el que se expresa en términos monetarios únicamente para los efectos liquidatarios y contables, excluyéndolas del régimen de las obligaciones de suma<sup>276</sup>. Así, en el caso de una deuda de valor, se trata de obligaciones cuyo objeto es determinable y que definitivamente el objeto a pagar será una suma de dinero, pero esta suma de dinero no es posible de determinar previamente, pues es al momento de pago en que la suma se presenta con claridad. Esta calidad podría llegar a poner en duda el carácter líquido de la obligación.

Este tipo de obligaciones pueden ser vinculadas al principio de reparación integral del daño de la doctrina de la responsabilidad civil, pues si se fijan indemnizaciones de perjuicios que se configuren como deudas dinerarias simples o de suma, la pérdida de valor del dinero entre el momento en que la sentencia quede firme y el pago efectivo de dicha indemnización debería ser asumida por la víctima, cuestión que no ocurriría en el caso de que la

---

<sup>276</sup> Vattier, *op. cit.*, pág. 59; en la doctrina italiana reciente siguiendo de cerca los postulados de Ascarelli, Dalla Massara, T. (2018). *Liquidità e illiquidità, valuta e valore: per una ridefinizione dei confini concettuali*. Rivista di Diritto Civile, 64(2), pág 544: “fermo restando che la categoria dei debiti di valore ricomprende le obbligazioni nelle quali il denaro rappresenta un bene succedaneo, strumentale rispetto alla quantificazione del valore di un bene ‘altro’” (“Entendiéndose que la categoría de deudas de valor incluye obligaciones en las que el dinero representa un bien sustituto, instrumental para la cuantificación del valor de un 'otro' activo”). Así, el dinero en su manifestación formal solo importa en el momento de la solución de la deuda, al momento del pago.

indemnización se determine como una obligación o deuda dineraria final o de valor.<sup>277</sup>

Adelantándonos un poco, es interesante exponer las ideas de SABATER vinculadas a las deudas de valor, que si bien hace referencia a la prestación de intereses, es perfectamente aplicable a lo que se plantea en este apartado, desde el momento que los intereses son una obligación que tiene por objeto un porcentaje del capital adeudado. Señala la autora que, en el marco de los justos títulos, como el instrumento a través del que se cohonestaba la figura de la usura o interés por parte de la Iglesia, el fenómeno de la inflación puede ser incorporado en uno de estos títulos de justificación de los intereses, daño emergente particularmente en el título daño emergente, transformando la obligación de intereses en una deuda de valor, considerando que el dinero en estos casos es representativo de los rubros de daños mencionados<sup>278</sup>.

Luego, LASARTE distingue entre lo que es una *deuda de dinero o valuta*, en las que la suma de dinero tiene una determinación concreta y *las deudas de valor*, en las que la suma de dinero que se debe entregar se determina a posteriori como equivalente económico o medida de valor de otro bien<sup>279</sup>.

Con más detalle, HERNÁNDEZ hace una distinción entre las deudas de valor y distingue entre aquellas “*deudas de valor en el sentido de que se debe la estimación de algo*”, entre las que destaca la indemnización de daños y perjuicios, entre muchas otras, con base en la redacción del artículo 1106 Código Civil español, que se refiere al valor de la pérdida y al valor de la ganancia dejada de obtener. Sin embargo, excluye de la calificación de deuda de valor a la indemnización procedente del incumplimiento de una deuda de dinero en los términos del artículo 1108 Código Civil español, a pesar de que precisamente

---

<sup>277</sup> Lasarte. Derecho de obligaciones, *op. cit.*, pág. 72. “*todas las reparaciones pecuniarias derivadas de obligaciones extracontractuales o de responsabilidad por daños son por principio (reparación integral del daño) deudas de valor*”. En este mismo sentido Vattier. Problemas... *op. cit.*, pág. 83; Bonet (1981), *op. cit.*, pág. 323.

<sup>278</sup> Sabater, *op. cit.*, pág. 81-82.

<sup>279</sup> *Ibidem*, pág. 72. Este es una categorización menos exhaustiva en cuanto a los tipos de obligaciones dinerarias comparada con la categorización de BONET. Sin embargo, las deudas dinerarias concretas podrían incorporarse en la primera de las categorías expresadas por LASARTE.

busca indemnizar. Luego, identifica la “*deuda de valor en el sentido de que se debe una cantidad de dinero sin sujeción a su valor nominal*”, que como la designación apuntada expone, se refiere a aquellas relaciones contractuales que generan deudas de dinero y que integran en el contrato preventivamente alguna de las cláusulas de estabilización mencionadas en el presente trabajo<sup>280</sup>.

De nuestra parte, y con un ánimo taxonómico, podemos apuntar que la categorización de las obligaciones dinerarias realizada por BONET responde a criterios referidos a la suerte que corre la relación obligatoria en el tiempo o a la forma que opera el principio de identidad e integridad del pago. Al tratarse de obligaciones que están sujetas al devenir, la categorización hace referencia a los efectos del tiempo en el valor del objeto de la prestación.

De esta manera, una deuda dineraria simple o de suma se ve expuesta a la disminución de valor en curso del dinero, en razón considerando que la tendencia normal es que el dinero vaya perdiendo su poder de adquisición con el transcurso del tiempo. En la segunda categoría, cabe la posibilidad de que la moneda específica que se utilice, dólar o euro, por ejemplo, sea con fines relacionados a evitar justamente la pérdida de valor en razón de que hay monedas que son más estables que otras y por esta razón se acercan a la idea de las deudas de valor, pero ello no implica que no se vean afectadas las divisas utilizadas por los procesos inflacionarios. Por último, en lo que se refiere a las deudas dinerarias finales o deudas de valor, la desvalorización de la moneda se elude y se conserva el principio de la equivalencia de las prestaciones, al adecuar la moneda con la que se deberá pagar a los vaivenes del tiempo que afectan la economía.

La diferencia entre una deuda de valor y una deuda de suma parte de los problemas que representa la aplicación del principio nominalista a las obligaciones que tenían por objeto el dinero y que se entregaba su cumplimiento al devenir. Los problemas que planteaban era concretamente en lo referido al poder adquisitivo del dinero al valor en curso del dinero, como se explicó en el apartado anterior a propósito de los sistemas de pago de las deudas pecuniarias,

---

<sup>280</sup> Hernández, *op. cit.*, pág. 208

el que de una forma constante varía. Esto hizo considerar por parte de los acreedores de este tipo de deudas que se estaba atentando en contra de sus intereses, pues la desvalorización del dinero es un daño que no tenían que soportar, pues atentaba en contra del principio de la equivalencia de las prestaciones y de justicia conmutativa que imperaba al inicio de la relación obligacional. Es por lo anterior que parece conveniente distinguir entre estos dos tipos de obligaciones, pues si entendemos que estamos frente a una deuda de valor, esta irá variando al compás de la inflación o deflación (aunque hoy es prácticamente desconocida en la práctica) y así se mantendrá la equivalencia de las prestaciones interna del contrato. Esta distinción perfila al dinero como medio de liquidación de la prestación, en el caso de la deuda de valor, o como objeto de la prestación, en el caso de la deuda de suma. Hay que apuntar, por tanto, que la diferencia nace de un fenómeno económico monetario que perjudica a los acreedores.

Por otra parte, con un propósito de integrar otras ideas frente a las deudas de valor en el esquema del Derecho civil francés, nos parece atendible aquella postura que pretende ver en las obligaciones de valor la intervención de una institución anterior a la irrupción de las mismas, cual es, la *subrogación real*. Se precisa que lo que ocurriría entre el valor pactado y el cumplimiento de dicha obligación a través de una determinada cantidad de dinero se puede explicar aplicando la subrogación real, pero bajo la forma de subrogación real imperfecta, posibilidad rechazada por alguna doctrina española en el marco del ordenamiento jurídico español<sup>281</sup>.

Por nuestra parte, creemos que el intento de asimilación de la operatividad de la deuda de valor en una institución clásica como lo es la subrogación real es forzada por cuestiones de orden históricos, contextuales, pues la configuración

---

<sup>281</sup> García-Bernardo Landeta, A. (1999). Deuda de valor y subrogación real imperfecta. *Anuario de derecho civil*, 52(3), pág. 947-997.

El rechazo planteado por el autor no deja claro que el ordenamiento español y el francés se diferencian en cuanto al sistema de adquisición del dominio y la permeabilidad de las instituciones que son ubicadas en el ámbito del derecho de cosas o en el ámbito de los derechos reales y el derecho de las obligaciones se hace patente en esta asimilación, al resaltar el autor la fortaleza de los institutos propios de los derechos reales frente a al derecho de obligaciones.

de las deudas de valor, *wertschuld* (*calculo en valor*), diferenciándolas de las deudas de suma, *geldrechnung* (*cálculo en dinero*), se produce a consecuencia de la evolución del fenómeno monetario, principalmente impulsado por los procesos inflacionarios exagerados en Alemania en el transcurso de las dos guerras que sufrió Europa y que responden a una cuestión propia de la edad contemporánea y como respuesta a las afectaciones patrimoniales a las que se vieron expuestos la generalidad de los acreedores titulares de créditos en dinero<sup>282</sup>.

Ahora, será posible hacer una división de las funciones del dinero para entender esta clasificación. Pues la diferencia entre una obligación de suma y de valor parte de las funciones del dinero como unidad de cuenta y la función del dinero como medida de valor. Es decir, podemos ver que en aras de conservar los intereses de los acreedores se fraccionan las funciones del dinero, que como tal, por más que sea un bien jurídico, forma parte del sistema monetario y precisamente está integrado en los principios del orden económico imperante en un determinado ordenamiento jurídico. De esta manera, es en las distintas funciones que cumple el dinero, explicadas por los economistas, donde descansa la teoría de las obligaciones de valor, cuestión advertida por NUSSBAUM, tomando al dinero estrictamente como representativo del valor de un bien, es un sucedáneo, trata de compensar, de igualar la balanza entre el dinero y el bien jurídico, no necesariamente patrimonial, al que se refiere, pasando a segundo plano la función de unidad ideal de medida o cuenta, más asociada al nominalismo. Si se quiere, las funciones del dinero pasan a ser el objeto de la obligación y consideramos que el que se ponga énfasis en una u otra función del dinero, no descarta el carácter de deuda pecuniaria.

Para estos efectos, el carácter dual del dinero, en cuanto a unidad de cuenta ideal como expresión abstracta (su manifestación ideal) y su expresión material (su manifestación formal), es uno de los aspectos del estudio del dinero que debemos tener en cuenta. Ahora, téngase presente que el análisis del dinero se

---

<sup>282</sup> Nussbaum, *op. cit.*, pág. 155.

refiere a ambas, pero en la mayor parte de las menciones al dinero nos estaremos refiriendo a su aspecto ideal.

Por otra parte es posible identificar, entre la totalidad de las deudas de dinero, que hay unas que existen como tal desde su nacimiento, desde su gestación en cualquiera de las fuentes de las obligaciones, mientras que otras su calidad de obligación pecuniaria es derivativa, es decir, que no han nacido como obligaciones pecuniarias, pero con el devenir de los acontecimientos su naturaleza inicial, cualquier otra categoría, devino en imposible de ejecutar, pero al ser el dinero un medio de representación del valor de todo, incluso de lo extrapatrimonial, el deudor de aquella obligación ve un cambio en el objeto de la obligación que permite satisfacer el interés primario del acreedor y que se traduce en la responsabilidad civil contractual y se cristaliza en la indemnización de perjuicios, medio de saneamiento que comporta el cumplimiento por equivalencia, pero que en rigor no se trata de daños propiamente derivados del incumplimiento contractual. Así la distinción correspondería a deudas de dinero originarias y derivadas y su criterio es la forma de su nacimiento.

Cabe recordar que si bien el dinero como instrumento constituye la herramienta de representación de valor, a la vez se le atribuye un valor en sí mismo, constituido justamente por dicha capacidad de representación y por la preferencia temporal. Es decir, que una persona al carecer de esta herramienta de representación, se valora su obtención, y así el poder que proporciona el dinero, que se sustenta en su capacidad de representación, impulsa a que quien lo tenga lo pueda utilizar en su función secundaria, y no originaria, que es la de financiación para terminar siendo utilizada como medio de cambio indirecto.

Ahora, el precio en cuanto es un juicio de valor subjetivo y concreto, resulta una determinación cuantitativa de unidades de moneda, el poder patrimonial equivalente de las cosas, bienes y servicios intercambiables<sup>283</sup>. Así, el precio no es más que una manifestación del dinero o más bien una forma en que el dinero se manifiesta o la única en la que se manifiesta y que está totalmente circunstanciado por la transacción en la que se da lugar a una cuantía

---

<sup>283</sup> Bonet (1981), *op. cit.*, pág. 77.

determinada de dinero y los precios son los que determinan el valor en curso del dinero.

*Ahora, si el acuerdo da lugar a una deuda de suma, el principio rebus sic stantibus*, o la doctrina que sostiene la posibilidad del cambio en los términos contractuales de las obligaciones cuyo cumplimiento está entregado al devenir muestra su mayor utilidad en las obligaciones pecuniarias sujetas a plazo o en relaciones contractuales de tracto sucesivo. Lo anterior es debido a que el dinero tiene un valor que va cambiando con el tiempo y que se manifiesta en su poder adquisitivo, mudable en el tiempo, de manera que si no se realizan las previsiones contractuales, tales como las cláusulas de estabilización o la utilización de índices referenciales de valor, para conservar la conmutatividad de las relaciones onerosas, la excesiva onerosidad sobreviniente parece ser el remedio que con mayor capacidad puede resolver los problemas de reajustabilidad a la que se pueden ver expuestas las deudas de dinero, en la medida que se impida la modificación de las condiciones contractuales, particularmente cuando se producen distorsiones extremas.

El principio de la equivalencia de las prestaciones presenta una dimensión objetiva referida al valor patrimonial que presentan las prestaciones sinalagmáticas, mientras que la dimensión subjetiva descansa en la libertad contractual, poniendo el énfasis en la voluntad libre que llevó a la gestación del contrato y que es representativa por tanto de la equivalencia para los contratantes<sup>284</sup>. El hecho de que se presente como predominante el carácter subjetivo del principio de equivalencia de las prestaciones debe ser adaptado a los avances referidos a la contratación con base en contratos de adhesión, en los que la libertad contractual se ve fuertemente menoscabada y por tanto se hace necesaria la recuperación del protagonismo del principio de las equivalencias de las prestaciones de carácter objetivo.

BONET pone énfasis en el desarrollo del primer capítulo de las deudas de dinero en la diferencia entre el valor nominal del dinero determinado por su unidad de

---

<sup>284</sup> Fuenmayor, La equivalencia de las prestaciones en la legislación especial de arrendamientos, en Anuario de derecho civil, III-4,1950, pág. 1190 y ss. Bonet, *op. cit.*



cuenta frente al valor comercial o poder adquisitivo del dinero para hacer un análisis de los efectos jurídicos de apoyar una visión nominalista o valorista al momento de determinar específicamente el monto con que se llevará a cabo el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias. Así, bajo el principio nominalista entiende que al ignorar los vaivenes de la economía, que hacen que el poder adquisitivo del dinero varíe, atenta contra los acreedores, de manera que favorecería a los deudores. De ahí que, se abogue por la justicia que representa el reconocimiento exponencial de las cláusulas de estabilización como un remedio a este desfase del valor del dinero. Entiende la diferencia entre lo que es el valor de cambio y los precios, al ser el precio una manifestación concreta del dinero y no el dinero mismo.

El principio nominalista del dinero reflejado en el ordenamiento monetario español es un principio general acogido implícitamente como norma facultativa para el pago de las deudas de dinero, aceptándose como criterio general de interpretación de las obligaciones pecuniarias y que podría eludirse por las partes en sus negocios jurídicos<sup>285</sup>.

El movimiento valorista surge como consecuencia de los efectos perniciosos de desconocer la degradación del dinero en su aspecto práctico, es decir, lo que se puede obtener con él, su poder adquisitivo en determinadas circunstancias, preterición que es condenada y deslegitima la teoría nominalista del dinero. Degradación que está principalmente referido a aquellas obligaciones en las que se combinan dos factores, dígame, el dinero y el tiempo. Una obligación cuyo cumplimiento está supeditada al vencimiento de un plazo está expuesta a las vicisitudes de lo incierto del futuro. El devenir, por experiencia, ha demostrado que el poder adquisitivo del dinero va disminuyendo en una unidad de cuenta específica, por ejemplo 1 euro o 10 dólares, de manera que el movimiento valorista pretende que esa injusticia a la que se ven expuestos los acreedores de dinero sea corregida, pues a los ahorradores (también serían acreedores si depositan su dinero, pero que en nada se compara con la situación de aquellos que desempeñan la actividad de la financiación) nada se le pretende resguardar.

---

<sup>285</sup> Bonet (1981), *op. cit.*, pág. 166.

Para los valorista se distingue entre obligaciones en que la suma de dinero específica está *in obligationi* o *in prestationi* y así distinguir entre una deuda de valor y una deuda pecuniaria. En las deudas de valor el monto específico de las unidades de cuenta, de la manifestación formal del dinero a través de la moneda, es determinable, no su objeto que es un valor, y se concretará con la fórmula aritmética simple a la que está sujeta su cálculo. En este contexto es que los particulares, bajo el alero de la libertad contractual, incorporan elementos como las cláusulas de estabilización para corregir la injusticia de la degradación de la moneda usada en su transacción<sup>286</sup>. Está claro que si bien la teoría valorista del dinero viene a complejizar el análisis del dinero las dificultades son superables. El gran aporte es que proporciona una visión más lúcida del dinero como fenómeno, precisando que el dinero no solo tiene un valor nominal (*face value*), sino que también tiene un valor real o comercial.

Al inicio del presente capítulo, se precisó que el dinero cumple diversas funciones en el ámbito jurídico, entre las cuales se señaló el precio. El precio se define en la compraventa como el dinero que se da por la cosa. Sin embargo, como se podrá deducir, el precio y el dinero no se encuentran en una relación de similitud. El precio es la valoración que se hace de un bien, cosa o servicio en circunstancias determinadas que se manifiesta en el aspecto formal del dinero, la moneda. El precio es la concreción del poder adquisitivo abstracto que representa el dinero, se transforma en poder adquisitivo concreto.

Ahora, el dinero tiene la calidad de mercancía también y en esa calidad tiene su propio precio. El precio del dinero puede ser determinado en relación a otro dinero, es decir, que es posible determinar el precio del dinero en otra categoría de dinero, diferencias que se ven manifestadas en razón de la soberanía de cada Estado al establecer la moneda de curso legal. Este precio, llamado tipo de cambio, da lugar a un mercado especial del dinero, el mercado de divisas, en el que la consideración del poder adquisitivo del dinero es integrante de los factores que determinan los tipos de cambio. Por otra parte, y en lo que nos interesa

---

<sup>286</sup> Bonet, *op. cit.*, pág. 166-181

frontalmente, tenemos que el dinero al ser objeto de un contrato de financiación también tiene un precio. Este precio está constituido por la tasa de interés.

Otro problema o dimensión en la que se desarrolla los problemas que surgen de las obligaciones pecuniarias se puede ubicar en el carácter líquido de las deudas de dinero. ¿Es posible hacer una asimilación entre obligaciones líquidas y las deudas de suma y por otra parte emparejar las obligaciones ilíquidas con las obligaciones de valor? o es posible concebir las categorías de deudas de valor y de suma apartadas de las deudas líquidas e ilíquidas<sup>287</sup> .

El carácter líquido es propio del dinero, a lo menos en diversos grados, y en el Derecho de obligaciones lo podríamos identificar con el momento del pago. Sin embargo, al irrumpir la doctrina de las deudas de valor con el objeto de corregir los supuestos problemas de justicia provocados por la inflación durante el siglo XX, se abre un camino en el que las deudas de valor pueden ser identificadas como deudas ilíquidas, cuestión que pasamos a aclarar. Esto cobra relevancia en la medida que los regímenes legales aplicables a una deuda liquidan e ilíquida importen. Por lo anterior se precisa que “*in iliquidis non fit mora*”, de manera que si nos encontramos con una deuda ilíquida no se podría constituir en mora al deudor y consecuentemente no se podrían aplicar los efectos de la mora de las obligaciones pecuniarias, que estará constituido por la aplicación de intereses moratorios legales en subsidio de la voluntad de las partes del contrato.

Como se ha señalado más arriba, en la distinción que se pregona entre obligaciones de suma de dinero y obligaciones de valor, se dice que a las de valor no se le aplican los intereses legales al impedir la constitución en mora del deudor por estar ilíquida, estado de la obligación que impide su exigencia. Es así que, debemos aclarar el carácter ilíquido de las deudas de valor.

En este sentido la fórmula “*in iliquidis non fit mora*” parte de la idea de liquidez que, según LASARTE es referido en algunos artículos del Código Civil español, particularmente a propósito de la compensación en el artículo 1196 al exigir que

---

<sup>287</sup> Dalla Massara, T. (2018). Liquidità e illiquidità, valuta e valore: per una ridefinizione dei confini concettuali. *Rivista di Diritto Civile*, 64(2), pág. 536-549.

las deudas “sean líquidas y exigibles” y a propósito del pago y una excepción al principio de indivisibilidad del mismo en el artículo 1169 del mismo cuerpo legal en la parte que señala “*cuando la deuda tuviere una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar a que se liquide la segunda*”, que hace concluir a la doctrina que se trataría de un concepto conocido<sup>288</sup> y sobre el cual se desarrolla la operatividad de los remedios contractuales.

Este principio de liquidez, como requisito para que se configure la mora, que se ha aplicado para la procedencia de los intereses legales, que se traduce en la necesidad de liquidez de la obligación pecuniaria, según RUIZ-RICO, no es un requisito exigido expresamente por el Código Civil español, ni en el artículo 1100 referido a la mora, ni el artículo 1108 prescriben la liquidez como requisito de la mora y de procedencia de los intereses legales<sup>289</sup>.

Así las cosas, la idea de liquidez de la deuda pecuniaria se cuestiona únicamente en razón de que una deuda de valor en la que se integren cláusulas que adecuen el monto a pagar a variaciones a través de índices referenciales, de cuya aplicación se fije la suma de dinero con la que definitivamente se pagará la obligación, tienta a la calificación de iliquidez de la deuda de valor, para que así no le sea aplicable la presunción de productividad del dinero. Sin embargo, definitivamente creemos que una deuda de valor no es ilíquida, sino más bien determinable y cabe dentro de la hipótesis de liquidez que plantea VATTIER como “*obligación de cuantía determinada antes del cumplimiento o determinable por la práctica de simples operaciones aritméticas con arreglo a módulos preestablecidos*”<sup>290</sup>. En consecuencia, este criterio de liquidez permite sostener que una deuda de valor es líquida, por lo menos cuando estemos frente a la

---

<sup>288</sup> Lasarte, C. (1995). *Deudas líquidas e ilíquidas y cobro de intereses / introducción y selección de Carlos Lasarte Álvarez*. Madrid: Tecnos, págs. 17-19

<sup>289</sup> Ruiz-Rico, J. M. *Comentario al artículo 1108 del Código Civil* (Recurso electrónico). En *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales dirigidos por Manuel Albaladejo*. Disponible en: [https://app.vlex.com/#WWW/vid/228564\\_](https://app.vlex.com/#WWW/vid/228564_)

<sup>290</sup> *Ibidem*.

deuda de valor reconocida por Hernández como aquella en la que se pretende sortear los efectos de la inflación.

Ahora, distinta es la situación que se podría dar en el evento de que la deuda pecuniaria sea acompañada de una cláusula que tenga problemas de abusividad, pues en este caso la determinación del monto de dinero a pagar requerirá de un pronunciamiento judicial, que hará a la deuda de valor ilíquida.

Así, el carácter líquido exigido para la constitución en mora del deudor se ha ido matizando y se comprende que mientras haya una forma de determinar que conste en el mismo contrato, como una cláusula de estabilización referida al capital, o un índice de referencia que integre los elementos para la determinación de los intereses en el caso de que sea de tasa variable, la deuda, aun cuando sea de valor, se considerará líquida y no impedirá que con la reclamación extrajudicial o judicial se configure la hipótesis de mora.

De manera que, el carácter líquido de una deuda pecuniaria responderá a la posibilidad, al menos, de conocer claramente los parámetros para su cálculo al momento de pagar, pues cualquier duda sobre los instrumentos necesarios para su determinación definitiva cambian su calidad de líquida determinable y, por tanto, se podría alegar la falta de liquidez para que se produzcan los efectos de la mora.

A este respecto, es posible verificar la idea de la liquidez en el Tribunal Supremo Español vinculado al análisis de la liquidez y los módulos preestablecidos, pues si hay dudas en estos la deuda será ilíquida. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo 4999/2002 se establece:

*“El segundo motivo también debe ser estimado, puesto que, en definitiva, el anatocismo o intereses legales de los intereses de demora, tiene lugar cuando estos últimos han sido claramente determinados y configurados como líquidos según reiterada doctrina jurisprudencial, dictada con relación al 1109 del Código Civil, lo que no sucede cuando, como aquí, **los parámetros de que ha de partirse para su cómputo son distintos de los que antes reclamaron y se tuvieron en cuenta, al señalar de modo diferente el día inicial para su cómputo,** de modo que no cabe admitir que se parta de una cantidad líquida y*

*determinada o pendiente de serlo por medio de una simple operación aritmética, por cuanto que se señala aquí un modo de determinación distinto, que afecta a su cuantía, lo que supone que la que se tuvo en cuenta no era líquida y que, en su virtud, no procede el pago de los intereses de intereses”.*

De esta manera, la determinación de una obligación pecuniaria de valor se presentará en el momento del pago, que es el momento de la solución de la deuda, en el que se llevará a cabo el proceso de cálculo de la deuda, basándose en el criterio utilizado en su origen, siempre que este esté claramente establecido.

De lo expuesto habrá que concluir que la distinción entre las obligaciones de suma y las obligaciones de valor importa para los efectos de determinar la procedencia de las consecuencias jurídicas propias de cada cual, teniendo en cuenta la distinción entre aquellas “*deudas de valor en el sentido de que se debe la estimación de algo*”, como en el caso de los alimentos o una indemnización de perjuicios y la “*deuda de valor en el sentido de que se debe una cantidad de dinero sin sujeción a su valor nominal*”. Bajo esta distinción de las deudas de valor y, de acuerdo con los criterios de liquidez, podemos señalar que tenemos deudas de valor líquidas e ilíquidas y con ánimo de identificación, basados en la distinción de *HERNANDEZ*, *diremos que hay deudas de valor estimativas y deudas de valor real*.

Así, la calificación de obligación de valor, cuya mayor exponente es la indemnización de perjuicios, que es una *deuda de valor ilíquida o como queremos identificarlas deuda de valor estimativo*, que si bien coincide con la finalidad que tienen los intereses moratorios (e incluso con los retributivos bajo una concepción unitaria) no podemos calificar a estos últimos en los mismos términos, pues se trata de deudas pecuniarias de valor líquidas y determinables, lo que las aleja de las otras hipótesis de indemnización en este carácter.

## **1.9 El incumplimiento de las obligaciones pecuniarias**

En razón de las características del dinero como bien, que pasa a ser objeto de una relación obligatoria se producen efectos especiales como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones pecuniarias. Estos efectos especiales se comparten con otras obligaciones que recaen sobre obligaciones genéricas o en categorías obligaciones que ven afectados sus efectos en el tiempo, debido a un plazo suspensivo, que supedita a su vencimiento la exigibilidad de estas obligaciones.

Así las cosas, la responsabilidad contractual derivada del incumplimiento de las obligaciones pecuniarias tiene ciertas particularidades que es pertinente precisar aquí. En primer lugar vemos que al ser el dinero el bien más fungible de todos, al punto de considerar que se trata de un bien con un carácter genérico absoluto y ultrafungible<sup>291</sup>, la posibilidad de cumplimiento será siempre posible, considerando además el carácter genérico que expone el dinero como bien. Es por esto que jamás podría afirmarse un incumplimiento definitivo de este tipo de obligaciones. De manera que hablar de incumplimiento de las obligaciones pecuniarias en rigor es hablar del cumplimiento tardío de las mismas, acompañada de la indemnización que significa el pago de los intereses moratorios, salvo que nos enfrentemos a la situación de insolvencia del deudor que claramente sería el límite de los efectos de una obligación pecuniaria.

En este sentido, en el marco de la ejecución forzosa de las obligaciones dinerarias, regulada entre los artículos 571 a 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se establece que si la obligación incumplida tiene por objeto la entrega de dinero, *siempre será posible la ejecución forzosa*, salvo en el supuesto de que nos encontremos ante un deudor insolvente<sup>292</sup>, como se señaló. Así, en *virtud de un título ejecutivo del que directa o indirectamente, resulte el deber de entregar una cantidad de dinero líquida, se llegará hasta el embargo de los*

---

<sup>291</sup> Bonet (1981), *op. cit.*, pág. 240. Nos señala el autor que la fungibilidad de las cosas viene determinada por tener una naturaleza homogénea y equivalente y precisa que “*el fenómeno de la conversión entre las monedas de los distintos países es la operación más idónea y característica que las cualifica como dinero, al suponer una simple operación aritmética de equivalencia entre sus valores contables, por lo que a pesar de las diversas especies no dejan de ser fungibles*”.

<sup>292</sup> Pérez (2016), *op. cit.*, pág. 74.

*bienes del deudor para su subasta y de esta manera cumplir con la obligación.* Una vez realizado el requerimiento de pago al deudor (artículo 581 LEC) o no siendo necesario el mismo (artículo 580 LEC) se procederá al embargo de los bienes (artículos 584 a 633 LEC) y posteriormente mediante el procedimiento de apremio (regulado en los artículos 634 a 680 LEC) al avalúo y a la pública subasta de los bienes embargados, destinando el dinero producto de ella al pago del acreedor. Esta regulación en el ámbito procesal pone de manifiesto que si se debe dinero, siempre es posible cumplir, pues, el dinero no perece, es decir, su cumplimiento jamás se tornará imposible.

Ahora, lo que a nosotros nos interesa definir en este apartado tiene que ver con los efectos del incumplimiento de las obligaciones pecuniarias. Es en nuestra opinión el efecto más grave del incumplimiento de las obligaciones pecuniarias, la imposibilidad de un incumplimiento definitivo y que se impida alegar la ausencia de culpa en el atraso en el cumplimiento de este tipo de obligaciones es lo que destaca, dentro de los efectos especiales de las obligaciones pecuniarias. Es así que, precisamente en el marco de la regulación del incumplimiento de una obligación pecuniaria el Código Civil español en su artículo 1108 establece claramente que se deberán intereses, a lo menos legales, lo que se refuerza con la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el artículo 576 en su primer apartado al prescribir: *“Desde que fuere dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, en favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley”*. Norma que confirma el principio de la productividad del dinero, estableciendo al igual que el artículo 1108 una determinación a *forfait* de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de la obligación dineraria fijada en juicio.

## **1.10 El dinero y los medios de pago**



Tradicionalmente, desde el punto de vista jurídico, el dinero es tratado desde su función de pago, que se corresponde a los medios de pago y se tiende a la identificación de los medios de pagos con la idea de dinero, por lo menos desde el punto de vista de los economistas. Entiéndase que, la función de pago que ejerce el dinero podría ser elevada a la de mayor importancia en el ámbito jurídico, lo que no sería extraño si consideramos que es la manifestación jurídica de su función esencial de ser medio de intercambio, en razón de que se vincula con el modo más común para la extinción de las obligaciones, cuando se trata de obligaciones pecuniarias o en razón de un pago en equivalencia a través de la figura del precio de la cosa que se debe o en última instancia, ante la materialización del incumplimiento, con el pago de una indemnización de perjuicios. Es más, el mismo KNAPP, en una condensación máxima de su teoría cartalista, define al dinero como un medio de pago cartal<sup>293</sup>.

Como ya hemos planteado más arriba, en el aparatado sobre las manifestaciones formales del dinero, el dinero y los medios de pago deben ser distinguidos, pues el medio de pago tiene la estructura de un acto jurídico complejo, del que emana no solo el efecto liberatorio propio del acto bilateral de pago, sino que tenemos que se producen una serie de efectos adicionales, considerando que la ejecución de un medio de pago distinto al pago en efectivo, genera obligaciones y responsabilidades entre el intermediario, normalmente una empresa que administra los medios de pago, y los sujetos de la obligación originaria. Además, considerando el carácter multifacético que tiene la deuda o el carácter bilateral del acto del pago, que podrá tener por centro el dinero, impide la asimilación absoluta del medio de pago al dinero.

Así las cosas, las tarjetas de crédito, de débito y la operatividad a través de las plataformas electrónicas, con las innovaciones FINTECH, han llevado a crear un mercado especial de medios de pago, en el que se desarrollan los servicios que dan lugar a las comisiones que normalmente se cobran en estos contratos. Este mercado especial en el que se ofertan distintos servicios relacionados con el pago de las obligaciones ha sido una consecuencia natural del desarrollo del

---

<sup>293</sup> Knapp, *op. cit.*, pág. 38.

comercio electrónico en el marco de la sociedad de la información. Lo que nos lleva, tentativamente, a reformular las características del pago como un acto de carácter multilateral o un ejemplo más de contratos vinculados o grupos contractuales.

Si bien queda fuera de los objetivos del presente trabajo hacernos cargo de una cuestión tan interesante como la calificación jurídica del pago frente a los intermediarios financieros que operan en el mercado de pago, no es difícil a lo menos exponer las condiciones a las que se enfrenta un deudor en el marco de la compleja red del sistema financiero en la que opera. A nosotros, desde el punto de vista civil, nos interesa el aspecto de la obligación, particularmente su extinción y respecto de ello, siempre existe la posibilidad que como consecuencia de los problemas de seguridad que presenta el entorno digital un pago realizado con todos los requisitos de la plataforma en cuestión no se produzca en razón de un fallo en la transferencia patrimonial del dinero escritural, lo que nos hace de inmediato preguntarnos sobre los efectos de una situación como la expresada. Importa aún más si consideramos que bajo una regla absoluta de productividad del dinero se generaría o más bien se devengarían intereses por el incumplimiento de una obligación pecuniaria.

Así las cosas, a lo menos tendremos a la vista quien es el responsable frente a un fallo en el pago a través de las plataformas digitales. Normalmente el perjudicado será la parte más débil del eslabón de la cadena contractual, es decir, el consumidor, de manera que descartar la teoría de los contratos conexos o vinculados, es negar parte eficiente de la distribución de riesgos de los contratos.

Ahora, PASTOR denomina la irrupción del mercado de pagos como *“la llamada revolución digital de los medios de pago”* y haciendo eco a la Recomendación de la Comisión de la Unión Europea de fecha 30 de julio de 1997<sup>294</sup>, precisa que debemos hablar de instrumentos electrónicos de pago, señalando, además, que incluso la utilización de los terminales electrónicos, como las tarjetas, serían innecesarios y bastaría con la numeración de los terminales para proceder a las

---

<sup>294</sup> Pastor (2005), *op. cit.* Quizá la más famosa *FINTECH* de pago sea *Paypal*.

transferencias de valor de unas cuentas a otras, que no es más que la descripción de lo que hoy representan los pagos por contacto o a través de nuestros móviles, todo lo cual cabe dentro de las denominadas FINTECH que operan en el mercado como intermediarios eficientes entre los consumidores y las empresas y se han encumbrado como los competidores de los bancos a través del ofrecimiento de soluciones eficientes en la intermediación de la venta con los consumidores<sup>295</sup>.

Ahora, la utilización del Big Data en el que se basan estas empresas de innovación financiera y que se concentran en los servicios de pago aun están en una calidad de colaboradores de las entidades financieras clásicas, desde el momento en que operan con los datos bancarios de sus clientes y como augura ZUNZUNEGUI, estarían más llamadas a ser colaboradoras de la Banca tradicional, a menos que el Banco Central de un paso atrás en la historia del desarrollo de la modalidad de operación y sea este quien abra las cuentas corrientes a los ciudadanos y se modifique el funcionamiento del sector financiero, quitando a los bancos la tantas veces mencionada atribución de creación de dinero<sup>296</sup>.

En definitiva, la distinción entre el dinero, los medios de pago, los sustitutos del dinero y los medios fiduciarios, es una delimitación que combina criterios tanto económicos, como jurídicos, pues son conceptos que se invaden unos a otros en una perspectiva global del fenómeno dinerario, pues los medios fiduciarios que fueron sustitutos del dinero y que se utilizaban como medios de pago, se aunaron conceptualmente para dar forma al dinero que impera en las relaciones patrimoniales de hoy, en lo que se conoce como dinero bancario.

---

<sup>295</sup> Zunzunegui, Fernando. *La digitalización de los servicios de pago (Open Banking)* (online). *Revista de Derecho del Mercado Financiero, Working Paper*, 2018, vol. 1, pág. 2018. Disponible en:

[https://www.researchgate.net/profile/FernandoZunzunegui/publication/328933487\\_La\\_digitalizacion\\_de\\_los\\_servicios\\_de\\_pago\\_Open\\_Banking\\_Digitalisation\\_of\\_Payment\\_Services/links/601be7d2299bf1cc26a08ac5/La-digitalizacion-de-los-servicios-de-pago-Open-Banking-Digitalisation-of-Payment-Services.pdf](https://www.researchgate.net/profile/FernandoZunzunegui/publication/328933487_La_digitalizacion_de_los_servicios_de_pago_Open_Banking_Digitalisation_of_Payment_Services/links/601be7d2299bf1cc26a08ac5/La-digitalizacion-de-los-servicios-de-pago-Open-Banking-Digitalisation-of-Payment-Services.pdf) (última consulta 12 de diciembre del 2021).

<sup>296</sup> *Íbidem*.

Es así que, jurídicamente, el dinero puede ser reconocido bajo la figura del dinero de curso legal forzoso, al que se le reconoce un nombre por cada Estado o conjuntos de estados, que es entendido como dinero de curso legal y que, por la sanción normativa, el pago de las deudas dinerarias se realiza con las unidades monetarias determinadas en su fuente.

En consecuencia, sobre este concepto de dinero de curso legal se construye la idea de los medios de pago, que según NUSSBAUM, se distingue del dinero, pues la idea de medio de pago presupone la idea del dinero y nada dice respecto de este<sup>297</sup>. Así, los medios de pago son todos los instrumentos que sirven para la movilización del dinero entre los patrimonios que convergen en el comercio jurídico.

En seguida, dentro de los distintos medios de pago es posible distinguir diversas formas en que el movimiento del dinero opera, pues los títulos de crédito, como la letra de cambio, permite el movimiento de la suma de unidades monetarias de una manera especial, pues utiliza el crédito como instrumento para generar ese movimiento, pues el librador no ve afectada la cantidad de dinero disponible en efectivo, sino es cuando es cobrado el crédito, a pesar de que contablemente hubo una disminución de su patrimonio. De manera que, si el medio de pago utiliza el crédito para realizar el movimiento del dinero, transforma el medio de pago en un instrumento especial, ampliamente desarrollado en la historia de los medios de pago y que por su representatividad es asimilado a los medios fiduciarios, que según LASARTE, no son más que títulos representativo del dinero forzoso, que es una noción muy cercana a la idea que conlleva el histórico dinero fiduciario (dinero convertible en una cantidad de masa de metal).

Asimismo, el movimiento del dinero de curso legal de una patrimonio a otro, puede estar sustentado en la intervención de un tercero, quien dispone de una pasarela de pago, que permite el movimiento de manera eficiente y segura, con base en una organización contable de cuentas interconectadas, que permite los movimientos entre las cuentas de quienes intervienen en el movimiento del dinero, en el pago. Esta descripción corresponde a lo que se ha señalado como

---

<sup>297</sup> Nussbaum, *op.cit*, pág. 30.

las transferencias bancarias, vinculadas a la idea del dinero electrónico, que al día de hoy, a su vez, se conecta con las tarjetas de pago, las transferencias electrónicas y las aplicaciones de pago. Cabe precisar aquí, que las transferencias bancarias constituye el medio de pago y no la cuenta corriente contra la que se hace el pago, pues es este el instrumento el que posibilita la transferencia, pues en este el dinero de curso legal está inmóvil.

Por lo tanto, el dinero no puede ser asimilado al medio de pago, pues este es solo el medio de transporte, que podrá ser más o menos complejo, dependiendo de las relaciones contractuales que genere y así dentro de los medios de pago se podrá situar a los distintos sustitutos monetarios y los medios fiduciarios.

Ahora, el dinero de curso legal forzoso no se agota en su expresión material, que como hemos venido relatando, es una parte menor de la oferta monetaria. Desde ahí, la vinculación excluyente del dinero con su materialidad lleva a dejar fuera a una de sus expresiones más importantes, que es el dinero bancario, que antes de que sea objeto de transporte, ya es dinero y sobre él opera el medio de pago, en cualquiera de sus expresiones.

## **2. El dinero y la relación de crédito.**

En términos generales, este capítulo tiene por objeto identificar los tipos de beneficios que goza el acreedor de una deuda dineraria (principalmente intereses y comisiones) en el marco de una relación de crédito gestada en razón de un préstamo o una acreditación. Asimismo, buscamos determinar qué se entiende por interés y plantear la naturaleza jurídica del interés, para luego pasar a categorizar los intereses en sus distinciones clásicas y revisar las justificaciones históricas del carácter productivo del dinero que nos llevara a precisar qué debemos entender por usura al estar íntimamente vinculada con los intereses. Y para terminar, conectar la indemnización de perjuicios que se pretende a través de los intereses moratorios y de esta manera determinar los daños que se pretenden reparar con los intereses moratorios en razón del análisis del sistema financiero vigente bajo la teoría moderna del dinero.

Poner en duda el carácter productivo del dinero es una tarea que debe atacar a los fundamentos de su producto, que son los intereses. La deuda de intereses hoy es aceptada bajo los mismos fundamentos que le dieron su origen y los cuestionamientos a la figura es la manera en que se han ido adecuando el Derecho privado a los mandatos de sus fundamentos económicos, pues el reconocimiento como un fruto civil de los intereses en su recepción definitiva de licitud ha requerido explicar jurídicamente como el producto del dinero que ha sido transferido en dominio a otro sea fructuoso para quien no sea su dueño.

De esta manera, el artículo 315 del Código de Comercio español, luego de establecer la libertad de pacto de los intereses, sin limitación, establece qué debe considerarse por interés y prescribe en términos claros que cualquier prestación pactada a favor del acreedor es interés. Si bien esta definición de los intereses es una noción ajena a los avances doctrinarios en cuanto al reconocimiento de ciertas prestaciones que no tiene que ver con el financiamiento, debemos alabar la claridad que permitiría establecer el límite de lo que una institución financiera puede lucrar en virtud de una relación obligatoria emanada de un contrato de financiamiento.

Ahora, la finalidad del presente capítulo es identificar las diversas prestaciones que deben ser ejecutadas por los contratantes en el marco de los contratos de financiación y analizar la relación de crédito, entendida como el vínculo entre prestamista y prestatario. Si bien en el análisis histórico se puede verificar que las prestaciones a favor del prestamista se reducían a la restitución del capital, de lo prestado, y previo acuerdo, el pago de otra obligación pecuniaria correspondiente a los intereses, hoy el panorama de la relación contractual entre prestamista y prestatario, como en la terminología de hoy se prefiere, entre profesional y consumidor financiero o cliente, podemos verificar que hay un incremento de las obligaciones, particularmente motivado por la profesionalización de la relación crédito. Estas nuevas prestaciones a favor del acreedor, tales como comisiones y gastos, se deben tener en cuenta en orden a analizar el cumplimiento del principio de equilibrio de las prestaciones o de la conmutatividad, vinculado al objetivo general del presente trabajo. En este sentido se buscará la justificación de tales prestaciones a cargo del consumidor financiero y determinar su naturaleza.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que los contratos de financiación generan una relación contractual que no solo da nacimiento a deberes de conducta a cargo del prestatario, sino que es preciso hablar de obligaciones del prestamista.

Así, en el presente capítulo partiremos con el análisis de la relación de crédito con referencia a los contratos que dan lugar a esta antigua relación obligatoria entre particulares y las particularidades que presenta en el desenvolvimiento actual del crédito, teniendo en cuenta el análisis de la realidad actual del sistema financiero. Seguidamente analizaremos las principales obligaciones que generan los contratos de financiación, dígame, la obligación de entregar el capital o la cantidad de dinero que será objeto del contrato, con su respectiva restitución, sin el cuál el contrato difícilmente tendría razón de existir. Una vez que nos ocupemos de esta obligación, pasaremos al análisis de los intereses, como el pago de un precio, en el marco de los contratos de financiación. El análisis de los intereses será parte importante de la presente investigación, como obligación pecuniaria y como fundamento de la institución de análisis corolario, cual es, el anatocismo, en su carácter indemnizatorio

Luego, haremos mención a la teoría de los deberes secundarios que se generan en razón de la función integradora de la buena fe contractual, deteniéndonos en este principio de actuación y que determinaría el alcance de la relación de crédito que se genera en este tipo de contratos. Tras entender la relación entre los deberes secundarios y la buena fe pondremos la atención en las comisiones bancarias, como una consecuencia natural de los deberes secundarios, pero que al haber sido legitimado su cobro bajo la teoría de los servicios específicos que prestan las entidades de crédito como profesionales, merece una visión sistémica de las relaciones de crédito.

## **2.1 La causa de los contratos de financiación.**

Pensar en el crédito como el impulsor o la causa final de los contratos de financiación tiene una explicación económica consistente en la desigual repartición de los recursos que son escasos y frente a la serie de necesidades a las que se pueden ver expuestas las personas, que con base en su escala de valoraciones o prioridades, determinará qué necesidades deben ser satisfechas con mayor premura que otras, mientras que las oportunidades de inversión no necesariamente se le presentan a aquellos agentes económicos que cuenta con el capital que dicha oportunidad requiere. Estos serían los principales móviles que impulsan el actuar de aquellas personas que adhieren a contratos de préstamos.

Por otra parte, el hecho de que para la realización de un negocio, una empresa dirigida por una persona o grupo de personas que carecen de los recursos, factores de producción, el crédito da la posibilidad de que dicha persona pueda abrirse camino en el mercado, préstamo en este caso que es calificado como mercantil, por lo menos con base en lo establecido en el artículo 311 del Código de Comercio español.



Así, el crédito está instaurado en la economía actual como la única posibilidad de satisfacción de necesidades o para participar en el mercado para aquellos que carecen de liquidez, para aquellas personas que no pueden hacerlo si no es acudiendo a aquellos que tienen el dinero que se requiere.

Se ha planteado que el crédito debe ser objeto de democratización<sup>298</sup>, es decir, permitir que cualquier persona que carezca de bienes líquidos pueda acceder a ellos y específicamente a aquel de los bienes que les permite a acceder a todo, el dinero fiduciario, lo que está en coherencia con la posibilidad de que el dinero se puede crear de la nada y, así, la realidad de la repartición desigual de la riqueza como supuesto, como una situación insoslayable, que estuvo ahí desde los inicios de nuestra organización social económica, deja de ser un problema, pues a través del dinero fiduciario podemos poner la riqueza en las manos de aquellos que no la tienen. Es decir, podemos vivir por sobre nuestras posibilidades y capacidades de producción de riqueza, adelantando el dinero futuro que eventualmente podríamos generar a través de nuestro trabajo o negocios.

Para aclarar, el concepto de causa que utilizamos en el contexto del análisis de los contratos de financiación pasa por el análisis de los contratos entendidos en un contexto económico en el que la finalidad práctica del contrato, *su finalidad económica y social*<sup>299</sup> es el impulso de la economía. Estamos refiriéndonos a que es gracias al crédito que es posible que aquellos que carecen del dinero que les permita acceder a los bienes y servicios que necesitan o desean ya sea para su consumo o para la producción de otros. Este concepto abstracto de la causa de

---

<sup>298</sup> Es particular el camino que se intenta forjar en el caso chileno, sistema actualmente puesto en duda, pues mientras en la UE se trata de tomar medidas para evitar el sobreendeudamiento a través de los deberes que debe cumplir la entidad de crédito al momento de otorgar un crédito, en Chile se otorga crédito a personas que carecen de fuentes de ingresos.

<sup>299</sup> Saborido, P. (2005). *La causa ilícita. Delimitación y efectos*. Valencia: Tirant lo Blach, págs. 92-105. La noción de causa expresada en el cuerpo del presente trabajo es la que está relacionada con el carácter objetivo de esta, carácter que nos permite indagar en la estructura generalizada de los negocios jurídicos que tienen por finalidad el financiamiento. Somos conscientes de que el análisis de ilicitud se ve imposibilitado bajo esta noción de causa, sin embargo, compartimos la noción sincrética expuesta por la autora siguiendo principalmente a DE CASTRO y así consideramos la importancia del análisis de los motivos que tuvieron las partes al contratar, como la posibilidad de realizar el análisis de la licitud de la causa.

los contratos de poco sirve a la hora de hacer un análisis de la licitud de este, pues al igual que el concepto clásico de causa francés planteado por DOMAT como la causa de la obligación, distinguiendo entre contratos bilaterales, reales y gratuitos<sup>300</sup>, se trata de elementos que están insertos en la legalidad y lo único que se podría plantear en la realidad de la celebración del contrato sería su ausencia, más no su ilicitud.

Debemos tener presente que más allá de los bemoles y sostenidos que presenta el desarrollo de la teoría de la causa desde su implantación en el marco de la codificación a través del impacto o el marcador de tendencias legislativas que significo el *Code* no ha dejado de ser un elemento esencial de los actos jurídicos y como tal es digno de una atención a lo menos tangencial.

Hablar del crédito como el origen o el impulsor de los contratos de financiación tiene una explicación económica consistente en la desigual repartición de los recursos que son escasos y frente a la serie de necesidades a las que se pueden ver expuestas las personas y con base en su escala de valoraciones determinaría qué necesidades deben ser cubiertas con mayor premuras que otras, así como también el hecho de que para la realización de un negocio, una empresa dirigida por una persona que carece de los recursos, factores de producción, el crédito da la posibilidad de que dicha persona pueda abrirse camino en el mercado. Así el crédito está instaurado en la economía actual como la única posibilidad de satisfacción de necesidades o para participar en el mercado a través de la producción de bienes y servicios. Es decir, estamos en presencia del fenómeno económico que permite hacer avanzar a la economía de mercado capitalista.

El financiamiento o crédito desarrolla la función de estimular la acción de aquellos que no poseen capital y pasar a ser miembros activos de la economía de mercado. Sin embargo, esta cohesión de la función crediticia se entiende en un mercado en la que nos encontramos con el estándar o parametro

---

<sup>300</sup> *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, libro 1, t. 1, sección 1, n.º 7. En Huertas, M. M. (2009). La Renovación del Concepto de Causa en el Derecho Francés, *Revista de Derecho Privado*, 16, pág. 169.

de comportamiento, en el que las personas solo son capaces de actuar racionalmente y en consecuencia correctamente, desconociendo la posibilidad del error o el fracaso.

La causa en la teoría contractual puede ser entendida como la causa final, es decir el objetivo que implica la celebración de un contrato, que en el caso de los contratos de financiación, es hacer posible la satisfacción de necesidades o la posibilidad de participar en el mercado contribuyendo a la producción de bienes o servicios a través del emprendimiento. Por otra parte, la causa de los contratos también puede ser entendida como la motivación que han tenido las partes para contratar, es decir, una cuestión estrictamente psicológica. Desde el punto de vista obligacional, el interés del acreedor se manifiesta como el aspecto cuya satisfacción se busca.

## **2.2 La relación de crédito**

El crédito, de origen romano, basándose en análisis de VON IHERING es una realidad ineludible del intercambio, es decir, que en el desarrollo del sistema de cambios, el comercio jurídico, tiene el crédito su última palabra. Por *credere*, en un sentido amplio, en Roma se entendía la entrega a otra de una cosa con obligación de restituirla posteriormente<sup>301</sup>. Ahora, en esta categoría de fuente de las obligaciones romanas se distinguía entre aquellas en que el *dare* implicaba solo un traspaso material de la cosa y no de la propiedad, ni de la posesión, lo que dejaba al *creditor* con mejores armas para la restitución de la cosa, si esto no ocurría espontáneamente, mientras que en aquellos caso en que el *dare* implicaba la restitución de una cosa de la misma especie, con una designación

---

<sup>301</sup> Von Ihering, *op. cit.*, pág. 104. Cabe hacer una mención histórica al desarrollo de la idea de *creditor* (acreedor) y *debitor* (deudor), expresiones que tienen su origen en este tipo de contratos en el Derecho Romano, pues solo se reconocía como fuente de las obligaciones única a la dación, para luego expandirse a otros objetos y entender la palabra crédito aplicable a la obligación romana de manera mucho más amplia.

genérica, sin contar con más protección que la que daba la relación obligatorio, lo que se entendía que implicaba una confianza mucho mayor en el *debitore*, que daba lugar a lo que se entiende por la expresión *credere*, en el sentido de creer. En este desarrollo es que la idea de este tipo de contratos buscaba que lo que se restituyera fuera de un valor idéntico al que se había dado y aquí es que el dinero representaría el bien ideal para cumplir con este requisito<sup>302</sup>. Así en este relato evolutivo en el que el comercio jurídico busca la satisfacción de las necesidades, primariamente a través del simple cambio, permuta, da un paso gigantesco con el dinero, salvando la doble coincidencia de necesidades, pero faltaría un escalón más, que es que hay quienes tienen necesidades, pero no tienen dinero cuando esa necesidad urge. Viene el crédito en ayuda del presente por la provisión del porvenir<sup>303</sup>.

Ahora bien, los contratos de financiación en general dan lugar a la relación de crédito, en esta relación existen por una parte la intervención del dinero y por otra el tiempo, factores que determinan su función económica en la sociedad. En términos aproximativos, quien tiene el dinero en la actualidad es quien tomará la parte del prestamista y quien no lo tiene y se compromete a restituirlo en el futuro será el prestatario, pudiendo cualquier persona natural o jurídica ocupar cualquiera de estos roles.

En el Código Civil español encontramos el antecedente de los contratos de financiación en el libro IV, Título X, cuyo epígrafe se titula precisamente “Del préstamo”, en su única disposición general, el artículo 1.740, el que nos señala:

Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo.

El comodato es esencialmente gratuito.

El simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés.

---

<sup>302</sup> *Ibidem*, pág.106. Está claro que de este análisis el valor adquisitivo del dinero está fuera.

<sup>303</sup> *Ibidem*, pág. 110. Aquí nuevamente Von Ihering insiste en como prima el egoísmo representado por el interés, que sería la contraprestación, que sería el equivalente al abandono del capital.

Es así que, este simple préstamo también es conocido como mutuo. El préstamo como tal, como figura general, es calificado como un contrato de carácter real, ya que se perfecciona con la entrega de la cosa, y unilateral, al producir obligaciones para una sola de las partes, el prestatario, que es quien recibe de la otra la cosa objeto del contrato<sup>304</sup>.

El antecedente de la relación de crédito, por tanto, es el mutuo y como tal, ha sido objeto de una evolución en su caracterización jurídica que paso de ser real a consensual, de unilateral a bilateral y de gratuito a oneroso, siendo esta mutación del mutuo la más relevante en nuestro análisis del carácter productivo del dinero. En este sentido, no está de más recordar que el carácter real del mutuo se sustenta en la categorización de los contratos que atienden a su forma de perfeccionamiento, que en este caso sería en razón de la entrega, naturaleza heredada del Derecho Romano<sup>305</sup>.

Esta caracterización diferenciada es desarrollada sobre la base de la regulación del Código Civil español, en el que el mutuo es reconocida como un contrato de carácter real, unilateral y gratuito (artículos 1740 y 1753 a 1757) y que basándose en lo que señala BASOZABAL, al pactar intereses (de conformidad a lo establecido en el artículo 1.755) tomaría el nombre de préstamo, identificación que pasa por el análisis análogo entre el comodato y el arrendamiento, en el sentido de que lo que se presta puede ser el mismo objeto, pero que cuando ese préstamo es remunerado cambia de nombre. Ahora, la afirmación del autor sobre la regulación del préstamo con interés nos convence en razón de que un contrato de tal importancia para la economía no podría ser regulado por solo un artículo<sup>306</sup> y así se ha visto reflejada la fuerte regulación del préstamo. En el que intervienen las entidades financieras.

---

<sup>304</sup> Lasarte, C. (2013). *Principios de Derecho Civil. Contratos*. Madrid: Marcial Pons, pág. 290.

<sup>305</sup> D'Ors, Alvaro, *et al.* *Creditum y contractus. Anuario de Historia del Derecho Español*, 1956, nº 26, pág. 186. El autor nos precisa que dentro de la categoría de contratos reales se incluyen figuras heterogéneas, en las que la entrega no va asociada a un dar, como en el caso del comodato.

<sup>306</sup> Bazosabal, *op. cit.*, pág. 15-16.

En el carácter real del mutuo descansaría otras de sus características, la de ser gratuito, pues en estos se necesitaría una causa o forma sustancial, en un ordenamiento jurídico en el que la simple promesa de dar a título gratuito no es exigible la entrega sería la fuente del carácter vinculante del contrato<sup>307</sup>. Estas no son más que razones históricas de la caracterización del carácter real, pues se sabe que un contrato real, puede ser oneroso en la medida que beneficie a ambas partes y que en el caso del préstamo, precisamente en el pacto de intereses encontramos la fuente de onerosidad del prestamista, que nos permite reconocer un contrato de carácter real, unilateral y oneroso.

Ahora, con el ánimo de abandono de la figura del contrato real se ha querido ver en un contrato consensual que configure una promesa de celebrar el contrato real, mientras que otros prefieren definitivamente abandonar la idea del contrato real y ver en la entrega la realización de la tradición, antecedida de un título traslativo, el préstamo consensual, aplicando las normas de la tradición a la entrega más que las normas del mutuo<sup>308</sup>.

Por otra parte, ALBALADEJO parte de la idea de que el Derecho español reconoce en el acuerdo de voluntades el origen de obligaciones, de tal manera que negar la posibilidad de un acuerdo que tenga por objeto la entrega de una cantidad del dinero, no parece estar acorde a los principios que rigen en el Derecho insular. Así, es posible reconocer situaciones en las que el acuerdo queda simplemente en la cortesía, la amistad o caballerosidad, para lo cuál la entrega será fundamental en lo que se refiere a las consecuencias jurídicas del acuerdo y junto a esta hipótesis nos plantea que igualmente obligaría un acuerdo por escrito que verse sobre un préstamo y si este es oneroso, sin necesidad que haya entrega<sup>309</sup>.

Definitivamente, la calificación real del préstamo es una calificación que no se ajustaría en absoluto a la realidad económica actual, particularmente referida a

---

<sup>307</sup> Bazosabal, *op. cit.*, pág. 14.

<sup>308</sup> Segura, J. M. Los préstamos y el interés variable. En *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. Editoriales de Derecho Reunidas. EDERSA, 1990. pág. 295-326; Ordás, M., *op. cit.*, pág. 26.

<sup>309</sup> Albaladejo, *op. cit.*, pág. 795-798.

la práctica de las entidades financieras, las que con la firma de la póliza por parte del cliente entiende perfeccionado el acuerdo y el nacimiento del contrato<sup>310</sup>

En este mismo sentido, este abandono de la figura del mutuo como un contrato real en el mercado actual es compartida por voces autorizadas, que ven en el mutuo una categoría contractual que es estrecha frente la serie de acuerdos de financiamientos que la propia Ley de Crédito de Consumo de España, Ley 16/2011 del 24 de junio (sucesora de la Ley de crédito de consumo 7/1995 del 23 de marzo), que en su artículo 1 ya plantea un modelo contractual en el que la entrega no perfeccionaría el contrato de manera excluyente, como se pretende en la regulación de los cuerpos codificadores, entendiendo por tanto por contrato de crédito varios tipos de operaciones diferentes unidas solo por el común

---

<sup>310</sup> Ordás, *op. cit.*, pág. 28; Además nos encontramos con doctrina jurisprudencial, Se señala en el fallo STS 2422/2020: "Entrando propiamente en la resolución del motivo, la afirmación de los recurrentes sobre el carácter real, en todo caso, del contrato de préstamo bancario de dinero, no puede hoy sostenerse, no solo por haber sido cuestionado por un importante sector de la doctrina, sino porque también lo ha sido por la jurisprudencia. La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 432/2018, de 11 de julio, declaró: "Al amparo de la autonomía privada (artículo 1255 CC), es admisible la validez de un contrato de préstamo consensual dirigido a crear la obligación de prestar. Así lo reconoció esta sala, aceptando lo que actualmente es opinión doctrinal común, en la sentencia 371/2007, de 26 de marzo. " La "promesa" de préstamo es verdadero préstamo si se llega a manifestar el consentimiento con intención de vincularse jurídicamente, lo que dependerá de las circunstancias del caso. Así, en el caso de la sentencia 385/2001, de 20 de abril, no llegó a haber consentimiento eficaz, al supeditarse el préstamo de refinanciación al cumplimiento de una condición que no se cumplió y a la aprobación de los órganos superiores del director del banco, que no se produjo. " Por lo demás, negar la validez de un contrato consensual de préstamo, conduciría a excluir el ejercicio de una acción de cumplimiento dirigida a hacer efectiva la promesa de préstamo (o a negar la indemnización por incumplimiento de la promesa), pero no permitiría negar los efectos que se producen entre las partes cuando, como ha sucedido en el caso litigioso, el dinero se ha entregado y se incumple la obligación de restituir intereses y capital en los plazos pactados. " A ello hay que añadir que, por lo dicho en el anterior fundamento de esta sentencia, la entrega del dinero es en la mayor parte de los casos cumplimiento de un acuerdo antecedente de las partes que, al entregar, no necesitan reiterar su consentimiento. Si, como sucedió en el caso litigioso, con posterioridad se otorga escritura pública, lo único que hacen las partes es documentar su acuerdo". 3.- De esta forma, el contrato de préstamo bancario de dinero queda perfeccionado por lo general por la emisión del consentimiento por el prestamista y el prestatario o prestatarios, y la entrega posterior del dinero por el prestamista al prestatario es un acto de ejecución, no de perfección del contrato. Los intervinientes resultan obligados por la emisión del consentimiento contractual, sin perjuicio de que frente a la acción de cumplimiento ejercitada por el prestamista, los prestatarios puedan oponer el incumplimiento, por no haberse hecho la entrega del dinero en los términos estipulados.

denominador de proporcionar o facilitar medios financieros<sup>311</sup>, artículo que nos señala: *1. Por el contrato de crédito al consumo un prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación.*

Es más, en el *Draft Common Frame of Reference* nos encontramos con la superación del perfeccionamiento del contrato por la entrega, abandonando el carácter real como posibilidad de contratación. De manera que el carácter consensual del préstamo se mantiene y es la realidad actual de la práctica comercial. Así, en este texto se precisa (IV.F. – 1:101):

*(2) A loan contract is a contract by which one party, the lender, is obliged to provide the other party, the borrower, with credit of any amount for a definite or indefinite period (the loan period), in the form of a monetary loan or of an overdraft facility and by which the borrower is obliged to repay the money obtained under the credit, whether or not the borrower is obliged to pay interest or any other kind of remuneration the parties have agreed upon.*<sup>312</sup>

En esta definición del préstamo se hace presente la distinción entre el préstamo y el crédito, que serían la forma de referirse hoy en día a las tipologías básicas de contratos de financiación<sup>313</sup>, que también se reconoce el reciente citado texto

---

<sup>311</sup> Díez-Picazo y Ponce de León, L. (1999). Contrato de crédito y protección de consumidores. *Anuario de Derecho Civil*, pág. 1358. Si bien el autor se basa en la anterior versión de la ley de crédito de consumo, en lo que se refiere a la afirmación de que los contratos de crédito de consumo se trataría de contratos de carácter consensual, bilaterales y onerosos, es perfectamente trasladable, pues el artículo que los define no ha cambiado.

<sup>312</sup> Study Group on a European Civil Code; Research Group on EC Private Law (Acquis Group). (2009). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Munich: SELLIER. Pág. 364.

<sup>313</sup> La distinción entre el préstamo y el crédito pasa por la forma en que se da lugar a la disponibilidad del dinero que constituye la financiación. Esta forma puede ser considerada en un solo instante, que es al momento de cumplirse la obligación del prestamista y desde ese momento se establece una organización fija respecto de la exigibilidad de la devolución y el pago de intereses, mientras que en el caso que el acreditado podrá disponer del dinero a medida que lo necesita, queda supeditado a su voluntad, de tal manera que la activación de la financiación y sus consecuencias, es decir, devolución y pago de intereses principalmente, queda supeditada a una condición de carácter simplemente potestativa del acreditado.



de la ley 16/2011 correspondiente a la ley de crédito de consumo. Así como también, entiende que el *loan contract* puede ser gratuito u oneroso.

Cabe destacar en este contexto, en el que las operaciones de financiación tienen una fuerte carga regulatoria, con el objeto de simplificar nuestro análisis de la relación de crédito tendremos en cuenta que al tratarse el dinero hoy esencialmente de asientos contables, la necesidad de un tipo de contrato en particular cumple una función fundamental, que alberga distintos tipos de relaciones de crédito, este contrato que hace posible que se de una relación entre las principales entidades financieras y los clientes bancarios, consumidores financieros, es el contrato de *cuenta corriente bancaria*. Como nos señala GARRIGUES, la relación entre el público y las entidades bancarias pueden ser ocasionales o prolongadas en el tiempo, en el primer caso sería la situación que se presente cuando el banco es solo un prestador de servicio de caja, como en el caso de que un sujeto pretenda cobrar un cheque emitido contra a cuenta de otro cliente del banco, entre otros ejemplos, en los que relación entre el banco o la entidad financiera es carácter momentáneo, como se ha dicho, y luego de la cual no se mantiene vínculo alguno entre dichos sujetos. Mientras que en otros casos, como es el depósito de dinero, el préstamo, o la concesión de crédito de un banco a un cliente, la relación contractual se prolongará en el tiempo y da lugar al registro del cliente en las cuentas, en los libros de la entidad de crédito, con la apertura de una cuenta, en la que se verá el activo y el pasivo de todos los clientes que requieran de los servicios mencionados, denominada como cuenta corriente y que es una figura contable unitaria<sup>314</sup>. Es esta categoría contractual la que permite el contexto contable de la relación contractual de financiamiento, que puede tomar la forma de préstamo o de disposición de crédito.

Es de esta manera, que la relación de crédito, bajo la teoría monetaria moderna del dinero, los contratos de financiación con entidades de crédito estarán vinculadas a un contrato sin el cual no es posible que se de en la práctica bancaria ni préstamo, ni crédito.

---

<sup>314</sup> Garrigues, J. (1958). *Contratos Bancarios*. Madrid, pág. 116-117.

Ahora, volviendo al análisis de la relación de crédito propiamente tal, uno de los aspectos jurídicos que ayuda a aclarar el mecanismo del préstamo con interés es la *sinalagmaticidad* presente en este contrato, siempre bajo la idea de un contrato de carácter bilateral, lo que requiere que tengamos claro cuáles serían los componentes de dicho carácter que se le atribuye al contrato en cuestión. Para esto es de obligado desarrollo aclarar en qué consistirá por tanto lo “debido por el prestamista” y lo “debido por el prestatario” Así las cosas sobre el prestamista existiría una prestación consistente en un no hacer, una obligación que se traduciría en privarse temporalmente de aquello que entrega para recibirlo más adelante con una ganancia, privación que se traduciría en el goce del prestatario durante el periodo acordado, aspecto sin el cual el préstamo difícilmente podría atender a su finalidad económica, que sería la proporción de crédito o liquidez. Se plantea así que la obligación de entregar no sea la única prestación debida por parte del prestamista, en este esquema consensual, sino que habría que agregar esta privación de lo entregado por cesión del goce<sup>315</sup>. Este reconocimiento de una prestación distinta a las entendidas originalmente en la relación de crédito busca la correspondencia con el pago de los intereses. Ahora, LARENZ señala que mantener la distinción entre “hacer posible el goce temporal” y “aplazar” la pretensión de devolución, favorece la comprensión del contrato de préstamo, evidentemente, a favor de entender que la posición del prestamista pasa por el “mantener” el estado de las cosas, con una inacción por parte del dueño del crédito.

La forma en que se presenta el préstamo, con esta necesidad de que el prestatario cuente con un plazo para la devolución del principal, como un elemento indispensable para cumplir con la finalidad del préstamo, estaría poniendo el término en la categoría de esencial. Esencial en términos distintos a lo que se establece en cuanto a aquellos términos indispensables para el cumplimiento de la obligación, pues en estos casos el cumplimiento anticipado de la obligación no sería posible, sino que sin contar con el tiempo por medio del que se dilata la devolución del capital, el prestatario difícilmente podría atender

---

<sup>315</sup> *Ibidem*, pág. 15.

a la necesidad de liquidez que promovió su voluntad a la celebración del contrato, frustrando la finalidad económica del contrato.

Ahora, es casi inmediato el cuestionamiento que cualquier jurista dedicado al estudio de las obligaciones señale que la existencia de un término, de un plazo, nada tiene que ver con una obligación propiamente tal e independiente de la obligación de restitución que tendría el prestatario respecto del capital o principal, pues sería únicamente una consecuencia del aplazamiento de la exigibilidad de la obligación de restituir dicho principal.

En esta relación contractual entran en juego conceptos financieros fundamentales, cuales son, el valor actual o presente, el valor futuro, las tasas de interés o de descuento, que corresponde al análisis del valor tiempo del dinero y cuya percepción se diferenciará en razón del tipo de operación de la institución financiera, distinguiéndose entre la tasa de interés para aquellas relaciones contractuales en las que la institución financiera es el acreedor de la obligación de restitución y tasa de descuento para aquellos productos financieros de inversión disponible en el mercado o referida a títulos de créditos negociables, tales como las letras de cambio.

La idea del valor presente o valor presente descontado<sup>316</sup> se puede expresar en términos muy simples, si atendemos a la noción de que el dinero de hoy vale menos que el de mañana<sup>317</sup>. Esta idea se corresponde a la *preferencia temporal*,

La elección del término relación está fundado en los aportes de DÍEZ-PICAZO relativo a las relaciones obligatorias que trasladamos cómodamente a las obligaciones que nacen de los contratos de financiación. Luego la palabra crédito es bastante más escurridiza. Etimológicamente la palabra crédito se atribuye a la expresión latina *credere*, que responde a la idea de creer, tener confianza y es asimilado a la fiducia<sup>318</sup>. Claro está que en el préstamo realizado entre

---

<sup>316</sup> Mishkin, *op. cit.*, pág. 67.

<sup>317</sup> Se debe tener presente siempre la idea de que la productividad del dinero está asociada a una transacción, es necesario que siempre estemos ante un acuerdo que de lugar a una relación jurídica que corresponde al germinador de los intereses, pues el dinero por sí mismo es estéril.

<sup>318</sup> Garrigues, *op. cit.*, pág. 35.

particulares, seguramente habrá una importante influencia en las motivaciones del negocio la confianza que le inspira el prestatario al prestamista, pero dicha confianza no es un requisito sin el cual se puede estar en presencia de una relación de crédito. Basta con pensar en la posibilidad de que la obligación pecuniaria que forma parte de la relación de crédito esté garantizada, ya sea real o personalmente, para que el elemento confianza deje de impregnar la relación obligatoria.

Ahora bien, superada la costumbre de referenciar la etimología de las palabras para llegar a su sentido actual, hoy el crédito es perfectamente entendido, jurídicamente, como un préstamo y particularmente como un préstamo de dinero. Así, cuando nos referimos a la relación de crédito, normalmente nos veremos enfrentado a alguna de las categorías de operaciones bancarias u operaciones de entidades de crédito que se basan en el préstamo, en el mutuo, ya sea este real o consensual.

Así las cosas, entendiendo que la relación de crédito que nace de un contrato de financiación se sustenta en la función crediticia que estos contratos desempeñan y en la cual, siguiendo a SIMONETTO, se centra en el plazo aplicado a un débito de cosas genéricas<sup>319</sup>. Este mismo autor se hace cargo de explicar lo que ocurre entre los intervinientes de la relación de crédito para explicar la gestación de los intereses, trabajando en la búsqueda de la ansiada equivalencia entre los intereses y el *non petere*.

Por otra parte, la consideración del carácter comercial o civil de esta relación de crédito estará determinada por la calificación que se haga del préstamo.

En cuanto al carácter comercial o civil del préstamo o de los contratos de financiación a los consumidores ORDÁS<sup>320</sup> despliega 9 argumentos para sostener su carácter civil y destaca la importancia de la categorización con base en la diferencia de tratamiento de los préstamos por parte de los respectivos

---

<sup>319</sup> Simonetto, Ernesto; Lojo, Juan V. Fuentes; Valencia, Juan Martínez. *Los contratos de crédito*. J. Ma. Bosch, 1958, pág. 63.

<sup>320</sup> Ordás Alonso, M. (2014). *El Nuevo Marco Normativo para los Contratos de Prestamos y Créditos*. Barcelona: Bosch, págs. 31-44.

Código de comercio español y Código Civil español. Así, y como es lógico, tanto los consumidores como los comerciantes (bancos) tienen un tratamiento preferencial en temas tan importantes como el término de gracia, el devengo de intereses moratorios después del vencimiento, la prescripción e interrupción, y dentro de un etcétera a propósito de la configuración del anatocismo (artículos 1109 del Código Civil español y 317 del Código de Comercio español.), de manera que es de nuestro especial interés responder a las clásicas preguntas respecto del carácter civil o mercantil de la institución que da lugar a la relación obligatoria que alberga los acuerdos anatocísticos.

A modo sintético, compartimos vehementemente las opiniones vertidas por la autora y por sobre todo, los argumentos referidos a la aplicación de lo establecido en el artículo 311 del Código de Comercio español, pues en esta norma, que parte por definir la hipótesis bajo la cual se entiende que estamos ante un contrato de carácter mercantil estableciendo 2 requisitos copulativos para llegar a la conclusión del carácter mercantil del préstamo, uno de carácter subjetivo y otro objetivo.

El de carácter subjetivo que se refiere a las partes que intervienen en la relación contractual, dígame, que se trate de un comerciante y el de carácter objetivo consistente en que el destino del capital prestado deben ser actos de comercios, es decir, que estén en la esfera de las actividades comerciales o profesionales del prestatario. Este segundo requisito, para la calificación como mercantil del préstamo, es lo que otorga el sustento a la posición civilista del préstamo a los consumidores, pues como en la mayoría de los casos son los bancos los que prestan el dinero y estos sin duda son comerciantes y por tanto hacen cumplir el requisito subjetivo, pues el destino del capital se presume que no es la realización de actos de comercios y para reforzar y contra argumentar a aquellos que sostienen la imposibilidad de saber el destino de dinero prestado, la autora precisa que no obstante no existir dicha dificultad al estar normalmente incorporado el destino del préstamo en el documento en que consta el contrato, no es labor de los consumidores desplegar la actividad probatoria necesaria para establecer el hecho del destino del dinero prestado debido a que el CC es la legislación común aplicable y si el comerciante pretende una aplicación de la

normativa especialmente diseñada para los mercaderes, sobre sus hombros pesa el *onus probandi* para acceder a la normativa especializada y protectora de sus intereses<sup>321</sup>.

Además, la intención de incorporar al préstamo de consumo en los actos de comercio, es decir de considerarlo un préstamo mercantil, pasa por la aplicación del artículo 2 del Código de Comercio español:

*“Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza, y, a falta de ambas reglas, por las del Derecho común.*

***Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga”.***

Al estar el préstamo mercantil regulado en el artículo 311 del Código de Comercio español, o incluso por el carácter análogo que tendría cualquier concesión de crédito, prescinden los mercantilistas del criterio objetivo del artículo 2, que no toma en cuenta el carácter de mercaderes o no de los intervinientes en la relación contractual, intentado aplicar el criterio subjetivo de categorización del negocio jurídico establecido en la 1ª regla de dicha norma e ignorando el carácter copulativo de las reglas del artículo 311 del Código de Comercio español, el que nos señala:

*“Se reputará mercantil el préstamo concurriendo las circunstancias siguientes:*

*1.ª Si alguno de los contratantes fuere comerciante.*

*2.ª Si las cosas prestadas se destinaren a actos de comercio”.*

Este carácter copulativo se basa en la expresión “concurriendo las”, redacción que excluye el carácter mercantil de los contratos de financiación con los consumidores.

---

<sup>321</sup> Ordás, *op. cit.*, pág. 31-44.

## 2.3 El crowdfunding o financiación participativa

Ya expuesto el sistema tradicional por medio del que se obtiene el dinero para fines de consumo o empresariales, no podemos ignorar el explosivo aumento de los medios digitales, plataformas, a través de los que se puede obtener una financiación con un mecanismo de intermediación diverso del de las entidades de crédito. El relato descriptivo de esta nueva forma de financiación parte de la base de una economía colaborativa o participativa<sup>322</sup>, en la que el acreedor financiero del proyecto puede ser un grupo de sujetos dispuestos a entregar pequeñas cantidades de dinero para que un emprendimiento, una idea de negocios, carente de capital y de acceso al crédito, pueda obtener los recursos para llevar adelante la empresa incubada hasta ahí simplemente como una idea.

En este modelo de financiamiento nos encontramos que se presentan a lo menos 3 características que permiten agrupar la diversidad de plataformas en las que el financiamiento tiene lugar. La primera característica de este sistema es que se sustenta en una base comunitaria y en masa que permite agrupar esfuerzos, recursos e ideas. Una segunda característica es que el objetivo principal es obtener financiación para un proyecto bajo esquemas jurídicos y económicos muy distintos a lo que ofrece el mercado de créditos. Y en tercer lugar, se presenta el empleo de la tecnología que permite la interacción e intermediación electrónica para canalizar las funciones atribuidas a cada modalidad de *crowdfunding*<sup>323</sup>.

---

<sup>322</sup> Quesada Páez, A. (2019 ). Los sistemas de reputación en la economía colaborativa. En *Relaciones contractuales en la economía colaborativa y en la sociedad digital*. Madrid: Dykinson, pág. 337. “Como norma general, cuando utilizamos el término economía colaborativa, hacemos referencia a los nuevos sistemas de producción y consumo de bienes y servicios, que han surgido gracias a los avances de la tecnología de la información para intercambiar y compartir dichos bienes y/o servicios, que permiten reducir las asimetrías informativas y los costes de transacción que afectan a dichas actividades, a la vez que permiten incrementar la escala en que se llevan a cabo y realizan de formas diferente a la tradicional”

<sup>323</sup> Rodríguez De Las Heras Ballel, T. (2013). El crowdfunding: una forma de financiación colectiva, colaborativa y participativa de proyectos. *Revista Pensar en Derecho*, 2(3), pág. 107.

Téngase presente que la recaudación de fondos para la realización de una obra es de una antigüedad mayor a la presentación de este modelo de financiamiento bajo el velo de la tecnología. Ejemplos hay muchos en los que un gran grupo de personas entrega pequeñas cantidades de dinero con un objeto de beneficencia y que se practica con el objeto de ayudar a aquellas personas más desvalidas, ya sea a través de las iglesias o de la *Teletón*. Es decir, la idea de juntar una cantidad de dinero a través de pequeños montos donados por un grupo de personas para financiar determinadas causas.

Se señala que las relaciones de las partes en este nuevo modelo creado por el desarrollo tecnológico sería una alternativa a la banca, como también se abrió paso en el mercado las criptomonedas, planteando un mecanismo de obtención de recursos a través de relaciones directas de igual a igual, peer-to-peer, con visos de mecenazgo en algunos casos, para obtener la financiación de actividades culturales o científicas, siempre en los últimos lugares del interés por invertir, idea que fue poco a poco abandonada, pues prometía, ingenuamente en nuestra opinión, la eliminación de la banca (la misma idea que impulsaba la creación de las *Bitcoins*) ante la experiencia acumulada por la crisis económica del 2008 que hizo que la confianza en el sistema financiero motivara la innovación en el intercambio indirecto y el financiamiento<sup>324</sup>, se trataba de una utopía programática que resultó atractiva para la captación de clientes, como expresa ZUNZUNEGUI. Sin embargo, con el envejecimiento de la idea del *crowdfunding* se pasó de la disrupción a la colaboración con el sistema bancario, pasando en la actualidad a estar estas plataformas de financiamiento participativo formando parte del sistema financiero y constituyendo una de sus piezas de mayor proyección<sup>325</sup>. La posibilidad de desintermediación para superar el financiamiento de cualquier proyecto era un oasis en el mercado financiero

---

<sup>324</sup> Adhikary, Bishnu Kumar; Kutsuna, Kenji; Hoda, Takaaki. *Crowdfunding: lessons from Japan's approach*. Springer, 2018. En la parte inicial de este trabajo se precisa que la razón de ausencia de financiamiento se produce debido a los requerimientos de la banca, del financiamiento tradicional, al establecer barreras para acceder al crédito que las *start ups* o emprendimientos no estaban en condiciones de superar.

<sup>325</sup> Zunzunegui Pastor, F. (2020). Encuadre sistemático y conceptual de la financiación participativa (Crowdfunding). En *Aspectos legales de la financiación en masa o crowdfunding*. Tirant lo Blanch, pág. 44.



que hoy se reduciría a un micro mecenazgo que queda a la solidaridad del público.

La captación del ahorro del público de estas plataformas es una réplica de los distintos productos financieros que el mercado del crédito tradicional ofrece. El público tiene la posibilidad de ser un inversionista y hacerse de un parte de la empresa que tiene la idea del proyecto a través de valores representativos de capital u otros instrumentos financieros, transformándose en un genuino inversor, un copropietario del emprendimiento que alberga la plataforma y que estaba ávido de dinero. Asimismo, el público también tiene la posibilidad de hacer préstamos a través de estas plataformas, el préstamo tradicional, con un precio previamente pactado a través de las tasas que la plataforma ofrece, sin que se entrometa en la participación del emprendimiento en términos de propiedad sobre la empresa<sup>326</sup>. La distinción entre estos dos mecanismos de financiación participativa ha estado presente en el desarrollo de la industria financiera tecnológica, distinguiendo entre lo que es un *equity crowdfunding* y un *crowdlending*, a pesar de su regulación en conjunto en el caso español y que es criticado por CUENA<sup>327</sup>.

Es del caso citar la norma que expresamente lleva a cabo la regulación de estos intermediarios financieros que no alcanzan la categoría de entidades de crédito. Es el artículo 46 de la Ley sobre Fomento a la Financiación de las Empresas que señala : “*Son plataformas de financiación participativa las empresas autorizadas cuya actividad consiste en poner en contacto, de manera profesional y a través de páginas web u otros medios electrónicos, a una pluralidad de personas físicas o jurídicas que ofrecen financiación a cambio de un rendimiento dinerario, denominados inversores, con personas físicas o jurídicas que solicitan*

---

<sup>326</sup> Cuenca Casas, M. (2020). Régimen jurídico aplicable a los contratos de préstamo a través de plataformas de financiación participativa. En *Aspectos legales de la financiación en masa o crowdfunding*. Tirant lo Blanch, pág. 363. La autora en el inicio de su análisis plantea la crítica a la regulación en conjunto de estas dos modalidades de financiación participativa expresada en la ley 5/2015 de 27 de abril de fomento de la financiación empresarial en el artículo 50.1 c), señalando que se trata de una regulación más economicista que técnico jurídico, opinión que compartimos.

<sup>327</sup> *Ibidem*, pág. 364. La autora cita el artículo 46.1 de la Ley sobre Fomento a la Financiación de las Empresas, norma que define al inversor como “toda persona física o jurídica que ofrece financiamiento a cambio de rendimiento dinerario”.

*financiación en nombre propio para destinarlo a un proyecto de financiación participativa, denominados promotores”.*

### **2.3.1 Las partes de la financiación participativa**

Esta norma hace una descripción del funcionamiento y de los sujetos intervinientes en este modelo de negocios del sector financiero. En primer lugar se refiere a *empresas autorizadas*, esta autorización es de competencia de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, según lo establece el artículo 53 del mismo cuerpo legal. Esta institución tiene por función velar por la transparencia de los mercados de valores españoles, la correcta formación de precios y la protección de los inversores. Estas empresas autorizadas son las que profesionalmente *ponen en contacto* a los inversores y las personas físicas o jurídicas que promueven un determinado proyecto carente de financiación.

Luego tenemos a *los inversores*, que son los que ofrecen la financiación a cambio de rendimientos dinerarios, los que tendrán una determinada forma de determinarse en razón del modelo de financiación participativa a la que se adhieran.

Y por último, tenemos a *los promotores*, que corresponde a aquellas personas físicas o jurídicas que buscan la financiación de proyectos.

La complejidad de normas aplicables al fenómeno del *crowdfunding* genera una serie de suspicacias, debidamente fundadas en las complicaciones que ofrece este nuevo fenómeno de financiación y que se expresa en la normativa bajo la cual se debe desenvolver.

Así las cosas, a este fenómeno le son aplicables, además de las normas contempladas en la Ley 5/2015 del 27 de abril, de Fomento a la Financiación Empresarial en su título V, las normas relativas a la responsabilidad por servicios defectuosos prevista en el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, la Ley 2/2009, de 31 de marzo de intermediación

para la celebración de contratos de préstamo o crédito y la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, Ley 22/2007, de 11 de julio de comercialización a Distancia de servicios financieros, la Ley de crédito del consumo, la Ley 7/1998 del 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. El panorama anteriormente expresado nos obliga a asentir a la afirmación de CUENA en cuanto a que estamos en presencia de un rompecabezas normativo que dificultará sobremanera la aplicación práctica de esta modalidad de financiación que entraña numerosos riesgos y que somete al entrelazamiento entre las principales disciplinas del Derecho privado, dígase, el Derecho civil, comercial y de consumo<sup>328</sup>. Esto último, particularmente por el diseño de intermediación en la que la plataforma se encuentra en el vértice principal de una estructura contractual triangular<sup>329</sup>.

No es de extrañar el destino al que se vio enfrentado al día de hoy el crowdfunding, considerando que los sistemas de pagos son insoslayables y el control del sistema financiero es monopolizado por el Estado y las entidades de crédito, más aún con el celo regulatorio de los esquemas de financiación.

Desde el punto de vista funcional se puede señalar que este modelo de financiamiento opera en línea y la captación de los ahorros para el financiamiento se realiza a través de valores o préstamos<sup>330</sup>. En el primer caso orientado a aquellos proyectos que propone un promotor para alguna start-up, emitiendo acciones para la inversión de aquellos a los que les interesen los proyectos y en el segundo caso, modalidad de financiamiento para empresas con una solvencia acreditada<sup>331</sup>. Así lo expresa el primer punto del Reglamento (UR) 2020/1503 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de octubre de 2020, relativo a los proveedores europeos de servicios de financiación participativa para empresas,

---

<sup>328</sup> *Ibidem*, pág. 371.

<sup>329</sup> Es posible replantear la teoría de los contratos conexos en este modelo contractual triangular.

<sup>330</sup> Los valores corresponden a acciones, papeles en los que consta la participación de un inversor en el proyecto.

<sup>331</sup> Zunzunegui (2020), *op. cit.*, pág. 41.

y por el que se modifican el reglamento (UE) 2017/1129 y la directiva (UE) 2019/1937:

*“La financiación participativa es, cada vez en mayor medida, una forma consolidada de financiación alternativa para las empresas emergentes y las pequeñas y medianas empresas (pymes), en las que lo habitual es recibir inversiones de pequeño calado. La financiación participativa representa un tipo cada vez más importante de intermediación en la que un proveedor de servicios de financiación participativa opera, sin asumir ningún riesgo propio, a través de una plataforma digital abierta al público, con objeto de poner en contacto o facilitar el contacto a inversores o prestamistas potenciales con empresas que busquen financiación. Dicha financiación podría adoptar la forma de préstamos o de adquisición de valores negociables o de otros instrumentos admitidos para la financiación participativa. Por tanto, procede incluir en el ámbito de aplicación del presente Reglamento tanto la financiación participativa de crédito como la financiación participativa de inversión, ya que se pueden estructurar esos tipos de financiación participativa como alternativas de financiación comparables”*

De ahí que, si bien el reglamento apunta a las actividades empresariales de las pymes, la misma exclusión de la normativa de los préstamos a los consumidores bajo la fórmula de financiación participativa se rige por la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que permite la aplicación del modelo de financiación a los consumidores.

Ahora, desde el punto de vista subjetivo las posibilidades son variadas. Ante todo señalar que es posible distinguir en el modelo de negocios tres partes perfectamente diferenciables. La primera corresponde a la plataforma digital que alberga la posibilidad de financiación a quien lo necesite. A estas plataformas se les reconoce como proveedores de servicios de financiación participativa (en adelante PFP) y en la legislación española encuentra su regulación en el artículo 46 y siguientes de la Ley sobre Fomento a la Financiación de las Empresas. Seguidamente nos encontramos con los promotores de los proyectos que buscan financiación.

Así, los promotores de financiación o prestatarios pueden ser empresarios (personas físicas o jurídicas) o consumidores. Los prestamistas o inversores pueden ser también empresarios o consumidores pudiendo serlo también las instituciones financieras. Por lo tanto, los contratos de préstamo pueden ser entre empresarios (*Business to business B2B*), entre consumidores (*Consumer to consumer C2C*), empresario con consumidor (*Business to consumer B2C*), y consumidor (financiador) y empresario (*Consumer to business C2B*), lo cual condicionará el régimen jurídico aplicable a las relaciones contractuales entre ellos generadas<sup>332</sup>.

### **2.3.2 Naturaleza jurídica**

El encuadramiento de la financiación participativa en el sistema de Derecho civil, sin tomar en cuenta la diversidad de posibilidades que caen dentro de este nuevo fenómeno de financiación, sería un error. Es por lo anterior, que trataremos de hacer la categorización solo de un tipo, que sería el que está bajo nuestro objeto de estudio, que es el caso de los préstamos realizados a través de esta modalidad de financiamiento, es decir, el *crowdlending*. Así tenemos una variada posibilidad, la primera que analizaremos será la de la figura de los contratos vinculados. Luego estableceremos los visos de mandato que soporta la figura, para luego pasar a la postura que sería la de una mediación o corretaje.

En primer lugar, respecto a la posibilidad de argumentar a favor de que la financiación participativa es un caso de *contratos vinculados*, permitiría establecer una distribución de riesgos entre los distintos intervinientes, particularmente la distribución del riesgo del crédito, al existir vinculaciones entre todos los intervinientes del grupo contractual y consecuentes responsabilidades ante la hipótesis de que los riesgos asociados a la contratación se hagan realidad.

---

<sup>332</sup> Cuenca, *op. cit.*, pág. 370.

La motivación de encuadramiento de este tipo de financiamiento se impulsa esencialmente por el hecho de que estamos ante varios contratos que regulan la operación, el contrato de préstamo sería el resultado de los contratos de financiación participativa celebrados entre la plataforma y el promotor, mientras que por otra parte entre la plataforma y el inversor se celebra otro contrato y a la vez los contratos celebrados por la plataforma con las empresas que prestan servicios de pago. Si atendemos a la idea de unidad económica o unidad comercial, estos contratos forman parte de un modelo de negocios e incluso en términos de comunicabilidad de vicios entre los distintos contratos intervinientes, perfectamente sería posible afirmar que de producirse la nulidad del contrato entre el inversor y la plataforma el negocio se frustraría.

Sin embargo, la doctrina rechaza la idea de encuadramiento del financiamiento participativo con la de los contratos vinculados o conexos en razón que el contrato subyacente, es decir, la contratación entre el promotor y el inversor no deja sin efecto el contrato de acceso a la plataforma<sup>333</sup>, como tampoco, nos imaginamos, que la ineficacia del contrato de acceso a la plataforma se comunique al contrato subyacente. Mientras que otros plantean que el hecho de que haya un incumplimiento del contrato subyacente no afectaría el cumplimiento de las obligaciones nacidas, principalmente las referidas comisiones que cobra la plataforma a sus usuarios<sup>334</sup> (promotores e inversores), otorgando una perspectiva obligacional al análisis de la cuestión contractual para afirmar que no estamos en presencia de contratos vinculados.

En lo que se refiere al mandato o de comisión según se trate de su carácter civil o comercial se señala que la plataforma se compromete a publicitar el proyecto y a facilitar la celebración del contrato entre inversores y promotor.

En definitiva creemos junto a SÁNCHEZ, resulta más acertado considerar que nos encontramos ante “un *contrato atípico de mediación electrónica*”, pues la

---

<sup>333</sup> Rodríguez de Almeida, M. G. (2020 ). La contratación a través de plataformas intermediarias en línea. . En *Aspectos legales de la financiación en masa o crowdfunding*. (págs. 59-97). Tirant lo Blanch. Pág. 87 y pág. 93. La opinión de descartar la aplicación de la teoría de los contratos conexos se descarta por los efectos propios de esta forma de contratación que por la constitución de los grupos contractuales.

<sup>334</sup> Cuenca, *op. cit.*, pág. 372.

labor fundamental de la plataforma consiste más bien en poner en relación a ambas partes y facilitarles los medios para que estas celebren el negocio” y en razón de la multiplicidad de leyes aplicables<sup>335</sup>, no es posible encuadrar en las instituciones clásicas del Derecho privado apoyados en el principio de libertad contractual reconocido en el artículo 1255 del Código Civil español.

No es el lugar para agotar la diversidad de problemas que presenta para la doctrina una institución que vincula ámbitos jurídicos que aun ni siquiera se han terminado de desarrollar. Sin embargo, aprovechamos la oportunidad del análisis de la relación de crédito y evidenciar que en estos casos estamos fuera de un financiamiento basado en el sistema bancario de creación de cuentas de depósitos, de tal manera que el dinero que está presente en estas financiamiento, cualquiera sea su modalidad, responden a la clásica intermediación, en el que el dinero representa la riqueza efectivamente generada por quienes se animan a colaborar con emprendimientos u otros fines y desde allí plantear lo positivo que tiene para el fomento de la economía real.

## **2.4 El consumidor o usuario financiero**

El título del presente apartado busca verificar la aplicación del concepto de consumidor a los clientes bancarios, que desde el reconocimiento de la necesidad de brindar protección a los ciudadanos en razón de la realidad del mercado desde la década de los 80 del siglo pasado. Inicialmente, el concepto de consumidor tiene un origen en las ciencias económicas, en las que se precisa que hablar de consumidor es referirse al sujeto de mercado que adquiere bienes o usa servicios para destinarlo a su propio uso o satisfacer sus propias necesidades, personales o familiares, LASARTE precisa que este sujeto de

---

<sup>335</sup>Sánchez Ruiz de Valdivia, I. (2019). Blockchain y plataformas de financiación participativa: dos retos del mercado único digital. . En *Relaciones contractuales en la economía colaborativa y en la sociedad digital* (págs. 353-373). Madrid: Dykinson. Pág. 369

mercado busca el valor de uso de lo adquirido, es decir, que el consumidor no pretender utilizar directamente lo adquirido para obtener a su vez otros bienes o servicios, a diferencia del empresario que busca el valor de cambio, que significa que el sujeto de mercado empresario lo que busca al adquirir un bien o servicio es incorporarlo a su proceso de producción o distribución, a fin de recuperar lo invertido más tarde y multiplicarlo, es decir, para obtener un nuevo valor de cambio<sup>336</sup>. De manera que la idea de consumidor puede ser vinculada a la del destinatario final del producto o servicio, que en el caso de los productos financieros está vinculado con el destino que se le dará al dinero objeto de un contrato de financiación.

Si bien es cierto que se trata de un intercambio de ideas ya fermentada, la cuestión es que la opinión mayoritaria busca que el concepto de consumidor sea lo más restringido posible para garantizar la actuación libre en el mercado de los sujetos económicos y de esta manera soslayar la reglamentación que pretende brindar las garantía a aquellos que se encuentran en una posición desmejorada. En este contexto, hoy en día ya es posible hablar de por lo menos dos tipos de consumidores a nivel comunitario, dígase el consumidor mixto y el consumidor vulnerable<sup>337</sup>.

En cuanto a la delimitación subjetiva de la aplicabilidad de las normas de protección a los consumidores en el caso español se señala que el concepto es bastante amplio, sustentado en la definición legal del ciudadano que interviene en el mercado en una posición de desigualdad en la capacidad o poder de negociación que representa la contratación hoy en día. Así el artículo 3.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios considera consumidores o usuarios a las personas físicas que actúen en el mercado con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Agregando la posibilidad de que las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que actúen sin un ánimo de lucro en un

---

<sup>336</sup> Lasarte Álvarez, C. (2015). *Manual sobre la protección de consumidores y usuarios*. Madrid: Dykinson. Pág. 50.

<sup>337</sup> *Ibidem*. Pág. 17.



ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. Si bien estos conceptos precisan ser bastante extensivos, es menester tener presente que la normativa especial puede serlo aún más, como ocurre con la regulación de la responsabilidad por productos defectuosos, cuerpo normativo en el que se amplía el concepto de consumidor, extendiéndose a cualquier persona física que resulte perjudicada<sup>338</sup>.

Ahora, la normativa aplicable al consumidor financiero no se agota en la regulación general del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, sino que se deben agregar a la batería protectora del consumidor financiero normativa especialmente referida a las relaciones de créditos generadas con ocasión de los contratos de financiación<sup>339</sup>.

De esta manera, no cabe duda de que los clientes bancarios, las personas que adhieren a los contratos de financiación forman parte del grupo económico consumidor y como tal merece la protección a través de las instituciones creadas para estos efectos, entre las que destaca el control de abusividad de las cláusulas contractuales. Hay que destacar que en el sector financiero la protección de los consumidores cobra una relevancia que va más allá de los intereses individuales del ciudadano, pues es la estabilidad del sistema el que está en juego.

---

<sup>338</sup> *Ibídem*.

<sup>339</sup> Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la Contratación con los Consumidores de Prestamos o Créditos Hipotecarios y de Servicios de Intermediación para la Celebración de Contratos de Prestamo o Crédito; Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo; Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de Transparencia y Protección del Cliente de Servicios Bancarios; Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a Entidades de Crédito y Proveedores de Servicios de Pago, sobre Transparencia de los Servicios Bancarios y Responsabilidad en la Concesión de Préstamos; Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre Comercialización a Distancia de Servicios Financieros Destinados a los Consumidores; Real Decreto-Ley 19/2018, de 23 de noviembre, de Servicios de Pago y otras Medidas Urgentes en Materia Financiera.

## 2.5 Obligaciones referidas al capital

Inicialmente la entrega del capital constituía la forma que se entendía perfeccionado el contrato de mutuo, de manera que la identificación de la obligación de entrega del capital por parte de la entidad de crédito o prestamista, es hecha bajo la consideración de que los contratos de financiación son de carácter consensual y bilateral, por lo menos, pues más allá de la tradición que sostiene el carácter real del mutuo, hoy la verdad es que no hay contrato que no se firme y tenga un respaldo escrito, ya sea digital o de papel, o si los hay, es un número marginal. Esto se debe a cuestiones de orden práctico, pues sería inverosímil contar con un contrato celebrado con alguna entidad de crédito sin que haya un respaldo escrito, más aún hoy, que la mayor parte de los contratos de lo que nos ocupamos son contratos celebrados a través de condiciones generales de contratación, y que por tanto cuentan con un respaldo, una prueba preconstituida en la que constan la mayor parte de las cláusulas que la entidad de crédito prefiere. Así, el contrato de préstamo es a lo menos consensual<sup>340</sup>.

Quizá lo más destacable de la obligación de entrega del capital por parte del prestamista es que en realidad no corresponde a lo que jurídicamente debemos entender por entrega, pues en razón del contrato de préstamo el dinero que es objeto de la prestación de la deuda pecuniaria no se entrega en los términos de un comodato, sino que lo que ocurre es que se transfiere el dominio sobre dicho dinero y el prestatario o consumidor financiero pasa a ser dueño y señor del dinero prestado o acreditado (artículo 1753 del Código Civil español). Si bien no hay ningún problema en un planteamiento básico como este, el señalamiento de nuestra parte corresponde a una advertencia en cuanto a la productividad del dinero que se pretende, pues el dinero que ha sido objeto del contrato se ha transferido, de manera que nos encontramos con la situación ilógica de que si el dinero es productivo, el dueño de ese producto, el fruto civil en este caso es el

---

<sup>340</sup> Bazosabal, *op. cit.*, pág. 11.

dueño del dinero, que luego de la entrega del prestamista es el prestatario o acreditado<sup>341</sup>.

Luego, la contrapartida de la obligación de entrega del capital corresponde a la obligación de restitución del capital por parte del prestatario. Si bien esta es una de las obligaciones que genera menos suspicacias en la relación de crédito, esta posee ciertas características que es conveniente precisar para los efectos de comprender la relación de crédito en términos globales.

Se debe tener presente que la restitución del capital, que en términos financieros corresponde al principal, reflejo o contraprestación de la obligación de entrega del capital, es por necesidad una obligación sujeta a plazo, cuyo objeto normalmente está dividido o fraccionado en el tiempo y al cuál se le adosan el pago de los intereses que el capital prestado generaría, de haberse pactado.

El término utilizado para el pago de la cuota de capital que se restituye normalmente se referencia como amortización. Esta es la obligación que se presenta desde siempre. en las relaciones de crédito sean estas gratuitas u onerosas, es un requisito esencial de la relación de crédito, pues sin restitución de capital únicamente tendríamos un contrato distinto, más propio del mundo de las liberalidades.

Por otra parte, esta es la obligación inmediata del contrato de préstamo, si consideramos el carácter real de este, o la contraprestación de la obligación primaria de entrega por parte del dueño del capital, en un esquema jurídico consensual o formal, pues la escrituración en este último caso será previa a la entrega del capital.

Es importante tener presente que en un contrato de préstamo gratuito, es decir, en el que no se hayan pactado intereses, no se trata de que haya un incremento patrimonial para el prestatario, pues junto con la incorporación a su patrimonio de una suma de dinero, también ingresa en su deber la obligación de restituir dicho capital de acuerdo con las cláusulas contractuales. El beneficio económico

---

<sup>341</sup> La solución a este problema lógico que genera la consideración de los intereses como frutos civiles será desarrollada precisamente en la caracterización de la deuda de intereses.

para el prestatario pasa por la disponibilidad de liquidez en la actualidad y que su punto de vista justifica el pago de un precio por el capital prestado junto con la dilación de dicha restitución. Asimismo, respecto de esta obligación que puede ser pactada con varios momentos de vencimiento y que mayormente queda al imperio de la autonomía de la voluntad limitada, que no por eso invalida, donde el artículo 1255 del Código Civil español entra en pleno vigor. Cabe destacar de todas maneras que la restitución del capital, por tanto, requiere siempre de un plazo para cumplir con la finalidad económica de los contratos de financiación y que en el evento en que las partes nada hayan dicho el prestatario contará con un término para la restitución del dinero prestado, pues de lo contrario se perdería uno de los elementos fundamentales en la justificación de los intereses.

## **2.6 La deuda de intereses y su fundamentación**

La posibilidad de que el dinero genere intereses ha sido una realidad agresiva, pues aun cuando hayan existido históricamente posturas morales-religiosas<sup>342</sup>, con una fundamentación histórica que se inicia con ARISTÓTELES, que mejora SANTO TOMÁS y cuyos últimos exponentes son los canonistas<sup>343</sup>, todos los que rechazaban el cobro de intereses en los préstamos, éstos se han cobrado de una u otra forma, aparentando ser un curso natural por el que el dinero transita, catalogando el fenómeno de la productividad del dinero como una cuestión justa, lícita y natural y que esa dicha del capital debe ser perpetua<sup>344</sup>. Así, tanto en el Derecho canónico como en el Derecho islámico, se plantean argumentos para la prohibición de los intereses. Sin embargo, estas prohibiciones de carácter

---

<sup>342</sup> Gómez, *op. cit.*, pág. 17. La autora hace referencia a la postura del islam y del cristianismo como fuentes de reproche en base diversos textos del Corán y del Antiguo Testamento. A modo ejemplar en ÉX. XXII, 25: “Cuando prestares dinero a uno de mi pueblo, al pobre que está contigo, no te portarás con él como logrero, ni le impondrás usura”.

<sup>343</sup> Simonetto, *op. cit.*, pág. 20.

<sup>344</sup> Bastiat, C. F. (2007). *The bastiat Collection*. Auburn, Alabama: Ludwig von Mises Institut. Obtenido de mises.org. Pág. 138.

formal, que tuvieron influencia en la legislación, cedieron ante las exigencias de un capitalismo embrionario que exigía la financiación para su evolución tal como lo vivimos al día de hoy<sup>345</sup>, pues es a través del fomento del crédito, y no del ahorro, lo que ha conducido a la humanidad al progreso de hoy, o más bien, como nosotros pensamos, a vivir por sobre las posibilidades y decantando en situaciones de sobreendeudamiento.

Ahora, desde el punto de vista financiero la idea del interés descansa en el valor presente o valor presente descontado<sup>346</sup>.

Podríamos afirmar que un antecedente de la idea del valor presente puede ser vinculada la preferencia temporal, que en palabras de MISES se retrata de la siguiente manera:

*“La preferencia temporal es una categoría de la acción humana. No es concebible ningún tipo de acción en que la satisfacción más próxima no sea preferida — invariadas las restantes circunstancias — a la satisfacción más lejana. El propio acto de satisfacer un deseo implica que la gratificación presente se prefiere a la satisfacción ulterior. Quien hoy consume cierto bien (no perecedero), en vez de posponer tal consumo hasta un posterior e indefinido momento, proclama bien alto que valora en más la satisfacción presente que la futura. Si el interesado no prefiriera la satisfacción temporalmente más cercana a la más lejana, jamás llegaría a consumir, dejando perennemente insatisfechas sus necesidades. No haría más que acumular bienes que luego nunca llegaría a consumir ni a disfrutar. No consumiría hoy, desde luego, pero tampoco consumiría mañana, ya que ese mañana volvería a enfrentarle con la posibilidad de aplazar una vez más el disfrute”<sup>347</sup>.* Bajo esta idea es que desarrolla la teoría del agio.

---

<sup>345</sup> Jiménez Muñoz, F. J. (2008). El tratamiento de los intereses en el Derecho canónico y en el Derecho islámico. *Revista de Derecho de la UNED (RDUNED)*, 3, pág. 71-100.

<sup>346</sup> Mishkin, *op. cit.*, pág. 67. El valor presente descontado es un concepto financiero fundamental para comprender como opera el mercado financiero y se vincula con la idea de o noción común sobre que el dinero de hoy vale más que el de mañana.

<sup>347</sup> Mises (2011), *op. cit.*, pág. 578.

Una nota especial de las clásicas justificaciones de los intereses, como fruto civil del dinero, es la titularidad del capital, del monto de dinero que se presta, es decir, que quien presta es el dueño del dinero y que en razón del uso que hace el prestatario paga un precio<sup>348</sup>, el interés, describiendo una relación contractual equilibrada en sus prestaciones e incorporando los intermediarios financieros, quienes prestarían el dinero, que una parte de sus clientes ha depositado en sus cuentas, a otra parte de sus clientes quienes tomarían prestado dichos depósitos. Este es el esquema, el mapa conceptual por medio del que se explica el contrato de préstamo y así sigue explicándose, en el que el prestamista sigue siendo un mero intermediario.

De esta manera, en un esquema teórico moderno para que el dinero tenga un carácter productivo no basta con su existencia, pues es de público conocimiento que tanto en su manifestación formal, la moneda o el billete o un asiento contable, como en su aspecto inmaterial, la unidad ideal o unidad fundamental del sistema financiero, no generan más dinero, es decir, no generan intereses por sí mismos. Es más, la forma casi universal del dinero hoy, como asiento en una cuenta bancaria, como depósito bancario, no es que genere por sí mismo más dinero, al contrario, por la “custodia”<sup>349</sup> se realiza el cobro de una determinada comisión que podría acabar con el capital que se custodia generando el absurdo de que quien custodia es quien es el primer responsable de la disminución del capital y eventualmente su extinción. Es en razón de que el dinero sea objeto de una transacción lo que lo hace productivo o que el legislador haya contemplado alguna hipótesis en las que por alguna razón haga

---

<sup>348</sup> Villagrasa (1998), *op. cit.*, pág. 423. El autor en sus conclusiones establece que la justificación económica de los intereses está sustentada en la utilización del capital ajeno, el que establece como base para la justificación jurídica, bajo los postulados de la justicia conmutativa, que hemos llamado justicia conmutativa propiamente tal en lo que se refiere al contrato en su estado de normalidad, partiendo del mantenimiento del principio de equilibrio en las prestaciones, como una equitativa contraprestación a favor del acreedor que se encuentra privado del objeto de la obligación principal hasta el cumplimiento por parte del deudor.

<sup>349</sup> Se trataría de la custodia de un asiento contable, la custodia de una cantidad determinada de la unidad de cuenta, reflejada en los asientos de la entidad con la que se ha celebrado el contrato.

fructífero el dinero sin necesidad que haya sido objeto de alguna transacción sobre el particular o acuerdo en el que el objeto de la prestación sea dinero<sup>350</sup>.

Por tanto, es posible identificar aquellos casos en que han sido las partes o el legislador el que le atribuido el carácter productivo al dinero como bien. En el caso español tenemos lo establecido en el artículo 1108 del Código Civil español que presume la producción de intereses ante la mora del deudor de una obligación pecuniaria. Es decir, basta con el solo retardo por parte del deudor de una deuda pecuniaria de suma para que se produzcan los intereses moratorios, lo que, de no haber sido acordados por las partes, se presumen que corresponden a los legales.

Además, asumir que el dinero de hoy es más valioso que el dinero de mañana, bajo la premisa de la preferencia temporal, se conecta con la idea de la degradación del dinero propuesta por las posturas valoristas. Así, surge la idea de justicia en las deudas de valor. Ahora, hasta aquí, basta con un reajuste, a través de cláusulas de estabilización, para que la conservación del poder adquisitivo del dinero quede indemne. Se hace latente, por tanto, que lo que acuerden las partes en el contrato determinará la asunción de los riesgos de la degradación del valor comercial o poder adquisitivo del dinero en la posición deudora o acreedora<sup>351</sup>. Tras esto, asumir que en esta preferencia temporal, en este valor temporal del dinero descansa la justificación de los intereses estaría basado en la pérdida de valor real del dinero, pues el daño que se pretende

---

<sup>350</sup> Entiéndase que el dinero por sí mismo sin un acuerdo no producirá dinero, pues para que lo sea es necesario un contrato, en el que se pueden fijar con los límites que se quieran por la legislación aplicable o una norma legal que ordene la producción de intereses, como en el caso español en el artículo 1108 del Código Civil español, el que parte del supuesto de la existencia de una relación obligatoria, una deuda pecuniaria.

<sup>351</sup> Morales Moreno, A. M. (2006). *La modernización del derecho de obligaciones*. Navarra: Aranzadi, pág. 337. Se pone de manifiesto la idea de que el contrato es un instrumento para los negocios por medio del cual se distribuyen los riesgos del devenir en la actividad económica a la que se refiera. La idea de contrato propuesta por MORALES es solo en este sentido referido a incumplimiento, a la insatisfacción del interés comprometido en el contrato. Cabe precisar que la distribución de los riesgos de un negocio es precisamente lo que se busca, en atención a la previsibilidad que existe en el marco de la celebración de algún negocio en particular. MORALES eleva al incumplimiento como el gran riesgo al que se expone cualquier contrato una vez celebrado, pero el contrato tendrá que lidiar con más amenazas, con muchos más riesgos, y que sus categorías cambiarán dependiendo del tipo de contrato que se trate. Los contratos que ponen de manifiesto los diversos riesgos a que se puede ver afectada la relación contractual son aquellos de larga vida.

reparar en la relación contractual primero depende de lo previsto por las partes por el clausulado y segundo en razón del posible reajuste. Es más, el daño emergente derivado del incumplimiento de una obligación dineraria vendría a ser representado únicamente por la variación de su poder adquisitivo, por la variación del índice de precios al consumo (IPC) y como tal un riesgo general en la sociedad, daño al que igualmente se expondría el acreedor de haber tenido el dinero en su poder.

Estas cuestiones previas que se han ido mencionando son el estímulo de la búsqueda de una fundamentación jurídica de la obligación de pagar intereses y no quedarnos únicamente con los postulados de la economía y someter sus postulados al enjambre normativo sin un calce adecuado, que en palabras de SABATER, en que *“los márgenes del Derecho son más estrechos que los de la economía y así cuando una prestación se presenta sin causa jurídica que la ampare se la califica como ilícita, nula o indebida; sin embargo, la misma prestación puede existir en el mundo de los economistas, como simple evaluación global de las formas de inversión del dinero o del dinero circulante de un país en determinado periodo de tiempo”*<sup>352</sup>. De hecho, es habitual escuchar a los economistas partir de las leyes casi naturales de la ciencia económica que guían los planteamientos de las políticas públicas con ínfulas de especuladores exitosos, en circunstancias que la historia frecuentemente los ha dejado en una posición incómoda en cuanto a sus capacidades de previsión. Más aun, cuando la ciencia pregonada es constantemente puesta en duda mientras sus instituciones despliegan sus efectos en la realidad de todos los ciudadanos.

Asimismo, VILLAGRASA sostiene que *“el análisis económico de la deuda debe situarse en la fase previa del estudio, y es útil para comprobar su fundamento. Sobre la base del fundamento económico le corresponde al Derecho determinar cuándo en una relación jurídica debe constituirse una deuda de intereses, incluso sin la voluntad de las partes, e intervenir limitando la libertad negocial para garantizar el mantenimiento del equilibrio de las prestaciones, sobre todo a favor*

---

<sup>352</sup> Sabater, *op. cit.*, pág. 94.



*del deudor de intereses*<sup>353</sup>. Como se lee, el autor da relieve el principio *favor debitoris*, que hoy en día parece recomendable frente al desequilibrio del poder negociador presente en la mayoría de los contratos que corresponden contratos de financiamiento celebrados con base en condiciones generales predispuestas por las entidades de crédito. El carácter de contratación en masa y por adhesión de los contratos que generan la deuda de intereses merece tener ser tomado en cuenta, para sacar premisas que permitan claridad respecto a las consecuencias de la desigualdad en el poder negociador, particularmente en cuanto a la identificación del consumidor financiero y toda la normativa que asiste a este agente económico.

Así las cosas, procedemos a exponer sucintamente las teorías que han sido reconocidas como el fundamento de los intereses.

Los problemas relacionados con los intereses comienzan a ser debatidos en relación a las funciones que se le fueron atribuyendo al dinero. Especialmente cuando el dinero pasó a formar parte de aquellos bienes de capital como un factor de producción y se le consideró como un bien productivo. De ahí en adelante, la cuestión pasa a imbricarse de tal forma en las ideas de los economistas que al día de hoy alguien que sostenga lo contrario, que el dinero es improductivo, a lo menos sería tratado como un ignorante. Dicho carácter productivo del dinero, que le reconoce la mayor parte de las legislaciones<sup>354</sup>, fue reconocido bajo el mismo esquema de los frutos civiles.

---

<sup>353</sup> Villagrasa Alcaide, Carlos (2002). *La deuda de intereses*. Barcelona, EUB. Pág. 28

<sup>354</sup> En el caso francés el artículo 584 del *Code: Les fruits civils sont les loyers des maisons, les intérêts des sommes exigibles, les arrérages des rentes. Les prix des baux à ferme sont aussi rangés dans la classe des fruits civils.*

En el caso italiano : *Sono frutti civili quelli che si ritraggono dalla cosa come corrispettivo del godimento che altri ne abbia. Tali sono gli interessi dei capitali, i canoni enfiteutici, le rendite vitalizie e ogni altra rendita, il corrispettivo delle locazioni.*

En el caso chileno en el artículo 647 del Código de Bello: Se llaman frutos civiles los precios, pensiones o cánones de arrendamiento o censo, y los intereses de capitales exigibles, o impuestos a fondo perdido.

En el caso español con menos claridad, pues la norma análoga a la francesa es el artículo 355 del Código Civil y en esta no se mencionan los intereses como frutos civiles, sino que señala en su inciso final: "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".

Ahora bien, en cada uno de los momentos que fueron objeto de estudio los intereses, se debe tener en cuenta la realidad que circundaba su cuestionamiento o justificación, sobre todo lo referido a las distintas funciones que se le ha ido atribuyendo al dinero históricamente<sup>355</sup>. Así, si bien primitivamente se negaba la posibilidad de que el dinero fuera un bien productivo en sí mismo, fundado en los postulados de ARISTÓTELES<sup>356</sup>, quien planteó la máxima *pecunia non parit pecunia*, la que se precisa en el sentido de que el dinero es algo desprovisto en sí mismo de valor, algo que no es natural, sino pura convención, ya que si se lo sustituye por otra moneda no vale ni es útil para nada necesario. De todas formas, dichos postulados deben ser contextualizados en occidente, pues la revolución industrial y la revolución francesa hicieron que las nociones frente al dinero cambiaran diametralmente. La época en que dichos postulados tuvieron valor e influencia responden a una forma de organización económica que justamente veía al dinero con una función de cambio sin más.

En la historia del pensamiento económico se destaca el primer autor que planteó una justificación de la producción de intereses del capital y que tuvo repercusiones legislativas, este autor fue TURGOT. Este economista, que formó parte de la escuela fisiocrática, planteó la *teoría de la fructificación*, que intenta explicar el porqué del interés originario del capital, en palabras de BÖM BAWER, teoría según la cual el interés se basa en la posibilidad de cambiar el capital por un suelo productivo de renta<sup>357</sup>. Toda suma y en general todo capital es el equivalente de un fundo que produzca igual renta. TURGOT critica a los escolásticos la prohibición de la usura o de los intereses, entendiendo que el préstamo es un contrato recíproco, libre entre las dos partes, que lo realizan solo porque les es ventajoso. Los intereses no consistirían más que, en la estimación

---

<sup>355</sup> Las funciones del dinero fueron expuestas anteriormente y se pueden resumir en unidad de cuenta o medida ideal de valor, depósito de valor, medio de intercambio, medio de pago, dinero mundial, promotor de la actividad económica.

<sup>356</sup> Samaranch, F. (1986). Aristóteles, Obras (Del alma. Ética Nicomaquea. Ética Eudemiana. Política. Constitución de Atenas. Poética). Madrid: Editorial Aguilar, pág. 700.

<sup>357</sup> Simonetto, Ernesto; Fuentes Lojo, Juan V.; Martínez Valencia, Juan. *Los contratos de crédito*. J. Ma. Bosch, 1958. El primero pone en evidencia la debilidad de la teoría de la fructificación desde el punto de vista jurídico y mantiene la posición de Aristóteles, Santo Tomás y los canonistas, en el sentido que en el mutuo hay una transferencia de propiedad y se diluye, pues lo que se devuelve sería otra cosa.

del precio que corresponde a la ventaja para el prestatario por disponer del dinero y el correlativo inconveniente al prestamista por estar privado de él, y que por tanto ha de ser mayor en caso de que el prestamista corra un riesgo por la insolvencia del prestatario<sup>358</sup>.

A continuación, el término *interés originario* del capital para explicar la justificación del interés desde el punto de vista económico, llamó el análisis de la escuela austriaca al ser un elemento esencial de la economía, escuela que intenta llegar a esclarecer la justificación lógica que tienen los intereses en la economía de mercado. Así, MISES, partiendo de los aportes de BÖHM BAWER y STANLEY JEVONS, precisa que el interés originario constituiría uno de los elementos que determina la tasa de interés bruto del mercado<sup>359</sup> y acude a la idea de la *preferencia temporal* como axioma o imperativo ineludible de la acción humana<sup>360</sup>, que permite justificar el interés originario. Se aleja, no obstante, MISES en torno a las teorías de la productividad en cuanto a la explicación del interés, ya que *“el error fundamental de todas las teorías que apelan a la productividad o al uso para explicar el interés estriba en considerar el fenómeno del interés como función de los servicios productivos de los factores de producción. Porque la utilidad de los factores de producción determina no el interés, sino el precio de los mismos”*<sup>361</sup>. Nos señala que *“el interés originario es igual a la razón existente entre el valor atribuido a satisfacer una necesidad en el inmediato futuro y el valor atribuido a dicha satisfacción en épocas temporalmente más distantes. Dentro de la economía de mercado, el interés originario se manifiesta en el descuento de bienes futuros por bienes presentes.*

---

<sup>358</sup> Böhm-Bawerk, E. V. & Silva, C.(2014). *Capital e interés. Historia crítica de las teorías sobre el interés* (Vol. I). Innisfree. ISBN 9781909870208 Pág. 85. Rothbard. *Op. cit.* Págs. 425-457. El autor dedica estas páginas para reconocer las ideas precursoras de la escuela austriaca del pensamiento, particularmente basado en el análisis del texto “Escrito sobre el préstamo y el interés” (1770) en el que se plantea la idea de la preferencia temporal, idea clave en el pensamiento económico austriaco.

<sup>359</sup> Ya se analizará los distintos componentes de ese interés bruto. Por ahora diremos que los elementos que determinan el interés bruto no solo lo componen el interés originario, sino que también abulta el monto del interés el valor del trabajo con que el propio empresario ha contribuido en el proceso productivo, el interés del capital invertido y el beneficio empresarial propiamente dicho. Mises. *Op. cit.* Pág. 635.

<sup>360</sup> Mises, Ludwig von. La acción humana. Pág. 589.

<sup>361</sup> Mises, *op. cit.*, pág. 624.

*Se trata de una razón entre precios de mercancías, no de un precio en sí. Dicha razón tiende en el mercado a una cifra uniforme cualesquiera que sean las mercancías de que se trate*<sup>362</sup>. Al ser fundamental la preferencia temporal, concepto que se plantea del todo natural, de sentido común, lo que significa que el dinero de hoy vale más que el de mañana, prefiriendo la tenencia del capital y perpetuando el interés en manos de los que originariamente los han tenido. El valor del dinero actual es superior al de mañana.

En este mismo sentido, BASTIAT al justificar el interés plantea la idea del interés originario. La idea descansa en una concepción del dinero considerado en su carácter instrumental, en lo que representa el dinero, su función, es decir, el dinero es la prueba de que has desarrollado algún trabajo, de que has prestado un servicio a la sociedad y el valor de dicho aporte a la comunidad<sup>363</sup>. Así, la justificación del interés no se sustenta en el carácter productivo del dinero por sí, sino en la recompensa que la sociedad le debe a quien ha hecho un aporte a ella, ese es el interés originario, basado en la acción del hombre.

Ahora, desde la docencia jurídica JIMÉNEZ nos señala: *“Es con la conceptualización de los intereses como frutos civiles cuando la aceptación de la licitud de los intereses recibe un impulso definitivo. Los motivos del encuadre de los intereses entre los frutos civiles, que se produce y consolida con las codificaciones de finales del siglo XVIII y particularmente con el Code francés, derivan de la necesidad de afirmar la licitud formal del préstamo con intereses, relacionándola con la consecución de un cierto estadio de la economía mobiliaria comercial e industrial: se considerará que la circulación del capital, el crédito y los intereses encuentran su lugar en una economía mobiliaria, ligada al comercio y a la industria, que coexiste con la estructura económica tradicional ligada a la tierra y a una sistema de relaciones jurídicas de prevalente interés agrícola e inmobiliario. De la compensación derivada de la cesión del uso de cosas infungibles, que tiene como modelo jurídico el contrato de arrendamiento, se pasa, sin solución de continuidad, al rédito derivado de la cesión del disfrute (que*

---

<sup>362</sup> *Ibidem*, pág. 625.

<sup>363</sup> Bastiat, *op. cit.*, pág. 124.

*en este caso puede producirse solo a través de la transmisión de la propiedad de bienes fungibles, de capitales, equiparándose los intereses sobre capital a la merced arrendaticia inmobiliaria*<sup>364</sup>. La formulación del autor está basada precisamente en los postulados de TURGOT. Así, la ausencia de continuidad o de consecuencia lógica que se denuncia por este autor, creemos que trae como efecto la serie de problemas que se plantean para los civilistas al intentar justificar los postulados económicos acerca de que el dinero produce frutos civiles llamados intereses en el esquema sistemático de instituciones jurídicas bajo las que se pretende se incorporen los intereses, en su sentido subjetivo, de quienes detentan la titularidad de los bienes presentes. Es más, podemos aportar a este análisis que ve en la aplicación analógica del uso de bienes no fungibles, como ocurre en los inmuebles, retribuidos por la renta, es una analogía que es difícilmente soportable, pues en la base comparativa entre las dos situaciones jurídicas nos encontramos con bienes que son de naturaleza jurídica completamente diversos y que como consecuencia de esa diferencia, los efectos de la cesión de su tenencia, incluso sin ánimo de transferir el dominio, son completamente diverso. Es por esto que seguramente el legislador viene al auxilio del reconocimiento de que el préstamo pueda generar frutos ficticios, lo que es una cuestión completamente distinta.

Sin embargo, SIMONETTO, criticando la teoría de la fructificación expuesta, nos advierte que no sería difícil observar, lo que comprobamos con una breve reflexión a la que nos invita, que aunque el dinero sea susceptible de ser cambiada por una cosa productiva, el dinero no puede considerarse por ese solo hecho, una cosa productiva, puesto que la especie originaria pasa en propiedad al receptor y se diluye, cambiándose a una cosa diferente<sup>365</sup> o simplemente sirviéndonos para disminuir el pasivo de nuestro patrimonio.

Asimismo, cabe destacar la crítica a esta teoría realizada por D´ORS que aclara que la idea de que los intereses forman parte de una categoría del Derecho

---

<sup>364</sup> Jiménez Muñoz, F. J. (2010). *La usura: evolución histórica y patología de los intereses*. Madrid: Dykinson. Pág. 50.

<sup>365</sup> Simonetto, *op. cit.*, pág. 18

Romano, es decir, de los frutos civiles, es un error jurídico absolutamente aceptado por el capitalismo. Se pregunta este autor ¿qué son propiamente los intereses? Y señala que los intereses del dinero que se deja a otra persona, en realidad *son una especie de pena por el retraso en la devolución del dinero que se ha recibido*<sup>366</sup>, lo que se entiende hoy por intereses penales, bajo la fórmula de pena por retardo, pero que en el contexto de justificaciones de los intereses hay autores que niegan el carácter sancionador de los intereses<sup>367</sup>. Podemos ver en D'ORS un ánimo de conservación de las instituciones que hemos heredado de las civilizaciones que engendraron la Europa Continental, actitud compartida por el más destacado civilista chileno, el señor BARROS, quien plantea que el Derecho de las obligaciones, posee en nuestra tradición jurídica una estructura proveniente de la doctrina del Siglo XVII, especialmente por obra de POTHIER, recogida por el *Code civile*, que a su vez proviene del trabajo de siglos de interacción de las fuentes romanas, empíricas y casuísticas con una doctrina *iusnaturalista* sistemática que concibe el derecho en la dimensión moral del deber<sup>368</sup>.

Frente a la negativa de reconocimiento del carácter productivo del dinero sustentado en el hecho de la transferencia dominical que se hace de las cosas que son objeto de un contrato de mutuo y particularmente del mutuo o préstamo de dinero, en los que la cosa es extremadamente fungible y consumible, lo que impide entender que ese dinero prestado, transferida la propiedad al mutuario, genere frutos civiles, considerando que los frutos se producen para su dueño, quien en este esquema no sería el mutuante o prestamista, sino el mutuario o prestatario. Este es el absurdo jurídico que presenta el reconocimiento de los intereses como frutos civiles, a lo que se reaccionó teorizando con entidades

---

<sup>366</sup> D'Ors, Á. (1990.). Premisas morales para un nuevo planteamiento de la economía. *Revista Chilena De Derecho*, 17 (3). Pág. 444.

<sup>367</sup> Medina Alcoz, M. (2011). Anatocismo, derecho español y draft common frame of reference (online). Disponible: <https://indret.com/anatocismo-derecho-espanol-y-draft-common-frame-of-reference/> (Última consulta 17 denoviembre del 2021). *InDret*. Pág. 44. En el marco del análisis de los intereses anatocísticos la autora niega el carácter sancionador de estos y sostiene la justificación del interés anatocístico, por ser moratorio, en el lucro cesante que sufre el acreedor.

<sup>368</sup> Barros Bourie, E., García Rubio, M. P., & Morales Moreno, A. (2009). *Derecho de daños*. Madrid: Fundación coloquio jurídico europeo. Pág. 135.

abstractas que serían las figuras que generarían el fruto civil y ya no propiamente la manifestación formal del dinero, al carecer el prestamista de propiedad sobre las singulares piezas de dinero. Estas teorías son agrupadas por SIMONETTO y que a cuyos exponentes les da el nombre de *Nutzungstheoretiker*<sup>369</sup>, teóricos que crearon entidades abstractas o ideales respecto de las cuales existiría una suerte de uso y por las que se debía pagar y que se traduciría en los intereses. Las figuras citadas por el autor son *la cifra, el capital, el incremento patrimonial, el valor y el crédito*.

Respecto del capital, sería considerado como una suma de valores que pueden cambiar de forma sin perder, sin embargo, la sustancia, pero cuya existencia está siempre ligada a la de una riqueza material<sup>370</sup>. Por otro lado, la referencia a lo que se entiende por capital vinculado a la idea del dinero, BASTIAT de manera inmediata a la pregunta qué es el capital deja fuera de este concepto al dinero<sup>371</sup>. Cabe hacer presente igualmente que en el lenguaje cotidiano sí que se considera a la suma prestada, el principal, como capital y así incluso se enseña.

Luego, respecto del incremento patrimonial se entiende como el desequilibrio patrimonial entre el que da y recibe en el momento en que se perfecciona el contrato y que se mantendrá durante el periodo acordado. Así ese incremento patrimonial sería el objeto del uso que haría el prestatario. Respecto de esta entidad ideal sobre la que se pretende un uso, SIMONETTO deja en claro que dicho incremento patrimonial no ocurre, pues desde el momento en que se celebra este contrato, para el prestamista se genera un crédito y para el prestatario un débito, de tal forma que no hay incremento patrimonial alguno, cuestión que se daría solo si quien recibe el dinero no tiene la obligación de restituirlo. Esta visión contable del autor nos haría afirmar por tanto que el incremento patrimonial sería para el prestamista, pues en su haber no solo

---

<sup>369</sup> Por la palabra *Nutzungs*, entiéndase aprovechamiento o utilización.

<sup>370</sup> Simonetto, *op. cit.*, pág. 24.

<sup>371</sup> Bastiat (2007), *op. cit.*, pág. 147.

existiría el crédito para la restitución del principal, sino que también por la obligación accesoria y considerada como un fruto ficticio del mismo. Asimismo, considerar el valor que representa la suma prestada, escindiendo el valor del dinero respecto del dinero mismo para encontrar la justificación de la generación de los frutos a favor del prestamista, no es más que otra forma de plantear que lo que produciría los intereses sería el crédito que se agrega al haber del prestamista.

Por otra parte, debemos considerar lo que plantea SIMONETTO, al precisar que no se puede pretender entender el fenómeno de los intereses sin hacer un análisis integral de las teorías que lo han intentado explicar, tanto desde la economía, como desde el Derecho. De esta manera, nos plantea que es necesario tener siempre a la vista el fenómeno en el marco de la complejidad del contrato de crédito, el que le da nacimiento, cuestión que enriquece el análisis jurídico, pues permite la contextualización de los intereses en una de sus principales fuentes, que es el contrato<sup>372</sup> y que es la que nos interesa. Más aun considerando que los contratos de financiamiento que albergan cláusulas de intereses forman parte de la práctica de los contratos de adhesión, regla en los desequilibrios de negociación naturales en la economía de hoy.

Si bien estamos de acuerdo que para la doctrina jurídica existen principios e instituciones que no se pueden pasar por alto, las que permiten sostener que la realidad jurídica a la que se enfrentan los intereses es mucho más restringida que para la economía, no quiere decir que las teorías económicas puedan ser del todo ajena a la generación jurídica de la deuda de intereses o inútiles, sin la cual no podrían ser efectivos los postulados de los pensadores que le dieron lugar. Es más, teniendo en cuenta que normalmente el interés tiene por objeto el dinero, que por lo demás es la categoría de interés que nos interesa, la doctrina más extrema rechaza la distinción del concepto económico y jurídico del dinero, pues señala que el dinero es siempre una creación del ordenamiento jurídico, solo es dinero aquello que la Ley y antes la costumbre reconoce como

---

<sup>372</sup> Simonetto, *op. cit.*, pág. 9.



tal<sup>373</sup>. En este sentido, nos parece importante destacar sobre algunas cuestiones relativas al rol que juega el Derecho en la sociedad, pues desde el momento en que se incorpora alguna nueva “realidad”, en este caso completamente ficticia y que responde esencialmente a las teorías económicas acerca de la generación de los intereses por un capital, pues desde que se incorpora en las legislaciones decimonónicas, es un aspecto de la realidad económica tutelado por el Derecho y deja de ser discutible su existencia jurídico legal, más allá de su posible derogación y de los cuestionamiento jurídicos que se pueden afirmar respecto a esta nueva realidad reconocida.

Ahora, volviendo a la teoría que pretende dar razón del por qué y cómo se producen estos frutos del dinero o capital que corresponden a la teoría del uso o del goce (*Nutzungstheorie*,) que algunos de los autores que se repasaran en este apartado plantean cómo posibilidad de justificación jurídica de los intereses, teoría, que en explicaciones de SIMONETTO sería aquella que, en su expresión más simple, considera desde luego las cosas entregadas como susceptibles de goce continuado en el tiempo y de restitución, sigue con su explicación de la mentada teoría, al señalar que parece propio de la sensibilidad económica popular el concepto de que siendo idénticas las cosas dadas y restituidas, se pueda casi afirmar que aquellas no pierden su individualidad después de su transferencia dominical y aun después de haber sido consumidas. Sin embargo, el dinero no goza de las mismas características de una casa o de una máquina, que hace tener reticencias a esta explicación. Luego, el autor ofrece una crítica generalizada a todas aquellas teorías que se derivaron de su primera formulación y precisa que los defensores de la teoría del goce hubieron de buscar otras entidades que fuesen susceptibles de durar y de sobrevivir a un consumo o a una enajenación de la especie destinada a desaparecer en un acto instantáneo de goce y así se habla del *Quantität*, para la que señala que la cantidad nos es más que una mera abstracción, que no puede sustituir ni aun

---

<sup>373</sup> Lacruz Berdejo, J. L., Sancho Rebullida, F. d., Luna Serrano, A., Delgado Echeverría, J., Rivero Hernández, F., & Rams Albesa, J. (2011). *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. (Vol. Volumen primero). Madrid: Dykinson. Pág. 88. Hay que tener en cuenta que un planteamiento como este está basado en cartalismo de KNAPP desarrollado anteriormente.

conceptualmente la cosa y que no constituye ella misma, la cantidad, una cosa transferible, usable y restituible<sup>374</sup>. En efecto, parece no satisfacer esta teoría económica los simples postulados que se plantean en materia de bienes respecto a su uso, goce y transferencia, sobre todo si se ve al contrato de préstamo de dinero como un antecedente que habilita para ser dueño del dinero o cosa fungible que se presta. Con razón no se tiene a la vista la normativa existente respecto a lo que puede o no ser objeto de goce duradero, pues los pensadores economistas no manejan los tecnicismos de la teoría general de los bienes heredada del Derecho Romano. De la teoría del goce se derivaron otras conocidas como la del incremento patrimonial o valor, el capital y finalmente el crédito, todas las que se basan en un ente ideal o abstracto al que le atribuyen la virtud de la producción de intereses. A todas ellas puede oponerse la misma objeción fundamental consistente en que falta un bien susceptible de goce continuado<sup>375</sup>.

Con el mismo objeto de justificación económica, nos encontramos con la teoría la de la productividad, cuya autoría es atribuida a SAY, la que parte de la idea de que la contraprestación de intereses se encuentra en el hecho de que el dinero sirve para producir más bienes o más dinero, y no solo para satisfacer las necesidades inmediatas, a partir de lo que se concibe el interés como producto derivado del uso del capital<sup>376</sup>. Desde ya cabe plantear que, si bien puede ser aceptable la posibilidad de que el dinero es un bien productivo, en la forma que se plantea por esta teoría, deja fuera los créditos que, justamente, tienen por objeto satisfacer necesidades inmediatas, como los créditos de consumo.

Posteriormente, se planteó por BÖM-BAWERK la denominada *teoría del lucro o del cambio*, también conocida con la teoría del *agio*, que en términos sintéticos se expone sobre la premisa de que la raíz del asunto, del problema de justificar el interés originario del capital, el porqué de dicho interés, se sustenta en considerar el “valor de los bienes”, cuestión que según el autor, sería el eje

---

<sup>374</sup> Simonetto, *op. cit.*, pág. 20.

<sup>375</sup> *Ibidem*. Pág. 31.

<sup>376</sup> Sabater, *op. cit.*, pág. 86.

principal de la explicación científica del interés, pues el autor austriaco señala que es el valor de los bienes, el compás y el móvil fundamental de los actos económicos del hombre<sup>377</sup>. Así, precisa que “en realidad el préstamo es un verdadero cambio de bienes presentes por bienes futuros. Los bienes presentes encierran siempre mayor valor que los bienes futuros de la misma clase y cantidad, es evidente que para comprar una determinada suma de bienes presentes hay que entregar a cambio normalmente una suma mayor de bienes futuros. Los bienes presentes reclaman una prima, un *agio* en bienes futuros. El *agio* es el interés”<sup>378</sup>. Nuevamente se plantea la preferencia temporal como la natural justificación del pago del precio por el uso del dinero, el dinero de hoy vale más que el de mañana y no por consideración de su valor real, sino basado en la idea de la preferencia temporal.

Esta teoría es criticada por SIMONETTO, quien la analiza desde la perspectiva del mecanismo práctico del crédito y en la que ve una insuficiencia para dar una explicación que conforme al Derecho. Precisa el autor que, la teoría del cambio justifica el interés declarándolo debido como lucro o diferencia de valor entre los bienes actuales y los bienes futuros<sup>379</sup>. La crítica más destacable que hace el autor a la teoría del *agio* consiste en sostener que partiendo que los intereses son un fenómeno duradero, plantea que los juristas consideran a los intereses como una obligación de ejecución continuada y que los economistas diferencian el capital de los intereses por su naturaleza intrínseca, siendo el capital un fondo de bienes y los intereses un flujo de bienes<sup>380</sup>, lo que impide entender a los intereses como una prestación única por el cambio de valor presente y el futuro. Ahora, a nuestro entender la crítica tiene que ver más bien con la forma en que se podría llegar a considerar el pago del interés, pues incluso hoy en concordancia con cuestiones relativas a transparencia bancaria, se busca que se informe el precio total del crédito.

---

<sup>377</sup> Böhm-Bawerk, *op. cit.*, pág. 512-519.

<sup>378</sup> *Ibidem*. Pág. 282.

<sup>379</sup> *Ibidem*. Pág. 91.

<sup>380</sup> Simonetto, *op. cit.*, pág. 45.

Por otra parte, hoy la diferencia de valor podría vincularse con el poder adquisitivo del dinero, entre el momento de la entrega del capital al prestamista y su restitución, ubicando el fenómeno dentro de una de las características del dinero, su alterabilidad<sup>381</sup>, ya sea como consecuencia de la inflación o de la deflación. Esta característica del dinero es prevista por las entidades financieras y las alternativas jurídicas que se toman al establecer las condiciones generales de contratación, van en la incorporación de dicha diferencia de valor como un elemento que determina el monto de interés o lo sacan de dicha consideración y lo ponen en una cláusula aparte, llamada cláusula de estabilización<sup>382</sup>. Así, esta teoría perdería importancia en la justificación de los intereses, como única explicación. Sin embargo, en parte sí es tomada por los prestamistas para determinar el precio de sus servicios y de esto nace uno de nuestros cuestionamientos del daño que se pretende indemnizar con los intereses.

Definitivamente SIMONETTO encuentra una alternativa de explicación de los intereses, basado en los postulados de economistas más modernos que hacen resaltar que los intereses son la compensación de un sacrificio que el acreedor acepta. *“El interés aparece de esta forma como el precio del tiempo (Zeitlohn), pero no del tiempo creación del buen Dios, que no se puede vender ni comprar, sino del tiempo durante el cual una cierta situación se prolonga: retribución de un sacrificio económico durable. No es necesario por consiguiente recurrir a idealizaciones que deforman la realidad para dar una eficaz representación del fenómeno, sino que son suficientes los conceptos de crédito y débito, y dilación o plazo”*<sup>383</sup>. Así, plantea como única teoría aceptable, a los fines de construcción jurídica, la teoría del plazo o de la dilación. El sacrificio que hace el prestamista

---

<sup>381</sup> Bonet (1981), *op. cit.*, pág. 397.; Díez-Picazo (2008), *op. cit.*, pág. 295-308; Sabater, *op. cit.*, pág. 293.

<sup>382</sup> Sabater, *op. cit.*, pág. 81-82. De hecho la autora deja en claro que entender la teoría de los justos títulos para justificar jurídicamente los intereses podría ser utilizada para incluir cualquier fenómeno social que en el futuro podría producirse y que desequilibrase la equivalencia de las prestaciones, del mismo modo en que se incluyó por la Iglesia la idea de la productividad del dinero en dichos títulos justos y que permitieron los intereses convencionales, pero considerando que en tal caso las deudas de dinero dejarían de ser tales y pasarían a ser deudas de valor.

<sup>383</sup> Simonetto, *op. cit.*, pág. 59.

de privarse de una cantidad de dinero por un plazo es el fundamento de los intereses, su explicación y legitimidad.

No obstante, en contraste a la idea del tiempo planteada en la fundamentación de los intereses, si fijamos la atención de los efectos jurídicos del tiempo en el ordenamiento jurídico, podemos ver que el caso de los intereses es completamente antitético con las ideas o nociones que entendemos que el Derecho le reconoce al transcurso del tiempo, sin ir muy lejos, podemos ver que la prescripción justamente produce el efecto contrario al préstamo con interés y es más, frente a la inercia o silencio de la relación jurídica propio de las relaciones que se ven afectadas por la prescripción, en el caso de una relación crediticia, la figura del interés impide alcanzar la seguridad jurídica que sustenta el transcurso del tiempo en las relaciones obligacionales y todo lo contrario, aun existiendo silencio en la relación jurídica la posibilidad de que los intereses generen a su vez intereses sin ningún límite aporta a la configuración de situaciones en las que la relación de crédito podría nunca acabar.

Por otra parte, SABATER al momento de dotar de una fundamentación a la obligación de pagar intereses señala, luego de analizar diversas teorías acerca de la justificación económica de ellos, como conclusión crítica que “el único fundamento de los intereses del mutuo es el de mantener el equilibrio de las prestaciones, y se trata, claramente, de un fundamento exclusivamente moral, que formularon por primera vez los teólogos de la Escolástica (aunque recogiendo ideas del Derecho Romano), como teoría de los justos títulos”. Esta postura plantea que es lícito exigir intereses convencionales, ahora que la iglesia asume la naturaleza productiva del dinero, y bajo las premisas de que nadie puede enriquecerse a costa de otro, así como el de la equivalencia en el intercambio de las prestaciones de entrega del dinero y su correspondiente restitución. Esos títulos serían el daño emergente, el lucro cesante, y el *periculum sortis* (riesgo de perderlo), justificaciones del interés convencional que la autora mencionada señala que se transmitieron al Código Civil español. Además, plantea el convencimiento que las teorías del lucro y de la productividad serían

las ideas que se adecúan a lo planteado por el Código Civil español <sup>384</sup>. Los intereses basados en la justificación del lucro cesante o del daño emergente<sup>385</sup> nos hace pensar en la medida de ese daño. La cuantificación de los daños provocados por el hecho lícito del contrato deberá estar sujetos al precio justo. Es decir, el precio justo del dinero. Al ser el dinero en los contratos de financiación la mercadería de la relación contractual, esta tiene un precio natural otorgado por el mercado y que es perfectamente posible de identificar hoy en día con base en el promedio de tasas cobradas en la plaza, como mecanismo común y casi natural de determinación del precio de cualquier mercadería, el denominado precio comercial. Ahora bien, bajo el título del daño emergente es que se puede comprender la necesaria reajustabilidad que requieren las deudas de dinero, pero incorporar este título como una justificación jurídica de los intereses, no nos convence, pues significaría que ante la existencia de una cláusula de estabilización y el pacto de intereses se estaría pagando dos veces por el mismo rubro. De esta manera, la forma en que se ha abordado contractualmente la previsión de dicho daño es con las denominadas cláusulas de estabilización, cuyo cuestionamiento hoy estaría fuera de lugar, especialmente por la experiencia inflacionaria que afecta al sistema financiero endémicamente y que desde un punto de vista jurídico, desde que el objeto de las prestaciones puede ser determinable, no habría problema desde la técnica civilista el comprender su procedencia, más allá de la discusión del carácter público de las normas que establecen el sistema de pagos y que bajo la forma de una deuda cuya prestación es determinable, no despierta dudas.

Como se puede apreciar, la autora se basa tanto en una fundamentación de carácter económica, como jurídica para dar razón de ser a la licitud de los intereses y superar las dudas acerca su posibilidad lícita de existencia. Sin embargo, creemos que los postulados de SIMONETTO, en el sentido de que la economía debe pasar por el tamiz del Derecho de obligaciones para llegar a la meta de fundamentación práctica del fenómeno de los intereses se hacen

---

<sup>384</sup> Sabater, *op. cit.*, pág. 79 y 93; Gómez, *op. cit.*, pág. 27.

prescriptivos. Y luego, en lo que se refiere a una fundamentación propiamente jurídica, acudiendo a los títulos justos del Derecho Canónico, sustentados en el enriquecimiento injusto y la equivalencia de las prestaciones, tendríamos que detenernos unas líneas adicionales.

Es así que, a nuestro entender, cuando se precisa sobre los justos títulos que estarían bajo los principios señalados por SABATER, enriquecimiento injusto y la equivalencia de las prestaciones, es posible ver que en lo que se refiere *al daño emergente y el lucro cesante*, son figuras que se dan más propiamente frente a un ilícito, sea este contractual (incumplimiento de una obligación) o extracontractual, y que en caso de los préstamos de dinero solo tendría aplicación en lo que se refiere a los intereses moratorios, respecto de los que efectivamente se enarbó su justificación por los canonistas basados en esos justos títulos, intereses por mora a los que se les atribuye una función esencialmente indemnizatoria<sup>386</sup>.

Al hablar de intereses retributivos, fundar su establecimiento en los títulos del daño emergente y el lucro cesante, nos hace pensar de inmediato en el origen de los intereses, su fuente, hablamos de que existe un hecho voluntario del acreedor, no un ilícito, que da nacimiento a los intereses, dígame un contrato, lo que nos impide entender que dichos títulos fueran los justificantes de la obligación objeto de estudio. Sin embargo, el razonamiento por el que se fijan los intereses convencionales se entiende perfectamente bajo la idea de lucro cesante y daño emergente, pero habría que añadir las ideas relativas al costo de oportunidad, también conocido como rubro de daños en la expresión “pérdida de la chance”. En definitiva como señala JIMÉNEZ “*en realidad todos los intereses responden a una misma y única función y fundamento: el resarcimiento por la privación que el acreedor sufre de su capital y que le determina una pérdida de su productividad, privación que concurre en todo tipo de intereses, tanto moratorios como compensatorios*”<sup>387</sup>.

---

<sup>386</sup> Múrtula, *op. cit.*, pág. 350.

<sup>387</sup> Jiménez Muñoz, Francisco Javier (2008), *La deuda de intereses*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid. Pág. 69, En Medina Alcoz, M. (2011). Anatocismo, derecho

Es más, estos justos títulos expresados como la justificación de los intereses remuneratorios, nos hacen pensar en una presunción de la buena capacidad negociadora de los dueños del capital, de los bancos, de tal forma que se conecta necesariamente con la presunción de que el dinero, entendido como capital, es un bien productivo, que bajo las teorías económicas se sustentan en la teoría de la productividad, cuya recepción legal se sustenta en la idea o principio de *id quod plerumque accidit*, bajo la cual la normalidad, lo que ocurre con habitualidad es reconocida por el Derecho.

Por otro lado, el denominado *periculum sortis* o también conocido como el peligro de pérdida o de difícil recobro del capital prestado, parece tener, en nuestra opinión mayor coherencia con la relación obligatoria que se genera en los préstamos de dinero, pues dicho riesgo existe, así como también existe el riesgo para cualquier contrato de verse incumplido, de manera que, desde ya, podemos afirmar que no sería una cuestión propia de los préstamos o créditos. Se precisa en este título justificativo del cobro de intereses puede presentarse en dos formas: La primera, a través del peligro intrínseco en general que se refiere a la posibilidad de que perezca el capital en todo mutuo; y la segunda, mediante el peligro extrínseco o especial, que proviene de la calidad del mutuatario o de la empresa en particular que toma el capital ajeno. En esta distinción, se precisa que nada podría pedirse por el peligro intrínseco, que estaría en todo negocio, y por otra parte que es el extrínseco el que fundamentaría un riesgo que debe ser asumido por quien recibe el capital ajeno<sup>388</sup>. No obstante, consideramos que esta distinción en nada aporta a la justificación especial que pone en los intereses en relación con la amplia gama de contratos, pues en cualquier contrato oneroso conmutativo el acreedor corre ambos riesgos.

---

español y draft common frame of reference (online). Disponible: <https://indret.com/anatocismo-derecho-espanol-y-draft-common-frame-of-reference/> (Última consulta 17 denoviembre del 2021). *InDret*.

<sup>388</sup> Villagrasa (2002), *op. cit.*, pág. 55. Esta cuestión está analizada por el autor a propósito de la “Evolución de la doctrina eclesiástica hacia la legitimidad de la deuda de intereses y las aportaciones escolásticas al estudio de la figura jurídica”. La referencia se hace necesaria para analizar los postulados de SABATER respecto a la justificación de la deuda de intereses.



Ahora bien, no se entiende por qué el peligro de la pérdida, el riesgo del incumplimiento, debe estar entre los títulos que justifican la procedencia de los intereses, pues se trata de un peligro, un riesgo que está presente en todos los contratos de manera que cualquier acreedor que pretenda obtener una ganancia de un negocio correrá este riesgo, el riesgo del incumplimiento, de manera que debemos concluir que en todos los contratos, el riesgo de incumplimiento está incluido en la contraprestación, es decir, determinara el monto de la unidad ideal a pagar, pero como sabemos, el precio no necesariamente se determina en función de factores de carácter objetivo, sino más bien se trata de un número de la unidad fundamental determinado por la intersubjetividad del intercambio. De esta manera, lo que se plateaba como un título que justificaba los intereses, pasó a ser un elemento de la determinación de los mismos, justificados en los tipos de daño.

Ahora, si utilizamos el punto de vista técnico-bancario, podemos distinguir en primer lugar un riesgo financiero (reembolso no puntual al vencimiento). En segundo lugar, un riesgo económico (insolvencia, que depende tanto de la fiabilidad del cliente como de la forma técnica de la operación y así la apertura de crédito en cuenta corriente presenta riesgos mayores que otras operaciones bancarias a corto plazo y se concede por tanto a tipos más elevados. Y por último un riesgo monetario representado por la inflación. Nos señala JIMÉNEZ: “Estos factores de riesgo han de relacionarse con otros factores determinantes, como el tipo oficial de descuento, el rendimiento de los títulos de deuda pública y, en general, el mercado de la oferta y la demanda de dinero. La complicación de factores concurrentes hará que, en la actividad interpretativa del juez, el factor riesgo sea tenido en cuenta únicamente de manera genérica y solo en los casos en que haya una relevancia evidente”<sup>389</sup>.

Así, verificamos que el monto de intereses tiene una fuerte influencia en los riesgos asociados al negocio. Esta cuestión no deja de permanecer en las reflexiones de los juristas y economistas al momento de referirse a los intereses.

---

<sup>389</sup> Jiménez. *Usura... op. cit.*, pág. 80. el autor en la nota 274 da cuenta de los riesgos conocidos desde el punto de vista de la técnica bancaria.

En este punto llama la atención que se diga que el mercado monetario es un mercado que se caracteriza por el bajo riesgo y la alta liquidez. En este punto, debemos tener en cuenta la idea instrumental del contrato, como un mecanismo de distribución de riesgos para desarrollar un negocio. Cabría preguntarnos aquí, ¿hay límite o estándares de distribución de riesgos? A lo que respondemos no preventivamente, pues el modelo de contratación de los contratos de financiación es el de los contratos de adhesión, en los que el predisponente establecerá una distribución de los riesgos favorables a su negocio. ¿Es posible que el riesgo sea distribuido de forma arbitraria? Sí, y es más, es posible que se cargue doblemente algún riesgo, como en el caso de la inflación.

Adicionalmente, en cuanto fundamentación jurídica de los intereses, importa ahora la idea de que el plazo, no entendido como una modalidad del contrato, sino que en los términos que señala SIMONETTO, puede llegar a ser la razón que explique los intereses. En este punto tenemos que adoptar una posición al respecto y es que el sacrificio que hace el prestamista privándose temporalmente de una cantidad de dinero, será tal en la medida que partamos de la base de las capacidades o aptitudes de inversionista del dueño del dinero, lo que aceptamos, si consideramos que quienes manejan la mayor parte del dinero son los bancos, que gozan de la experiencia y cualidades para la obtención de ganancias con el dinero. Tal como nos señala MORALES, al entender que el lucro cesante atribuible al incumplimiento de una obligación pecuniaria son los intereses legales de conformidad al artículo 1108 del Código Civil español <sup>390</sup>.

Sin embargo, hay que tener presente que hoy en el esquema financiero del dinero fiat, en el que impera la idea de la expansión crediticia por parte de los bancos, es decir, que las entidades de crédito pueden crear dinero de la nada, dicha privación se relativiza. Es más, es posible ver ya que hace algún tiempo se dudaba del daño emergente provocado por el incumplimiento de una

---

<sup>390</sup> Morales Moreno, A. M. (2010). *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Pamplona: ARANZADI S.A. Thomson Reuters. Pág. 85.

obligación dineraria las entidades bancarias en razón de las tasas bajas a las que podían obtener dinero<sup>391</sup>.

Ahora, bajo una perspectiva histórica, incluso durante la época en la que el sector bancario aun cumplía únicamente funciones de intermediario entre los depósitos realizados por clientes y los préstamos realizados a quienes acudirían con el ánimo de obtener una financiación, a través de lo que se conoce hoy por transformación de capitales, es que los fundamentos planteados fueron desarrollados, y que teniendo a la vista la propiedad del dinero de los depositantes, ya resultaba cuestionable. Es así como, en cuanto a este fundamento de la producción de los intereses, hay que tener presente el problema de quienes son los efectivamente titulares de esos capitales.

En consecuencia, incluso durante el periodo de reserva del 100 %, en el que la banca es solo intermediaria, estaríamos en presencia de una situación en la que quien presta el dinero no es realmente su dueño y no obstante percibe intereses por ese dinero. Lo que se superaría bajo la idea de que, al depositar, el depositario estaría adquiriendo el dominio de los bienes en cuestión, lo que atenta contra los principios generales de lo que HUERTA llama depósito irregular<sup>392</sup>.

---

<sup>391</sup> Ruiz-Rico Ruiz, J. M. & Castaños Castro, P. (2015). Intereses moratorios declarados abusivos: reflexiones sobre las consecuencias derivadas de la nulidad de la cláusula de intereses moratorios en préstamos con consumidores. *Diario La Ley*(8645). Pág. 8. "Este último debate resulta relevante en los momentos presentes, dado que hay que recordar que el acceso de las entidades financieras en la actualidad a líneas de crédito del Banco Central Europeo, para cubrir eventualidades y necesidades de cobertura, pone de manifiesto que el coste para los bancos por acceder a dinero con el que cubrir posibles demoras o descubiertos, es desde hace tiempo prácticamente de cero, o a lo sumo con abono de tipos muy bajos, inferiores al 1 por ciento. Del mismo modo, el coste que los bancos asumen en los momentos presentes por recabar de ciudadanos el dinero necesario para su propia actividad, o para una hipotética cobertura de posibles impagos de distintos prestatarios, es igualmente muy bajo, entre el 0 y poco más del 1 por ciento".

Es de cero el costo debido a que el esquema financiero del dinero hoy parte de la expansión monetaria por parte de las entidades financieras. Es de cero porque los bancos son los que crean el dinero, es de cero porque se trata solo de dinero escritural y por lo tanto al estar en una situación privilegiada los bancos no se ven afectados del daño por incumplimiento de las obligaciones pecuniarias o por lo menos en cuanto a la disponibilidad.

<sup>392</sup> Huerta, *op. cit.*, pág. 35. "No cabe duda de que aquellos que desde un principio recibieron en guarda y custodia el dinero de sus conciudadanos eran conscientes de las obligaciones que asumían y, en concreto, de la necesidad de cuidar como un buen padre de familia el tantumdem recibido, de manera que estuviera en todo momento a disposición del depositante. Esto, y no

En definitiva, creemos que las fundamentaciones que se dan desde el punto de vista jurídico parten de la fundamentación económica de los intereses, correspondiéndole a esta ciencia la explicación científica del fenómeno y a la ciencia jurídica incorporarla coherentemente en el ordenamiento jurídico bajo el valor justicia que se concreta en la justificación causal de su nacimiento, para que exista un equilibrio entre las prestaciones de las partes del contrato de préstamo. Al decir coherentemente nos corresponde como juristas filtrar este magno caso de innovación financiera, como es el dinero fiat, en las relaciones entre las entidades de crédito y nuestros consumidores, pues hoy la masa de consumidores reclama un amparo frente a la usura, que se produce bajo el sistema financiero actual, con o sin denuncia y que genera exclusión social.

En este sentido, por ejemplo, la opinión de SIMONETTO acerca de la justificación de los intereses pone de relieve que se parte justamente de un *sacrificio económico*, el que se sustenta en las teorías de la productividad del dinero. Lo mismo ocurre con los justos títulos de los canonistas, pues si bien las figuras del daño emergente, el lucro cesante y el *periculum sortis* son, históricamente conocidas como creaciones jurídicas, su aplicación al interés parte justamente de los postulados acerca de la productividad del dinero, al hecho de que acreedor dueño del capital se sacrifica económicamente cediendo lo que le pertenece. Así, ese sacrificio económico del que se habla quien lo sufre es el dueño del capital y la idea de justificación, por tanto, se sustenta en un préstamo entre particulares, más que en la realidad del sistema de crédito.

Ahora, si el interés se produce solo si existe la intervención de un acuerdo sobre el préstamo de una cantidad de dinero, se hace lógico asegurar que si no hay contrato, no existe la posibilidad de la gestación natural de intereses, como premisa justificadora, el supuesto sobre el cuál el dinero puede generar más dinero.

---

*otra cosa, significa el encargo de custodia en un contrato de depósito de bien fungible*". Cabe expresar de todas maneras, que el desarrollo argumentativo del autor busca desacreditar el sistema de reserva fraccionaria, como causante de las crisis económicas.

En consecuencia, a partir de estos fundamentos, los intereses se erigen sobre los títulos del daño emergente y el lucro cesante, por lo que tenemos que el carácter de los intereses, cualquiera sea, es indemnizatorio. Estas explicaciones que dan por justificada la procedencia de los intereses en las relaciones obligatorias financieras parten de una realidad del mercado del dinero muy antigua, en la que los prestamistas eran precisamente dueños del dinero, de capital y en los que el sacrificio económico es efectivo.

Es así que, al plantear el carácter indemnizatorio de los intereses, estaríamos en presencia de una obligación pecuniaria, que por ser indemnizatoria es de valor, pero que, como ya es costumbre en este trabajo, es una deuda de valor especial, pues a pesar de tener que ser categorizada como una deuda de valor equivalente y consecuentemente ilíquida, los intereses no poseen dicho carácter, pues la liquidez se alcanza cuando se establecen contractualmente los parámetros en virtud de los que se determinará el monto de dinero a pagar, que es precisamente lo que se hace al fijar la tasa de intereses en un tanto por ciento del capital. Y a mayor abundamiento, el interés asociado a una deuda de valor real, se calificaría como una deuda de valor en el mismo sentido, pero bajo el concepto de liquidez expuesto, solo sería determinable.

### **2.6.1 Naturaleza jurídica de los intereses**

Ante todo hay que aclarar que la naturaleza jurídica de los intereses no integra en el análisis los fundamentos, pues jurídicamente una vez reconocida la figura de los intereses, estos cuentan con reflejo normativo que permite preguntarnos acerca de su naturaleza. Es así como, el tema de naturaleza jurídica de los fenómenos normativos es, usualmente, uno de los mayores esfuerzos de los tratadistas al momento de realizar sus investigaciones. Así, nosotros, antes que todo, aclararemos qué entendemos por la naturaleza jurídica, para luego explicar cuál sería dicha naturaleza en el caso de los intereses. En este sentido, para responder esta magna pregunta del Derecho, nos sustentaremos en el análisis

del tema realizado por LOIS, quien se pregunta qué entendemos por naturaleza jurídica.

Al no ser este el lugar para el profundo análisis que propone y resuelve el autor, de competencia de la Filosofía del Derecho, solo abordaremos nuestro objeto de estudio bajo las ideas propuesta por LOIS, al ser de los pocos que han tratado el problema de la naturaleza jurídica y que nos satisface, pues nos ayudó a aclarar la aproximación a los intereses en el contexto normativo en que se encuentran. Sintéticamente, la idea que propone para responder qué entendemos por naturaleza jurídica es la *ratio essendi*, por qué trascendental que aclara, de una vez y para siempre el instituto, la intelección genética, el cómo adviene eso que se nos da bajo una institución jurídica<sup>393</sup>.

La pregunta resulta ser del todo contingente, pues al momento de pensar en los intereses como una institución jurídica, queda la reminiscencia de su carácter económico que complica el encaje en las diversas instituciones jurídicas que acompañan a los acreedores durante la vida del derecho personal. Lo expresamos en estos términos debido a que resulta cuestionable, a lo menos, que se le reputen una serie de características y se actúe en consecuencia, cuando la realidad del funcionamiento es diversa en términos prácticos. Evidencia de este punto es que, si bien tradicionalmente se le ha reputado el carácter de fruto civil a los intereses, en circunstancia de que el bien productivo, el dinero que es objeto de una relación de crédito, deja de estar en el patrimonio del prestamista, pues la entrega del dinero supone la transferencia de su dominio, cuestión que se expresa en el artículo 1753 del Código Civil español el que prescribe que quien recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible adquiere su propiedad, de manera que se hace necesario aclarar cuál es la naturaleza de los intereses, que le permite generarse sin que el acreedor tenga un título sobre la cosa productiva, pues el fruto civil que se genera en el caso del arrendamiento es más propio de la estructura de funcionamiento de esta ficción legal.

---

<sup>393</sup> Lois Esteves, J. (1958). Sobre el concepto de Naturaleza Jurídica, *Anuario de Filosofía Del Derecho*, pág. 178.

Ahora, responder a esa conceptualización de la naturaleza jurídica, nos da luces para incorporar la figura de los intereses en el plexo institucional que conforma el sistema del Derecho civil. De ahí que, creemos que ese por qué trascendental que aclara el instituto de los intereses es la idea propuesta originariamente por los teóricos económicos, la que se legisló y tiene hoy día vigencia, cual es, el carácter productivo del capital, de una suma de dinero, cuando este es objeto de una transacción consistente en un préstamo en el que el prestamista se priva de una ganancia, que constituye un sacrificio económico y por el cuál debe recibir algo a cambio, justificación que es lo que permite su reconocimiento legal como fruto civil, pero dejando muy en claro que esto solo tiene sentido en la medida que el prestamista sea dueño del capital que se presta y que no se sostiene en el sistema económico actual.

Así, la intelección genética del interés está justamente relacionada con esa productividad del capital que se atribuye al dinero como un bien de capital más, pues de sus propias características es la posibilidad de acceso de todos los bienes materiales, al ser el fruto civil de dicha creación económica y el cómo adviene el interés que se nos da bajo la figura de fruto civil es, genuinamente, bajo la misma idea, la productividad de ese capital.

De esta manera, la teoría económica que se ve reflejada en el Derecho legislado es la teoría de la fructificación de TURGOT, más allá de cualquier esfuerzo teórico para dar por establecido otro tipo de justificación que no provoque problemas para el establecimiento de las consecuencias de una determinada naturaleza jurídica. En este sentido, los códigos europeos, explícita o implícitamente, incorporaron a los intereses en la categoría de fruto civil<sup>394</sup>. Sin embargo, y como apunta MÚRTULA, ninguno de los cuerpos normativos que formaron parte de la codificación explícita que debemos entender por intereses<sup>395</sup>, por lo que, insistimos que la categoría de frutos civil es lo que

---

<sup>394</sup> Partiendo por el Código Civil español, el Código Civil portugués; el Código Civil francés, y así un largo etcétera.

<sup>395</sup> Múrtula, *op. cit.*, pág. 46. La autora además agrega que ningún trabajo preparatorio de los códigos europeos explica por qué se incluyen dentro de la categoría de fruto civil del capital a los intereses.

determinaría el cuadro jurídico en el que se desenvolverá. Es así que, podríamos afirmar que se trata de una declaración legal por aproximación, pues la cantidad de críticas que recibe el carácter de fruto civil de los intereses nos hace dudar de dicha calificación, que por el carácter ficticio de los frutos civiles, que envuelve casos que no tienen semejanzas sustanciales, permitió ampliar legalmente la consideración de los intereses dentro de este producto. Dicho esto, podemos constatar que esta idea fue la que, por un lado, inspiró a los autores al momento de analizar los intereses, y por otro, fue blanco de las principales críticas formuladas a la concepción de la productividad del dinero.

Así las cosas, y con la idea de constatar, BONET afirma que los intereses corresponderían a los frutos civiles del dinero, en el evento que este haya sido objeto de una transacción y son acordados<sup>396</sup>. En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO afirma que el interés es considerado como un fruto o producto del capital y se engloba dentro de la categoría de los frutos civiles, de ahí que, aun cuando normalmente el acreedor de los intereses será la misma persona que haya de ser acreedor del principal, no hay inconveniente en que se produzca una diversificación en dicha titularidad, en todos aquellos casos en el que el titular del derecho de disfrute del capital sea una persona distinta de conformidad al artículo 507 del Código Civil<sup>397</sup>, norma referida al usufructo, que es justamente el escenario en que los frutos mejor se muestran. Igualmente, tenemos a LACRUZ, quien precisa que a los frutos civiles se refiere el apartado 3º del artículo 355 del Código Civil español, norma que señala que “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”, comenta el autor que la enumeración del Código Civil es pobre, y comprende conceptos que, como el de las pensiones de renta vitalicia o perpetuas, no son frutos en sentido económico, y solo se consideran tales por razones prácticas y a pesar de que el legislador acaso no pensase en ello, se incluyen en el precepto, por rigurosa analogía, el beneficio de la explotación de una industria o negocio, una obra literaria o una

---

<sup>396</sup> Bonet (1981), *op. cit.*, pág. 251.

<sup>397</sup> Díez-picazo (2008), *op. cit.*, pág. 321



patente; las ganancias de una sociedad regular colectiva, el dividendo de la anónima, e incluso las acciones repartidas entre los antiguos accionistas de esta cuando provengan de una distribución de beneficios actuales <sup>398</sup>, con lo que se demuestra el carácter extensivo de la norma. Cabe destacar que en todas esas actividades a las que se asimila el interés forman parte de la economía real, al sector de la economía que aporta con riqueza.

Asimismo, ALONSO, en su comentario al artículo 355 del Código Civil español, precisa que dicha norma no da un concepto de fruto, pero de la misma trilogía mencionada por el artículo y de otros muchos preceptos legales, entre los que cita los artículos del mismo cuerpo legal, dígame, 451, 452, 455, 469, 486, 524, 527, 651, 654, 1095, 1295, 1303, 1307, 1385, 1468, se infiere que, ha sido heredero de una tradición, ya iniciada en el Derecho Romano, ampliadora de la simple noción orgánica o biológica de fruto, para desembocar en un concepto que, sin abandonar este aspecto, lo ha superado para llegar a una valoración de tipo económico jurídica<sup>399</sup>. Seguidamente, y al momento de definir lo que entiende por fruto civil, diferenciándolo del natural, aclara que mientras el fruto natural (comprensivo del fruto industrial) proviene directamente de la cosa, en cambio el fruto civil dimana de una *relación jurídica* respecto de esa cosa, por cuya virtud se otorga el goce de esta y como correspondencia ha de darse una entidad económica, en dinero o en especie, que será precisamente el fruto civil<sup>400</sup>.

En el mismo sentido, MARTÍN-RETORTILLO entiende a los frutos civiles como todos los rendimientos económicos originados por la cosa principal como consecuencia o resultado de un contrato, de un negocio jurídico estipulado con el que directamente usa o se beneficia más o menos personalmente de la misma. En consecuencia, los frutos civiles sustituyen las ventajas, los provechos económicos que obtendría el propietario o el usufructuario si directamente

---

<sup>398</sup> Lacruz, et al, *op. cit.*, pág. 231.

<sup>399</sup> Alonso Pérez, Mariano; Albaladejo García, Manuel. (2008) Comentarios al Código Civil. Tomo V, Volumen 1º, artículos 333 a 391 del Código Civil (recurso electrónico). EDERSA, 2ª edición. (última consulta 21 de marzo 2017) Disponible en: [www.vlex.es](http://www.vlex.es)

<sup>400</sup> *Ibidem*.

utilizase él dicha cosa<sup>401</sup>. Son representativos de las ganancias dejadas de percibir en razón de la relación jurídica, que se asimila al concepto de lucro cesante.

Desde otra perspectiva, y en armonía con la visión propuesta por DÍEZ-PICAZO al relacionar el análisis del interés como fruto civil en relación al usufructo, podemos ver la normalidad con que se plantea la posibilidad de que los intereses sean frutos civiles en el tratamiento que hace VENEZIAN, a propósito del usufructo y la percepción de los frutos civiles por parte del usufructuario, sustentado en una sentencia de PAPINIANO. Dicha resolución dice: *vectura, sicut usura, non natura pervenit sed jure percipitur*, es decir, fruto civil es toda clase de renta que se obtiene de una cosa o de un derecho en virtud de un vínculo jurídico. El fruto civil puede nacer del mismo vínculo jurídico de que se deriva el derecho considerado como fuente de renta; y este es el caso de los intereses de capitales, de las rentas vitalicias y también de los productos de la enfiteusis<sup>402</sup>.

Sigue el autor, puede nacer de un vínculo jurídico que tenga por causa la prestación de la cosa considerada como fuente de la renta; tal es el caso de los arrendamientos y alquileres. En este segundo caso se manifiesta en los frutos civiles el carácter de una renta de restitución; de la renta que sustituye en la economía del dueño a la que la cosa podría suministrarle directamente. Además, se señala que los frutos civiles como productos obtenidos no directamente de la cosa, sino a través de una relación jurídica intermedia, y que se adquieren en virtud del derecho del propietario a las acciones de la cosa, que es su causa directa. En lo que nos importa, precisa que en los intereses del capital podemos ver una renta sustitutiva de la que rendiría el capital entregado<sup>403</sup>.

Luego, en el marco del análisis de la percepción de los frutos por el usufructuario, en referencia a los intereses de un capital, precisa que se ha comparado el

---

<sup>401</sup> Martín-Retortillo, Cirilo. Clases de frutos en el Código Civil. En Anuario de Derecho Civil. V 4, nº 1.139-155. 1951. Pág. 145.

<sup>402</sup> Venezian, G., & Castan tobeñas, J. (. (1928.). *Usufructo, uso y habitación*. . Madrid. : Librería General de Victoriano Suárez. Pág. 457.

<sup>403</sup> *Ibidem*. Pág. 457.

vencimiento de los intereses a la separación de los frutos naturales, y creído poder hallar un fundamento jurídico común para la apropiación del usufructuario viendo que en el momento de la separación y en el vencimiento los frutos asumen una individualidad jurídica y devienen susceptibles de apropiación. Continúa el autor y nos precisa que tanto la comparación como la deducción que se hace de ellas, son equivocadas, porque mientras el fruto natural no vive antes de la separación como cosa que subsista por sí misma y cuya propiedad por tanto pueda transmitirse, en el momento mismo en que surge la relación de que deriva el pago de los intereses, existe ya el derecho a estos como tal derecho, del que cabe disponer, al que se puede renunciar o que es posible ceder independientemente del derecho al capital<sup>404</sup>. Ahora, podemos agregar a estas observaciones que los intereses pueden contar con distintos Estados, en los que si podemos asimilar la idea de fruto natural pendiente, que sería antes de la separación, y que con la separación es adquirido, con la idea de que los intereses pueden estar devengados y no vencidos.

No obstante, esta consagración legal explícita o implícita del movimiento codificador, creemos pertinente tener en cuenta las principales críticas que se han hecho a los intereses como frutos civiles del capital. De ahí, enfático y con voz de autoridad en la doctrina española vemos que D'ORS explica el problema de considerar los intereses como un fruto civil del dinero, precisa el mentado autor, que la consideración de los intereses como frutos, constituye un error jurídico que ha sido absolutamente aceptado por el capitalismo. Además, nos enseña cual es el origen de los frutos y que por definición se tratan de cosas que se generan de una cosa que no es consumible. Para esto pone el ejemplo de una vaca, de la que se dice se puede sacar un fruto, cuál es, la leche por ejemplo y la vaca puede seguir produciendo dicho fruto hasta que la naturaleza niega la productividad del animal, pero muy distinto es si nosotros consideramos a la vaca como carne<sup>405</sup>, en la que el animal deja de producir frutos consumibles y pasa a ser una cosa consumible.

---

<sup>404</sup> *Ibidem*. Pág. 458.

<sup>405</sup> D'ors, *op. cit.*, pág. 444.

El carácter ultrafungible del dinero y su nota de consumible hacen que la configuración de los intereses como frutos civiles sean difíciles de hacer encajar en los esquemas jurídicos tradicionales, en los que, como se explica en el párrafo anterior, resulta un contrasentido que una cosa que es consumible jurídicamente sea productiva<sup>406</sup>. Se agrega a los problemas de la consideración de los intereses como frutos civiles las notas de periodicidad y homogeneidad propia de la figura de los frutos, características que no serían coherentes con la posibilidad de que se pactaran intereses por una suma alzada o con la posibilidad de que el objeto de la obligación de pagar intereses no esté constituido por dinero, sino por otras cosas fungibles<sup>407</sup> en el mutuo en general.

Por otra parte, SANCHO REBULLIDA se niega a reconocer esta naturaleza de los intereses, hay más autores que plantean las dificultades de una afirmación como esa<sup>408</sup>, pues sobre el carácter consumible del dinero, no se ve cómo se justifica la afirmación legal de la mayor parte de los códigos a este respecto. Es más, en el caso español la consideración de los intereses como frutos civiles no es expresa en el artículo 355 del Código Civil español, sino más bien es una conclusión a la que se llegó por alcance, por analogía, una extensión de la categoría de frutos civiles a través de la interpretación sistemática que hace el Tribunal Supremo del artículo que introduce la categoría de frutos en el ordenamiento español<sup>409</sup>. Dicho autor, con quien SABATER está de acuerdo, haciendo suyo los comentarios a esta categorización de los intereses, precisa que la cuestión respecto de los intereses convencionales es más terminológica que sustancial y expresa que es claro que los intereses no son frutos y que el dinero no perece, se entiende en el sentido de que su consumo no significa una destrucción sino que más se trataría del cambio de titular, manteniéndose en circulación, pero la prestación de intereses tiene un fundamento económico y un

---

<sup>406</sup> Múrtula, *op. cit.*, pág. 194

<sup>407</sup> *Ibidem*. Pág. 195.

<sup>408</sup> D'Ors, *op. cit.*, pág. 445.

<sup>409</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1907.

fundamento de justicia, en el sentido de que el capital circulante produce un lucro para su propietario<sup>410</sup>.

Ahora, en nuestra opinión, creemos que la consideración de los intereses como frutos civiles del dinero es un supuesto del que no nos podemos alejar, debido a que es el derecho legislado la primera y principal fuente del ordenamiento jurídico, seguida por la aplicación de esta idea por la judicatura. Por consiguiente, consultar las reglas relativas a dicha categoría de frutos es mandato legal para ver el nacimiento, vida y extinción de la obligación.

En consecuencia, debemos superar las críticas que se han apuntado a la incorporación de los intereses como frutos civiles. Como se aclaró más arriba, el concepto que manejamos de fruto civil se sustenta en una relación jurídica que media entre el bien productor del fruto y el fruto mismo. Dicha relación jurídica es perfectamente asimilable al vínculo jurídico que se genera como consecuencia de la celebración de un contrato y que identificamos con la obligación, como un tipo de relación jurídica, la que intermedia para la generación del fruto civil, en este caso, de los intereses. Es útil a este respecto tener en cuenta que la obligación goza de una estructura bien definida, en la que resalta la prestación, entendida esta como el comportamiento debido por el deudor, el que puede consistir en un dar, hacer o no hacer. En el caso de la obligación que nos convoca, el comportamiento consiste en un dar y más específicamente una suma de dinero, que es el fruto civil, a la que se le reconoce como causa eficiente (como el hecho generador del efecto), el haber gozado de un capital ajeno.

Por otra parte, el dinero está claro que por sí mismo no produce más dinero, siempre será necesaria la existencia de una relación jurídica entre quien presta el capital y quien lo recibe para usarlo. De esta manera, creemos que no es cierto que el dinero pueda reducirse a la categoría de bien mueble de naturaleza fungible, pues ello lleva erróneamente a identificar los conceptos de moneda y dinero<sup>411</sup>, es decir, de su manifestación formal y abstracta, llegando casi a

---

<sup>410</sup> Sabater, *op. cit.*, pág. 103. La autora se basa en apuntes de cátedra.

<sup>411</sup> Bonet (1981), *op. cit.*, pág. 218 y ss.

fundirse hoy, en razón de la era digital con dinero perteneciente a un sistema de pagos con base en encriptaciones, asientos contables manejados electrónicamente, en el que la idea de corporalidad presente en los bienes muebles, que es de su esencia, no se presenta en la mayor parte de la oferta monetaria.

Asimismo, tampoco resulta cierta la afirmación aquella de que el dinero es esencialmente productivo, pudiendo generar intereses sin más. En este sentido, y con el objeto de mantener la tradición en la crítica al carácter productivo del dinero y demostrar la verdad de que el dinero por sí no genera más dinero, nos valemos de un simple ejemplo, si ponemos cincuenta monedas de dos euros por un plazo en una alcancía, al vencimiento de dicho lapso encontraremos la misma cantidad de euros sin ninguna duda. Esta improductividad es acogida por el artículo 1755 del Código Civil español que exige un pacto expreso como condición existencial de los intereses, norma que es una reminiscencia histórica del rechazo a la usura por la escolástica, pero que en la práctica es inexistente. Es por esto por lo que, la consagración legal de los intereses como frutos civiles, es fundamental para consolidar el apremio de los economistas en reconocer a una suma de dinero, un capital, como un bien productivo.

Cabe precisar que la improductividad del dinero por sí mismo y la necesidad de pacto hacen concordar la necesidad de una relación de crédito en el origen de estos y más vale afirmar que el acuerdo de los sujetos es el que da lugar a la productividad del dinero. Lo anterior no tiene una consecuencia como tal en el caso de los artículos 1108 y 1109 del Código Civil español, pues en ambas normas es posible la producción de intereses del dinero, de intereses moratorios o anatocísticos, sin necesidad del pacto previo inmediato referido a la productividad del dinero. Ahora, si entendemos que las hipótesis a las que se aplican las normas en cuestión, vemos que se sustentan en el incumplimiento de una obligación, de la deuda pecuniaria, la que ha tenido por fuente un pacto que da lugar a la deuda incumplida a la que se aplican los efectos de la productividad del dinero. Asimismo, no es automática la producción de intereses moratorios o anatocísticos, pues en el primer caso deberá configurarse la mora y en el segundo se requerirá de una reclamación judicial, que pueden ser

catalogadas como trabas al principio de productividad del dinero. Por otra parte, en el artículo 1756 del mismo cuerpo legal, establece un caso de voluntad presunta respecto del acuerdo de intereses que sí estaría efectivamente sustentado en la productividad del dinero, pero que supone la ejecución de un hecho por parte del deudor que incorpora otros elementos al análisis de las normas, pues está involucrada la voluntad del deudor, cuestión que no está acorde necesariamente con la productividad natural del dinero.

Ahora, si damos esa misma cantidad de monedas en préstamo, y en el mismo contrato acordamos la producción de los intereses, también por un plazo que se incorpora en la relación obligatoria, como una modalidad, veremos como al vencimiento de dicho plazo se habrán producido más euros que incrementan los originalmente debidos y aquí nos preguntamos si fueron los propios euros, como bienes muebles fungibles, los que produjeron nuevos euros calificables de intereses, a lo que damos una respuesta negativa. Fue la intervención del consentimiento generador de una relación jurídica particular, díjase, la relación obligatoria, la que permitió la existencia de los intereses, porque el costo de oportunidad que significa cualquier inversión que lo multiplique es renunciado y en vez de eso, la suma de euros es puesta en manos de un sujeto que necesita ese dinero.

Este es el esquema clásico del funcionamiento del negocio del crédito, el tan afamado préstamo usurero, sobre el que se intentó luchar, debido al comportamiento vil de los prestamistas que establecían tasas de interés altísimas y con mecanismos de cobro no institucionalizados. La creación de instituciones relacionadas con el préstamo es el paso siguiente en la historia del préstamo, la creación de intermediarios financieros, los ofertantes del servicio de crédito.

Ahora, desde una perspectiva sustentada en la constatación del sistema financiero que funciona bajo la idea de la expansión crediticia con la creación de cuentas de depósitos múltiples, podemos afirmar que el dinero crea dinero en su funcionamiento natural en el contexto del sistema de créditos vigentes, si bien no en la calidad de frutos civiles e intereses, que es la productividad del dinero a

la que se han referido históricamente. Pero siempre con base en los préstamos, a una relación jurídica base.

Luego, siguiendo con la teoría de los frutos, como limitante o aclarador de nuestro análisis, se dice que presentan ciertas características, las que son: su periodicidad; utilidad; conservación de la sustancia; separabilidad; accesoriedad, entre otras, siendo la más genuina esta última en razón de la constancia de esta, es decir, está presente en todos los frutos<sup>412</sup>. Así, creemos que en razón de que la accesoriedad está presente en todos los frutos, es, por tanto, una cualidad esencial de ellos y diremos, por ahora, que se comunica a la deuda de intereses, en cuanto obligación. Es decir, sostenemos que el carácter accesorio de los intereses deviene o es consecuencia de la atribuida cualidad de frutos civiles.

Las aclaraciones sobre el dinero que plantea BONET al afirmar que la llamada consumibilidad o gasto del dinero no está referido al desgaste físico o destrucción de su materialidad, sino que al acto de la entrega o traspaso de dominio que se hace de ellas por su traspaso a otro patrimonio<sup>413</sup>.... Así, podemos ver que si bien la consideración de las legislaciones que formaron parte del movimiento codificador respecto de los intereses es que son frutos civiles, no está claro qué es lo que produce dicho fruto, debido a la forma en que se presentan los intereses, sobre todo si se considera lo establecido en el artículo 1753 del Código Civil al señalar que el que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible adquiere su propiedad, de manera que es el prestatario quien tendría el derecho a los frutos. De ahí que, no se entiende cómo podría el dinero producir intereses. Para explicar esta incoherencia de la integración de los intereses en el instituto de los frutos civiles se han hecho esfuerzos para dar respuesta a esta importante interrogante. Una opinión más reciente es la de JIMÉNEZ, quien señala que lo que produce el interés no es el dinero propiamente, sino que, es el derecho de crédito sobre dicha cantidad, crédito que no sería consumible<sup>414</sup>, carácter del dinero que provoca el absurdo del dominio del capital y la producción

---

<sup>412</sup> Alonso, *op. cit.*

<sup>413</sup> Bonet (1981), *op. cit.*, pág. 242.

<sup>414</sup> Jiménez Muñoz, F. J. (2009). Sobre la naturaleza de los intereses . *Revista de derecho bancario y bursátil*, 171-202. Pág. 176.



de los frutos. Cabe destacar que, esta postura forma parte de los que SIMONETTO denomina los *Nutzungstheoretiker*, quienes buscan bajo diversas nociones abstractas, entre las cuales está la idea del crédito junto a la del incremento patrimonial, el valor y la cantidad, pero respecto de las cuales critica sus defectos insuperables para explicar en términos prácticos la relación de crédito lucrativa a través de los intereses. Particularmente respecto del crédito como fuente de los intereses. Se parte de la idea de que sobre esta construcción abstracta se percibe un goce continuado y en razón de dicho goce se deben pagar los intereses, pero quien detenta la titularidad del crédito es el prestamista y ningún goce percibe el prestatario de dicha titularidad.

Por otra parte, a pesar de reconocer la utilidad de considerar a los intereses como frutos civiles del capital MÚRTULA se desmarca de una consideración categórica de los intereses dentro del instituto de los frutos civiles. Expone la postura similar a la expresada por JIMÉNEZ, la que atribuye a BARCELLONA, en el sentido que sea el crédito lo que produce el interés y describe a la doctrina con una actitud relativa respecto a que lo que determine la pertenencia de los frutos civiles sea la propiedad sobre el dinero. En consecuencia, MÚRTULA prefiere redefinir la institución<sup>415</sup>.

Ahora, partiendo de la idea de que el dinero pasa a ser un bien productivo, asimilable a la tierra, como se propuso sucintamente por TURGOT<sup>416</sup>, la noción del dinero cambia completamente, ya no se trata solo de un mecanismo o un instrumento que sirve para el intercambio de bienes gracias al poder adquisitivo del que está dotado por el ordenamiento jurídico, si no que el capital es un bien productivo y desde que se reconoció esa calidad a una suma de dinero que se presta, este produce frutos civiles llamados intereses.

Así las cosas, en el intento de salvar las críticas que se hacen con base en el artículo 1753 del Código Civil español, traeremos a la vista la posibilidad enunciada en el epígrafe del capítulo VII del Código Civil, el que al señalar “De la transmisión de créditos y demás derechos incorporales” en los artículos 1526

---

<sup>415</sup> Múrtula, *op. cit.*, pág. 198

<sup>416</sup> Böhm-Bawerk, *op. cit.*, pág. 44.

a 1536 del mismo cuerpo legal, que en opinión de ALBALADEJO, es sugestivo y permite sostener la posibilidad de que sobre los derechos personales, créditos pueda existir propiedad, desde el momento que los créditos se entienden que son cosas incorpóreas que al ser objeto de apropiación se suponen dentro de los bienes<sup>417</sup>.

En consecuencia, podemos entender que si el crédito es una cosa incorpórea objeto de apropiación, no hay que relativizar la regla de que los frutos pertenecen al dueño de lo que la produce, en este caso, el dueño del crédito, antes el dueño del capital. De esta manera, la unidad ideal manifestada en un determinado número pasa a ser el nombre de crédito, es en su concepción fundamental, el hecho de tratarse el dinero de una unidad ideal que permite esa abstracción, pues definitivamente el dinero no es más que un número de la unidad fundamental del sistema financiero y en esa calidad, las dificultades que ofrece la materialidad se ven superados.

Así, las reglas establecidas para los frutos serán aplicables a los intereses. La primera y principal es que los frutos le pertenecen al dueño de la cosa que lo produce, en este caso la cosa incorpórea consistente en el crédito. La segunda regla que habría que analizar es el devengo de los frutos civiles, pues de acuerdo con el artículo 451 del Código Civil español que prescribe que los frutos son producidos por día. La tercera cuestión es su carácter accesorio, como se señaló, la más genuina de las características de los frutos.

## **2.6.2 Características de los intereses**

Como señalamos, los intereses se integran al sistema del Derecho civil con una proyección multifacética. Se dijo, en primer lugar que su naturaleza jurídica es la de un fruto civil, lo que hace posicionar la institución en la teoría general de los

---

<sup>417</sup> Albaladejo García, Manuel; Santos Briz, Jaime. Comentarios al Código Civil. Tomo V, Volumen 1º artículos 333 a 391. 2ª edición, año 2008, EDERSA.

bienes, heredada del Derecho Romano. En segundo lugar, dicho fruto civil solo es posible en razón de una relación jurídica, que nosotros identificamos con la relación obligatoria, la que, a su vez, puede tener su origen tanto en el contrato como en la ley. De ahí que, la obligación, que hace posible la gestación del fruto civil, es susceptible de ser calificada basándose en los distintos criterios que se han planteado históricamente por la doctrina. Entre estas categorías, destaca el ser los intereses una obligación de dar una suma de dinero o una deuda de valor si el capital al que está vinculado fruto civil va acompañado de una cláusula de estabilización y específicamente una deuda de valor real, ser una obligación de resultado, una obligación civil, una obligación positiva, el ser una obligación accesoria<sup>418</sup>, entre las distinciones más destacadas.

Cabe recordar aquí, que la calificación de la deuda de intereses como una deuda de valor importa en el análisis de la distribución de los riesgos de la relación de crédito, pues dentro de los distintos riesgos asociados a la determinación del montante del interés se reconoce a la inflación como uno de los riesgos que se integran en la tasa de interés a cobrar, lo que acentúa la desproporción en la distribución de los riesgos, si además se trata de una deuda pecuniaria en la que se ha incorporado una previsión contractual que busca soslayar los efectos de los procesos inflacionarios.

Ahora, en cuanto a obligación de carácter accesoria. Este carácter accesorio se relativiza en los estudios de los autores y se precisa que la accesoriedad es tan solo una cuestión de orden genética, es decir, solo para los efectos de su nacimiento<sup>419</sup> e incluso, se precisa aún más, en un matiz que distingue entre el devengo de los intereses y su pendencia o su exigibilidad, sosteniéndose que mientras no se devengue la obligación resulta ser accesoria y una vez devengada esta pasa a tener un carácter independiente<sup>420</sup>. Esta precisión del carácter accesorio, como una característica que se presenta en su nacimiento y que se vincula al devengo, que en función de nuestros avances, es diario, pero

---

<sup>418</sup> Díez-Picazo (2008), *op. cit.*, pág. 319; Sabater, *op. cit.*, pág. 101.

<sup>419</sup> Villagrasa (2002), *op. cit.*, pág. 77.

<sup>420</sup> Ordás, *op. cit.*, pág. 266; Lacruz, *op. cit.*, pág. 103; Albaladejo, *op. cit.*, pág. 70.

cuyo vencimiento dependerá de los términos del acuerdo, permite identificar distintos estados en los que se puede encontrar el interés, cuales son, devengado, vencido, percibido y ante la frustración de este último estado, eventualmente capitalizado, generándose un ciclo en el que la fuente, el principal, absorbe su accesorio ante el incumplimiento de la deuda pecuniaria.

Como se ha dicho, ya desde el nacimiento de la deuda se señala que la obligación de pagar intereses jamás podría existir sin una obligación principal, consistente en la restitución del capital ajeno, que inicialmente se ha analizado bajo el alero de los préstamos de dinero, y por esta razón, se precisa el carácter accesorio de la obligación, que se supone no podría subsistir por sí mismo. Sin embargo, resulta que sí puede subsistir por sí misma e incluso transformarse en una obligación completamente independiente, ser objeto de garantía, transmitirse y provocar sus propios intereses a través del anatocismo, que bajo la idea de capitalización, como una de las fórmulas del anatocismo, se produce un fenómeno en el que lo accesorio ya no solo es independiente, sino que también es un principal y todo gracias al carácter productivo del dinero llevado a sus máximas consecuencias.

Asimismo, en el lenguaje jurídico tiene una acepción general basándose en su etimología: *accessus*, *accessio*, lo dependiente, lo secundario, lo aproximado, lo que se une<sup>421</sup>. En definitiva, la consecuencia de la calificación de accesorio de la obligación es que *accessorium sequitur principale*, es decir, lo accesorio sigue la suerte de lo principal. En esta primera aproximación, parece tener claridad la división.

Por otra parte, es preciso apuntar que las obligaciones accesorias se han puesto a la par de las diversas categorías de obligaciones y se trató, en su momento, darle una configuración que permitiera identificarlas al igual como podemos identificar una obligación civil de una natural, una de actividad de una abstención, etcétera. En este sentido, podemos ver que en los postulados de POTHIER, plasmados en su Tratado de las obligaciones, la división entre obligaciones

---

<sup>421</sup> OMEBA, Enciclopedia Jurídica. tomo XVII. *Driskill, SA, Buenos Aires, Argentina, 2001.*

principales y accesorias engloba diversas posibilidades, con múltiples criterios, que nos hacen dudar de la conveniencia de la categorización, lo que se ha reiterado históricamente, pues la idea de principal y accesorio es una línea que se traza en razón de diversos criterios.

En primer lugar, establece como regla de división el orden que tienen entre sí las cosas que constituyen el objeto de la obligación y, así sostiene que la obligación principal es la obligación de lo que hace el objeto principal del compromiso que ha sido contratado por las partes. De esta manera, se llaman obligaciones accesorias aquellas que son como consecuencia y dependientes de la obligación principal, por ejemplo, en el contrato de venta de una heredad, la obligación principal que contrata el vendedor es la obligación de entregar esta heredad al comprador y garantizarla de nuestras perturbaciones. Son accesorias las obligaciones del comprador de remitir al vendedor los títulos y demás datos que conciernen a una heredad, la de la buena fe en el contrato, el cuidado en la conservación de la cosa, caso en que la obligación accesoria se contrapone, como consecuencia, a la obligación principal, entendida esta como el objeto principal del compromiso que ha sido contratado entre las partes<sup>422</sup>.

En segundo lugar, en la séptima división que hace POTHIER distingue entre obligaciones principales y obligaciones secundarias y esta división se deduce del orden en que se reputan contratadas. Además, POTHIER propone subdivisiones de las obligaciones secundarias. De ahí que, se precise que son obligaciones principales las contratadas principalmente, en primer lugar, y por sí misma. Luego, entiende por obligación secundaria aquella que ha sido contratada en caso de inejecución de una primera obligación y da como ejemplo, al igual que en los demás criterios de división, las obligaciones para el vendedor que nacen del contrato de compraventa. De ahí que, la obligación del vendedor de entregar y garantizar la cosa vendida sería una obligación primitiva y la de pagar al comprador los daños y perjuicios en caso de no cumplir con la primera mencionada sería una obligación secundaria.

---

<sup>422</sup> Pothier, Robert Joseph (1878). Tratado de las obligaciones: precedido de un proemio que contiene la legislación española sobre contratos; traducido por S.M.S. Pág. 150.

A su vez, POTHIER señala que hay dos ejemplos de obligaciones secundarias, la primera es aquella que no son más que una consecuencia natural de la obligación primitiva, que sin que haya intervenido convención alguna en particular, nacen naturalmente del retardo de la sola inejecución de la obligación primitiva o del retardo puesto a su ejecución. De ahí que, se plantean como ejemplos de secundarias la de pagar una indemnización por incumplimiento de una obligación de entregar y la de pagar los intereses moratorios por el retardo en el pago de una suma de dinero<sup>423</sup>. A continuación, POTHIER plantea una segunda especie de obligaciones secundarias, aquellas que nacen de una cláusula del contrato. Por ejemplo, la parte que se compromete a alguna cosa o prometa dar alguna suma, o cualquiera otra cosa en caso de no satisfacer su compromiso principal. Considera dentro de esta última división las obligaciones que nacen de la cláusula penal. Por último, POTHIER plantea una segunda subdivisión de las obligaciones secundarias, en las cuales se convierten enteramente las obligaciones primitivas y ejemplifica con la hipótesis del incumplimiento de la obligación a la que se subroga la obligación de pagar daños y perjuicios y hay otra especie de obligaciones secundarias que no hacen más que acceder a la obligación primera sin destruirla, cuando el deudor se pone en retardo para su ejecución, tal es la obligación de intereses, que nace de la demora de pagar la suma principal<sup>424</sup>.

Para concluir, en la octava división que plantea POTHIER señala como criterio de clasificación entre principales y accesorias la consideración de las personas que las contratan. Así, precisa que son principales las obligaciones de aquel que se obliga como principal obligado y no para otro y son accesorias las que contraen las personas cuando se obligan por otras, tales son las de las cauciones, y de todos aquellos que acceden a la obligación de otro<sup>425</sup>

---

<sup>423</sup> Cabe destacar que POTHIER en ningún caso plantea a los intereses retributivos como un caso de obligación accesoria, a diferencia de lo que ocurre con los moratorios, intereses que fueron los que primero se aceptaron por la doctrina, pues se sustentan en el incumplimiento, un hecho ilícito del deudor que ocasiona daño al acreedor, a diferencia de los intereses retributivos, que en la época de POTHIER, eran totalmente resistidos.

<sup>424</sup> Pothier, *op. cit.*, pág. 151.

<sup>425</sup> *Ibidem*. Pág. 152.

Si bien se ha sostenido que la obra de POTHIER determinó en gran parte el tratamiento de las obligaciones del *Code*, por sí sola la labor taxonómica aquí pierde su fin y en vez de aclarar las distintas partes del todo, se dan una serie de criterios para la división entre obligaciones principales, primitivas, accesorias, y secundarias que alertan de una posible imposibilidad de aplicación de la categoría en cuestión y pone dudas acerca de su idoneidad, sobre todo al considerar el efecto de la calificación como tal.

Ahora veamos, de todas las categorías o divisiones planteadas por POTHIER que intentan identificar a las obligaciones accesorias, no vemos a los intereses retributivos, pero sí a los moratorios. A estos, se le da la categoría de obligaciones secundarias, que no hacen más que acceder a la obligación primera sin destruirla, cuando el deudor se pone en retardo de su ejecución, asimilándola a la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del deudor, fundamento último de los intereses basado en el lucro cesante.

Por otro lado, VATTIER al comentar la doctrina de POTHIER expuesta, advierte que “la categoría de las obligaciones accesorias reúne un conjunto de supuestos polarizados, de una parte, en torno a la idea de los *naturalia negotii*, y, de otra, a la de caución legal o convencional destinada a asegurar y reforzar el cumplimiento de la obligación.”<sup>426</sup>. Sin embargo, VATTIER, con un ánimo expreso de contribuir a la definición de la categoría en cuestión, precisa que se requiere para su reconocimiento de multiplicidad de prestaciones y además que dichas prestaciones se encuentren en una relación de subordinación y dependencia<sup>427</sup> y no de horizontalidad. En definitiva, y luego de pasar por la diversidad de criterios que se han planteado para determinar cuando estamos en presencia de una obligación accesoria, reconoce que “no es posible establecer un criterio objetivo que determine *a priori* el sentido y el alcance de la relación vertical de accesoriedad entre las prestaciones, estimamos preferible reconducir el problema a la interpretación del contrato, en la que no dejan de

---

<sup>426</sup> Vattier Fuenzalida, C. (1980). Contribución al estudio de las obligaciones accesorias. *Revista de derecho Privado.*, 28-49. Pág. 33.

<sup>427</sup> *Ibidem*. Pág. 36.

incidir, por supuesto, módulos objetivos para interpretar e integrar un elemento objetivo del mismo, cual es, su causa”<sup>428</sup>

Todavía cabe señalar, las precisiones de DÍEZ-PICAZO que, ante la pregunta ¿Cuál puede ser el criterio para establecer la relación de accesoriedad de una prestación respecto de otra? A lo que se responde “*es claro que únicamente un criterio de orden económico puede dar respuesta a la anterior pregunta. Si se trata de obligaciones de dar, debe ser considerada como prestación principal la que tenga por objeto la cosa principal y como obligación accesoría la que tenga por objeto la cosa o cosas accesorias, entendiéndose por tales aquellas que cumplan una función de servicio respecto de la cosa principal.*”<sup>429</sup> Así, tendríamos que pensar que la restitución del capital, consistente en la obligación de dar una suma de dinero, sería la obligación principal, al tratarse de una cosa principal y la prestación de intereses será accesoría, pues estamos hablando que recae sobre una cosa que estaría en una función de servicio respecto de la cosa principal. Puesto más simplemente, tendríamos que ambas obligaciones recaen sobre dinero, cosa “*ultrafungible*” en palabras de BONET <sup>430</sup>, y tendremos que pensar que el dinero por el interés está en función del dinero por capital. Sin embargo, creemos que este criterio no convence, al enfocarse en la cosa sobre la que recae, considerando que en ambas obligaciones, la principal y la accesoría, se tratan de dar una suma de dinero.

En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO sostiene que ante la imposibilidad de aplicación del criterio anteriormente planteado podemos aplicar un segundo criterio, el que deberá atender al valor de cada una de las prestaciones y al modo en que cada una de ellas contribuya a la satisfacción del interés del acreedor y propone que toda prestación necesaria para satisfacer el interés del acreedor debe ser reputada como obligación principal. En cambio, son obligaciones accesorias aquellas que no se articulan como estrictamente necesarias para que el interés del acreedor quede satisfecho, sino que únicamente se dirigen a

---

<sup>428</sup> Vattier. Contribución... *op. cit.*, pág. 40.

<sup>429</sup> Díez-Picazo (2008), *op. cit.*, pág. 357.

<sup>430</sup> Bonet (1981), *op. cit.*, pág. 242.



ampliar o extender la utilidad o el rendimiento que la prestación principal debe proporcionarle. Así, y como se dijo anteriormente, la razón principal del acreedor al contratar un préstamo de dinero no será únicamente la restitución de su capital, sino que su interés se verá complementariamente satisfecho con el pago de la suma de capital y el pago de la suma por intereses. Por tanto, si los intereses constituyen una pieza fundamental en la satisfacción del interés del acreedor, parece ser que el criterio propuesto tampoco permite una calificación sin dudas de la deuda de intereses como obligación accesoria.

Del mismo modo, podría pensarse que si acudimos a un criterio cuantitativo. Así, los importes que implica el pago de la obligación de restitución de capital *versus* los montos de la obligación de pagar intereses denotan que la suma de estos últimos se supone debiesen ser menores y así, bajo un criterio como este, darle el carácter de accesorio a la obligación de intereses por su cuantía sería más aceptable. Sin embargo, esto sería agregar un criterio a los históricamente planteados para entender las obligaciones accesorias no es determinante, pues fácilmente nos encontramos con varias prestaciones que por ser de montos muy distintos no necesariamente devienen en una relación de accesoriedad y que además excluiría las obligaciones de hacer y no hacer.

También, se entiende que se requiere de una obligación previa, principal, que en este caso es la de pagar una obligación pecuniaria que se conoce como deuda de capital para que nazca la prestación de pagar intereses. Sin embargo, esta relación de accesoriedad que se declara como característica de la obligación de pagar intereses se matiza y se señala por LASARTE que “ una vez nacida la deuda de intereses puede subsistir pese a la extinción de la obligación pecuniaria subyacente, de forma tal que en su desarrollo de futuro la obligación de intereses puede desplegar sus efectos propios, como obligación igualmente pecuniaria, sin necesidad de encontrar asiento en la obligación principal, de la que, en su día, trajo causa. En consecuencia, la accesoriedad de la deuda de intereses solo puede admitirse con referencia al momento constitutivo, siendo incierto que, una

vez nacida, su suerte y dinámica dependa de forma necesaria de la obligación principal”<sup>431</sup>

En un sentido similar, VILLAGRASA sostiene que “podemos hablar de una accesoriedad genética, en cuanto que la existencia de la deuda de intereses dependa de una obligación principal; pero no de accesoriedad funcional o sustancial, al reunir la deuda de intereses suficientes caracteres propios y específicos que, en su desarrollo y extinción, la distinguen e individualizan respecto de esa obligación que justificó únicamente su nacimiento.”<sup>432</sup>

Ahora bien, para entender el mencionado carácter accesorio de la deuda de intereses, nosotros acudiremos a su naturaleza jurídica, la que fue inicialmente analizada, es decir, su carácter de fruto civil. En consecuencia, si presentamos a los intereses como un fruto civil, quizá se pueda comprender mejor el mencionado carácter accesorio genético que se le atribuye.

Así las cosas, el fruto civil, de acuerdo con el artículo 451 del Código Civil, se producen por día, es decir, se devengan por día. Para poder percibir dichos frutos, la legislación propone a las obligaciones como el mecanismo por medio del que se obtiene la percepción del fruto civil. Por otra parte, en la relación obligatoria en que se sitúe el interés puede que se hayan incorporado plazos para el pago de la obligación referida a los intereses, que será la situación normal. En consecuencia, el cumplimiento, como hecho futuro e incierto, de la deuda de intereses puede estar pendiente, cumplido o fallido (estado de fallido, que a pesar de que las obligaciones pecuniarias no devienen en imposibilidad, puede presentarse la insolvencia del deudor y de esta manera no cumplirse definitivamente). De tal forma que, el interés, fruto civil, producido por día, puede estar pendiente en razón de un plazo, cumplido el cual está vencido y consecuentemente es exigible. En estas reflexiones, nos queda aclarar que entendemos por devengado, que es una cuestión distinta al vencimiento, que

---

<sup>431</sup> Lasarte Álvarez, C. (1996). La deuda de intereses. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 115-144. Pág. 132.

<sup>432</sup> Villagrasa (2002), *op. cit.*, pág. 78.

como se dijo, se refiere a la obligación y no al fruto. El devengo se asocia más al fruto civil que a la obligación, en este contexto.

Así, intentando un análisis armónico de las dos cuestiones, intereses como fruto civil y como obligación, podemos afirmar que el carácter accesorio es más propio de la dimensión de fruto civil de los intereses que se diluye con su producción y que los autores comunican a la obligación y que parece no estar tan claro, pues al ver que el principio de accesoriedad básico, *accessorium sequitur principale*, se ve reiteradamente burlado o soslayado por la normativa que regula en particular los intereses en su dimensión obligacional, al establecer reglas especiales y distintas a las que rigen la obligación principal y poniéndonos en alerta acerca de las consecuencias de una errada calificación.

Sin embargo, podemos anotar un aspecto en el que el carácter accesorio de los intereses nos ayuda a comprender el fenómeno productivo y es el que el carácter de deuda de valor real se comunica al interés, pues de la relación principal es que se computa el monto a pagar, principal que deberá ser determinada en cada pago.

Es más, el reputado carácter accesorio se plantea desde la perspectiva del devengo de los intereses, es decir, los intereses gozarían de una autonomía una vez que se hayan devengado y a consecuencia de esto se les reputa de una autonomía respecto de la obligación principal en la relación de crédito. Esta autonomía que se le reputa a los intereses ORDÁS la plantea desde el devengo y sostiene que *“la obligación de pagar intereses ya devengados tiene sustantividad propia”*, afirmación que tendría por fundamento legal la interpretación a sensu contrario del artículo 1110 del Código Civil español que implica la posibilidad de subsistencia de la obligación de intereses frente a la extinción de la obligación principal, siempre que se haya hecho reserva de los intereses adeudados<sup>433</sup>. Sin embargo, la autora plantea que la nulidad de la obligación principal acarrea la obligación accesorio, planteando una comunicabilidad del vicio de que adolecería la obligación y sin distinguir entre los intereses devengados de aquellos que aún no llegan a este estado, cuestión que

---

<sup>433</sup> Ordás, *op. cit.*, pág. 266

no compartimos debido a que la sanción de nulidad es más propia de la convención que da lugar a la relación obligatoria y no la obligación en sí misma, de manera que se conservaría la autonomía, pero la razón por la que caería la obligación de intereses sería por que la fuente de la obligación, el contrato, irradia su ineficacia a la totalidad de la relación obligatoria que a través de él se gesta.

En el mismo análisis de la autonomía de los intereses, ORDÁS profundiza en el carácter autónomo de los intereses para determinar la aplicación del anatocismo legal del artículo 1109 Código Civil español, artículo en el que se exige *una reclamación judicial* para hacer nacer los intereses de demora sobre los intereses vencidos, lo que impediría la aplicación analógica del artículo 1108 Código Civil español a deudas de intereses propiamente dichos, de tal modo que el artículo 1108 limitaría su eficacia a las obligaciones dinerarias de carácter principal, mientras que para las ulteriores deudas de intereses regiría el artículo 1109 y consecuentemente como establece este artículo, se requeriría de la reclamación judicial para la aplicación de los intereses legales a los intereses devengados, vencidos, y no pagados<sup>434</sup>

De modo similar, LASARTE precisa que “el problema de configurar la deuda de intereses como una obligación accesoria radica en que para el sistema positivo español no existe verdaderamente tal categoría, ni desde luego un sector normativo concreto del que se deduzcan de forma indubitada las características generales de las obligaciones accesorias, si no tan solo una serie de preceptos dispersos de los que se pueden extraer las reglas de relación entre las denominadas obligaciones principales y las obligaciones accesorias, además del propio significado de ambos calificativos. De esta forma se entiende que la relación entre ambas obligaciones parte de la creación y subsistencia, la dependencia o independencia de una respecto de la otra. Si esta nace y existe por sí y para sí misma, cabe hablar de obligación principal. Si por el contrario nace de forma dependiente y subordinada respecto de la otra preexistente, se habla de obligación accesoria. Por ello, normalmente se dice que la deuda de

---

<sup>434</sup> *Ibidem*. Pág. 269.

intereses es accesoria de la principal sin tener en cuenta que esta normalidad no excluye las reglas propias aplicables a la misma”<sup>435</sup>.

Como se puede constatar, la crítica a esta calificación de la deuda de intereses ya hizo sus primeros estragos o tuvo sus primeros efectos, al concluir alguno de los autores, que consistió en entender que la obligación será accesoria únicamente en cuanto a su origen, mas no una vez que ella nazca e incluso se sostiene que lo que determinaría su autonomía sería más bien el devengo, antes del cual conservaría el carácter accesorio con todas sus consecuencias.

El problema de plantear que la obligación de intereses, antes de devengarse, es una obligación accesoria no es armónico con la posibilidad que tiene el deudor para pagar de forma anticipada la obligación de capital o principal. La consecuencia de un pago anticipado del capital tendría que traer como efecto la extinción de este accesorio, cuestión que probablemente sería repudiado por los acreedores, pues como entendemos nosotros, la razón principal que han tenido estos acreedores es justamente las ganancias que les proporcionaría un préstamo con interés, es por esto que la ley le reconoce al acreedor, en cuya virtud también se estableció el plazo, que se le pague una compensación sobre la base de la legislación que regula los préstamos de consumo.

En otro sentido, contribuyendo a la problemática, debemos considerar lo establecido en el artículo 1173 Código Civil, a propósito de la imputación del pago, en el que se precisa que el deudor no tendría la posibilidad de pagar el capital, sino que la imputación debe hacerse, en primer lugar, a los intereses. Esto es, lo que VATIER llama “accesoriedad invertida”<sup>436</sup>. Ahora, si bien esta regla aparece en aparente contradicción a la norma del artículo 1110 del mismo cuerpo legislativo, se ha entendido que prima la primera por considerar que esta última no es más que una presunción simplemente legal, que admite prueba en

---

<sup>435</sup> Lasarte (1996), *op. cit.*, pág. 130

<sup>436</sup> Vattier, *op. cit.*, pág. 48

contrario<sup>437</sup>, cuestión sobre la que nos pronunciaremos al final de este trabajo, y, por lo demás, vemos que el artículo 1173 del Código Civil no es más que una consecuencia de la asunción de que el capital es un bien productivo, norma que protege al dueño de ese capital de la posibilidad de que se extinga el capital y deje de producir intereses.

En definitiva, podemos decir que las obligaciones de pagar el capital prestado y el pago de los intereses nacen conjuntamente del mismo contrato, y se encuentran en una relación de horizontalidad. Más aun, si consideramos que la obligación de pagar intereses, seguramente, son la razón principal de contratación del prestamista, es decir, son la fuente de su ganancia en el negocio, elemento que le da el sello de onerosidad al contrato de préstamo de dinero y que es considerado por el Derecho del Consumidor como un elemento esencial del contrato de préstamo de dinero, no controlable a través del análisis de abusividad y que con transparencia se legitima. A mayor abundamiento, el hecho de que la deuda de intereses devengada y vencida produce a su vez intereses bajo la figura del anatocismo, dejando a los intereses en la misma situación que el capital, pretendido principal.

Por otro lado, nadie pensaría en pagar intereses si no se le ha prestado una suma de dinero. Tampoco habría quien podría afirmar el pago del precio de una cosa si no se la entregan en el caso de una compraventa. Ni menos pagar un alquiler si no se ha entregado la cosa arrendada. Sin embargo, en este último caso y por la relación análoga que existe entre la obligación de pagar el alquiler y la de pagar intereses, ambos como frutos civiles, la suerte del fruto en su dimensión obligacional es distinta, pues nadie se plantearía la posibilidad de que la obligación del arrendatario de pagar la renta sea accesorio.

Es por todo lo anterior que, si hacemos una distinción entre el interés como fruto civil y el interés como deuda, diremos que la obligación tiene un viso de accesoriedad reconocido en la doctrina, carácter que se le comunica a la

---

<sup>437</sup> Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2004.). Artículo 1110 (recurso electrónico). En M. Albaladejo, *Comentario al Código Civil. Tomo X, Vol. 1º artículos 1088 a 1124 del Código Civil*. Madrid: Última consulta: 27 diciembre del 2021. EDERSA. Disponible en: [www.vlex.es](http://www.vlex.es) .

obligación en razón de que se pretende, a través de ella, obtener la percepción de un fruto civil, sin que la obligación, como instrumento puesto a disposición del dueño del capital, sea genuinamente una obligación accesoria. Es más, en el contrato de préstamo de dinero con pacto de intereses es posible identificar dos prestaciones bajo un mismo sujeto, la restitución del capital y el pago de los intereses, ambas destinadas a la satisfacción del interés del acreedor. Por tanto, la deuda de intereses es una obligación complementaria a la satisfacción del interés del acreedor y como tal no es accesoria, ni principal, sino más bien se trata de una obligación cuya prestación se encuentra en una relación de horizontalidad con la prestación que implica la obligación de restitución del capital, y no le sería aplicable a su respecto el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal una vez que haya nacido. Y por último, es en razón al supuesto de horizontalidad de las prestaciones del deudor que la deuda de intereses no admite la aplicación de la distinción entre obligación accesoria y principal, de conformidad a lo propuesto por VATTIER.

### **2.6.3 Sobre el concepto de interés**

El Código Civil español carece de una aclaración, de una definición acerca de lo que se entiende por intereses. En aquellas partes en las que hace referencia a la magna institución los menciona sin que haya una alusión a lo que debemos entender por tal. A lo más, incorpora a los intereses como un fruto civil para los efectos del usufructo que se constituye sobre algún derecho que genera réditos. Es más, en el artículo 475 Código Civil español distingue entre frutos e intereses y a ambos les hace aplicable la reglamentación de los frutos civiles y de esta forma podemos entender que el legislador ha querido o considera a los intereses con una naturaleza análoga a la de los frutos civiles. Y recalamos que solo análoga, pues el mismo artículo 355 Código Civil español, en el marco de las normas sobre accesión, ni siquiera menciona los intereses entre los frutos civiles, cuestión que si hace respecto de las rentas perpetuas, vitalicias u otras

análogas, extensión por analogía que solo sería interpretada por algún avaro banquero que pretende préstamos perpetuos con intereses que se que cobren hasta la muerte del prestatario. Más allá de estas extensiones indeseables de la figura del interés como un fruto civil, la cuestión se reitera en variadas normas del Código Civil español, en las que aparecen mencionados separadamente los frutos de los intereses, pero siendo aplicables las mismas normas, de manera que aunque creamos que los intereses no son frutos civiles, se les aplican las reglas de los frutos civiles y con esto se hacen extensivas las reglas de los frutos a los intereses. En este mismo sentido la doctrina más destacada está conteste con el carácter de fruto civil de los intereses<sup>438</sup>.

Por otra parte, se hace mención de que de alguna manera no existía la necesidad de tener claro el concepto de interés en la legislación civil en razón de que ya el artículo 315 del Código de Comercio español entrega una definición de lo que se debe entender por interés, que hoy sería interesante retomar<sup>439</sup>, y que los pone como toda prestación pactada a favor del acreedor, definición aportada por la ley de liberación de intereses del 14 de marzo de 1856. Definición de interés que merece a lo menos la crítica de no ser comprensiva de la realidad de la mayor parte de las legislaciones que plantean la posibilidad de los intereses legales<sup>440</sup> que se aplican ante las hipótesis de incumplimiento y que corresponderían a intereses de carácter moratorio.

Así las cosas la legislación no es clara al momento de definir el interés o más bien deja la posibilidad de que sea la doctrina la que determine el contenido de los intereses desde un punto de vista jurídico.

Inicialmente, diremos que en términos económicos se define el interés como el precio o remuneración que una persona ha de pagar por la utilización o disfrute

---

<sup>438</sup> Ordás, *op. cit.*, pág. 270; Lasarte, *op. cit.* Derecho de obligaciones. Pág. 123; Villagrasa (2002), *op. cit.*, pág. 87;

<sup>439</sup> Interesante considerando que las rentas de los bancos se han visto incrementadas por la remuneración que se recibe debido a servicios prestados por las entidades bancarias, que, si bien postulamos como injustificadas debido a la figura de los deberes secundarios, ha sido de público conocimiento, que se trata de las partidas más importantes de los beneficios que reportan las entidades bancarias.

<sup>440</sup> Ordás, *op. cit.*, pág. 264.



de bienes de capital de pertenencia ajena<sup>441</sup>. Si bien es cierto que, es la ciencia económica la que alberga la teorización para justificar los intereses en el sistema económico vigente, en este apartado nos centraremos en las definiciones que otorga la doctrina jurídica de la figura en cuestión, sin perder de vista la base de los postulados económicos.

Ahora, en las ciencias jurídicas hay una serie de matices que determinan distancias entre cada definición que se da del concepto de interés, lo que hace necesario hacer un pequeño repaso por los diversos esfuerzos delimitadores de la idea del interés en la doctrina.

Así las cosas, ALBALADEJO precisa que los intereses “consisten normalmente en una cantidad de cosas de la misma especie que las debidas, proporcional a la cuantía de esta y a la duración de la deuda”. Adicionalmente, señala que los intereses pueden consistir en cualquier cosa fungible, incluso de una especie distinta a la debida y que corresponde a la obligación principal a la que acceden los intereses<sup>442</sup>. Esta definición se caracteriza por su amplitud, lo que para nuestros objetivos es muy amplia, pues nuestro enfoque está únicamente en las obligaciones pecuniarias.

Luego, ENNECCERUS los define como aquella cantidad de cosas fungibles que puede exigirse como rendimiento de una obligación de capital en proporción al importe o al valor del capital y al tiempo por el cual se está privado de la utilización de este<sup>443</sup>.

Por otra parte, VON THUR señala que los intereses son la remuneración que el acreedor puede exigir al deudor, por privarse de la suma de dinero que se adeuda, siempre que se ajuste a la cuantía de la suma adeudada y a la duración de la deuda<sup>444</sup>.

---

<sup>441</sup> Díez-Picazo (2008), *op. cit.*, pág. 319.

<sup>442</sup> Albaladejo, M. (2011). *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. Madrid: Edisofer S.L. Pág. 70.

<sup>443</sup> Enneccerus, L. (1933). *Tratado de derecho civil, Tomo II, vol. 1*. Barcelona: BOSCH. Pág. 53; Sabater, *op. cit.*, pág. 99.

<sup>444</sup> Von Thür, A., & Roces, W. (1934). *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Editorial Reus S.A. 1. Pág. 47.

En la misma línea, la definición de SIMONETTO, quien, basado en su fundamentación de los intereses, señala que el interés “*es el precio de cada una de las unidades del tiempo durante el que perdura la dilación del pago de un crédito de cosas fungibles*”<sup>445</sup>. Entendemos por precio una suma de dinero. Como se señaló en su oportunidad, para el autor la consideración del tiempo es fundamental en la apreciación de la magnitud del sacrificio que se autoimpone el acreedor. Sin embargo, se extraña en esta definición, la consideración de otros elementos que determinan el monto de los intereses incorporados, ciertamente de más reciente producción en la definición de los intereses. Otra cuestión que llama la atención es la vinculación de la unidad de cuenta referida al tiempo, la señalarnos unidades de tiempo, que forman parte de los elementos de determinación de la tasa de interés y que al combinarse con la unidad de cuenta que significa el dinero como principal, objeto de la prestación, nos lleva a una abstracción absoluta, que en definitiva es lo que está en la base del crédito, el tiempo y el dinero.

Luego, tenemos a VILLAGRASA, quien plantea una definición de lo que debe entenderse por intereses en los siguientes términos: *la deuda de intereses es una obligación jurídico patrimonial consistente en el pago de una cantidad de dinero que el deudor debe satisfacer al acreedor como obligación inicialmente accesoria que trae por causa de la disponibilidad o detentación temporal de un capital líquido que debe restituir al acreedor, calculada en proporción a su importe y al tiempo transcurrido desde su constitución o exigibilidad hasta su completo pago.*<sup>446</sup>

Asimismo, otra jurista a considerar en las definiciones es MÚRTULA, quien tratando de unificar el concepto de interés, los define como “*una cantidad de dinero que se debe pagar por la utilización o disponibilidad de un capital ajeno, cuya cuantía depende de la duración del uso o disposición de ese capital y no de las ganancias o beneficios que de él puedan obtener el deudor o un*

---

<sup>445</sup> Simonetto, *op. cit.*, pág. 261.

<sup>446</sup> Villagrasa (1998), *op. cit.*, pág. 423

*tercero*<sup>447</sup>. Explicita la autora un factor que no considera determinante al momento de fijar el monto de los intereses, cual es, las ganancias que del capital prestado puedan obtener quien lo usa como prestatario. Sin embargo, de nuestra parte, anotemos desde ya, que si bien la ganancia en sí no debería tenerse en cuenta para fijar el monto del interés, la finalidad para la que se prestó el dinero puede influir sustancialmente en los riesgos asociados a la solvencia del deudor, vinculado al *periculum sortis*, respecto de la que el acreedor, dueño del capital, siempre se resguarda y es determinante para aumentar o no el monto de los intereses.

Ahora, del contraste de estas definiciones, es posible notar una diferencia en cuanto al objeto de la obligación de intereses, lo que nos hace cuestionar ese aspecto estructural de la deuda. En consecuencia, nos preguntamos si los intereses deben ser de una naturaleza homogénea a la obligación principal, o más bien, si deben consistir en dinero al igual que el capital, de la que se dice ser accesoria o pueden ser distintas, ampliando la definición de los intereses a otras cosas fungibles. Así como también, nos preguntamos si aquellas deudas que tienen por objeto cosas fungibles pueden generar intereses y si estos intereses deben ser homogéneos a la obligación que los produce.

Sin embargo, nos quedaremos con una concepción de un interés dineraria, pues nos parece que aquí debemos estar a los postulados económicos al respecto y ahí se entiende que el interés es dinero, pues se parte de la idea que una suma de dinero, el capital, pasa a ser un bien productivo y lo que produce el dinero es dinero. Adicionalmente, para nosotros, por la normalidad del tráfico, que impone obligaciones de intereses, la regla es que consisten en dinero, y se deja la posibilidad de interés consistente en otras cosas fungibles a un tráfico más antiguo. Así, es en el tráfico actual en el que el interés se entiende como una suma de dinero y es la concepción en la que apoyamos nuestra investigación en razón a nuestros objetivos dirigidos a la relación entre las entidades de crédito y los consumidores.

---

<sup>447</sup> Múrtula, *op. cit.*, pág. 209.

En otro sentido, en cuanto a semejanza, podemos ver que en la mayoría de las definiciones expuestas, se tiene presente los factores que determinan el monto de los intereses, dígase, el tiempo de dilación de la restitución del capital y a cuánto asciende el capital prestado. En este punto, reiteramos lo que se dijo a propósito de las notas características del interés, especialmente en lo que se refiere a los riesgos asociados a los negocios en los que se pacta este fruto civil.

Por otra parte, no parece conveniente hoy en día plantear un concepto tan restringido de intereses o más bien parece indispensable considerar que muchas veces hay conceptos de pago que se establecen en los contratos de préstamos que encubren intereses y que de esa forma hacen fraude a la ley para los efectos del control de estos, en el caso español a través de la denominada Ley Azcárate. De manera que, no es baladí detenernos en lo que debemos entender por interés y no solamente lo que es el interés como se expuso en las páginas anteriores. Es de esta opinión ORDÁS, al señalar que para calificar de usurario o no un contrato habrá que considerar no únicamente el tipo nominal del interés pactado, sino también las comisiones previstas en el mismo, las que contribuyen a incrementar notablemente el coste de la operación crediticia para el acreditado y que en algunos casos puede tratarse de verdaderos intereses encubiertos y de esa manera lograr no ser alcanzado por los términos de la ley de represión de la usura<sup>448</sup>. Así, para definir los intereses de tal forma que permita tener en cuenta estas objeciones, no hay que descuidar que la definición sea aplicable a dichas sumas de dinero que se denominan de una forma, pero que en verdad son otras. No obstante, hay que ser conscientes de que el contrato seguramente hará explícitas las causas de dichas comisiones y que una vez firmado el contrato difícilmente se podrá probar que dichas sumas corresponden a intereses.

Otra cuestión por considerar en el momento de fijar el tipo de interés, es decir, los factores que determinan el monto de los intereses, es saber si todos aquellos seguros que van acompañando los contratos de adhesión en los que se firman los préstamos de dinero pudieran tener o no alguna influencia en la tasa aplicable. De ahí que, las tasas de interés de los créditos hipotecarios deberían

---

<sup>448</sup> Ordás, *op. cit.*, pág. 334.

ser menores a las de los préstamos de consumo, en razón de las garantías que existen para el acreedor de poder ver satisfecho su crédito con una garantía real. Luego, si consideramos los seguros como un mecanismo de eliminación de riesgos para el acreedor y en conocimiento que quienes pagan la prima de dichos seguros son justamente los usuarios, cabe preguntarnos si es indiferente la existencia de esos contratos conexos o tienen alguna influencia o simplemente hay que asumirlos como un resultado más del desequilibrio en el poder de negociación de los contratantes. Estas observaciones se hacen esencialmente por el hecho de que es nota común, como se apuntó, que se incorpore en la definición de interés los factores que determinan el tipo o tasa de interés.

Dicho todo lo anterior, diremos que el interés es un fruto civil que, de conformidad a la justificación tradicional y unánime, tiene por finalidad retribuir o indemnizar el sacrificio económico al que se expone el dueño de un capital, que jurídicamente se identifica con el lucro cesante, en virtud de un negocio, fruto civil que se garantiza en razón en una obligación o deuda dineraria<sup>449</sup>, cuyo monto se fija, principalmente, con base en el tiempo de dilación de la restitución de dicho capital, el monto del capital y, lo que es discutible, en los riesgos asociados al contrato en que tienen lugar. O en otros términos, el interés es aquel fruto civil que se traduce en una obligación pecuniaria, la que garantiza la percepción de dicho producto al dueño del capital y que busca sanear el perjuicio que provoca la privación que se autoimpone el dueño de esa suma de dinero. Y por último, aclaramos que como sostenemos una postura unitaria en cuanto a la definición de los intereses, como también de sus fundamentos, esta definición se proyecta a los intereses moratorios y se precisará de que en vez de la privación autoimpuesta del prestamista, la causa será la mora del prestatario.

La cuestión es que, para delimitar lo que entendemos por interés, no hay que perder de vista su naturaleza jurídica, dígase, su carácter de fruto civil y que el

---

<sup>449</sup> En cuanto a las categorías de obligaciones pecuniarias hay que tener presente cuál de las categorías planteadas en el primer capítulo de la presente obligación se corresponde con la figura de los intereses.

instrumento garantizador de que el dueño obtenga ese producto del capital es la obligación, la que a su vez es pecuniaria.

Por último, llama la atención que el Código de Comercio español defina en el artículo 315 lo que se entiende por interés y precise que es toda prestación pactada a favor del acreedor. Nuestra impresión ante una norma tan simplista referida a los intereses, después del análisis que antecede, es que es una definición del interés que responde a nuestra segunda pregunta planteada en la introducción del presente trabajo, es decir, que para los efectos de velar por la protección del prestatario debemos entender por interés toda prestación a favor del acreedor.

#### **2.6.4 Intereses como obligación pecuniaria.**

Al estar la deuda de intereses inmersa en una relación de crédito, que tiene por origen un contrato de financiación, el objeto de la prestación consistirá en el pago de una suma de dinero, lo que la califica como una deuda pecuniaria u obligación dineraria, que como tal, se diferencia de las relaciones obligatorias genéricas, por el objeto que integra la prestación, que corresponde a un número de unidades fundamentales del sistema financiero, unidades ideales que configuran un valor patrimonial. Es así como, a la deuda de intereses, como deuda pecuniaria que se califica, se le aplican las particularidades de esta categoría de deudas. De esta manera, el incumplimiento definitivo de una deuda pecuniaria solo se puede configurar ante la hipótesis de la insolvencia, ya que su objeto es denominado como indestructible y considerando el principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el artículo 1911 del Código Civil español, el deudor responde con todos sus bienes, sean estos presentes o futuros, de tal

manera que se considera que el riesgo es siempre del deudor , pues no cabe la extinción por destrucción del objeto <sup>450</sup>.

Por otra parte, la deuda de intereses en su calidad de deuda pecuniaria, supera los límites de las deudas genéricas, particularmente en lo que se refiere al artículo 1167 del Código Civil español, referido al cumplimiento respecto de la obligación de entregar una cosa genérica en cuanto a su calidad. Además, el carácter indestructible mencionado por VILLAGRASA, que BONET le llama ultrafungibilidad, significa que el dinero no dejará de existir, como sí puede ocurrir con alguna cosa genérica que sea objeto de una prestación<sup>451</sup>.

Es más, la deuda de intereses, al igual que su categoría más amplia de la deuda de dinero a la que pertenece, recibe un tratamiento especial en razón del objeto de la prestación, al reconocer el principio de productividad en el artículo 1109 del Código Civil español, reconociendo el anatocismo, que implica que el dinero objeto de una deuda de intereses produce a su vez dinero. Más precisamente, al ser una deuda pecuniaria le son aplicables las normas especiales de estas, pero con la excepción del artículo 1108 del Código Civil español, pues tienen un tratamiento especial en el artículo 1109 del Código Civil español, referida a los efectos del incumplimiento.

De esta manera, vemos que el análisis respecto de las obligaciones pecuniarias se puede trasladar en gran parte a la deuda de intereses y así ver la coherencia de tratamiento como deuda de dinero.

### **2.6.5 Los intereses desde un punto de vista técnico.**

Tal y como nos señala GARRIGUES el fenómeno del crédito tiene tres capas, de las cuales hemos tratado de exponer principalmente dos, la económica y la

---

<sup>450</sup> Villagrassa (1998), *op. cit.*, pág. 92

<sup>451</sup> *Ibidem*. Pág. 95.

jurídica, mientras que la tercera capa, está más vinculada con el ámbito de las matemáticas financieras y contables. En este ámbito de conocimiento, que es la base de cómo se opera en estos mercados, se hacen distinciones entre lo que es el interés simple y el interés compuesto como la distinción básica de los intereses. Por lo demás, se distingue también entre el interés nominal y el efectivo o real. Asimismo, se diferencia entre el interés negativo y el positivo. Por otra parte, entre intereses ajustables e intereses fijos. También se identifican los conceptos de los intereses flotantes, que sería una subcategoría de los intereses ajustables y de los intereses devengados<sup>452</sup>.

Como se puede apreciar, la distinción entre los intereses moratorios y los intereses retributivos o compensatorio está fuera de las categorías mencionadas y en razón del análisis que haremos a continuación, se verá que la distinción se sustenta en la hipótesis jurídica de mora, que tienen por base el incumplimiento de la obligación, de ahí que la ley solo habla de interés legal y de interés, pues en definitiva responden al mismo fundamento.

Ahora, podemos destacar la distinción entre el interés simple y el interés compuesto, cuyas explicaciones normalmente se hacen desde la perspectiva de las operaciones bancarias pasivas y referida a los rendimientos de algún producto financiero de inversión, pero que son trasladables al análisis de las operaciones bancarias activas, en las que el interés compuesto toma el nombre de anatocismo desde el punto de vista jurídico.

Nos llama la atención también la diferencia entre el interés nominal y el real o efectivo, que incorpora la idea del valor real del dinero, el que se ve afectado por la inflación y que representa el poder adquisitivo del rendimiento o fruto del dinero<sup>453</sup>.

---

<sup>452</sup> Jacquese Marcuse, R. (2009). *Diccionario de términos financieros y bancarios (5a. ed.) (recurso electrónico)*. . Ecoe Ediciones.(última consulta 2 de diciembre del 2021) Disponible en: <https://elibro-net.sire.ub.edu/es/ereader/craiub/69073?page=159>. Pág. 159

<sup>453</sup> *Ibídem*.



## **2.6.6 Categorías de intereses reconocidos en el ámbito jurídico.**

La categorización más importante de los intereses que se hace responde a una distinción que atiende a la función que cumple cada categoría en una relación obligatoria, que tiene por objeto una cantidad de dinero, que se genera debido a la celebración de un contrato de financiación.

Así, las distintas funciones que cumplirá el interés van a depender del *iter* o *tractus* contractual en el que nos encontremos, atendiendo al hecho jurídico del incumplimiento junto a la mora. Durante el periodo de normalidad, que es mientras está vigente el contrato y hay cumplimiento de las obligaciones generadas en los intervalos de cobro acordados, la función del interés consistirá en el pago del precio por el uso, el pago de una remuneración, el pago de una retribución por contar con la gracia de tener a disposición una suma de dinero, el principal, que le permite al prestatario contar con una liquidez que no tenía antes del contrato y por lo cual estuvo dispuesto a celebrar dicho contrato. En consecuencia, aquellos intereses fijados en los contratos de financiación durante el normal desarrollo del negocio que regula se denominan intereses remuneratorios o retributivos.

Luego, y en el evento de que nos encontremos frente a una situación de incumplimiento, los intereses cambian su función. Ya no se trata de pagar una retribución, sino de indemnizar los daños asociados al incumplimiento por la privación de la liquidez esperada por el acreedor. En este *iter* es que la doctrina originariamente ha ido aportando valoraciones asociadas a la categoría de interés que opera y cuál es la función que cumpliría, determinando que la función indemnizatoria se cumple por los intereses moratorios, que se puso en evidencia en el desarrollo histórico de los fundamentos de los intereses. Esta categoría de interés, que busca el saneamiento del perjuicio del acreedor, trae aparejada la institución de la mora, cumpliendo así con un requisito fundamental de la procedencia de una indemnización de perjuicios, asociada al requerimiento.

Es así como, si no hay mora, no habría intereses moratorios, es decir, no se concreta la indemnización de perjuicios, pues precisamente la mora es un

instrumento distribuidor del riesgo del incumplimiento, que en el caso de las deudas pecuniarias pasa por el inicio del devengo de esta categoría de interés.

Pero tenemos que, al ser el dinero objeto de una relación contractual de crédito, este no es estéril o por lo menos ficticiamente se pretende que no lo sea, de manera que la mora entraría a impedir una característica fundamental del bien jurídico dinero, por lo menos antes de la configuración de la mora. Sin embargo, a pesar de la necesidad de requerimiento que en la mayoría de las regulaciones se establece como requisito para la constitución de la mora *solvendi*, al cuál el Código Civil español no hace excepción, a través de los acuerdos de las partes o la predisposición contractual, normalmente de la entidad financiera, se elude este requisito de procedencia de la indemnización de perjuicios, el del requerimiento, que es lo que ocurre en el caso español, que en la redacción del artículo referido a la mora, permite la posibilidad de eximirse el *creditore* del requerimiento, con la mencionada mora automática o *ex re y de esta manera se sana ese periodo en el que el dinero pueda considerarse que deja de producir intereses*.

Por otra parte, los intereses retributivos o remuneratorios (*correspettivi*)<sup>454</sup> se reconocen jurídicamente en razón de la función que cumplen y que responden al concepto general y pretendido unitario de intereses, el que tiene que ver con el valor que se le asigna al préstamo de una cantidad de dinero, dígase, capital o principal. Ese valor que se representa en términos porcentuales del principal corresponde a lo que el que recibe el dinero pagará como precio por la liquidez que se le concede a través del préstamo. Se señala que los intereses remuneratorios corresponden a una remuneración o retribución por el tiempo durante el cual el capital permanece a disposición del deudor<sup>455</sup>. El *agio que en*

---

<sup>454</sup> La traducción de *correspettivi* del italiano al español no es “correspectivo”, que es una palabra que no existe en las normas de la RAE. La traducción de este adjetivo es remuneración o tarifa, lo que hace mucho más sentido en cuanto a la función que cumple, dígase, el pago de una cantidad de dinero por la disposición de un principal.

<https://www.wordreference.com/definizione/corrispettivo>.

<sup>455</sup> Múrtula, *op. cit.*, pág. 250. Cabe aclarar que la autora plantea su hipótesis en cuanto a que los intereses responden a un concepto unitario y que solo en razón de la causa de su devengo (en una situación normal o de incumplimiento), determina la distinción entre los intereses remuneratorios y moratorios, pero suponiendo que responde a un concepto unitario.

*sus razonamientos plantea BÖM-BAWERK*<sup>456</sup> y que entendemos que es el que definitivamente es aceptado como el fundamento económico de los intereses y que jurídicamente se corresponde con el daño patrimonial consistente en la ganancia dejada de percibir.

Ahora, a modo ilustrativo únicamente, la doctrina italiana tradicional ha distinguido entre los intereses *correspettivi* (que llamaremos remuneratorio o retributivo), compensativi (compensatorio) y *moratori* (moratorio), siendo las dos primeras categorías de difícil entendimiento, considerando que es más una reminiscencia histórica de la distinción de intereses en el ámbito de las relaciones comerciales, el *correspettivi*, y las relaciones civiles, compensatorios. En este sentido, INZITARI precisa de la distinción poniendo énfasis en la tradición doctrinal y legal. Así, nos señala que en el caso de los intereses *correspettivi* tienen por función equilibrar la ventaja que tendría o que habría obtenido quien detenta la suma de dinero, mientras que en el caso de los intereses compensatorios, si bien buscan igualmente reequilibrar la ventaja del deudor pecuniario, este interés opera con independencia de que se detente la suma de dinero. Mientras que en el caso de los intereses moratorios, la función de este accesorio de la relación financiera busca indemnizar los daños ocasionados por el retardo en el cumplimiento de la obligación por parte del deudor de una suma de dinero<sup>457</sup>. Sin embargo, consideramos que la posibilidad de detentación del dinero objeto de préstamo es una hipótesis que en el ámbito del consumidor financiero es de más difícil ocurrencia.

Se precisa además que la unificación del Derecho de obligaciones en el Derecho italiano dio lugar a la integración del principio de que el dinero es productivo por naturaleza, incorporando el artículo 41 del antiguo Código de Comercio Italiano al artículo 1282 del Código Civil Italiano de 1942, el que precisa que una deuda o crédito de dinero líquida y exigible, produce automáticamente intereses, a

---

<sup>456</sup> Böhm-Bawerk, *op. cit.*, pág. 512-519.

<sup>457</sup> Inzitari, *op. cit.*, pág. 269.

menos que la ley o el contrato establezca lo contrario, reconociéndose como un principio que rige al enfrentarnos al marco regulatorio italiano de los intereses<sup>458</sup>.

También se distingue entre los intereses legales y convencionales, que no es más que una distinción en función de la fuente de la obligación en cuestión. Eso sí, importa aclarar que los intereses legales no deben ser asimilados a los intereses moratorios, pues hay casos en que el interés legal no es interés moratorio, como el del artículo 1501, inciso segundo del Código Civil español<sup>459</sup>.

Asimismo, en la doctrina se habla de intereses usurario e intereses abusivos, aludiendo al mecanismo a través del que se lleva a cabo el control de la desproporción entre las prestaciones de las partes, siendo el interés usurario aquel que es notablemente superior al normal del dinero y abusivo aquel que atente que signifique un desequilibrio de las prestaciones de las partes.

En definitiva, las dos principales categorías reconocidas jurídicamente son la figura de los intereses moratorios y los intereses retributivos. Destacando los intereses moratorios como la primera categoría aceptada en una historia larga de prohibición, bajo los títulos de daño emergente, lucro cesante y riesgo de incumplimiento. Fundamentos que luego se trasladan a los intereses remuneratorios y son legalizados bajo la figura de los frutos civiles.

## **2.6.7 Intereses a tipo fijo y variable**

Distintos han sido los mecanismos a través de los que se han modelado el negocio del préstamo, podríamos afirmar que esta categoría contractual, los contratos de financiación, ha sido la más fiel expresión del contrato como

---

<sup>458</sup> Dalla Massara, T. (2012). *Obbligazioni pecuniarie*. Padova. Pág. 319. Exactamente el artículo 1282 del Código Civil Italiano establece: “*Interessi nelle obbligazioni pecuniarie. I crediti liquidi ed esigibili di somme di danaro producono interessi di pieno diritto, salvo che la legge o il titolo stabiliscano diversamente*”

<sup>459</sup> Villagrassa (1998), *op. cit.*, pág. 169.

mecanismo distribuidor de riesgos<sup>460</sup>. Es con dicho propósito que aquel que puede predisponer el contenido del contrato tratará de transmitir el riesgo financiero al prestatario, por el impulso de la maximización de sus ganancias, y uno de los mecanismos es el establecimiento de una tasa de interés variable, que vaya adecuando la remuneración del uso del capital a los avatares que verá enfrentada la relación de crédito en el mercado. Como señala VILLAGRASA el tipo de interés variable buscaría transmitir el riesgo de la pérdida de valor real de dinero que se asumiría en el caso de un interés fijo<sup>461</sup>, lo que afirma nuestra observación sobre la doble utilización de la modificación del valor real del dinero en el transcurso del tiempo, como interés variable en este caso y como cláusula de estabilización.

Este modelo de negocio crediticio es más probable aun en aquellos casos en que los préstamos sean de larga duración, como es lo que ocurre precisamente en la financiación para la adquisición de inmuebles a través de los contratos vinculados, como son los préstamos hipotecarios. Ahora, nos es nuestra intención hacer un análisis particularizado de los distintos factores que intervienen en magna categoría contractual, por sí misma objeto de investigación en distintas obras y que nosotros solo referiremos lo atinente a la tasa de interés variable que es precisamente lo que coincide con nuestro objeto de investigación.

Así, en aquellos contratos en el que la distribución del riesgo es menos preocupante para el predisponente, o en contratos cuya duración no sea prolongada, nos encontraremos con préstamos a tasa de interés fijo o tasa de interés simple, en la que el cálculo de la suma de dinero que el prestatario

---

<sup>460</sup> MORALES, A.M. (2006) *La modernización del derecho de obligaciones. Cizur menor, Navarra*: Aranzad. Pág. 337. La referencia se hace debido a ñas explicaciones relativas al contrato como mecanismo de distribución de riesgos. Esta idea del contrato, basado en el nuevo derecho de la contratación, que propone el autor en su obra, se enfoca únicamente en el mayor riesgo que representa la celebración del contrato, cuál es, el incumplimiento, mientras que nosotros ampliamos el concepto al estado anterior en el que se puede encontrar el contrato, al *iter* contractual previo, que es en la etapa de negociación y durante su existencia. Un contrato de crédito en que se fija un tipo de interés variable es un mecanismo de distribución del riesgo, entendiendo por tal no solo el incumplimiento, sino que también la carga económica que puede significar el precio que se fije por la contraprestación, pues no está absolutamente determinado.

<sup>461</sup> Villagrassa (1998), *op. cit.*, pág. 202.

definitivamente tenga que pagar se somete a un cálculo más sencillo. De esta manera, la tasa de interés fija, se dice que es la que se mantiene inalterable mientras dura la relación de crédito, con independencia de los tipos de interés del mercado y que corresponde a los tipos contractuales en los que los plazos de amortización son más breves<sup>462</sup>.

Volviendo a la tasa de interés variable propiamente dicha, debemos entender que estamos ante una obligación pecuniaria cuyo objeto no está determinado al momento de pactar el préstamo. Ahora, podríamos decir lo mismo de la tasa de interés fijo, considerando que esta obligación accesorio, es catalogada como una deuda de valor<sup>463</sup> y no de una suma de dinero, desde que para saber cuanto es lo que hay que pagar habrá que hacer un cálculo matemático simple.

Sin embargo, esta noción de deuda de valor la hemos superado, como una categoría de obligación pecuniaria ilíquida.

Por otra parte, la posibilidad de que el costo de un crédito varíe en la vida de la relación obligatoria tensiona los cimientos de la configuración de los contratos, pues estamos hablando de que el objeto del contrato sufrirá modificaciones durante su vigencia. El elemento de la estructura contractual que se puede ver afectado a consecuencia de un acuerdo de estas características es la determinación del objeto. Sin embargo, es aceptable que el objeto del contrato sea determinable, siempre que no requiera un nuevo convenio entre las partes, de conformidad a lo establecido en el artículo 1273 del Código Civil español.

Ahora, se plantea que la desventaja de un contrato de préstamo en el que los intereses sean variables durante la vida del contrato es la incertidumbre respecto del coste de la operación<sup>464</sup>. Dicha incertidumbre será mucho más acentuada en el caso del cliente o consumidor financiero, pues el nivel de profesionalización de la mayor parte de ellos no es precisamente de carácter financiero, mientras que la entidad bancaria precisa de analistas, economistas, contables,

---

<sup>462</sup> Ordás, *op. cit.*, pág. 381.

<sup>463</sup> Villagrasa (1998), *op. cit.*, pág. 211.

<sup>464</sup> Ordás, *op. cit.*, pág. 390.

comerciales que sabrán con mayor exactitud el costo de la operación, pero sin eliminar la incertidumbre anotada más arriba.

La incertidumbre planteada en los contratos de préstamos de interés variable nos lleva a preguntarnos acerca del carácter aleatorio que puede llegar a tener este tipo de contratos, entendiendo que hay un alea incorporado en el contrato constituido esencialmente por el índice de referencia que determinará las modificaciones al alza o a la baja del precio del dinero y que al depender de factores externos podrían establecer un nuevo orden de relación entre las prestaciones.

Así, el interés variable es definido por ORDÁS como “el tipo de interés a aplicar a cada periodo de interés y cuya determinación tiene lugar mediante la adición de un margen al valor que represente el índice de referencia en la fecha de revisión del tipo (sic)” De esto se deduce claramente, continúa ORDÁS, que para la determinación concreta del importe de un interés variable hay que atender a dos magnitudes, el referencial y el diferencial o spread, cuyas sumas determinan el porcentaje de remuneración del préstamo en el periodo del interés siguiente<sup>465</sup>.

Ahora, bajo la autonomía de la voluntad reconocida en el artículo 1255 del Código Civil español, es posible reconocer la posibilidad de que las formas en que se determine el precio del dinero, el interés a pagar, sean diversas, siempre que se respeten los requisitos del objeto de las obligaciones y las normas de formación del consentimiento aplicable a cualquier acuerdo. Así, se mencionan como contratos de préstamos en los que no se respetarían dichos requisitos el *préstamo con tasa de interés revisable*, en la que el prestamista puede variar en cualquier momento la tasa, lo que es abiertamente contrario a los fundamentos de la formación del consentimiento y que atenta con lo establecido en el artículo 1256 del Código Civil español, en el que se precisa que la validez y el cumplimiento del contrato no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, a pesar que haya sido solo uno de ellos el que haya redactado el contrato.

---

<sup>465</sup> *Ibidem*. Pág. 394

Asimismo, los *préstamos con tasa de interés renegociables*, en los que el interés es fijo durante un periodo, luego del que se debe acordar una nueva tasa de interés para un nuevo periodo está fuera de la legalidad exigida por el artículo 1273 Código Civil español, pues este plantea la posibilidad de determinación futura del objeto, es decir, se permite que la cantidad sea determinable, pero para cuya determinación no se requiera de un nuevo acuerdo, cuestión que precisamente se requiere en este segundo ejemplo de préstamo con tasa de interés variable. Luego, tenemos aquellos *préstamos en los que el tipo de interés es referenciado* y el prestatario conoce el mecanismo de variación del tipo de interés desde la celebración del contrato, dígase, se ha informado tanto el índice que se utilizará para modificar la tasa, así como también el momento en que se aplicará<sup>466</sup>.

Ahora bien, los tipos de préstamos a tasa de interés variable pueden ser de tres clases. El primer modelo es aquel en el que el plazo total de amortización de la operación se acorta o alarga en relación con las bajadas o subidas del tipo de interés del mercado, contratos en los que hay una cuota fija, es decir, se mantiene la cuota de amortización inicial. En segundo lugar, tenemos que los préstamos podrían tener una cuota de amortización que varía en cada periodo. Y por último, los contratos de préstamos correspondiente a los créditos a tipo mixto, en los que la tasa de interés inicial se mantiene durante un periodo, luego del que el precio del crédito se calculará con la cláusula de revisión contratada<sup>467</sup>.

Así las cosas, la tasa de interés variable consta de cinco elementos: el interés inicial, el periodo de interés, el tipo de interés o tipo nominal de interés, el tipo o índice de referencia y el margen, diferencial o SPREAD.

Así, es el índice de referencia el que genera esa cuota de aleatoriedad al contrato de financiación, especialmente los que tienen larga duración, que también puede ser considerado como un elemento de justicia conmutativa, en el sentido de

---

<sup>466</sup> *Ibidem*. Pág. 390-392

<sup>467</sup> *Ibidem*. Pág. 393



mantener el equilibrio entre las prestaciones que estuvo presente al momento de contratar.

En la práctica, se señala que es el Euribor a un año el tipo oficial de referencia más utilizado en los préstamos hipotecarios en España desde principios de siglo, con la finalidad de eliminar valores extremos en el cálculo de las cuotas a interés variable<sup>468</sup>. Aunque no podemos ignorar los momentos en que el Euribor estuvo en números negativos, que hizo plantear la posibilidad de incluir cláusulas del todo abusivas como las “cláusulas suelo”.

De esta manera, está claro que la incorporación de índices de referencia que determinarán el monto a pagar por parte de los consumidores ofrece serias dudas acerca de la posibilidad de que alberguen comportamientos abusivos por parte de los predisponentes, cuyo mayor deber es cumplir con la transparencia que impone el Derecho al consumo y que incluso en pasando dicho tamiz pueden mantener el carácter abusivo e incluso, en un escenario aún más cuestionable, de considerar el incumplimiento de los deberes de transparencia, este comportamiento indebido de las entidades de crédito no garantiza al consumidor financiero la declaración de abusividad de la cláusula que incluya un índice de referencia que atente contra el equilibrio prestacional<sup>469</sup>.

### **2.6.8 Los factores que determinan el precio del crédito**

Como se puede apreciar, todas las notas características de los intereses en su conjunto van delimitando la figura. Asimismo, creemos que hay notas que hacen que los intereses tengan una individualidad más reconocible, que los hace un

---

<sup>468</sup> Villagrasa Alcaide, C. (2021). El índice de referencia de los préstamos hipotecarios (IRPH) ante los parámetros de la transparencia en los contratos perfeccionados con consumidores (recurso electrónico). *Revista Jurídica sobre consumidores y usuarios* (Número especial) (última consulta: 26 de diciembre del 2021), 125-143. Disponible: en [www.vlex.es](http://www.vlex.es). Pág. 129.

<sup>469</sup> *Ibidem*. Pág. 133.

fenómeno económico de recepción compleja en el ordenamiento jurídico y a los que haremos referencia.

Así, un aspecto que destaca la doctrina son los factores que determinan su monto. Esta especificación, que se incorpora en aquellos trabajos de investigación que han estudiado los intereses, llama nuestra atención, pues no vemos que, por ejemplo, la renta del arrendamiento tenga un desarrollo en cuanto a los factores que determinan su monto, en circunstancia que es fácil enunciar aspectos que determinen el monto de la renta, entre los cuales se encuentra la valoración comercial del inmueble como factor que podría determinar el precio del uso de una cosa ajena, que incorpora elementos como su ubicación, la conectividad, su urbanización, etcétera.

Sin embargo, creemos que la razón de que la doctrina ponga énfasis en los factores que determinan el monto de los intereses, a diferencia de otros frutos civiles, se sustenta en el fenómeno negativo que se asocia a los intereses, patológicamente en palabras de JIMÉNEZ <sup>470</sup>, consistente en la usura, pues el análisis de si un interés es excesivo requiere que nos preguntemos por los factores que lo determinan y que el monto sea conforme a dichos factores y ante la ausencia de uno de ellos deban ser menores y a la concurrencia de muchos deban ser mayores, de tal forma que se cumpla con la pretendida conmutatividad. De esta manera, se menciona la duración del crédito como un factor que determina la tasa y que significa que cuanto más tiempo pase, el riesgo sería mayor de perder el capital, lo que justifica una tasa alta, pero que si interviene una garantía, como una hipoteca, en razón de la disminución de ese riesgo el interés baja.

Ahora veamos, se destacan como factores que determinan el monto de los intereses el tiempo de dilación de la restitución del capital y al monto del capital prestado. Estos factores que se incorporan en casi la totalidad de las definiciones

---

<sup>470</sup> Jiménez. *La Usura... op. cit.*, pág. 23. Nos advierte el autor: “*Es necesario por tanto conocer la evolución histórica del fenómeno fisiológico de los intereses para comprender bien el fenómeno patológico de la usura, que supone en el fondo una variante de aquél*”

con que comienzan los autores el análisis de los intereses, como veremos en la recopilación de definiciones que expondremos más abajo. En este punto, nos parece importante agregar la consideración de los riesgos asociados a la operación, es decir, al contrato o negocio en el que tiene lugar el préstamo con interés. Es más, desde la economía y finanzas se plantea como un factor muy importante a la hora de determinar el monto de los intereses. De ahí que, en el mercado monetario se puede ver cómo cambia el interés promedio del mercado dependiendo de los riesgos asociados al negocio. Así, por ejemplo, en los préstamos que están asociados a la adquisición de viviendas, se entiende que la normalidad es que estén garantizados por una hipoteca, el denominado mercado hipotecario, que frente a los préstamos de consumo podemos ver diferencias importantes entre los tipos de interés. Asimismo, desde las ciencias económicas se precisa que el dueño de un capital debe ser compensado por los riesgos que se encuentran asociados a la operación y que sintetizan en el riesgo sistemático, el riesgo regulatorio y el riesgo inflacionario. Este último, el riesgo inflacionario, se analiza cómo factor que puede influir en un mayor interés o su regulación a través de las cláusulas de estabilización, lo que pone en evidencia la situación de indefensión en la que se encuentra el consumidor financiero frente a la técnica bancaria, que unilateralmente va definiendo las razones por las que se cobra una tasa determinada, o en una forma determinada, cuando el sacrificio económico que se pretende remunerar no se presenta como inicialmente se creía.

### **2.6.9 Las cláusulas de estabilización y su función en la determinación del precio por el uso del dinero**

En el análisis de los sistemas de pagos de las obligaciones pecuniarias desarrollamos la idea de que como consecuencia del transcurso del tiempo un aspecto del dinero como objeto de las obligaciones pecuniarias, dígase su valor

en curso o poder adquisitivo, está expuesto al proceso inflacionario constatare que implica el sistema financiero actual.

Ese proceso inflacionario podría estar perfectamente previsto por las partes a través del acuerdo de una cláusula de estabilización, más allá de todo el camino que hubo de recorrer hasta su reconocimiento jurisprudencial sustentado en el valor justicia que engloba el principio del equilibrio de las prestaciones.

Ahora, más allá de toda la argumentación a favor del establecimiento de dichas cláusulas estabilizadoras, los contratos de financiación han distribuido ese riesgo, propio del mercado del dinero a través del precio por prestarlo, es decir, a través de las tasas de interés. Es lógico que frente a la imposibilidad de acordar cláusulas de estabilización el agente económico trasladará el riesgo al prestatario a través de la tasa de interés.

Sin embargo, como la moral cambiante que funda las leyes ha ido planteando constantemente la intervención del Estado para regular el precio del dinero, en el caso español a través de la denominada Ley Azcárate, evidentemente que la cláusula de estabilización es un instrumento que no es posible descartar en una economía *pro credere*.

Es por esto por lo que consideramos que en aquellos contratos en los que la entidad de crédito ha previsto el riesgo del daño que se materializa con la pérdida de poder adquisitivo del dinero que se le adeuda, las consideraciones del carácter usurario del préstamo deben ser más restringidos, es decir, se debe atender a que la desproporción considere el reajuste en la suma de dinero por efecto de la cláusula que actualiza el valor adquisitivo.

## 2.6.10 Intereses moratorios y daños a las entidades de crédito

El concepto de la mora, en una primera aproximación, corresponde el retraso culpable en el cumplimiento de la obligación<sup>471</sup>. Recibe un tratamiento en el artículo 1100 del Código Civil español y en este se establece la forma en que se concreta la *mora solvendi*. Asimismo, ALBALADEJO le llama mora del deudor (*mora debitoris* o *mora solvendi*) al retraso jurídicamente relevante en el cumplimiento de la obligación (que ni impide ni hace inútil el cumplimiento tardío) del que es responsable aquel<sup>472</sup>. Ahora, la mora del deudor para que se configure exige, sobre la base de la norma citada, que nos encontremos frente a un retardo en el cumplimiento de la obligación, que el acreedor efectúe el requerimiento al deudor, sea judicial o extrajudicialmente, en tiempo y lugar oportuno, pues en el ordenamiento jurídico español la fórmula de los *dies interpellat pro homine* no es concebida legalmente<sup>473</sup>. Ahora bien, esta norma también admite la posibilidad de que las partes puedan excepcionar la manera en que se configure la mora, que seguramente en los contratos de adhesión que tienen por objeto la financiación, de tal manera que ya integre el requerimiento contractual, es decir, que se formule una cláusula en la que se entienda constituido el deudor en mora al vencimiento del plazo establecido para cumplir con la obligación, es decir acuerden una mora *ex re* o automática.

De esta manera, la figura de los intereses moratorios establecida en el artículo 1108 del Código Civil español, cuenta con la calificación de indemnización de perjuicios derivados de incumplimiento de las obligaciones pecuniarias y cumpliendo con lo ordenado por el régimen general de la mora establecido en el artículo 1100 del Código Civil español, se deberán los intereses legales, no habiendo un pacto en contrario. Establece el artículo:

---

<sup>471</sup> Gramunt Fombuena, M. D. (1993). *La mora del deudor en el Código Civil*. Barcelona: Jose María Bosch Editor, S.A. Pág. 9.

<sup>472</sup> Bercovitz, *op. cit.*

<sup>473</sup> Gramunt, *op. cit.*, pág. 32.

### **Artículo 1108.**

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.

Esta norma establece lo que se conoce como sistema a *forfaitario* y que se comprende como aquel en el que la ley establece de manera general el monto de la indemnización a falta de acuerdo<sup>474</sup>. Este sistema en el que el legislador hace la valoración de los perjuicios derivados del incumplimiento total o parcial de la obligación pecuniaria parte del supuesto de la mora del deudor.

Por otra parte, el artículo 1108 del Código Civil español establece una doble excepcionalidad en la regulación del Código Civil español de la indemnización de daños y perjuicios en las obligaciones pecuniarias, pues el acreedor podrá exigir los intereses moratorios, que podrán ser a lo menos los legales, como los daños valorados anticipadamente por el legislador a *forfait*.

Ahora, no conformes con el beneficio de reconocer el carácter productivo de dinero adeudado a través del artículo 1108, se ha puesto en duda su suficiencia, en el sentido de que habría acreedores que han considerado que el interés legal no representa los daños efectivamente causados por el deudor. Ese mayor daño se asocia a una posible diferencia entre los intereses legales y las tasas de inflación en los periodos de incumplimiento.

En esta situación se habla de que la justificación de la indemnización de un mayor daño a favor del prestamista estaría en el enriquecimiento injusto que significa para el deudor el contar con el dinero que ha sido prestado. Sin embargo, en este tipo de préstamos el dinero no ha sido invertido, es decir, no ha reportado ningún otro beneficio que la de la satisfacción de una necesidad de consumo que se concreta en el gasto de dicho dinero.

---

<sup>474</sup> Ruiz-Rico Ruiz, José Manuel. Comentario al artículo 1108 del Código Civil. En Comentarios al Código Civil y compilaciones forales (Recurso electrónico). Dirigidos por Manuel Albaladejo. (Última consulta: 12 de diciembre del 2021). Disponible en:

<https://app.vlex.com/#WWW/vid/228564>

Al mismo tiempo, el análisis de los intereses moratorios nos lleva obligadamente a definir el fundamento de su procedencia. Si bien es indiciaria la redacción del artículo 1108 del Código Civil español, que los reduce a la indemnización de perjuicios derivadas de la mora en las obligaciones pecuniarias, el fundamento de la presunción de los daños ocasionados la encontramos en la combinación del principio de productividad del dinero (*pecunia parit pecunia*) y de la idea de las habilidades del acreedor como un rasgo característico, en el sentido de que el acreedor seguramente no hubiera mantenido ocioso el dinero objeto de la deuda que no se paga (*id quod plerumque accidit*)<sup>475</sup>.

En cuanto a la distribución de los riesgos realizada en el contrato, podemos verificar que a consecuencia de la metodología resultante de la asimetría del poder de negociación, hoy, prácticamente la totalidad de los contratos se celebra con base en condiciones generales de la contratación, dando lugar a la contratación por adhesión y en los que la distribución del riesgo realizada unilateralmente posiciona al redactor de las normas contractuales con un negocio en los que la mayor parte de los riesgos van de cargo de quien adhiere. Este panorama ya ha sido objeto de múltiples medidas, entre las destaca con mayor relevancia la figura de las cláusulas abusivas y son los intereses moratorios los que precisamente se pueden ver expuestos a la declaración de abusividad.

Ahora, la norma que está en nuestro enfoque trata de una redacción legislativa, en la que se favorece al acreedor dinerario por sobre cualquier otro acreedor, pues el solo hecho de liberar al acreedor de la prueba del daño y de su monto ya constituye un trato privilegiado. Este privilegio, derivado de la complejidad del sistema financiero<sup>476</sup>, busca proporcionar certeza jurídica, mas no justicia conmutativa. Pues, como hemos apuntado, quien lleva a cabo la redacción de

---

<sup>475</sup> Medina Alcoz, M. (2011). Anatocismo, derecho español y draft common frame of reference (online). *InDret*. (Última consulta 17 denoviembre del 2021) Disponible:

<https://indret.com/anatocismo-derecho-espanol-y-draft-common-frame-of-reference/> Pág. 12

<sup>476</sup> Normalmente se atiende a las dificultades que presenta el sistema financiero para justificar la atribución de riesgos sobre los agentes económicos respecto de los que se permite la posibilidad de quiebras.

las normas contractuales, ya se privilegia a sí mismo estableciendo reglas de distribución de riesgos favorables y, acompañado del artículo 1108 del Código Civil, se concreta una posición de predominante que solo estaría justificado en la importancia que tienen los agentes económicos que redactan las condiciones generales de la contratación en el ámbito financiero, transgrediendo el principio de equivalencia de las prestaciones.

Así las cosas, se debe recordar que nos basamos en una concepción unitaria de los intereses, desde el punto de vista de sus fundamentos jurídicos, pues los intereses moratorios responden a los mismos fundamentos que los intereses remuneratorios, en el sentido de que es el lucro cesante el que se está pagando en la etapa de normalidad como en la etapa moratoria. Sin embargo, a pesar de esta unidad en su fundamento, es importante la identificación de los intereses moratorios y retributivos o compensatorio que puede presentar la deuda de intereses, pues para los efectos del control de desproporciones por parte de las entidades financieras en los contratos en los que intervenga, el control judicial se realizará a través del análisis abusivo de la cláusula que regule este aspecto de la relación de crédito o derechamente a través del mandato de control de la usura con base en la denominada Ley Azcárate.

### **2.6.11 Intereses moratorios y cláusula penal**

Los intereses moratorios tienen la característica de cumplir una función resarcitoria, es más, se trata de intereses que son reconocidos como aquellos que reemplazan la indemnización de perjuicios o más derechamente que constituyen la indemnización de perjuicios en el marco del incumplimiento de una obligación pecuniaria en los términos del artículo 1108 del Código Civil español, en el caso que no se hubiese estipulado por las partes otra cosa, cumpliendo el artículo en cuestión una función liquidadora de los perjuicios ocasionados y asimilando los daños a los intereses legales.

Por otra parte, la cláusula penal regulada en los artículos 1152 y siguientes del Código Civil español, entendida de conformidad a ALBALADEJO como:” Se



*llama pena convencional a la sanción (consistente generalmente en cumplir una prestación de entregar una suma de dinero, pero que puede consistir en cualquier otra) que se establece por los interesados que ha de sufrir por el deudor en el caso de que por su culpa no cumpla debidamente su obligación*<sup>477</sup>.

Asimismo, LASARTE identifica distintas funciones que podría llegar a cumplir la pena y así, citando la doctrina jurisprudencial, nos señala que la cláusula penal podrá perseguir por finalidad o función liquidar los daños y perjuicios, sustituyendo la indemnización de perjuicios o también la pena podría perseguir o tener una misión liberatoria y por último cumplir una función verdaderamente sancionatoria o “penal” en el caso de la pena cumulativa.

Se destaca entre estas funciones la que cumpliría la pena sustitutiva o compensatoria, en las que la pena sustituiría a la indemnización de daños y perjuicios, de conformidad al artículo 1151 en su inciso primero del Código Civil español. En este caso las parte haría una liquidación o valoración de los perjuicios de manera anticipada, de manera que se vería exonerados de la dificultosa prueba que opone el ordenamiento a quien reclame daños y perjuicios. Sin embargo, este tipo de pena estaría pensada ante una obligación que deviene en imposible de cumplir o, más bien, que no admite un cumplimiento atrasado, aspecto que nos hace alejarnos de la situación de incumplimiento en la que se encontraría una deuda pecuniaria, cuyo cumplimiento es siempre posible. Es así que aparece la pena cumulativa y dentro de la cual se posiciona la pena moratoria, en la que se fija un tanto alzado por periodos temporales de demora que se fijarían como valoración anticipada de los daños ocasionados por el retraso, exigibles junto con la deuda principal<sup>478</sup>.

El mismo ALBALADEJO plantea como caso confuso el establecimiento de intereses moratorios en un negocio en el que se ha prestado una suma de dinero. La semejanza de un pacto de intereses moratorios con la de una pena moratoria pasa por la consistencia misma del acuerdo, la finalidad del pactar el pago de

---

<sup>477</sup>Albaladejo (2001), *op. cit.*, pág. 258. Cabe precisar que el carácter de contrato de adhesión nos impide plantear que la pena convencional se genera entre interesados sin hacer referencia a la mínima voluntad expresada por el deudor al momento de contratar.

<sup>478</sup>Lasarte (2015). Derecho de Obligaciones, *op. cit.*, pág. 202-205.

una pena ante el incumplimiento de una obligación pecuniaria. En el caso de los intereses moratorios pactados se establecerá bajo los términos de un acuerdo sobre la deuda de intereses, es decir, se establecerá la tasa, el periodo de devengo y se adecuará al funcionamiento de la figura de los frutos civiles. El caso de una pena moratoria podría perfectamente establecer la indemnización convencional sobre la base de un monto total como sanción al incumplimiento.

Por otra parte, creemos que el acuerdo sobre intereses moratorios no podría asimilarse a una cláusula penal, no solo por la naturaleza de la obligación accesoria penal, es decir, en cuanto a la técnica de redacción del efecto del incumplimiento, sino que la regulación especial que se hacen de las obligaciones pecuniarias requiere atender al esquema regulatorio previsto y de convenirse una consecuencia al incumplimiento de una obligación pecuniaria, como así lo permite el mismo artículo 1108 del Código Civil español, distinta a la prevista por el legislador, habría que incorporar el análisis de su licitud conjuntamente con la fijación de intereses moratorios convencionales.

El problema que podría generar es que se establezcan intereses moratorios convencionales y una pena que busquen cubrir el mismo hecho, de tal manera que los efectos del incumplimiento se acercan a una cláusula abusiva.

Acudiendo a una interpretación literal del artículo 1108 del Código Civil español al establecer las diversas opciones frente al incumplimiento de la deuda pecuniaria precisa que la indemnización “consistirá en el pago de los intereses convenidos”, de manera que la opción de establecer una pena al incumplimiento en términos distintos a lo establecido en el artículo en cuestión, es decir, con un convenio de intereses, quedaría fuera de la finalidad liquidadora de la cláusula penal. De esta manera, cobra importancia el análisis en conjunto de la pena moratoria que se pueda pactar en un contrato de financiación junto a los intereses moratorios convencionales, pues el legislador entiende que el análisis de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de una deuda pecuniaria corresponde a los intereses.

#### **2.6.12 Inicio del devengo de los intereses moratorios**

El inicio del devengo de intereses moratorios importa en un escenario de incumplimiento en el que el deudor no le queda más que esperar el monto total a pagar, sin consideraciones acerca de la justificación clásica de la figura indemnizatoria que constituye el interés moratorio.

Ahora, la idea de devengo del interés debemos concordarla con el análisis que se hizo a propósito de la aplicación del artículo 451 del Código Civil español, respecto a la producción de los intereses, de la producción de los frutos civiles de la deuda pecuniaria adeudada. Así las cosas, el fruto civil, basándose en artículo señalado, *se producen por día*, es decir, se devengan por día. Para poder percibir dichos frutos, la legislación propone a las obligaciones como el mecanismo por medio del que se obtiene la percepción del fruto civil, que la institución que le permite al acreedor agredir el patrimonio del deudor. Por otra parte, en la relación obligatoria en que se sitúe el interés puede que se hayan incorporado plazos para el pago de la obligación referida a los intereses, que será la situación normal. De tal forma que, el interés, el fruto civil, producido por día, puede estar pendiente en razón de un plazo, cumplido el cual está vencido y consecuentemente es exigible. Sin embargo, debemos recordar que estas reflexiones están asociadas a los intereses remuneratorios, situados en la etapa de normalidad de la relación obligatoria.

En el caso de los intereses moratorios no debería ser distinto en cuanto a la naturaleza de fruto civil, que representa el lucro cesante del dueño del crédito, de manera que los intereses moratorios, conforme a la regla general, se deben devengar día a día. De manera que el inicio del devengo pasa por la hipótesis señalada por el legislador, que es en ausencia de pacto, desde la mora conforme al artículo 1100 del Código Civil español. Cuestión distinta es el vencimiento y consecuente exigibilidad de los intereses devengados, ganados en el lenguaje financiero, pues luego de la mora del deudor pecuniario, los términos de exigibilidad dejan de operar, propios de la etapa de normalidad, de tal manera que el *devengo y el vencimiento de los intereses moratorios se asimilan*, pues el legislador no prevé un plazo para el pago de los intereses legales, sino que

simplemente sostiene su generación ante la hipótesis de la mora, de tal manera que una vez nacida la obligación, la deuda de intereses, es inmediatamente exigible.

Hechas estas precisiones respecto de la operatividad del interés moratorio en concordancia con el análisis de su carácter de fruto civil y el estado en el que se puede encontrar, la pregunta en torno al inicio del cómputo de los intereses moratorios pasa por un problema relativo a la consideración de iliquidez que podría llegar a tener la deuda que lo produce, particularmente si hubieron pagos parciales y el monto del capital amortizado no ha sido determinado y por aplicación del principio *in iliquitit non fit mora*, no se daría lugar al presupuesto básico de su devengo y vencimiento, cual es, la mora del deudor pecuniario.

Es así que, se podrá deducir de nuestro análisis de las obligaciones pecuniarias, en el que expusimos las deudas de suma y las deudas de valor bajo las ideas del nominalismo, en el que con ánimo propositivo hemos hecho una distinción dentro de la categoría de deudas de valor, entre aquellas que son líquidas de las que no basándonos en los criterios de liquidez expuestos por VATTIER y que son seguidos por la doctrina jurisprudencial actual, que sostienen que la liquidez es posible afirmar respecto de las obligaciones cuya determinación está vinculada únicamente a operaciones aritméticas prevista por el mismo contrato, que en el caso de la definición del capital será un simple descuento de los pagos amortizados, si los hubiere. Es, en consecuencia a ese análisis, que definitivamente consideramos que incluso en el evento de que se tratase de una relación de crédito previsor con una cláusula de estabilización, a la que calificamos como *deuda de valor real*, es una deuda líquida y determinable. Mientras que en el caso de una deuda de suma no habría dudas de su liquidez.

Cuestión distinta es el caso de lo que se ha puesto en duda la validez de alguna cláusula que impere en el contrato, bajo una nulidad parcial y que pueda influir definitivamente en la determinación del valor adeudado, caso en el cuál la liquidez de la deuda es perfectamente cuestionable, pues se requiere de un juicio del que resultará el monto que se adeude, en razón del descuento al monto adeudado que pueda implicar la declaración de abusividad de la cláusula.

### **2.6.13 Intereses anatocísticos o interés compuesto**

Esta categoría de intereses será objeto de nuestro análisis en un apartado posterior. Sin embargo, cabe adelantar que el análisis financiero de los intereses se realiza distinguiendo aquellas operaciones financieras activas y pasivas, tomando el nombre de *interés compuesto* en el caso que sea la institución financiera la deba pagar y de *anatocismo* en el caso de los intereses moratorios que generan los intereses remuneratorios incumplidos. Se trata de intereses de carácter moratorio y que su tratamiento es dispar tanto a lo largo de la historia, como en las legislaciones actuales.

Los intereses anatocísticos corresponden a aquellos que se deben por el incumplimiento de la deuda de intereses devengada por aplicación del artículo 1109 del Código Civil español. El interés anatocísticos es la aplicación absoluta del principio de productividad del dinero reconocida en el artículo 1108 del Código Civil español en el contexto de una relación obligatoria.

Estos intereses anatocísticos generan serias dudas respecto a la concepción de la usura, pues son campo fértil para el sobreendeudamiento y la perpetuación de relaciones obligatorias que por sí nacen para extinguirse.

Estos intereses anatocísticos, podrían ser aplicados tanto a los intereses remuneratorios de la etapa de normalidad de la relación obligatoria, como a la etapa anormal, que es la de incumplimiento. De tal manera que una vez capitalizado el interés remuneratorio no satisfecho, se podría capitalizar el interés legal (moratorio en este caso) y luego aplicar el interés anatocísticos.

Esta primera lectura referida a los intereses que generan anatocismo ya ha sido acotada por la Ley Hipotecaria en su artículo 114, en su apartado tercero, que prescribe:

“En el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el

interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del período en el que aquel resulte exigible. El interés de demora solo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrá ser capitalizado en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este párrafo no admitirán pacto en contrario”.

El caso de excepción sería aplicable cuando queda deuda remanente en la ejecución hipotecaria, en cuyo caso, se prevé el devengo de un interés moratorio legal equivalente al interés legal del dinero, hasta el momento de pago en cinco o diez años<sup>479</sup>.

El que se impida que los intereses remuneratorios no generen intereses y solo sea el capital adeudado el que genere interés moratorio, con un sistema de control objetivo basado en un límite numerario, el tipo umbral, para luego excluir la posibilidad de que intereses moratorios producidos por el capital adeudado sean capitalizados es eliminar el anatocismo en cualquiera de sus formas.

En el resto de los contratos de financiación seguirá vigente la aplicación del artículo 1109 del Código Civil español, que reconoce los intereses anatocísticos y que en una interpretación amplísima podría dar lugar a préstamos sin fin, ante un incumplimiento acumulado y solo atajados por la posibilidad de que sean declarados abusivos o ante la posibilidad de la declaración de concurso de la persona natural.

#### **2.6.14 Extinción de los intereses**

En este apartado solo analizaremos la extinción de la deuda de intereses por pago y por prescripción. Así, en lo que se refiere al pago, las particularidades

---

<sup>479</sup> Raga Gil, José Tomás; de la Sierra Flores, María. (2016) *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la unión europea* (recurso electrónico) (última consulta 17 de marzo del 2021) disponible en: <https://app.vlex.com/#sources/14321>) pág. 184

que se deben precisar respecto de este modo de extinguir las obligaciones se extenderán a lo que ocurre con la imputación del pago, análisis que se centrará en la confrontación de las normas que se establecen en los artículos 1110 y 1173 del Código Civil y respecto a la posibilidad del pago anticipado con sus efectos. Luego, nos haremos cargo de la prescripción de los intereses, con especial énfasis a la modificación que se hizo en el año 2015 al plazo para la extinción de las acciones personales.

#### **2.6.15 Interpretación de los artículos 1110 y 1173 del Código Civil español**

En este punto nos encontramos con dos normas que aparecen con un supuesto rasgo de incoherencia respecto a lo que ocurre con la obligación de intereses. La primera de ellas es la norma que se establece en el artículo 1110 del Código Civil español, que señala: *“El recibo de capital por el acreedor, sin reserva alguna respecto de los intereses, extingue la obligación del deudor en cuanto a estos.”*. Y, por otra parte, tenemos lo que se establece en el artículo 1173 del mismo cuerpo legislativo, en el que se precisa: *“Si la deuda produce interés, no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital mientras no estén cubiertos los intereses.”*.

Decimos que parecen ser incongruentes, pues si pensamos en la redacción del artículo 1173, se trata de una norma especial para aquellas relaciones obligatorias que comprometan una deuda de capital y una deuda de intereses, y de manera imperativa, en una primera lectura, señala que, si hay un pago, este no se puede imputar al capital, sino que debe ser imputado a la deuda de intereses.

Así, cabe recordar que las reglas de imputación del pago parten de ciertos supuestos. En primer lugar, debe tratarse de varias deudas de la misma especie. En segundo lugar, las deudas deben ser vencidas y exigibles todas. En tercer lugar, las obligaciones deben tener los mismos sujetos de la relación

obligacional<sup>480</sup>. Y, en cuarto lugar, hay que considerar que el tema de la imputación de pagos es una hipótesis prevista por el legislador en el caso de que el deudor trate de pagar y la suma no alcance para cubrir la multiplicidad de obligaciones que tiene con su acreedor.

En este tema, BERCOVITZ señala que estas dos normas han dado lugar a tres interpretaciones por parte de la doctrina<sup>481</sup>.

Sintéticamente, la primera de ellas sostiene que en el artículo 1110 del Código Civil nos encontramos con una presunción *iure et iure* de extinción de la deuda de intereses y por tanto, se le otorga un efecto extintivo de la obligación o, lo que traería un efecto similar, considerar que se trataría de una norma en virtud de la que el pago del capital, en el que el acreedor no ha hecho reserva de los intereses o bien no ha podido demostrar el error de hecho al extender el recibo de pago, haría imposible revertir el efecto enunciado. Se apoyaría esta interpretación en la facultad que, en virtud del artículo 1173 del Código Civil, tiene el acreedor para rechazar una imputación distinta de aquella dirigida a pagar los intereses vencidos antes que el capital que los produce<sup>482</sup>.

Una segunda opinión doctrinal es aquella que, abandonando la idea de una extinción *ex lege* de las deudas de interés o de los plazos anteriores, considera que nos encontramos simplemente ante una presunción *iuris tantum*<sup>483</sup> de pago o de condonación de dichas deudas. DÍEZ-PICAZO niega, además, la supuesta colisión entre los artículos 1110 y 1173 del Código Civil<sup>484</sup>. Pero tal presunción adquiere una fuerza especial cuando se dice que *la única forma en que puede*

---

<sup>480</sup> Lacruz, *op. cit.*, pág. 151; Díez-Picazo, Luis (2008), *op. cit.*, pág. 596.

<sup>481</sup> Bercovitz, *op. cit.*

<sup>482</sup> Manresa y Navarro, José María. Comentarios al Código Civil español. T. VIII, Vol. 1. 6ª edición, Madrid, 1967. Pág. 314.; Torralba Soriano, O.-V. (Noviembre-Diciembre de 1966). Estudio crítico del artículo 1110 del Código Civil. *En Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*(457), 1508-1533. Pág. 1532.

<sup>483</sup> Díez-Picazo (2008), *op. cit.*, pág. 599.

<sup>484</sup> *Ibidem*. Pág. 599.



*destruirla el acreedor es probando que ha realizado la reserva de los intereses en cualquiera de las formas en que esta es posible*<sup>485</sup>.

Una tercera postura, que conduce también a resultados parecidos, es aquella que entiende que el no hace referencia a un efecto del pago, sino del recibo y, consiguientemente, de la declaración de voluntad contenida en el mismo, por la que la cantidad recibida es atribuida al pago del capital. Se trataría, pues, de fijar el alcance de dicha declaración del acreedor. Desde este punto de vista, se concluye, el recibo es una confesión extrajudicial y contra ella no debe haber cualquier medio de prueba, sino exclusivamente la prueba, soportada por el acreedor, de haber incurrido en error de hecho al extender el recibo<sup>486</sup>.

Para BERCOVITZ, en cambio, en una defensa a la posición del acreedor por lo injusto que resultan las interpretaciones que el mismo expone y que califica con resultados milagrosos de extinguir la deuda de intereses, señala que la necesidad de afirmar que se está en presencia de una simple presunción *iuris tantum* tiene la importancia de propiciar una aplicación más justa y razonable de dicho precepto. De ahí que, señala BERCOVITZ, indirectamente debe producir una utilización racional de la norma por los particulares, al no ver los deudores en su aplicación la posible solución de todos sus “males”, dígame, tener que pagar la deuda. Esa utilización racional, sigue BERCOVITZ, a la hora del pleito repercutirá en un saneamiento del tráfico, a través del aumento de confianza que produce el saber que, en principio, los créditos no se extinguen por puros mecanismos jurídicos, sin sustrato real, al servicio de los “leguleyos” y de los

---

<sup>485</sup> Villagrasa (2002), *op. cit.*, pág. 253.

<sup>486</sup> Hay que considerar de todas formas, para complementar esta doctrina acerca del efecto del artículo 1110 del Código Civil, la modificación del Código Civil en razón de la Ley 1/2000 de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil, en la que expone en sus motivos que: “En cuanto a la valoración de la declaración de las partes, es del todo lógico seguir teniendo en consideración, a efectos de fijación de los hechos, el dato de que los reconozca como ciertos la parte que ha intervenido en ellos y para la que resultan perjudiciales. Pero, en cambio, no resulta razonable imponer legalmente, en todo caso, un valor probatorio pleno a tal reconocimiento o confesión. Como en las últimas décadas ha venido afirmando la jurisprudencia y justificando la mejor doctrina, ha de establecerse la valoración libre, teniendo en cuenta las otras pruebas que se practiquen.”

“conocedores” del Derecho, sino por el pago de los mismos o la voluntad expresa del acreedor”<sup>487</sup>.

Desde ya, habrá que aclarar que el mecanismo sin sustrato real que acusa es el de las presunciones y, como tales, largamente aceptadas por el Derecho. Por otra parte, nos parece inadecuado su lenguaje, pues prácticamente ironiza con aquellos autores que ven en la norma una manifestación del *favor debitoris*, que por ello no dejan de ser operadores jurídicos con credibilidad.

Por otro lado, se observa que se presenta el problema en que una norma que regula una cuestión de forma decida una cuestión de fondo. Es decir, se nos presenta la emisión del recibo, cuestión formal representativa del pago emitida por el acreedor y a la que el deudor tiene derecho, y la extinción de la obligación de pagar intereses.

En el mismo sentido, TORRALBA precisa que la norma da lugar a una serie de interrogantes, ¿cuál es la razón que justifica la disposición?; ¿Se trata efectivamente de una disposición injusta?; ¿Será posible darle una interpretación armónica y coherente, de modo que la primera sensación de asombro se trueque por otra que exprese comprensión y justificación? El mismo autor plantea las críticas que se han formulado a la norma en cuanto a su ubicación, bajo la misma observación de las cuestiones de fondo y forma, concluyendo que el artículo tiene conexiones evidentes con las normas que regulan el pago y también con aquellas otras que se refieren a la prueba de las obligaciones<sup>488</sup>, de tal manera que la interpretación de este precepto debiese ser abordada bajo dichas materias.

Asimismo, SÁNCHEZ problematiza la materia en análisis en los siguientes términos: de acuerdo con el artículo 1173, si la deuda produce intereses, el pago efectuado no podrá imputarse al capital en tanto los intereses no estén cubiertos. Este precepto, en la actual redacción del Código Civil, resulta distorsionador por varias razones. En primer lugar, el tenor literal del mismo, aparentemente

---

<sup>487</sup> Bercovitz, *op. cit.*

<sup>488</sup> Torralba, *op. cit.*, pág. 1510.

imperativo, ha planteado ciertas dudas interpretativas en orden a la eficacia de un posible convenio que postergase la aplicación de este. En segundo lugar, frente a los artículos 1172 y 1174 que contemplan como supuesto fáctico el relativo a la concurrencia de varias deudas entre los mismos sujetos, el precepto del artículo 1173 alude, al parecer, a un problema de imputación planteado por una única deuda (generadora de intereses). En tercer lugar, en conexión con el problema anterior, el ámbito de aplicación del supuesto, dado su tenor literal, puede resultar, también, un tanto confuso, al menos, en lo que se refiere a su posible incidencia en supuestos de concurrencia de una pluralidad de deudas que individualmente generen intereses. Y, en cuarto lugar, no especifica el artículo 1173 a qué tipo de intereses es aplicable<sup>489</sup>.

Respecto al segundo y tercer problema planteado, SÁNCHEZ señala que “el ámbito de aplicación de la norma corresponde a una diversidad de hipótesis. Así, precisa que frente a los supuestos contemplados en los artículos 1172 y 1174 - que proporcionan reglas para solventar los supuestos de pago incompleto cuando concurre una pluralidad de deudas entre las mismas partes-, el 1173 parece referirse al supuesto de una sola obligación generadora de intereses. Sin embargo, el correcto entendimiento de esta última norma exige tenerla en consideración, no solo en el caso de una unidad obligacional, sino, también, en todos aquellos otros supuestos de concurrencia de deudas, algunas de las cuales (o todas ellas) produzcan intereses. En otros términos, pese a lo que pudiera concluirse en una primera aproximación al texto de los preceptos del Código Civil español sobre imputación, la regla del 1173 no se refiere a un supuesto diverso del contemplado en los artículos 1172 o 1174 del mismo cuerpo legal, sino que proporciona una regla de general aplicación, que se activaría toda vez que la deuda principal produzca frutos civiles. De este modo, resulta perfectamente imaginable un supuesto de concurrencia de pluralidad de obligaciones entre las mismas partes, siendo así que, de algunas de esas obligaciones, resulte la obligación de pagar intereses. Pues bien, el deudor, al

---

<sup>489</sup> Sánchez González, M. P. (mayo de 2014). sistema codificado de imputación de pagos: problemas actuales y propuestas de futuro. *revista crítica de derecho inmobiliario*( 743), 935-982. pág. 961.

efectuar un pago insuficiente para la cobertura de todas ellas, en ausencia de pacto sobre el particular, puede proceder, basándose en lo establecido en el artículo 1172, a imputar el pago a cualquiera de esas obligaciones. Y podría proponer la afección del pago realizado a la extinción de la deuda de capital antes que, a los intereses. No obstante, conforme a lo establecido por el artículo 1173 -insistimos, en ausencia de pacto- el acreedor podría rechazar el destino del pago fijado por el *solvens*. En el mismo sentido, si nos hallásemos ante un supuesto de imputación del pago a propuesta del acreedor, en caso de que hubiere extendido recibo aplicando el pago recibido a la extinción de la deuda de capital sin estar cubiertos los intereses, habría que interpretar que, al proceder así, está renunciando a la facultad que, ex artículo 1173, le permitiría exigir una imputación prioritaria a la deuda de intereses. Ahora bien, en caso de que varias de las deudas concurrentes produzcan intereses, el correcto entendimiento del artículo 1173, en opinión de SÁNCHEZ, no autorizaría al acreedor, sobre la base de lo dispuesto en tal precepto, a negarse a considerar extinguida ninguna de las deudas de capital, en tanto no estén cubiertos todos los intereses devengados por las distintas deudas. Por el contrario, entendemos que el sentido del 1173 en relación con la hipótesis normativa del 1172 es otro, cual es, de entre la totalidad de las deudas concurrentes, el deudor podrá seleccionar aquella a la que va a vincular el pago realizado y, si esta produce intereses, la prestación primero se aplicará a la extinción de los intereses y, el exceso, a la amortización del capital, salvo que el acreedor acepte una imputación diversa<sup>490</sup>.

En nuestra opinión la apreciación de la autora en cuanto a que el artículo 1173 del Código Civil se aleja del presupuesto de imputación de pagos, es decir, al de la multiplicidad de deudas, no es estimable, pues la configuración de la deuda de intereses, cuando estos están devengados y en el dinamismo propio de los préstamos de dinero con interés, nos encontramos que, precisamente, el deudor tiene dos obligaciones de suma de dinero o de valor real, una de restitución de capital y otra del pago de intereses devengados y vencidos, de manera que está en el marco de los presupuestos planteados inicialmente en materia de

---

<sup>490</sup> *Ibidem*. Pág. 963.

imputación de pagos. Por otra parte, consideramos que las distintas hipótesis planteadas por la autora son perfectamente posibles, de manera que en cuanto a esto destacar la sistematización del posible alcance de las normas sobre imputación de pagos.

Luego, en cuanto a los tipos de intereses a los que se debe aplicar la norma, el cuarto problema planteado por SÁNCHEZ, nos parece que no habría problemas en entender que se aplicaría tanto a los intereses compensatorios como moratorios, pues el legislador no ha distinguido en el artículo 1173, de manera que lo lógico sería englobar en la hipótesis de imputación todo tipo de interés, cuestión que es reafirmada por BERCOVITZ <sup>491</sup>.

Ahora, se debe recordar también que el pago es un acto jurídico y como tal requiere de la voluntad del *solvens* y el *accipiens*. Así, al ser el sujeto pasivo de la relación obligacional el que detenta la facultad de imputación, en primer lugar, es sobre este que recae el orden establecido por el legislador. Por tanto, nos preguntamos bajo qué hipótesis debemos entender aplicable la regla que establece la presunción del artículo 1110, si existe la norma del artículo 1173 que ordena la imputación en primer lugar a los intereses, redactada en términos que parecen imperativos.

Para aclarar cómo opera la extinción de la obligación en estos términos, es posible ver que habría un orden cronológico de aplicación de las normas y entendiéndolo así VILLAGRASA plantea que *“tal ordenación cronológica hace que el artículo 1110 del Código Civil sienta la presunción iuris tantum de que su quiebra mediante el recibo del capital por el acreedor, sin reserva alguna respecto a los intereses, suponga que estos han sido condonados, no pudiendo reclamarlos, salvo error en el pago”*<sup>492</sup>.

Si lo ponemos en el ideal previsto por el legislador en ambas normas, podemos ver que la regla que reconoce la presunción no tendría aplicación, pues al estar presente este orden cronológico, tendríamos que primero se debe imputar a los

---

<sup>491</sup> Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (1973). *La imputación de pagos*. . Madrid : Edición Montecorbo. Pág. 349.

<sup>492</sup> Villagrasa (2002), *op. cit.*, pág. 253.

intereses el pago insuficiente, pago que además debe contar con la voluntad del acreedor en orden a aceptar un pago que no cumple con la integridad, para luego aplicarse el artículo 1110, a propósito del recibo de pago, el que si solo se refiere al capital, se entiende que se han pagado los intereses, pero no por el carácter accesorio pretendido de la obligación de intereses, sino más como consecuencia de la aplicación del artículo 1173, cuya aplicación sería en primer lugar.

Ahora, si bien la imputación está destinada a regular el comportamiento del deudor al cumplir imperfectamente con sus obligaciones, dicha imputación requiere que sea aceptada por el acreedor, quien determina su aceptación a través de la emisión del recibo de pago, que será la prueba del cumplimiento de la obligación. Así, al ser el acreedor quien emite dicha declaración, perfectamente podría resultar que se le hayan pagado los intereses y el capital, pero que haga constar únicamente en el recibo el pago del capital, haga reserva de los frutos civiles y la deuda de intereses quede pendiente, lo que, en los propios términos de BERCOVITZ, sería una hipótesis que carece de sustento real, sin dejar de considerar que un comportamiento contrario a la buena fe como ese deberá ser acreditado por el deudor.

Desde esta perspectiva, habría que interpretar cuál ha sido la voluntad del acreedor al momento de emitir un recibo en el que simplemente conste el pago del capital y no de los intereses. Se ha dicho que se trataría de una presunción *iure et iure*, *iuris tantum* e incluso se ha planteado que estaríamos en presencia de una suerte de confesión extrajudicial, como se expuso inicialmente, que se basa en la teoría de los actos propios no resiste la posibilidad de revertir el efecto del artículo 1110, sino en aquellos casos en que la voluntad se encuentre viciada.

Concluye TORRALBA que, parece que la solución más acertada es la de admitir, como hace la generalidad de la doctrina y, a pesar de los términos categóricos con que se manifiesta el precepto, que la extinción de la obligación de pagar los intereses pueda ser combatida mediante prueba en contrario. Tal prueba consistirá en destruir las bases sobre las que se funda la aplicación del precepto. En efecto, si se ha dicho que el artículo establece la extinción de los intereses, en virtud de que ha tenido lugar el pago del capital y ello hace suponer que hubo

pago total de la obligación, el acreedor que quiera exigir el pago de los intereses, sobre todo, tendrá que demostrar que, a pesar de haberse pagado el capital, no ha habido liquidación total y, en especial, que no se han satisfecho los intereses. Sigue el autor, el problema estriba en determinar cómo se podrá realizar tal prueba. En efecto, el artículo 1110 concede al deudor el privilegio de que, presentando el recibo del pago del capital, se estimen extinguidos los intereses, sin que el deudor esté obligado a probarlo mediante la presentación de los recibos referentes a los frutos civiles. En consecuencia, el acreedor no podrá limitarse a alegar la falta de recibo. Ahora bien, no siendo suficiente la alegación de la falta del recibo justificativo del pago de tales intereses, el único resquicio que le queda al acreedor para probar que no hubo satisfacción de los frutos es el de demostrar, como ya se ha dicho, que el pago del capital no implica liquidación total de la deuda, y ello *solo lo puede conseguir probando que ha realizado la reserva de estos en cualquiera de las formas en que esta es posible*. De todo lo anterior resulta que la reserva, más que requisito indispensable para que no se produzca la extinción de los intereses, es, sobre todo, el medio de prueba que se constituye el acreedor para demostrar que tal extinción no ha tenido lugar. Ahora bien, como es prácticamente el único hecho que funde un medio de prueba de que dispone el acreedor, resulta que *la falta de reserva se identifica con la extinción*; por ello, es lógico que el artículo 1110 preceptúe que el recibo sin reserva extingue la obligación<sup>493</sup>.

Por otra parte, consideramos que, si bien el acreedor tendría la posibilidad de revertir el efecto del artículo 1110 a través de la reserva del derecho sobre los intereses, dicha reserva debe ser incorporada en el mismo recibo, pues de lo contrario sería muy riesgosa la posibilidad que aun pagando los intereses el deudor y no constando dicho pago en el recibo, posteriormente el acreedor pueda constituirse una prueba que le permita cobrar más de lo realmente debido, pues es en el acto de pago la oportunidad de realizar la reserva.

Para concluir, en cuanto al aparente carácter imperativo del artículo 1173 planteado, opinamos que las normas referidas al pago perfectamente soportan

---

<sup>493</sup> Torralba, *op. cit.*, pág. 1534.

un acuerdo entre las partes de la obligación en un sentido diverso al señalado en el artículo en cuestión.

En cuanto al recibo, como documento, creemos que es una obligación del acreedor su emisión sustentado en lo establecido en el artículo 1258 del Código Civil, pues resulta mandato de la buena fe en la relación obligacional que, si se ha realizado un pago, este debe constar en algún medio de prueba del que posteriormente pueda hacer uso el deudor, ya sea para con terceros (para acreditar su solvencia por ejemplo) e incluso en defensa del mismo acreedor distraído que ha olvidado el pago del deudor ( hay casos en los que la práctica de los bancos cobren dos veces la misma deuda, muchas veces derivado de errores operacionales de la empresa que otorga créditos).

Por último, en relación con el efecto del artículo 1110 del Código Civil español, está la norma del artículo 318 del Código de Comercio español, lo que parece ser indicativo de una actitud homogénea del legislador privado al señalar que: *“El recibo del capital por el acreedor, sin reservarse expresamente el derecho a los intereses pactados o debidos, extinguirá la obligación del deudor respecto a los mismos”*. Como es fácilmente deducible, ambas normas plantean el problema de si efectivamente hay una presunción de extinción de la obligación de pagar intereses, lo que creemos que se debe entender como una presunción *iure et iure*, limitando la posibilidad que tiene el acreedor de revertir este efecto, destruyendo una de las bases de la presunción, cuál es, la reserva expresa, sin la cual la ley ordena la extinción de la deuda de intereses. Decimos *iure et iure*, y sin miedo de alarmar de declarar un efecto injusto para algunos, porque el hecho de que se dé un supuesto que no admita prueba en contrario, no significa que impida al acreedor la posibilidad de revertirlo, pues como operan las presunciones es justamente sobre la base de ciertos supuestos de los que se extrae una deducción, de manera que sea una presunción *iuris tantum* o una presunción *iure et iure*, en cualquier caso el acreedor puede revertir el efecto de la extinción de los intereses, lo que se producirá si emite el recibo con la reserva expresa de los intereses que no se pagaron. Así, la única posibilidad que tendría el acreedor sería con la reserva del cobro de los intereses, que deberá constar en el documento de recibo en el que aparece pagado solo el capital, pues



posibilitar al acreedor hacer constar la reserva en cualquier momento posterior al pago y a la emisión del recibo sería perjudicial para el deudor, que se vería expuesto incluso a un doble cobro de intereses.

#### **2.6.16 Respecto del pago anticipado**

Para entrar en el análisis de esta particularidad debemos tener a la vista lo establecido en el artículo 1127 del Código Civil español, que en contraste con otras legislaciones, establece como principio que la existencia de un término en la relación obligatoria significa que se estableció a favor del deudor y acreedor. Esta presunción es *iuris tantum* y, además, el mismo precepto plantea la posibilidad de que el plazo beneficie a alguno de los sujetos de la relación obligacional. Por tanto, para el análisis de este apartado, hay que puntualizar si estamos en presencia, en la hipótesis de la relación obligatoria que es objeto de este trabajo, de una excepción a la norma establecida en el artículo 1127 del Código Civil español. Así, cualquier préstamo de dinero que devengue intereses, genera una relación obligatoria en la que el término beneficia a ambas partes, al acreedor en razón de los intereses pactados y al deudor en cuanto a la prórroga del pago, sin el cual el contrato de financiación carecería de sentido. Por lo anterior es que, esta hipótesis, el pago anticipado, se caracteriza por DÍEZ-PICAZO como un pago irregular, al igual que el pago retrasado<sup>494</sup>. Precisa el mismo autor, que en el caso de un plazo que beneficie a ambos sujetos requiere de un acuerdo que modifique la obligación y en el caso de que se beneficie solo a uno de los sujetos de la relación obligatoria, estaríamos simplemente en un caso de renuncia del beneficio del plazo. De todas maneras, cabe precisar que la tendencia a aplicar plenamente los efectos de los acuerdos ha ido en decaída, esencialmente en el caso de los contratos predispuestos.

---

<sup>494</sup> Díez-Picazo (2008), *op. cit.*, pág. 577.

En este sentido, VILLAGRASA plantea que “al relacionarse la deuda de intereses de modo esencial con el factor temporal, en cuanto que en proporción al tiempo se determina el devengo de los intereses y, como consecuencia general, su exigibilidad. En su virtud, el pago anticipado de la deuda que se satisface antes de expirar el periodo temporal de devengo, en función del cual se calcularon los intereses implícitos o explícitos, debe permitir la reducción o descuento correspondiente al tiempo no transcurrido, ya que la productividad del capital debe reconsiderarse para cuantificar de nuevo la deuda en su justa medida. Si la deuda principal se extingue, por pago anticipado del deudor, ignorando la existencia del plazo, el acreedor deberá restituirle los intereses pagados en exceso, de no haberse establecido en su beneficio exclusivo, dado que de otro modo se produciría un enriquecimiento injustificado por la remuneración indebida de una disposición de capital antes de haberse agotado el tiempo en proporción al cual resultó calculada”<sup>495</sup>. Idea que se confirma por ORDÁS al señalar que ninguna compensación por pago anticipado excederá del importe del interés que el consumidor habría pagado durante el periodo de tiempo comprendido entre el reembolso anticipado y la fecha pactada de finalización del contrato de crédito en consonancia con lo establecido en el artículo 30 de la ley 16/2011<sup>496</sup>.

Se pretende que, una de las consecuencias de un pago anticipado sea un descuento, una suerte de generación de una obligación en que se produce una inversión subjetiva de los intervinientes de la relación obligacional. En este sentido, DÍEZ-PICAZO se refiere a este efecto, bajo el término *interusurium*, como aquella diferencia que económica y comercialmente se produce cuando un crédito que no devenga interés es pagado antes de su vencimiento, sigue el autor, dicha diferencia es la que se produce entre el valor nominal del crédito y su actual valor, en atención a la idea de que el crédito pagado antes del vencimiento vale menos de su valor nominal, ya que el valor está precisamente

---

<sup>495</sup> Villagrassa (2002), *op. cit.*, pág. 244

<sup>496</sup> Ordás, *op. cit.*, pág. 650.

en función del tiempo y el acreedor se beneficia con la posibilidad de colocar su dinero a interés<sup>497</sup>.

Por otra parte, al ser esencial la consideración del transcurso del tiempo en la relación de crédito, vinculada a los valores que presenta el dinero como objeto de la prestación, un pago anticipado significará un beneficio para el prestamista, pues, tal y como constantemente hemos venido afirmando, el dinero de hoy vale más que el de mañana, afirmación que se puede sustentar en los procesos inflacionarios constantes que afectan el valor real del dinero.

Es más, en el caso de los préstamos de consumo se establece como regla que el pago anticipado genera un efecto inverso al planteado, conjuntamente con un descuento de los gastos e intereses que se generarían en el tiempo que media entre el reembolso o pago anticipado y la fecha de vencimiento original, pues se establece que el prestamista tendría derecho al pago de una suma en compensación justa y justificada objetivamente por los posibles costes directamente derivados del reembolso anticipado del crédito. Limita la ley esa compensación en términos objetivos y señala, dependiendo del caso, que no podrá ser superior al 1 o 0,5 por ciento del importe del crédito reembolsado anticipadamente (artículo 30 de la ley de contratos de créditos al consumo).

En este sentido, ORDÁS en su monografía integral sobre los préstamos y créditos define la compensación establecida en el artículo 30 de la ley de contratos de créditos al consumo como *“la remuneración pactada a favor del prestamista en el supuesto de que el consumidor satisfaga anticipadamente la totalidad o parte de la deuda, con el objetivo de compensar la reducción de la cuantía de los intereses que dicha renuncia al beneficio de plazo supone”*<sup>498</sup>

Para graficar la importancia del pago anticipado como una posibilidad de extinción de los intereses, en forma particular, hay que tener en cuenta que por el hecho de que se admita la renuncia del plazo por parte del consumidor (entendiendo que en la mentada ley se entiende que el plazo no está establecido

---

<sup>497</sup> Díez-Picazo (2008), *op. cit.*, pág. 579.

<sup>498</sup> Ordás, *op. cit.*, pág. 645.

a favor de ambas partes, sino únicamente a favor del deudor), según nuestra opinión, es que por esta vía se modifica el contrato en cuanto a la gestación de intereses, de tal manera que al deudor le será menos oneroso, globalmente, el contrato. Así, la extinción de la deuda de intereses no devengados ni siquiera debiese ser planteada, pues dichos intereses no acaban por nacer, de tal forma que no es posible afirmar una extinción de esos intereses pactados no devengados, es decir, es la relación obligatoria en la que se da lugar a los intereses que se modifica, a instancia del deudor, de manera tal que los intereses no alcanzan siquiera a existir.

En nuestra opinión, vemos que la ley referida está en concordancia con la estructura que presenta un contrato que tenga por objeto el préstamo de dinero a interés, pues efectivamente se considera a ambas partes al momento de establecer los ajustes de un pago anticipado, en armonía con la norma del artículo 1127 del Código Civil a propósito de los beneficiados de la existencia de un término. Así, para el prestamista o acreditante existe una compensación por la modificación unilateral del contrato, que desde el momento en que la ley en comento reconoce, habría que concluir que el plazo en cuestión también le interesa, de lo contrario no se explica que los intereses no devengados se retribuyan en la compensación reconocida por el artículo 30 de la ley de contratos de créditos al consumo.

Cabe destacar las reglas relativas al pago anticipado propuestas por el *Draft Common Frame Of Reference* en la regulación de los préstamos (*loan contract*) que nos señala:

*“IV.F. – 1:106: Repayment and termination*

*3) The borrower can, by repayment, terminate a loan at any time if under the loan contract the borrower does not have to pay interest or any other kind of remuneration which depends on the duration of the credit.*

*(4) The borrower can, by repayment, terminate at any time the loan under any other type of loan contract with a specified duration. Parties cannot exclude the application of this rule or derogate from or vary its effects.*

*(5) Where the loan contract has a specified duration of more than 1 year and provides for a fixed interest rate the borrower can terminate by early repayment under paragraph (4) only on giving the lender three months' notice.*

(6) *On early termination under paragraphs (4) or (5) the borrower is obliged to pay all interest due up to the date of repayment and to indemnify the lender for any loss caused by the early termination*<sup>499</sup>.

Así, se distingue entre aquellos préstamos en los que se han pactado o no intereses y si el contrato tiene una duración de más de un año, distinción que llama bastante la atención. En el caso en que se hayan pactado intereses y se trate de un préstamo en el que se haya fijado un plazo superior a un año, se le da el derecho al prestatario a terminar anticipadamente con la relación obligatoria, para lo cual se establece la necesidad de dar aviso con 3 meses de anticipación, lo que también sería una novedad. Y, bajo esta hipótesis, se establece que el prestatario deberá pagar que se devenguen hasta el día del pago anticipado y reconoce expresamente la posibilidad de que tenga que pagar los daños ocasionados por la terminación anticipada. Vemos que el modelo regulatorio es mucho más exigente que el Código Civil español.

Es por lo anterior que, consideramos que el plazo establecido en el crédito regulado por dicha ley, y todos aquellos en que se reconozca el derecho del acreedor a una compensación por pago anticipado<sup>500</sup>, no puede calificarse el plazo como en beneficio únicamente del deudor, lo que se ve fuertemente representado en la propuesta de regulación del *soft law*.

Por otra parte, DÍEZ-PICAZO al tratar el tema del *interusurium* señala que los presupuestos para que opere la institución son dos: “el carácter no remunerado del crédito y el fenómeno de la anticipación del pago. Ha de tratarse de un crédito que no devengue interés, porque, en otro caso, el efecto del pago anticipado no tiene por qué ser el descuento y es suficiente la cesación del devengo del interés. La regla general a este respecto es que no se genera el *interusurium*. Sólo en virtud de un acuerdo, a través de un descuento convencional, o en razón de una

---

<sup>499</sup> *Study Group on a European Civil Code; Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, *cit.*, pág. 366.

<sup>500</sup> Por ejemplo, en el ámbito de los préstamos o créditos hipotecarios a propósito de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios.

previsión del legislador que otorgue el beneficio al deudor que paga anticipadamente.”<sup>501</sup>

Es así que, como planteaba DÍEZ-PICAZO, en un crédito que genera intereses no podría aplicarse la figura del *interusurium*, pues basta como beneficio al deudor el hecho que se dejen de devengar intereses desde el momento del pago anticipado y se genera, bajo esta hipótesis, otra obligación, la que consiste en el pago de una compensación por el perjuicio que significa al acreedor un pago haciendo uso de un derecho irrenunciable para el consumidor. Es por esto que, la afirmación acerca de que el plazo en los contratos de crédito al consumo no implica que el término está únicamente en beneficio del deudor, pues para hacer uso de la facultad reconocida en la ley se debe pagar una compensación en beneficio exclusivo del acreedor, en razón de los perjuicios que importa el adelanto del capital. Distinta sería la determinación de los beneficiados del plazo o término, si se considera que el deudor de un crédito pudiera pagar con anticipación sin tener la obligación de pagar una compensación, liberándose de los intereses que se gestarían entre el tiempo del pago y el vencimiento original de sus obligaciones.

La única posibilidad de que debido a un pago anticipado se produzca la inversión del rol de los sujetos de la relación obligacional, por la generación del *interusurium*, están vinculados a la presencia de un vicio en el pago anticipado en los términos del artículo 1126 del Código Civil, que plantea que: “Si el que pagó ignoraba, cuando lo hizo, la existencia del plazo tendrá derecho a reclamar del acreedor los intereses o los frutos que este hubiese percibido de la cosa”.

## **2.6.17 La prescripción de la deuda de intereses**

---

<sup>501</sup> Díez-Picazo (2008), *op. cit.*, pág. 580

El 7 de octubre del año 2015, entró en vigencia una modificación sustancial a uno de los elementos de la prescripción extintiva, cual es, el plazo necesario para que se extinga la acción. Y en consecuencia, la distinción que se hacía entre el artículo 1964 y el artículo 1966, diferenciando la regla general en materia de prescripción de acciones personales y las reglas especiales, con plazos quincenales y quinquenales, se diluyó con la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la que estableció una disminución del plazo general de prescripción de las acciones personales a cinco años.

Por lo anterior, los comentarios que podemos hacer respecto de la especialidad o alguna particularidad de la deuda de intereses en cuanto a la prescripción de la acción para reclamarlos se reducen a la aplicación de la nueva normativa y a la posibilidad de la aplicación de tales normas a cualquier tipo de interés.

Así, la modificación realizada en octubre del año 2015 va acompañada de una referencia a la disposición transitoria del Código Civil establecida en el artículo 1939. Esta norma se aplica a la modificación en comento, de forma análoga, como expresamente se señala en la ley 42/2015, de 5 de octubre. Así, se prescribe por el artículo 1939 del Código Civil que “La prescripción comenzada antes de la publicación de este Código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá esta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo (*sic*)” Entonces, se plantea una aplicación retroactiva de la ley del 5 de octubre del 2015, a lo menos relativamente, dependiendo de si el plazo de prescripción ha comenzado a correr antes del 7 de octubre del año 2015, fecha en que entra en vigor la ley 42/2015, de 5 de octubre. De esta manera, habría que precisar si la acción a la que nos referimos, bajo la vigencia de la anterior normativa, requería para su extinción de cinco o quince años, pues en el primer caso nada ha cambiado.

Ahora, si la acción requería del transcurso de quince años para su prescripción y el plazo comenzó a correr desde el 7 de octubre del 2000, se completaría dicho

plazo antes de la entrada en vigor de la ley 42/2015, de 5 de octubre, siendo esta una primera hipótesis de aplicación de la ley en el tiempo.

Luego, una segunda hipótesis sería aquella en la que el plazo comenzó a correr con posterioridad al 7 de octubre del 2000, hipótesis en la que prima nuevamente la ley anterior.

Ahora, en una tercera hipótesis que podemos prever, aquellas acciones cuya posibilidad de ejercicio comenzó el 8 de octubre del año 2005, se verían afectadas por la modificación, pues el cómputo de los 15 años de la ley anterior se vería disminuido por lo que ordena la segunda parte del artículo 1939 del Código Civil en la fracción de tiempo de los quince años que haya corrido hasta el 7 de octubre del 2015, más los cinco años que se establece con la nueva ley<sup>502</sup>.

Un ejemplo para explicar esta tercera hipótesis de aplicación retroactiva de la Ley del 5 de octubre del año 2015 es ilustrativo. Así, si estamos en presencia de una acción ejercitable desde el 10 de diciembre del 2010, en principio debiese regirse por la anterior ley y por tanto habría que sostener que para ejercitarse no podría pasar del 10 de diciembre del año 2025, de lo contrario en dicha fecha se extinguiría. Sin embargo, al 7 de octubre del año 2015 cambia el plazo y dicha acción no podría ejercitarse más allá del 7 de octubre del 2020, es decir, que el plazo de prescripción de dicha acción será de nueve años, nueve meses y veintisiete días, en circunstancias que la ley anterior establecía un plazo de quince años. Como vemos, la disposición transitoria va disminuyendo el plazo de prescripción de las acciones personales ejercitables desde el 7 de octubre del 2005, dependiendo de la fecha en que hayan comenzado a ser exigibles.

Por la anterior explicación es que, importa la distinción en cuanto a si estamos en presencia o no de una acción personal que requiera para su prescripción de un plazo de cinco o de quince años basándose en la ley anterior.

---

<sup>502</sup> En su segunda parte el artículo 1939 del Código Civil señala: "...pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá esta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo."



Así, ORDÁS <sup>503</sup> considera que la norma del artículo 1966.3º del Código Civil se aplica a todos aquellos intereses cuyo pago deba hacerse por años o en plazos más breves, de manera que respecto de los intereses pactados en dichos términos se aplicaría el plazo de cinco años, lo que no produce problemas de aplicación de la regla transitoria del artículo 1939 del Código Civil y de esta manera cabe en la hipótesis primera explicada anteriormente. La misma autora, señala que los intereses que deben pagarse en plazos mayores a un año prescribirán de acuerdo con la regla general para las acciones personales, que bajo la antigua normativa era de quince años, hipótesis en la cual debemos verificar si el plazo de dichos intereses comenzó a correr antes del 7 de octubre del 2005 o después de esta fecha, con el efecto de reducción del plazo de prescripción explicado anteriormente.

Por otra parte, en cuanto a la acción para reclamar cualquier tipo de interés, hay que precisar que las diferencias entre los intereses remuneratorios o compensatorios y los intereses moratorios han sido consideradas al momento de determinar el plazo de prescripción aplicable, sosteniéndose por parte de la doctrina y también en la jurisprudencia de que a los intereses moratorios les sería aplicable el plazo quincenal del artículo 1964 que regía antes del 7 de octubre del 2015. Distinción que cobra relevancia para los efectos de aplicar la disminución de los plazos ordenado por la nueva redacción del artículo 1964 en relación con el 1938 del mismo cuerpo legislativo. Sin embargo, cualquier interés cuya acción sea exigible desde el 7 de octubre del año 2015, sea remuneratorio o moratorio, se rige por el plazo de los cinco años.

Al ser nuestra tesis unitaria, en cuanto a los intereses, creemos que hacer la distinción entre intereses moratorios o compensatorios para fijar un plazo de prescripción diferenciado no se justifica<sup>504</sup>. De esta manera, los intereses tendrán un plazo de prescripción distinto, lo que depende del plazo que se tiene para

---

<sup>503</sup> Ordás, *op. cit.*, pág. 380.

<sup>504</sup> A propósito de las delimitaciones conceptuales se precisan las razones por la que adherimos a la postura unitaria.

pagarlos. Si el plazo es superior a un año eran quince años para prescribir y si era por un año o plazos menores de cinco años para prescribir.

Y por último, hay que destacar, que los intereses como frutos civiles se devengan y se perciben y es la obligación la que se hace exigible, la que vence. De tal manera que es la exigibilidad, es decir, el plazo asociado a la posibilidad que tiene el acreedor de ejercitar una acción con el objeto de cobrar lo que prescribe y es desde ese momento en que deberán computarse los plazos expuesto en este apartado.

## **2.7 Los deberes secundarios del prestamista en los contratos de financiación y las comisiones bancarias**

En el contexto original del crédito, que históricamente como contrato es posicionado en Roma, el prestamista ha buscado diversos mecanismos para burlar las limitaciones al cobro de los intereses o los límites establecidos por las autoridades, se trata de un comportamiento propio del prestamista, que busca sacar el mayor provecho de un negocio en el que entra en las mejores condiciones, pues como dueño de un capital, se le reconoce la posibilidad de cobrar una retribución al acto de prestar una cantidad de dinero. Así, bajo la figura de una simulación en Roma existía la posibilidad de que se señalara que se prestara x cantidad de dinero, cuando la realidad era que esa suma era menor y así el prestamista obtenía una ganancia, por lo demás ilícita, pues en razón de la *exceptio doli* o *exceptio non numeratae pecuniae* el prestamista estaba obligado a probar que la suma que constaba como prestaba respondía a la realidad, situación que solo tiene su explicación en la situación de necesidad en la que se encuentra el prestatario para aceptar un contrato en esas condiciones,

que faltaba a la realidad y que transgredía las normas que impedía el cobro de *usurae*<sup>505</sup>.

Es así como los límites al precio del dinero a través del control judicial de la usura, junto con el establecimiento de medidas correctoras de los abusos cometidos contra los consumidores financieros, se desarrolló por parte de las entidades de crédito la formulación del cobro de cantidades de dinero que estuvieran fuera de la consideración de intereses, basados en la idea de prestaciones de servicios que nada tienen que ver con la operación bancaria activa.

Por otra parte, con base en el principio de la buena fe contractual se han ido planteando una serie de deberes que se atribuyen a las partes, a pesar de que no estén expresamente establecidos en el contrato y se ha ido formulando la idea de lo que se conocen como deberes secundarios, que están asociados a los aspectos esenciales de la relación contractual y que la integran. La necesidad de nutrir los acuerdos contractuales con el principio rector de comportamiento es debido principalmente como consecuencia de los efectos de la asimetría de información que afecta a los mercados. Esta asimetría trae consigo, de una forma natural e indiscutible, la actitud de aquel que se encuentra en una posición dominante de aprovechar la oportunidad que le da la falla del mercado para que imponga sus términos a pesar de transgredir principios de justicia conmutativa. Es el actuar egoísta el que ha definido históricamente la relación entre particulares y es con base en dicha actuación que se ha permitido el avance de los comercios, pues fomenta la competencia y sus consecuencias.

Así, el análisis de los deberes secundarios del prestamista nos pone en una posición en la que la revisión del contenido de su posición contractual se consolida en un servicio general, el servicio general de financiación. Bajo esta perspectiva, pasamos a analizar los diversos deberes que emanan del principio de la buena fe contractual y que forman parte del comportamiento debido del prestamista o acreditante en el marco de un contrato de financiación.

---

<sup>505</sup> Gómez, *op. cit.*, pág. 15.

Más claramente, hay una serie de servicios que se atribuye el prestamista que muchas veces carecen de una justificación, de una causa que les de el impulso para integrarla en el contexto de la relación contractual, pero que fundamentan el cobro de cantidades de dinero adicionales a lo que entendemos por intereses y pasan a una forma, más propia de la complejidad de los servicios actuales, que llaman comisiones.

Es así que, la diversidad de comisiones que se pueden “pactar”<sup>506</sup> en el contexto de la limitada libertad contractual que permiten los contratos de adhesión, no tiene más límites que la imaginación del predisponente, pues hay una serie de cláusulas que carecen de validez pero que igualmente se integran en las condiciones generales de contratación. Así, la finalidad que se persigue en el momento de redactar dichas cláusulas es incrementar las ganancias, la renta, el beneficio de cada contrato que se llegue a celebrar por los comerciales.

En este sentido es que, con base en la relación de dependencia de todos aquellos servicios que se enarbolan como justificaciones de las distintas comisiones que se integran en el contrato, no son más que deberes secundarios emanados de la buena fe contractual y que si deben tener una remuneración es la que se expresa en el precio del contrato, es decir el interés remuneratorio y no como un monto distinto, desligado a las obligaciones principales. Esto cobra sentido si entendemos que una vez que se limita el establecimiento de las tasas de intereses, con base en el principio general del rechazo de la usura la tendencia al comportamiento eficiente, tan natural y moral será de buscar la forma de recuperar aquellas ganancias perdidas a consecuencia de los requerimientos de justicia conmutativa que impone el rechazo a la usura, a ganancias desproporcionadas.

La normativa bancaria sobre comisiones está constituida, básicamente, por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de Transparencia y Protección del Cliente de Servicios Bancarios, destacando en su regulación el artículo 3, en el

---

<sup>506</sup> Lo ponemos entre comillas porque estamos en aquella parte de la libertad contractual que ha sido cercenada a consecuencia de la asimetría de información y que impide que hablemos propiamente de pacto en cuanto a la cláusula particular que establece la comisión.

que se establecen las reglas generales de aplicación a las comisiones bancarias, *liberalizando su establecimiento*. En concordancia con la norma anterior tenemos la Ley 2/2009 del 31 de marzo, por la que se regula la Contratación con los Consumidores de Prestamos o Créditos Hipotecarios y de Servicios de Intermediación para la Celebración de Contratos de Préstamo o Crédito, en cuyo cuerpo destaca el artículo 5, que en términos similares libera el establecimiento de las tarifas por comisiones y gastos repercutibles al cliente bancario. Luego, otra de las normas es la Circular 5/2012 del Banco de España de 27 de junio, a Entidades de Crédito y Proveedores de Servicios de Pago, sobre Transparencia de los Servicios Bancarios y Responsabilidad en la Concesión de Préstamos. Además, la Orden EHA/1608/ 2010, de 14 de junio, sobre Transparencia de las Condiciones y Requisitos de Información Aplicables a los Servicios de Pago, que regula la transparencia de los servicios de pago sujetos a la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de Servicios de Pago.

Además, debemos tener en cuenta que las comisiones bancarias igualmente son objetos de aplicación de las normas relativas a la formación del consentimiento y la buena fe del artículo 1258 del Código Civil, el que reza que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley. Es así como, considerando que el pacto expreso legitima el cobro de prestación alguna, debemos tener presente que el pacto puede verse afectado por los requisitos que se prescriben respecto de las comisiones bancarias, así como también la posibilidad de que el servicio específico de que se trata sea más propio de la naturaleza de la obligación principal, es decir, un deber secundario emanado de la buena fe que integra la obligación principal.

Es así que, incorporar el principio de la buena fe en el análisis de las comisiones bancarias pudiera ser interpretado como una decisión metodológica arbitraria, pero la razón por la que tocamos este viejo principio, que prescribe el comportamiento de las partes y de la ciudadanía en general, descansa en la función integradora que cumple en el contrato y particularmente al hecho de que si no es previsto un servicio en particular por parte de la entidad bancaria, esta

igualmente se encontraría en la necesidad jurídica de ejecutarlo, pues se deriva de la relación obligatoria, correspondería a deberes complementarios, que en el caso de haber sido previstos, y asignados a ellos un precio, comisión, entra la comisión en el uso bancario y por tanto se recubre del manto de la legitimidad que acompaña a su cobro. Sin embargo, si no es previsto, no correspondería el pago de un precio de retribución de algún servicio que ya ve su reflejo en la obligación principal del cliente bancario, cuál es, la restitución del capital y el pago de los intereses. En este sentido es que, se clasifican a los deberes secundarios<sup>507</sup> entre aquellos deberes secundarios de finalidad negativa y positiva. Los primeros, los deberes secundarios de finalidad negativa como los deberes de protección, cuyo objeto es impedir que se produzcan lesiones o menoscabos a los intereses personales o patrimoniales de los contratantes. Los segundos, los deberes secundarios de finalidad positiva, que están destinados a complementar a los deberes de prestación, con el fin de que su cumplimiento se realice adecuadamente, ejemplo de los cuales serían los deberes de información, colaboración, consejo o fidelidad, entre otros<sup>508</sup>.

Como podemos ver, la doctrina de los deberes secundarios responde a un concepto de obligación mucho más enriquecido y que supera la visión separatista entre obligación y contrato, para entender los efectos del contrato de una manera íntegra, en el que se entiende que la obligación no necesariamente se va a reducir a la obligación principal, concepto heredado del Derecho Romano y en la que estamos en presencia de un vínculo jurídico con sujetos determinados y una prestación, sino que se trataría de una serie de deberes asociados a esta y que permiten plantear la idea de una relación obligatoria.

De hecho, en el estudio del principio de la buena fe y de los deberes complementarios que de dicho principio emanan, se utiliza un método similar que al tratar las diversas comisiones y enumeramos distintas comisiones, que en sí

---

<sup>507</sup> Moisés, B. (2014). Los deberes secundarios de conducta y la falsa distinción entre obligaciones de medios y de resultado, (030). *Advocatus*, 177-185. Pág. 182

<sup>508</sup> Solarte Rodríguez, A. (2004). La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. *Universitas*, 53 (108), pág. 306

misma no representan ninguna novedad, pues se trata de simples obligaciones pecuniarias, pero que en su reflejo causal vemos la complejidad, pues puede estar remunerando diversidad de servicios, entregados a la creatividad del predisponente la identificación de un servicio que es inescindible de la obligación que da sustento al cobro de los intereses.

Hoy ya no es novedad el tratamiento de las relaciones obligatorias como un complejo de relaciones con múltiples vínculos, algunos asociados a otros y con un curso causal compartido.

Particularmente la relación de crédito está plagada de deberes secundarios, algunos de ellos elevados a la categoría de esenciales, al punto de establecer responsabilidad legal frente a su incumplimiento, como en el caso de la transgresión del principio de publicidad que rige a las comisiones bancarias en España y que corresponde al primigenio de los deberes secundarios, cual es, el deber de información

Es de doctrina generalizada respecto a esta obligación el reflejo causal que se requiere, reflejo causal que se ve reflejado en la norma que autoriza su establecimiento libremente, en la Ley 2/2009 del 31 de marzo, que en su artículo 5 señala: *“Obligaciones de transparencia en relación con los precios. 1. Las empresas establecerán libremente sus tarifas de comisiones, condiciones y gastos repercutibles a los consumidores, sin otras limitaciones que las contenidas en esta Ley, en la Ley de 23 de julio de 1908 y en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en materia de cláusulas abusivas.*

*En las tarifas de comisiones o compensaciones y gastos repercutibles, incluidas las actividades de asesoramiento, se indicarán los supuestos y, en su caso, periodicidad con que serán aplicables. Las comisiones o compensaciones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme y de forma expresa por el consumidor”.*

Norma que tiene su desarrollo en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de Transparencia y Protección del Cliente de Servicios Bancarios, que en su artículo 3 establece: “*Comisiones*.”

1. *Las comisiones percibidas por servicios prestados por las entidades de crédito serán las que se fijen libremente entre dichas entidades y los clientes.*
2. *Solo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos”.*

Ahora, el análisis de la comisión, como una figura recurrente en los contratos de financiación, hace necesario su atención para los efectos de verificar el equilibrio de las prestaciones de este tipo de contratos, pues la posibilidad de que a través de las comisiones se soslayen el cumplimiento de los límites del precio que debe pagar un consumidor financiero, en razón de un comportamiento de mala fe, una mala práctica bancaria, permitiría generar obligaciones que no tengan un origen legítimo, sino más bien que sean impulsadas por motivos más propios de la crematística que de una relación de crédito que se ciña al ideal de justicia esbozado por la normativa que regula el establecimiento de los precios del mercado financiero, que por libres que se declaren no deben atentar con la proporcionalidad.

Ahora bien, la primera cuestión que se hace presente en el análisis de la figura en cuestión pasa por lo establecido en el artículo 315 del Código de Comercio español que plantea una concepción amplia de los intereses incorporando en esta noción cualquier remuneración pactada a favor del prestatario. Sin embargo, como se verá a continuación, la doctrina discrepa de la ley, pues las comisiones y los intereses responden a una configuración comercial distinta.

La figura de las comisiones no despierta muchas sospechas cuando estamos ante aquella parte de la contratación bancaria conocida como contratación bancaria negativa o más bien una operación bancaria pasiva, que es el tipo de que no tiene por objeto el crédito, sino que se trata de una gestión de negocios, efectivamente la prestación de un servicio financiero a través de diversos productos de inversión, en los que la profesionalidad de la entidad de crédito, en cuanto a su capacidad técnica para operar en el mercado financiero, no merece



dudas, sino más bien un pago justo por sus servicios. Entonces, hay que tener claro que las dudas respecto de las comisiones bancarias requieren de una mayor revisión en el caso de las operaciones bancarias activas, en los que se presenta el crédito como la causa del contrato, tomando la forma de préstamo o crédito, de tal forma que ya no se trata de un servicio, en términos de aplicar la experticia, la capacidad técnica de la entidad de crédito, si no que se sustenta en el principio de la productividad del dinero y así se fija el precio, la tasa de interés, como contraprestación. En este sector del negocio del crédito es en el que la figura de la comisión pareciera merecer más dudas.

Ya resulta del todo cuestionable el surgimiento precipitado de una variedad de servicios que requieren ser remunerados, a través de la figura de las comisiones, por parte del cliente bancario o consumidor financiero a consecuencia de su necesidad de optar por un financiamiento, desde los costos operacionales a que da lugar el análisis de riesgos al que debiera de estar sometido, así como manifestaciones de la traslación de riesgos como las comisiones de prepago.

Por otra parte, aclaramos que nuestra intención no es hacernos cargo de todos los posibles servicios que cada entidad de crédito crea que debe o le corresponde cobrar, pero por lo menos haremos referencia a la que en nuestra opinión pone en evidencia el cobro de un servicio que es un deber secundario de conducta, *la comisión de apertura*.

Es así como, con el propósito de plantear un esquema más adecuado a la doctrina civilista, en lo referente a la equivalencia de las prestaciones y a los deberes secundarios asociados al cumplimiento de las obligaciones principales, veremos si estas comisiones gozan de una legitimidad doctrinal, pues por más innovadores que sean las entidades de crédito, el negocio jurídico sigue siendo el mismo que desde sus inicios, un préstamo oneroso.

Así, la primera tarea de este apartado será establecer el límite entre lo que se deba entender por intereses de aquello que sin duda es una comisión, cuestión que no debiera de ser difícil considerando la aceptación generalizada de su aplicación.

En este sentido, se señala que uno de los criterios distintivos hace referencia al tiempo, en cuanto a que la dosis de tiempo asociado al uso del capital prestado es un elemento ínsito en la figura del interés, más no en el caso de las comisiones. Así, para determinar la cantidad que ha de pagarse por concepto de intereses, el tiempo transcurrido o que deba transcurrir desde la celebración del contrato resulta esencial en la delimitación del monto de dinero que se deba pagar por concepto de intereses. En cambio, la comisión no tiene relación con el tiempo de vigencia del contrato, sino que como remunera un servicio específico, debería tratarse de un importe determinado sin ninguna conexión con el tiempo de la obligación principal. Se trataría de que el elemento distintivo entre ambas figuras sería la dependencia de los intereses respecto de la duración de la obligación principal<sup>509</sup>. Vemos que básicamente a través de este criterio se pretende plantear claramente que si el tiempo, durante el que estará vigente la relación obligacional entre la entidad de crédito y el consumidor financiero, influye en la determinación de una remuneración u obligación pecuniaria a cargo del consumidor, esta deberá ser considerada como un interés. Cabe observar que en la caracterización general que se hace de los contratos bancarios, se establece como una nota común de éstos el carácter duradero, con más o menos tiempo, de manera que la idea del tiempo ínsito en los intereses, como se pretende, no es exclusiva de esta figura en el marco del contrato, sino que se trata de una idea inserta en los contratos bancarios en general<sup>510</sup>.

Por otra parte, se acude a la causa como un factor para distinguir entre las comisiones y los intereses. Así, la causa de las comisiones deberá encontrarse en un servicio específico, real, necesario e instado por el cliente dentro del marco general de la gestión de los intereses del consumidor por parte de la entidad de crédito. Mientras que los intereses encontrarían su causa en la remuneración que se debe a causa del uso del cápita ajeno, de la cantidad de dinero prestada<sup>511</sup>.

---

<sup>509</sup> Ferrando Villalba, M. d. (2002). *Las comisiones bancarias. Naturaleza, requisitos y condiciones de aplicación* (1ª ed.). Granada: Comares, pág. 106.

<sup>510</sup> *Ibidem*. Pág.11.

<sup>511</sup> *Ibidem*. Pág. 107.

En el mismo sentido, se plantea que la nota de proporcionalidad que debe impregnar a las comisiones sería una nota distintiva y que lo diferenciaría de los intereses. Esta proporcionalidad corresponde a la que se debe cumplir entre el servicio que se remunera y el monto de la comisión. Sin embargo, en otro sentido, pero apuntando a la misma idea de proporcionalidad, tenemos que los intereses son por definición proporcionales, proporcionalidad que estaría determinada por dos coeficientes estables que son la obligación principal, representada por la restitución del capital y a cuyo monto se refiere la proporcionalidad y el tiempo durante el que el dinero estará en manos del prestatario, más un coeficiente variable correspondiente a la tasa de interés, que podrá tener un origen convencional o legal<sup>512</sup>.

Ahora, la protección que pudiera dar la autoridad a los afectados de la relación asimétrica que implica la relación de crédito es del todo simbólica en nuestra opinión, pues hay cuestiones que no se pueden cambiar, pues al estar en presencia de productos financieros, el consumidor financiero medio, real y no ideal, va a estar aceptando gran parte bajo el manto de la ignorancia, y por tanto de un error, que en la técnica contractual del último siglo es indiferente para la doctrina o derechamente se reconoce o tolera bajo la necesidad de que contratos basados en condiciones generales y concluidos por adhesión es la forma de contratación de un sistema basado en la eficiencia.

La protección ofrecida emana del principio general de actuación a la que las partes contratantes deben ceñirse, correspondiente a la buena fe, la buena fe objetiva, la buena fe contractual, la que impone el deber al contratante que predispone el contenido contractual, de proporcionar la información que liberaría la voluntad del consumidor al contratar con alguna entidad financiera.

Así es que se establece el carácter público de las comisiones y gastos repercutibles en el artículo 3 de la Orden del 28 de octubre del 2011, sobre Transparencia y Protección del Cliente Bancario, desarrollado por la norma tercera de la Circular del Banco de España 5/2012, dirigida a las Entidades de Crédito y Proveedores de Servicios de Pago, sobre Transparencia de Servicios

---

<sup>512</sup> Ferrando, *op. cit.*, pág. 109.

Bancarios y Responsabilidad en la Concesión de Préstamos. Ambas normas resultan concordantes con el deber general de transparencia exigido respecto a las condiciones generales de los contratos y que una vez superado deja de ser controlable a través del análisis de abusividad.

En definitiva y en ejercicio de la idea de que hay servicios que forman parte inescindible de la obligación que tiene la entidad bancaria asociada a proporcionar el capital al que se obligó, analizamos la comisión de apertura.

El Banco de España señala que *“Cuando solicitas un préstamo, la entidad tiene que realizar una serie de gestiones administrativas para formalizar la operación y por las que podrá cobrar la comisión de apertura, que suele ser un porcentaje sobre el importe del préstamo y en ocasiones tiene un importe mínimo”*, es decir, que la entidad cobra una comisión por el solo hecho del préstamo asociado a todo lo que necesita hacer para proporcionarlo. El servicio que se asocia a esta comisión puede ser incluido en la categoría del deber secundario de finalidad positiva, que están destinados a complementar a los deberes de prestación, con el fin de que su cumplimiento se realice adecuadamente, de manera que establecer un valor adicional al interés retributivo no tiene justificación bajo una visión de la buena fe integradora.

En conclusión, el sucinto análisis de las comisiones bancarias, si bien es digno de su propia investigación, en el contexto de análisis del plexo de la relación obligatoria de crédito vinculada al precio por el uso del capital ajeno, ha sido difícil de ignorar y planteamos que más allá del reconocimiento que se ha hecho en el ordenamiento español del establecimiento libre de las comisiones bancarias, bajo la identificación de un servicio debidamente informado y cumpliendo con las reglas relativa a la transparencia como tamiz de legalidad, el análisis de los deberes secundarios de conducta nos permitiría cohesionar dichos servicios a la prestación principal del contrato y de tal manera sostener la inexistencia del servicio autónomo que se pretende para así contribuir al precio justo que los consumidores bancarios deben pagar en los contratos de financiación.

## 2.8 La usura

La idea de la usura comúnmente está asociada al aprovechamiento económico que un sujeto ejerce sobre otro o, como nos señala JIMÉNEZ, la noción vulgar de la usura es toda opresión económica destinada a aprovecharse de la necesidad del prójimo para enriquecerse y que jurídicamente se vincula con el préstamo<sup>513</sup>. La figura del usurero, personaje conocido por cualquier ciudadano se eleva como uno de los sujetos más despreciables de la sociedad, principalmente impulsado por los cuestionamientos morales que implicaría el cobro de intereses excesivos a una persona que se encuentra en estado de necesidad<sup>514</sup>.

Es así que, desde el punto de vista jurídico, originaria e etimológicamente el termino *usurae* hizo referencia precisamente a los intereses, a lo que se cobra en razón del préstamo, al precio por el uso del dinero, que hoy, luego de haber superado el dominio de la cristiandad en la normativa imperante de las relaciones contractuales, entró en desuso y pasó a identificarse con el exceso de intereses a favor del prestamista, lo que puede ser entendido como una reminiscencia histórica de la reprobación del cobro de lo que hoy llamamos intereses. De esta manera, entendemos por “*usura el lucro económico de carácter excesivo que se percibe en función de un contrato de mutuo o una operación económica similar*”<sup>515</sup>. Así, en términos simples, la usura consiste en el cobro excesivo de intereses, superando la idea histórica del simple cobro de interés como usura.

De esta manera, la usura hoy es referida a lo ilegal ,a lo ilícito, lo no permitido en las relaciones de financiación, que por más liberal que se pueda ser normativamente, en cuanto al establecimiento de la tasa de interés, el principio del equilibrio contractual debe imperar en las relaciones contractuales y el

---

<sup>513</sup> Jiménez. *La Usura...* op. cit., págs. 61-62.

<sup>514</sup> Basta con referirnos al caso de Shylock de Shakespeare.

<sup>515</sup> Jiménez. *La usura...* op. cit., pág. 62.

legislador a utilizado diversos métodos para tratar de limitar esta patología que sufre la figura de los intereses. Es en este valor de justicia en el que descansa toda la normativa relativa a las limitaciones de las tasas de intereses, pues se busca que se respete el equilibrio contractual, la justicia conmutativa en el intercambio y, que frente a su transgresión, requiere de una corrección. Es así que, la justicia conmutativa propiamente tal al verse afectada por algún ilícito, que en el caso del crédito tomará el nombre de usura o abuso, requiere de la corrección y es a través de la conservación de la justicia conmutativa que actúa el valor de la justicia conmutativa correctiva<sup>516</sup>.

Ahora, desde el punto de vista del efecto de la usura la más extrema expresión del control de la usura se ve reflejado en el carácter de delito antiguo, es decir, que a pesar de toda la permisibilidad, es posible en algunas legislaciones perder la libertad de movimiento a consecuencia del cobro de intereses excesivos, no es el caso de España, pero de los sistemas revisados está presente en gran parte de ellos<sup>517</sup>.

Para determinar el carácter excesivo los estados acuden a dos criterios, uno de carácter objetivo y otro subjetivo. En el caso del sistema de determinación objetiva de la usura se fija un “*tipo umbral*” sobre el cual se entenderá que estamos en presencia de la usura<sup>518</sup>. Luego la usura también es perseguida a través de sistemas subjetivos, en los que la determinación de la existencia de la usura se realiza atendiendo a las circunstancias que concurren en el préstamo en particular y en el que destaca la consideración del estado de necesidad del

---

<sup>516</sup> Serrano, *op. cit.* pág. 148. El autor entiende que la justicia conmutativa correctiva se asimila a lo que hoy se entiende por justicia penal, lo que debemos aclarar y vincular precisamente a los casos en que la usura constituye un tipo penal.

<sup>517</sup> En Francia, el delito de usura -*usure*- está tipificado en la Ley N.º 66-1010 de 1966, que forma parte del Código Penal. La Ley define también la noción de préstamo usurario; En el caso chileno el artículo 472 del Código Penal establece que existe delito de usura cuando se suministran valores a un interés superior al que la ley permite estipular. El interés máximo convencional es el que excede en un 50 % al interés corriente; En el caso italiano se regula en el artículo 644 del Código Penal.

<sup>518</sup> Jiménez. La usura... *op. cit.*, pág. 145.

deudor. La aplicación de estos sistemas no es excluyente, pues casos como el alemán que aplica ambos mecanismos de detección de la usura<sup>519</sup>.

Es necesario desglosar los sistemas subjetivos de determinación de la usura, ya que el caso concreto no solo está conformado por aspectos referidos a los sujetos que concurren en una determinada calidad al momento de contratar, si no que también a cuestiones relativas al tipo del negocio, ya sea en cuanto a su cuantía o en cuanto al tiempo que durará la relación crediticia.

En nuestra opinión la unidad temporal que está presente en la totalidad de los préstamos requiere de una especial atención cuando lo que hay que descifrar es la concurrencia de una relación muy desequilibrada que impide su aceptación en un ordenamiento jurídico.

La conveniencia del uso de uno u otro sistema de determinación de la usura se puede plantear en términos de eficacia de la normativa, es decir, si con un sistema objetivo se controla verdaderamente la explotación del estado de necesidad en la que se encuentran los prestatarios al momento de contratar el crédito, pues hay que tener en cuenta que lo que subyace del control de la usura a través del sistema subjetivo es la simplificación de la protección a ese contratante que se encuentra en un estado de necesidad que incluso puede ser constantemente explotado, pero que en razón de diversas maniobras elaboradas a través de la innovación financiera, no pasarán la tasa umbral y gozarán de la legitimidad creada por un sistema que no tiene en cuenta ningún aspecto subjetivo.

Hay que destacar que los controles a la usura que han perdurado hasta el día de hoy, permiten sostener la similitud de algunas circunstancias, así, por ejemplo, en cuanto al aspecto subjetivo, aún tenemos deficiencia en conocimientos aritméticos, que permiten sostener que la forma de préstamos es con una voluntad muy debilitada desde el punto de vista de la relación existente entre conocimiento y acción, más allá de todos los avances en torno al deber y

---

<sup>519</sup> *Ibidem*. Pág. 163.

el derecho de información que rigen en la regulación de los préstamos de financiación.

En definitiva, el equilibrio contractual puede ser controlado a través de los distintos mecanismos de determinación del desequilibrio contractual. Los sistemas pueden ser con baremos, controlando la tasa máxima convencional, o un sistema como el español que establece un control con base en el criterio judicial al incorporar la figura de los intereses usureros en la denominada Ley Azcárate.

### **2.8.1 Libertad contractual, usura y protección de los consumidores y usuarios**

La normativa vigente plantea la necesidad de un análisis sistemático con el objeto de dar armonía, por un lado, al principio de libertad contractual y, por otra parte, las normas protectoras de la autonomía voluntad, entre las que se encuentra la Ley de Represión de la Usura y las normas de protección al consumidor. Así, La libertad de pactos referida a los intereses, se deduce del artículo 1255 del Código Civil español y del artículo 315 del mismo cuerpo legal. Sin embargo, esa libertad no puede considerarse de modo absoluto, en el sentido de que las partes tenga la opción de acordarlos sin limitación alguna, pues el mismo Código Civil limita dicha libertad, en cuanto que los pactos no deben ser contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público y mediante los principios de la buena fe y del abuso del derecho, recogidos en el artículo 7 del Código Civil español, se llega al campo ideal de la contratación, en el que las consideraciones a conceptos adaptables en la vida del derecho determinarían un justo acuerdo entre los contratantes, lo que permitirían afirmar la libertad contractual y la autonomía de la voluntad en la contratación idealmente.

No deja de ser ilustrativo, para los efectos interpretativos y de calificación del contrato de préstamo los artículos 1755 y 1756 del Código Civil español, el



primero que establece la necesidad del pacto de intereses de forma expresa, requisito de nacimiento de los intereses, norma que se revierte frente al comportamiento del prestatario que paga intereses no pactados, los cuales se presumen convenidos y así se salva la incongruencia de tratamiento en cuanto al establecimiento expreso de los intereses. El alcance del artículo 1756 quizá requiera un análisis particular en torno al pago de intereses no pactados. Pues la posibilidad de que se entienda que se han pactado por un pago puntual no es coherente con el artículo 1755. Sin embargo, ya que en la actualidad, y en lo que a nosotros nos concierne, el solo hecho que el préstamo sea realizado por una entidad bancaria hace “presumir” el carácter oneroso del préstamo<sup>520</sup>, en razón de que es la finalidad de existencia de dichas entidades, lo que nos lleva a plantear otras preguntas, pues con el alcance de que estos sujetos contratan en masa, a través de condiciones generales de contratación y bajo el mecanismo de contratación por adhesión, es al menos paternalista y de un paternalismo mal entendido, pues se trataría de sujetos que no requieren este tipo de trato, pues no son precisamente vulnerables. Esta normativa favorable a las entidades de crédito, que no solo se ve reflejado en el artículo 1756 del Código Civil español, que viene a suplir la voluntad expresa de las partes, con la presunción del carácter oneroso del préstamo, sino que también en las normas relativas a los efectos del incumplimiento de la deuda pecuniarias en los artículos 1108 y 1109 del Código Civil español, son las bases de la manera en que opera el principio *pecunia parit pecunia*, sin considerar claro, las normas que rigen la relación entre comerciantes.

Ahora, es posible verificar que el ordenamiento español establece una libertad para fijar los intereses desde que la ley no fija una tasa máxima como en otros ordenamientos<sup>521</sup>. Esta libertad de fijación de la tasa, se encuentra reconocida por los códigos privados, dígame, el artículo 1755 del Código Civil español, que al establecer la necesidad del pacto para que se devenguen intereses, sin

---

<sup>520</sup> Ordás, *op. cit.*, pág. 263.

<sup>521</sup> Ejemplos de límites objetivos de la tasa de interés son: Chile con la figura del interés máximo convencional y el caso español referido a la tasa de interés máxima de los intereses moratorios pactados en los contratos de préstamos con garantía hipotecaria o que en la práctica de los tribunales se establecen criterios jurisprudenciales que fijen un límite.

mención alguna respecto de los límites del mismo, se entiende que no los limita y el artículo 315 del Código de Comercio español, que expresamente, y a diferencia de la norma del Código Civil, establecen la ausencia de limitación para el pacto de intereses.

Adicionalmente, en concordancia con la afirmación de libertad en la fijación de intereses, cabe mencionar lo establecido por la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda del 28 de octubre del año 2011, de Transparencia y Protección del Cliente de Servicios Bancarios en su artículo 4.1, a propósito de los tipos de interés, la que señala: *“Los tipos de interés aplicables a los servicios bancarios, en operaciones tanto de depósitos como de crédito o préstamo, serán los que se fijen libremente entre las entidades de crédito que los prestan y los clientes, cualquiera que sea la modalidad y plazo de la operación”*. Dicha orden, se desarrolla por la circular del Banco de España 5/2012, del 27 de junio, dirigida a las entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre Transparencia de los Servicios Bancarios y Responsabilidad en la Concesión de Prestamos. Además, en este sentido se debe agregar al cúmulo de normas que propenden a la libertad en la fijación de los intereses, y destaca en la cumbre de la pirámide normativa estatal lo establecido en el artículo 38 de la Constitución española, que como norma programática, establece el sistema económico liberal<sup>522</sup>.

En contraste, en el año 1908 se reguló la usura, normativa que en palabras del propio AZCARATE, *“aspira a declarar la nulidad de aquellos contratos de préstamo que, por las condiciones en las que se han llevado a cabo implican una falta real y positiva de consentimiento, esto es, un vicio en el fondo, y además, por aquella relación delicada en que se encuentra el orden jurídico con el orden ético que obliga al primero a imponer ciertas sanciones a las infracciones del segundo”*<sup>523</sup>. Esta ley se tradujo en un mecanismo que traslada el deber del

---

<sup>522</sup> Según el artículo 38 de la Constitución española: *“Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.”*

<sup>523</sup> Estasen, P. (1909). La ley sobre préstamos usurarios, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 57(114), pág. 74.

control del mercado monetario a los tribunales, al establecer estándares cuya aplicación al caso concreto dependerá de las circunstancias y negándose al establecimiento de una tasa o tipo de interés máxima, como expresamente lo mencionó el impulsor de la moción legislativa al precisar que “la proposición de la ley no va en contra del principio de libertad de interés, no marca directa ni indirectamente la tasa<sup>524</sup>”.

En el mismo sentido, encontramos el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Esta normativa es la forma en que se legisló y concreto el principio consagrado en la Constitución española en su artículo 51<sup>525</sup>.

En definitiva, esta sintética enunciación de las normas vigentes referidas a la libertad para fijar los intereses representa un primer obstáculo, ya superado por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, como se verá en el siguiente apartado, consistente en determinar la preferencia de los mecanismos que ha reconocido el ordenamiento español para llevar a cabo el control de eventuales abusos en el mercado del dinero, frente a una supuesta concurrencia normativa en la regulación de los posibles abusos que en dicho mercado se pueden presentar en desmedro de la ciudadanía, teniendo por una parte la posibilidad de la corrección de la usura a través de la declaración de nulidad del préstamo y por otra la declaración de abusividad de las cláusulas contractuales.

---

<sup>524</sup> *Ibídem.* Pág. 73

<sup>525</sup> Según el artículo 51 de la Constitución española: *1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.*

*2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a estas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.*

*3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales”.*

## **2.8.2 Sobre la concurrencia normativa en la protección contra la usura o los intereses desproporcionados**

Como se adelantó, es posible que nos enfrentemos a un caso de concurrencia normativa. En este sentido, de una primera lectura de la legislación vigente en la materia, es posible verificar, o al menos dudar, una doble protección a quien contrate un préstamo de dinero con intereses. Si se trata de un consumidor o usuario en los términos del artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, tendría vigor esta ley y en los demás casos la denominada Ley Azcárate. Sin embargo, esta forma de entender la aplicación armónica de las normas legales podría ser perjudicial para los deudores de intereses, pues las consecuencias jurídicas de estimar un interés como usurario o de considerar que la cláusula contractual, en la que se encuentra fijado el interés, sea abusiva son diferentes. Incluso más, el hecho de que en la ley de defensa de los consumidores, la consideración de abusividad de una cláusula puede dejar fuera a aquellas en las que se fijan los intereses remuneratorios por tratarse de una cuestión principal del contrato<sup>526</sup>, en razón de que se trata de cuestiones principales del contrato que por respecto a la libre fijación de los precios, no pueden ser objeto de control de contenido.

Por otra parte, JIMÉNEZ considera que la denominada Ley Azcárate es de aplicación preferente al Texto Refundido de la Ley General de Defensa al Consumidor y Usuario, al aplicar el criterio de especialidad, ya que la ley de la represión a la usura se dirige a impedir los abusos en el préstamo, constituido por los intereses del préstamo, mientras que la ley de protección al consumidor está dirigida a regular todos los aspectos abusivos del contrato en el que alguna de las partes sea consumidor o usuario. Además, precisa el autor que considerando que la ley de los consumidores no se dirige a controlar el objeto

---

<sup>526</sup> Así lo entiende el Tribunal Supremo español en la sentencia 265/2015 del 22 de abril; 469/2015, 8 de septiembre; 828/2015 de 25 de noviembre del 2015. En esta última sentencia se señala al respecto que: "...la normativa sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores no permite el control del carácter "abusivo" del tipo de interés remuneratorio en tanto que la cláusula en que se establece tal interés regula un elemento esencial del contrato, como es el precio del servicio..."

de los contratos, ni puede entrar a enjuiciar carácter abusivo del precio de los productos (los intereses en el contrato de préstamo), la ley de represión a la usura sí. La única excepción estaría en el caso de los descubiertos en las cuentas corrientes, supuesto que, al estar expresamente regulado por el Texto Refundido de la Ley General de Defensa al Consumidor y Usuario, a los efectos de considerar la cláusula como abusiva, excluye la aplicación de la denominada Ley Azcárate<sup>527</sup>. Agrega JIMÉNEZ que “esta posición resulta reforzada si tenemos en cuenta la modificación de la Ley de Consumidores efectuada por la de Condiciones Generales de la Contratación de 1998, que eliminó la anterior referencia del artículo 10.1.c). 4º, hoy desaparecido, a las condiciones abusivas de crédito, situación que se mantiene en el actual texto refundido de 2007. En 1998 se seguía imponiendo el deber de observar la buena fe y el justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, pero se optaba por realizar, en la nueva disposición adicional primera, un tratamiento del abuso respecto de todo tipo de contratos, y no solo de las condiciones de crédito, y, además, la única previsión de abuso respecto al precio (y, por tanto, a los intereses) no es tanto de fondo como de forma. Con ello, la generalidad de la Ley de Consumidores, respecto de las cláusulas relativas a los intereses en los contratos de financiación, se acentuó aún más y la no regulación (valga la expresión) del carácter abusivo del contenido de los intereses también, al pasarse de una referencia genérica a la carencia de toda indicación.”<sup>528</sup>

Este problema acusado por JIMÉNEZ ha sido atendido a través del control del cumplimiento del deber de transparencia en los contratos predispuestos, que se ha traducido en la posibilidad de declarar la abusividad de la cláusula que no haya cumplido con el mandato de la buena fe. Esta doctrina ha sido reconocida, tanto en España<sup>529</sup>., como a nivel europeo<sup>530</sup>, lo que ha sido controvertido, pues

---

<sup>527</sup> Jiménez. La usura... *op. cit.*, pág.132.

<sup>528</sup> *Ibidem*. Pág. 133.

<sup>529</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 608/2017.

<sup>530</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de marzo de 2020.

establecer una relación absoluta entre falta de transparencia y abusividad de las cláusulas traería fuertes efectos en los mercados, por la inseguridad jurídica a los contratos ya vigentes.

Otra opinión por considerar, en un sentido similar, es la de MÚRTULA. Esta autora pone énfasis en el contenido de la denominada Ley Azcárate y señala que se debe aplicar en aquellos casos en que el *quantum* del interés fuera notablemente superior al normal del dinero, esencialmente porque la ley de defensa al consumidor no se dirige a controlar el objeto principal del contrato, ni la adecuación entre precio y retribución dado que la fijación de los precios se encomienda al mercado, salvo que excepcionalmente exista una ley especial que trate de corregir sus disfunciones. Por el contrario, precisa, que la ley de los consumidores y usuarios tendrá que aplicarse cuando haya un fraude a las leyes dispositivas, es decir, cuando se infrinjan aquellas normas y principios que se desprenden tanto a la normativa reglamentaria aplicable a las entidades de crédito como de los más elementales principios que resultan de la congruencia de las normas relativas a los intereses contenidas en el Código Civil, como por ejemplo, cuando el interés no representa realmente la cantidad de dinero que el deudor debe pagar por la utilización o disponibilidad del capital ajeno, en directa dependencia de su cuantía del capital utilizado y del periodo de duración de su uso, bien porque se calculó el interés real sobre un capital que se amortizó con anterioridad. En estos casos, siempre y cuando el interés disfrazado no resulte usurario por su cuantía, podría considerarse abusivo y en consecuencia nulo ex artículo 10 de la ley de consumidores y usuarios, en la medida que se encuentra incluido en unas cláusulas o condiciones generales contrarias a la buena fe que debe presidir las relaciones contractuales entre las partes y que ha sido elevada a principio fundamental del control de las condiciones generales de los contratos por dicha ley<sup>531</sup>.

---

<sup>531</sup> Múrtula, *op. cit.*, pág. 337.

Asimismo, ORDÁS también plantea que no habría una concurrencia normativa ni una derogación tácita de la ley de represión a la usura. Para emitir esta opinión, se sustenta en las diferencias que habría en la configuración de la hipótesis de aplicación de cada texto normativo. Así, señala que la denominada Ley Azcárate solo resulta aplicable a los contratos en los que exista financiación, pero no a contratos carentes de la misma en los que las relaciones pueden ser más complejas. Desde otra perspectiva, sin embargo, el ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley General de Defensa a los Consumidores y Usuarios se encuentra constreñido a aquellos contratos en los que el acreditado o prestatario es un consumidor y el acreditante o prestamista un empresario en los términos del artículo 3 y 4, respectivamente, caso en que las partes no reúnan estos calificativos el contrato se situaría fuera del ámbito de la ley de protección de los consumidores y la única alternativa posible sería la ley de represión de la usura<sup>532</sup>.

Otros afirman, minoritariamente, que será el prestatario o acreditado el que deberá elegir a que cuerpo normativo asilará sus pretensiones, cuando efectivamente exista un problema de interpretación y aplicación de la ley<sup>533</sup>.

Para VILLAGRASA habría una armonía entre las normativas. Sin embargo, plantea que la forma a través de la que se reconduciría la represión a la usura sería a través de lo que se entiende por obligación de transparencia que pesa sobre las entidades crediticias<sup>534</sup>. Esto último, ha sido lo que en definitiva ha ido colocando al consumidor en el centro de la solución a una posible concurrencia, especialmente por los efectos de la declaración usuraria del préstamo.

Por último, en lo que se refiere a la concurrencia normativa, es posible acudir a un pronunciamiento expreso del Tribunal Supremo en su sentencia de 2 de diciembre del 2014 en el fundamento de derecho segundo plantea como doctrina jurisprudencial que:

---

<sup>532</sup> Ordás, *op. cit.*, pág. 304.

<sup>533</sup> Álvarez Olalla, M. P. (1999). *La garantía de los intereses en el préstamo hipotecario*. Granada: Comares. Pág. 16.

<sup>534</sup> Villagrassa (2002), *op. cit.*, pág. 148.

**“Concurrencia de la normativa sobre Usura y sobre Protección de Consumidores. Sistematización y criterios delimitadores de sus respectivos ámbitos de control.**

*En esta delimitación conviene sentar, desde el principio, que el juego concurrencial de la Ley de represión de la usura con la normativa sobre protección de consumidores, principalmente referida a la ley general de defensa de consumidores y usuario..., **no plantea ninguna cuestión de incompatibilidad tanto conceptual como material**; se trata de controles de distinta configuración y alcance con ámbitos de aplicación propios y diferenciables.*

*No obstante, aunque ambas normativas materialmente no afecten a la libertad de precios, su diferenciación en este campo axiológico resulta clara. Así, frente al particularismo ya enunciado de la ley de represión de la usura, el desarrollo de la normativa de consumo responde a una finalidad de práctica legislativa definida programáticamente en el texto Constitucional que incorpora, además del reforzamiento del principio de libertad contractual, unas claras finalidades de la Unión Europea en orden a fomentar el consumo y la competencia dentro del mercado único.*

*Sobre esta base, y constatada su plena compatibilidad o concurrencia, cabe, en todo caso, establecer las siguientes diferencias en torno a su respectiva aplicación: a).- Dentro de la particularidad enunciada en la aplicación de la ley de usura, cabe resaltar que su configuración como una proyección de los controles generales o límites del artículo 1255 del Código, especialmente respecto de la consideración de inmoralidad de los préstamos usurarios o leoninos, presupone una lesión grave de los intereses protegidos que, sin duda, y a diferencia de las condiciones generales, **representa un control tanto del contenido del contrato, sobre la base de la idea de lesión o de perjuicio económico injustificado, como de la validez estructural del consentimiento prestado.***

*Por contra, **la cláusula general de buena fe, como criterio delimitador de la posible abusividad de la cláusula**, solamente toma en consideración el ámbito*



*objetivo del desequilibrio resultante sin presuponer ninguna intención o finalidad reprochable.*

*Por último, y aunque doctrinalmente no hay una posición unánime al respecto, debe entenderse, por aplicación teleológica de la Directiva del 93, artículo 4.2, que los elementos esenciales del contrato, si bien excluidos del control de contenido, no obstante pueden ser objeto de control por la vía de inclusión y de transparencia (artículos 5.5 y 7 de la ley de condiciones generales y 10.1. a) de la ley general de defensa de consumidores y usuarios)<sup>535</sup>. Doctrina y jurisprudencia que han sido confirmadas a nivel europeo.*

Respecto esta doctrina jurisprudencial, ORDÁS entiende que las cláusulas de intereses remuneratorios no son enjuiciables, al menos desde el punto de vista de su cuantía, desde la óptica del control de abusividad por referirse a elementos esenciales del contrato, pues se trata del precio, conforme establece el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CE. En cambio, si concurren las circunstancias exigidas por el artículo primero de la Ley de Represión de la Usura, podrá ser declarado usurario con las consecuencias previstas en el artículo 3 de la misma ley. Por tanto, no hay ningún tipo de concurrencia entre ambos textos normativos<sup>536</sup>, cuestión que se señala expresamente por la sentencia expuesta.

Cabe destacar que, del fallo expuesto, la idea que desliza sobre el control del precio del contrato de financiación a través control de transparencia, o del cumplimiento de los deberes de información y transparencia que impone la buena fe a los profesionales.

Por tanto, es posible concluir que la doctrina y la jurisprudencia se encuentran contestes en lo que se refiere a la advertida y supuesta concurrencia normativa entre la denominada Ley Azcárate y el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, opinión que compartimos y de esta manera distinguiendo entre los intereses remuneratorios y moratorios tenemos una aplicación en armonía de la normativa que protege a los consumidores

---

<sup>535</sup> En términos similares la sentencia del Tribunal Supremo 677/2014, de 2 de diciembre.

<sup>536</sup> Ordás, *op. cit.*, pág. 302.

financieros de los abusos cometidos por las entidades financieras, que se manifiestan en usura referida a los intereses remuneratorios o en cláusulas abusivas referida a los intereses moratorios. Sin embargo, se hace indispensable integrar la idea de la falta de transparencia como un mecanismo eficaz al control de aquellas cláusulas que se refieran a los intereses retributivos que no hayan cumplido con el deber de transparencia, sin que la falta de transparencia sea sinónimo de abusividad, lo que permite afirmar la armonía, pues de tratarse de una cláusula de intereses retributivos sería aplicable la ley de la usura, si esta cláusula adolece de falta de transparencia o se trate de intereses moratorios, la legislación que protege al consumidor. Luego, si estamos ante intereses moratorios convencionales, sean estos de carácter basales o anatocísticos, convendría ponderar la conveniente aplicación de uno u otro régimen de control a la desproporción de los intereses, en la que no habría una concurrencia, en razón que las causales de aplicación de las sanciones son diversas, por una parte la falta de transparencia y abusividad y, por otra, el carácter excesivo del interés.

Es así que, esta distinción entre intereses retributivos y moratorios y la aplicación armónica de los cuerpos normativos que integrarían la protección a los consumidores frente a contratos leoninos, se distingue entre los intereses usurarios, que se refieren al precio del contrato de financiación y que al ser un elemento esencial del contrato quedan fuera del control de abusividad, pero que su estructura debe cumplir con los estándares éticos de los acuerdos y, por otra parte, se identifican los intereses abusivos, que corresponden a los intereses moratorios que estén integrados a una cláusula que sea considerada atentatoria de la reciprocidad exigida en el artículo 87 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y que se traduce en la tipificación de las cláusulas abusivas en el artículo 85 del mismo cuerpo legal, al establecer en el número 6 *“Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones”*, norma que sería aplicable a la indemnización de perjuicios que significan los intereses moratorios.

### **2.8.3 La denominada Ley Azcárate o de Represión de la Usura**

El cuidado que se debe tener con los intereses se refleja en la reacción normativa a su establecimiento abusivo, la que lleva a la configuración de la usura. Así, la actitud legislativa es no dejar una libertad absoluta en su establecimiento y limitar la libertad contractual aplicada en los pactos de intereses, lo que implica un reconocimiento de que la ley *del mercado* no podría dar soluciones que son propias del Derecho.

Dispone el artículo 1 de la Ley: “Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario á causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales.

Será igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias. Será también nula la renuncia del fuero propio, dentro de la población, hecha por el deudor en esta clase de contratos (*sic*)”.

En consecuencia, se entiende que la ley contempla tres hipótesis en las que un contrato que genere la obligación de pagar intereses pueda ser declarado nulo. La primera de ellas, de mayor aplicación, es “todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso (*sic*)”. Luego, la segunda hipótesis de nulidad del contrato corresponde a aquella en que se celebre una convención en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario á causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales (*sic*).” En esta hipótesis podemos ver que se está regulando una suerte de lesión en los contratos de financiación. En seguida, la tercera hipótesis, “el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente

entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias. Será también nula la renuncia del fuero propio, dentro de la población, hecha por el deudor en esta clase de contratos (*sic*)”.

Desde ya planteamos que, por la menor posibilidad de ocurrencia de la segunda y tercera hipótesis, las que a su vez podrían ser asimilables a la primera, no nos haremos cargo de ellas en el presente trabajo.

Así, para entender que se ha configurado la primera de las hipótesis de la ley se tendrá que ver caso a caso, se debe considerar el tipo de negocio de que se trata, por ejemplo, si estamos en presencia de un simple préstamo o de un préstamo garantizado, si estamos en presencia de un plazo reducido para la restitución del capital o si estamos ante un contrato de larga duración, el monto del capital prestado y, en nuestra opinión, cualquier factor que pueda modificar los riesgos que son asociados a los préstamos de dinero, que en términos similares plantea JIMÉNEZ al señalar que “con carácter general, podemos decir que serán desproporcionados los intereses que excedan de lo preciso para la cobertura del riesgo de la operación crediticia”<sup>537</sup>.

Así las cosas, en orden a la multiplicidad de posibilidades, ORDÁS precisa que aquello que puede ser un tipo de interés usurario en una situación, puede no tener tal carácter en otra, concluyendo la autora que, la naturaleza usuraria o no del interés pactado nacerá de la valoración del tipo de interés junto con la operación económica a la que se encuentra ligado, sin poder acudir a criterios extrínsecos, sino que serán necesarios criterios intrínsecos, criterios particulares para la concreta situación<sup>538</sup>. Sin embargo, creemos que hay elementos extrínsecos que la primera hipótesis plantea que tienen que ver con el concepto de interés normal del dinero, pues justamente la forma de su determinación es con informes elaborados por el Banco de España, institución completamente ajena a la contratación del préstamo en particular.

---

<sup>537</sup> Jiménez. La usura... *op. cit.*, pág. 77.

<sup>538</sup> Ordás, *op. cit.*, pág. 333.

En consecuencia, podemos deducir que se trata de una técnica legislativa adaptable a cualquier tiempo, atemporal si se quiere, muy en concordancia con la pretensión del artículo 3.1 del Código Civil, en cuanto a que para interpretar la ley hay que estar a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. Además, hay que complementar el análisis con lo que establece el artículo 2 de la denominada Ley Azcárate, norma que otorga al juez una discrecionalidad en cuanto a formarse convicción de que se esté en presencia de las hipótesis que la ley plantea, más precisamente señala el artículo segundo que: “Los tribunales resolverán en cada caso, formando libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes”.

Luego, la ley expresa, al determinar la configuración de la hipótesis, que para calificar el interés como notablemente superior al normal del dinero hay que considerar las circunstancias del caso. Así, para la construcción del estándar de interés notablemente superior al normal del dinero, el juez necesariamente tendrá que acudir a fuentes que le permitan la construcción de la hipótesis del interés normal del dinero, y, luego, verificar la notabilidad que exige el legislador en ese exceso. Se puede ver claramente que la intención del legislador fue de optar por un sistema distinto al de un límite en la tasa y optar por un mecanismo en que definitivamente quien decida si hay usura sea el juez.

Esta dimensión de la primera hipótesis de la denominada Ley Azcárate supone un dato que se puede y debe extraer de la realidad coexistente al momento de contratar<sup>539</sup>. Para este aspecto del estándar se hace indispensable los datos que se manejen por la institucionalidad económica jurídica del país, pues el Banco de España, desde el año 1989, es el encargado de velar por el diseño y aplicación de la política monetaria y actualmente cuenta con un sistema de registro de las tasas de interés, registro que atiende a las particularidades que se pueden presentar en la diversidad de contratos en que se presta dinero a interés. Así, el comportamiento de las entidades financieras, en orden a establecer la tasa que cobrarán, permite obtener cuál sería la tasa promedio en un determinado momento. Más precisamente, en el caso de la determinación de

---

<sup>539</sup> Jiménez. *La usura... op. cit.*, pág. 72.

un contrato usurario, el momento de la fecha de la celebración de contrato y así poder tener a la vista, por parte del juzgador, especialmente, la normalidad del precio de los capitales. Es decir, el mismo mercado se encargaría de establecer los límites para un comportamiento moralmente aprobado por la legislación, en los términos utilizados por Azcárate al momento de legislarse la represión de la usura. Así, el interés normal del dinero no parece ser complicado de determinar hoy en día y se hace una identificación entre el interés normal del dinero y el interés medio del mercado<sup>540</sup>.

Por otra parte, en cuanto a lo que se debe entender por interés normal del dinero, VILLAGRASA, de *lege ferenda*, plantea que la forma en que está prevista por el legislador la posibilidad de considerar un préstamo como usurario aporta a la inseguridad jurídica y replantea la posibilidad de considerar al interés legal como el normal del dinero, pues la negación a esta posibilidad resultó acertada en un periodo en el que el interés habitual del mercado no tenía ninguna relación con el tipo de interés legal. En cambio, actualmente el interés legal es objeto de una revalorización periódica a través de las sucesivas leyes de generales de presupuesto del Estado, las que no solo aportan un baremo acorde con el tráfico jurídico, sino que también ofrecen una delimitación cuantitativa de la deuda de intereses, que puede acabar con el arbitrio judicial en este ámbito, favoreciendo el principio de seguridad jurídica<sup>541</sup>.

Ahora, para llegar a la conclusión de que un préstamo es usurario, dicho interés normal del dinero debe ser comparado cuantitativamente con el interés que se cobra por el acreedor. En este sentido, se han planteado posibilidades muy distintas, desde que se tenga en cuenta el interés nominal del contrato o la tasa anual equivalente (TAE), elemento de comparación usado recientemente por el Tribunal Supremo al momento de analizar el carácter usurario de un contrato<sup>542</sup> y que parte de la definición que se hace del interés en el artículo 315 del Código de Comercio español, al señalar que se reputará interés toda prestación pactada

---

<sup>540</sup> *Ibidem*. Pág. 74.

<sup>541</sup> Villagrassa (2002), *op. cit.*, pág. 134.

<sup>542</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 828/2015, de 25 de noviembre.

a favor del acreedor<sup>543</sup> o incluir en el concepto de interés que se comparará con el normal del dinero los porcentajes acordados por medio de una cláusula de estabilización.

Desde ya constatamos que, somos de la opinión de tener en cuenta el artículo 315 para entender cuál es el interés que debe ser comparado con el normal del dinero, pues como señala MÚRTULA , el concepto del interés al que se refiere la denominada Ley Azcárate ha de entenderse en un sentido amplio, incluyendo todos los gastos y cargas que el deudor deba pagar para obtener el crédito y la razón de esto hay que buscarla en la tutela del consumidor y en la mayor protección que ofrece este concepto frente al interés nominal<sup>544</sup>.

Por último, se podría pensar que concepto del interés normal del dinero debe tener en cuenta, una de las características del dinero, cual es, su alterabilidad manifestada en el fenómeno de la inflación, que se traduce en la pérdida del poder adquisitivo del dinero, del valor en curso de la unidad ideal, pues en la valoración que se haga acerca del interés normal del dinero, la inflación podría influir negativa y sustancialmente en la retribución esperada por el acreedor. Esto está imbricado con las denominadas cláusulas de estabilización. Esta consideración es planteada por JIMÉNEZ, quien al reflexionar sobre este punto precisa que los intereses podrían incorporar en su monto la previsión de dicha alterabilidad o celebrarse una cláusula de estabilización con el objeto de prever las consecuencias negativas para el acreedor de dicho *alea*, concluyendo el autor que será el tribunal que deberá atender o no a este factor, atendiendo a las circunstancias del caso<sup>545</sup>.

Por nuestra parte, en cuanto a las cláusulas de estabilización, creemos que la finalidad puesta por el legislador en la Ley de represión a la usura debe alcanzar este aspecto e incorporarse dentro del elemento a comparar con el interés normal del dinero, pues el concepto de interés que debe tener en cuenta para la aplicación de la ley de represión a la usura debe ser amplio, en línea con la

---

<sup>543</sup> Múrtula, *op. cit.*, pág. 273.

<sup>544</sup> *Ibidem*. Pág. 274.

<sup>545</sup> Jiménez. La usura... *op. cit.*, pág. 79.

interpretación que busca una mayor protección de los consumidores, como se precisó más arriba. Así las cosas, en aquellos casos en que se prevé una cláusula de estabilización, que representa la pérdida del poder adquisitivo del dinero, es un aspecto que perfectamente podría ser incorporado en el monto del interés sin una cláusula como esa. De manera que, la cláusula de estabilización podría transformarse en una cláusula de uso común para integrar en ella la totalidad de la pérdida que signifique para el prestamista el fenómeno de la inflación, no del todo previsible, y que incluso podría ser desvirtuado utilizando valores que sufran modificaciones, que no están efectivamente relacionados con el poder adquisitivo del dinero en el país en que se debe la suma de dinero, de esa forma llegar a un costo del crédito que supere con creces el normal del dinero y no ser aplicable la ley de la usura, en circunstancias de que puede efectivamente existir usura a pretexto de una inflación que no necesariamente exista en el futuro.

Más precisamente, nuestra opinión es que, a lo menos, si el préstamo incluye una cláusula de estabilización, esta debe ser considerada para los efectos de determinar el estándar de un interés notablemente superior al normal del dinero, en el sentido que comparando el precio medio de los capitales a la fecha de la contratación, habría que distinguir entre aquellos contratos que incorporan ese tipo de cláusulas de los que no, y esta circunstancia debe influir en el interés que se fije en el contrato, el que deberá ser menor en aquellos casos en que exista una cláusula que ponga todo el riesgo de pérdida de valor en curso del dinero objeto del crédito sobre el deudor.

Así las cosas, el carácter desproporcionado del interés parece ser una cuestión que está íntimamente relacionado con los factores que deben determinar el monto del interés, dígase, al monto del capital, el tiempo por el cual se “cede” el uso del mismo (entiéndase que en rigor hay transferencia de dominio), los riesgos de incumplimiento asociados al tipo de negocio en el que se pacta, el carácter reajutable o no de la operación, es decir, si se ha pactado o no una cláusula de estabilización, el haber intervenido o no la contratación de un seguro que impacte en el riesgo del incumplimiento, como afirmamos en su momento. En este aspecto, incluso la intervención de peritajes de los profesionales de la



econometría nos permitiría más rigor aun en lo que se refiere a la represión a la usura.

Una vez determinado que el interés, en un sentido amplio, es notablemente superior al normal del dinero, es decir, al promedio que se cobra en el mercado al momento de contratar, cabe precisar si, de acuerdo con las circunstancias del caso, es desproporcionado. En este punto la postura del Tribunal Supremo es digna de destacar, pues si bien aplica una regla antigua en cuanto a la carga de la prueba, no deja de ser una decisión justa en nuestra opinión. Así, señala que: “Para que el préstamo pueda ser considerado usurario es necesario que, además de ser notablemente superior al normal del dinero, el interés estipulado sea «manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso». En principio, dado que la normalidad no precisa de especial prueba mientras que es la excepcionalidad la que necesita ser alegada y probada, en el supuesto enjuiciado no concurren otras circunstancias que las relativas al carácter de crédito al consumo de la operación cuestionada. *La entidad financiera que concedió el crédito "revolving" no ha justificado la concurrencia de circunstancias excepcionales que expliquen la estipulación de un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo.* Generalmente, las circunstancias excepcionales que pueden justificar un tipo de interés anormalmente alto están relacionadas con el riesgo de la operación. Cuando el prestatario va a utilizar el dinero obtenido en el préstamo en una operación especialmente lucrativa, pero de alto riesgo, está justificado que quien le financia, al igual que participa del riesgo, participe también de los altos beneficios esperados mediante la fijación de un interés notablemente superior al normal. Aunque las circunstancias concretas de un determinado préstamo, entre las que se encuentran el mayor riesgo para el prestamista que pueda derivarse de ser menores las garantías concertadas, puede justificar, desde el punto de vista de la aplicación de la Ley de Represión de la Usura, un interés superior al que puede considerarse normal o medio en el mercado, como puede suceder en operaciones de crédito al consumo, no puede justificarse una elevación del tipo de interés tan desproporcionado en operaciones de financiación al consumo como la que ha tenido lugar en el caso objeto del recurso, basándose en el riesgo

derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, por cuanto que la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores y trae como consecuencia que quienes cumplen regularmente sus obligaciones tengan que cargar con las consecuencias del elevado nivel de impagos, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico.”<sup>546</sup>

Esta sentencia del Tribunal Supremo está acorde con las pretensiones de protección de los consumidores y usuarios, pues no solo amplía el concepto de interés para los efectos de la represión a la usura, si no que, además, pone la carga de la prueba de la justificación de la situación anormal sobre el prestamista.

Por último, la noción de que no es el interés el usurario, sino que es el préstamo en el que se incorpora, nos ayuda a entender mejor el por qué el tribunal asocia, para los efectos de la aplicación de la denominada Ley Azcárate, el interés a la definición proporcionada por el artículo 315 del Código de Comercio español, junto a la Tasa Anual Equivalente, pues justamente la relación obligatoria compleja que se gesta en este tipo de contratos, puede traer aparejados una serie de costos que al estar fuera de lo que es técnicamente el interés podrían burlar la represión de la usura.

#### **2.8.4 Efecto del carácter usurario de un préstamo o de la abusividad de una cláusula**

El artículo 1 de la denominada Ley Azcárate señala que será nulo aquel préstamo que sea declarado usurario, para luego precisar en el artículo 3 los

---

<sup>546</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 4810/2015.

efectos de esa nulidad en los siguientes términos: “Declarada con arreglo á esta ley la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado á entregar tan solo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquélla y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado.”

En opinión de ALBALADEJO la denominada Ley Azcárate estableció una hipótesis de *nulidad radical* y no un caso de anulabilidad, por tanto, el préstamo usurario será nulo radicalmente, por ir en contra de una la ley prohibitiva, en la que para el caso de contravención no se establece consecuencia distinta de la nulidad, en los términos expresados por el artículo 6.3 del Código Civil español y, en consecuencia, señala el autor, la acción para reclamar esta nulidad sería imprescriptible<sup>547</sup>. El mismo autor, con el objeto de armonizar el artículo 3 de la denominada Ley Azcárate, señala que en los préstamos usurarios estaríamos en presencia de un caso de causa ilícita en los términos del artículo 1275 del Código Civil<sup>548</sup>.

Apoyándose en el análisis de ALBALADEJO, MÚRTULA señala que la Ley de represión de la Usura lo que hace es conectar el pacto de intereses a la causa del contrato de préstamo y la considera ilícita cuando aquél es notablemente superior al normal del dinero, causa ilícita del pacto que se comunica al mismo contrato, de ahí que quepa mantener que el préstamo usurario es inexistente. En este sentido, hay que tener presente, precisa la autora, el artículo 1275 del Código Civil, según el cual los contratos con causa ilícita no producen ningún efecto, regla conforme al sistema del Código Civil, que requiere implícitamente una causa lícita para que haya contrato, artículo 1261 del Código Civil, por tanto habrá que aplicar las reglas propias de la ineficacia por nulidad, entre ellas la de declararse de oficio la imposibilidad de convalidar el préstamo nulo a través de

---

<sup>547</sup> Albaladejo García, M. (1995). “La nulidad de los préstamos usurarios”. *En Anuario de Derecho Civil*, 48(1), pág. 34; Villagrasa (2002), *op. cit.*, pág.137.

<sup>548</sup>Albaladejo (1995), *op. cit.*, pág. 36.

su cumplimiento, así como la imprescriptibilidad de la acción para declarar la nulidad<sup>549</sup>

En el mismo sentido, JIMÉNEZ, pero con la precisión de que los efectos del carácter ilícito de la causa se moderan en la denominada Ley Azcárate, en el sentido que esta ley impide que el prestatario se quede con la suma prestada y soslaya la aplicación del artículo 1306 regla 2 del Código Civil referido al efecto de una causa torpe<sup>550</sup>

De la misma forma, el carácter radical de la nulidad es puesto de manifiesto en recientes sentencias del Tribunal Supremo, el que la declara expresamente en la Sentencia 539/2009 de fecha 14 de julio y que en términos categóricos plantea que se trata de una nulidad “radical, absoluta y originaria, que no admite validación confirmatoria, porque es fatalmente insubsanable, ni es susceptible de prescripción extintiva”, opinión reiterada en la sentencia 4810/2015, de 25 de noviembre.

Por otro lado, una cuestión que nos parece relevante develar es si la restitución de lo prestado deberá ser el monto debidamente reajustado, sea por el prestamista o prestatario, o bastará la suma nominalmente establecida en el negocio radicalmente nulo. De antemano entender que el hecho que se haya incorporado una cláusula de estabilización es indiferente debido a la inexistencia de dicho pacto. Y más precisamente, en términos generales, debemos ser de la postura que no es posible considerar, bajo ningún respecto, que la suma que debe restituir la víctima de la usura deba ser reajustada. Esta conclusión es de fácil deducción si consideramos que, en el Sistema español, en lo que se refiere a las deudas de suma de dinero rige el principio nominalista, que como señala DÍEZ-PICAZO, lo podemos extraer del artículo 312 del Código de Comercio español, que más allá de los defectos de redacción, es un artículo que supone dicho principio al referirse a la obligación de restitución del capital en el préstamo

---

<sup>549</sup> Múrtula, *op. cit.*, pág. 289.

<sup>550</sup> Jiménez. *La usura...op. cit.*, pág. 107.

mercantil al expresar el “*valor legal*” que tuviera la moneda a la fecha de la devolución, lo que ha sido corroborado por la Jurisprudencia<sup>551</sup>.

En conclusión, referido a los efectos de la declaración de usurario de un préstamo, creemos que las precisiones apuntadas por JIMÉNEZ nos llevan a calificar a la nulidad pretendida por la denominada Ley Azcárate, no solo de radicalmente nula o inexistente, sino también de una nulidad especial, pues se desatiende a lo que el mismo ALBALADEJO plantea como fundamento de esta nulidad, en cuanto a entender que estamos en presencia de una causa ilícita, de manera que la aplicación preferente del artículo 3 de la ley de represión a la usura, por especial, debe ser admitida como un caso excepcional de nulidad en comparación con el esquema general del Código Civil español.

Ahora, en lo que se refiere al carácter abusivo de una cláusula contractual de la relación de crédito, trae como consecuencia la nulidad o ineficacia parcial del contrato, que deja al contrato en condiciones de mantener su existencia, en razón que estas no afectarían sus elementos esenciales, en orden con la Directiva Europea mencionada, y tendríamos que saber ahora de que manera quedará regulado el aspecto sobre el que recaía la fenecida cláusula contractual. La diferencia en el efecto del carácter abusivo de la cláusula es patente, de una nulidad radical a una nulidad parcial.

En este punto, se ha llegado a plantear el criterio jurisprudencial respecto a la abusividad de una cláusula que regule los intereses moratorios fijando una “*tipo umbral*” y que se traduce en los siguientes términos de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo 265/2015 del 22 de abril : «...se fija como doctrina jurisprudencial que en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado...». Para luego integrar el contrato con la aplicación del interés retributivo como interés moratorio, en los siguientes términos: *Casamos en parte la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno en lo relativo a las consecuencias de la nulidad de la cláusula*

---

<sup>551</sup> Díez-Picazo y Gullón (1988), *op. cit.*, pág. 148.

*que fija el interés de demora, y en su lugar, acordamos que se elimine el incremento de diez puntos porcentuales que supone dicho interés de demora, y se siga devengando el interés remuneratorio hasta el completo pago de lo adeudado”.*

El efecto anunciado en el fallo sigue una doctrina que mantiene el acuerdo de los intereses retributivos fijados para la etapa de normalidad del crédito y que no tienen que ver con la función que cumplen los intereses moratorios. Particularmente en lo que a nosotros nos interesa, que es la regulación de los efectos de una cláusula abusiva en la que se estableció un interés moratorio considerado abusivo, es una solución que no compartimos. Para nosotros, en este punto la técnica de integración es bastante clara, pues entra a aplicarse con vigor la norma del artículo 1108 del Código Civil español, en el sentido de que la ineficacia del acuerdo por intereses moratorio cambia la hipótesis de aplicación del artículo en cuestión. En consecuencia, llegar a integrar el contrato con el interés remuneratorio pactado en la relación obligatoria es un efecto que beneficiaría al que comete un acto de abusividad, lo que no está concorde a los principios de protección de la posición de los consumidores financieros<sup>552</sup>, considerando que al referirse a los intereses convenidos son precisamente los que han sido declarados abusivos y no en referencia a los retributivos que se pretenden hacer subsistir bajo una interpretación pro acreedor.

## **2.9 El daño o los daños sufridos por las entidades financieras a causa del incumplimiento de las obligaciones pecuniarias derivadas de los contratos de financiación**

Si bien el concepto de daño es de carácter unitario y hay quienes se oponen a justificar el estudio de alguna de sus categorías de forma independiente, en esto

---

<sup>552</sup> Redondo Trigo, F. (2015). Las cláusulas abusivas de intereses moratorios ante la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 y el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión europea de 11 de junio de 2015, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 91(751), pág. 3026.

estamos con MORALES quien sostiene que desde el Derecho Romano se era consciente de las dos categorías de daño que podría infligir un ilícito, de tal manera que su análisis requiere de apartados especiales<sup>553</sup>.

El estudio de la justificación de los intereses nos llevó a la doctrina canónica, que luego de superar la persecución a la usura de forma absoluta, es decir, luego de que se aceptara la posibilidad de que el dinero produjera más dinero a través de los intereses, llegó a su admisión, pero solo de los moratorios, y bajo las justificaciones de la teoría que sostiene los títulos del lucro cesante, el daño emergente y el *periculum sortis* (peligro a perder el capital o también riesgo de incumplimiento), como justos títulos teniendo a la vista el principio de equivalencia de las prestaciones<sup>554</sup>.

Por su parte, MORALES citando el pensamiento escolástico e iusnaturalista de Luis de Molina, refuta una concepción amplia del lucro cesante en el marco del mutuo de dinero o de cualquier obligación pecuniaria, pues nos señala que bajo el pensamiento medieval se entendía bajo el lucro cesante cualquier ganancia que el mutuante podría de haber obtenido con el cumplimiento oportuno de la obligación pecuniaria, lo que no acepta que hoy sea aplicable, pues la amplitud de posibilidades para obtener ganancias a través del dinero, que por lo demás siempre va a depender de las capacidades particulares de cada mutuante, extendería enormemente los daños indemnizables, haciendo del contrato de mutuo un contrato con muy altos riesgos, para luego plantearnos MORALES que bajo la fungibilidad del dinero descansa una mitigación del daño sin evitarlo, lo que hace se aplique un sistema abstracto de cálculo del daño y que, de no mediar acuerdo estaría representado por el interés legal del dinero<sup>555</sup>.

De esta manera, la indemnización de perjuicios, como remedio contractual con el que cuenta el acreedor ante el incumplimiento de la obligación, puede estar dirigido a la reparación de distintos daños, tanto de carácter patrimonial como extrapatrimonial. El caso del daño extrapatrimonial estaría fuera de lugar en el

---

<sup>553</sup> Morales (2010), *op. cit.*, pág. 17.

<sup>554</sup> Sabater, *op. cit.*, pág. 79-82; Gómez, *op. cit.*, pág. 27.

<sup>555</sup> Morales (2010), *op. cit.*, pág. 85.

marco de los contratos de financiación, particularmente cuando son las entidades de créditos las que normalmente se constituyen en prestamistas o acreditantes. Luego, es evidente, que los daños patrimoniales son los posibles en este tipo de relación de crédito y que tradicionalmente se reducen tanto al daño emergente, como al lucro cesante, que en el caso español encuentra su fundamento en el artículo 1106 Código Civil español al disponer que *“La indemnización de daños y perjuicios comprende, no solo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes”*. Más recientemente se ha agregado otra partida, resistida en algunos ordenamientos, que es la denominada pérdida de la chance.

Ahora, es que bajo los títulos expresados y sostenidos en el tiempo verificaremos la fundamentación de los intereses moratorios sustentada en estos daños presumidos. En primer lugar y en lo que se refiere al daño emergente, entendiendo por tal pérdida efectiva que sufre el acreedor como consecuencia del incumplimiento de una obligación, el remedio indemnizatorio solo será procedente en el evento en que este sea cierto y esté vinculado al incumplimiento imputable del deudor, basándose en el modelo clásico de responsabilidad subjetiva que imperó en la codificación y que aún se sostiene en la mayor parte de obligaciones incumplidas. Ahora, las particularidades de la obligación que se incumple en un contrato de financiamiento se vieron expuestas en los apartados anteriores, en los que se dejó clara las particularidades del dinero como objeto de las obligaciones, que trajeron como consecuencia en su regulación codificadora una serie de reglas que hacen excepción a las reglas generales. Así las cosas, antes de que configure el hecho ilícito que afecta al acreedor acreedor financiero, en la denominada etapa de normalidad de la relación de crédito, si el contrato no previó algún mecanismo para remediar la pérdida de poder adquisitivo del dinero a través de las conocidas cláusulas de estabilización, para hacer frente a los procesos inflacionarios permanentes a los que se ve afectado el sistema financiero, quien cargaría con el riesgo de la pérdida de dicho valor será el acreedor financiero y en el caso que haya sido previsto, probablemente la cláusula del contrato, que normalmente está en el marco de las condiciones



generales de la contratación, favorecerá al acreedor y pondrá sobre el deudor el riesgo de la inflación.

A continuación de la exigibilidad, el respectivo retardo y requerimiento, o desde el vencimiento del plazo, el deudor con su incumplimiento sería responsable de la pérdida de valor ocurrida en el tiempo que media entre la exigibilidad y el cumplimiento tardío, en razón de la asignación de riesgo que se atribuye a la mora<sup>556</sup>. El mismo ejercicio lógico debiese ser aplicado a los intereses anatocísticos, en razón de su carácter moratorio, para explicar el daño que cubriría la pretendida indemnización.

En segundo lugar y con base en los apartados anteriores cabe revisar el llamado título de lucro cesante que fundamenta históricamente los intereses que son cobrados en un préstamo<sup>557</sup>, de acuerdo con esquema de normalidad y anormalidad de la relación de crédito.

Por otra parte, si bien el análisis pasa por los daños que estaría indemnizando el interés moratorio, no debemos olvidar que también se pregona como título justificativo de los intereses retributivos, que en el ámbito civil son siempre convencionales, mientras el contrato esté vigente.

Es así como, a pesar de que el lucro cesante ha sido digno de reparación, no es por la totalidad del supuesto lucro cesante, pues estamos en presencia de la partida del daño que menos probabilidades de prueba tiene, la que vendría a ser considerado por MORALES una de las limitaciones de este rubro del daño. Es más, estamos en presencia de un daño que tiene un componente temporal direccionado hacia el futuro, de manera que la incertidumbre en su ocurrencia, cuando es futuro, es una característica muy propia de esta partida del daño, que solo luego de superada admite indemnización. Así las cosas, el lucro cesante tiene una serie de limitaciones, que no solo tienen que ver con la posibilidad de que sea probado, sino que también se refieren a su naturaleza, pues está fuertemente comprometido el vínculo causal, en el que se atiende formalmente

---

<sup>556</sup> Gramunt, *op. cit.* pág. 115.

<sup>557</sup> Morales (2010), *op. cit.*, pág. 85.

a la probabilidad de ocurrencia, incorporando un alea mayor a medida que pasa el tiempo, juicio que deja a la discrecionalidad de la valoración judicial del daño. MORALES expresa las limitaciones del lucro cesante indemnizable enumerándolas de la siguiente manera: en primer lugar, el propio contrato establece los límites de lo indemnizable por este concepto. En segundo lugar, está el deber de mitigación del daño, en el que el acreedor debe ejecutar una operación de reemplazo. En tercer lugar, señala el ejercicio de otros remedios al incumplimiento<sup>558</sup>.

En el análisis del lucro cesante, particularmente cuando esté presente el carácter futuro, se hace necesario limitar el carácter indemnizable, principalmente por la disminución de la probabilidad de ocurrencia y la aleatoriedad presente en dichas ganancias pretendidas.

De esta manera, se hace evidente que este análisis ideal del lucro cesante no es repercutible en la vigencia de las normas que regulan los lucros generados por la relación de crédito, especialmente los lucros pretendidos en la proyección temporal futura, luego de la mora del deudor pecuniario, pues con base en los artículos 1108 y 1109 del Código Civil español, el límite temporal solo se producirá ante la hipótesis de declaración de concurso de la persona natural en el marco regulatorio del artículo 152 del Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. (Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo), artículo que dispone la suspensión del devengo de intereses, cuestión que podríamos señalar loable, pero que en razón de la hipótesis de aplicación de la suspensión, insolvencia del deudor, mantener el devengo de intereses ya sería un ensañamiento legislativo.

Ahora, en la parte inicial se expuso la justificación del interés legal como una limitación del lucro cesante indemnizable, pero en atención a la consistencia del daño, más no al aspecto temporal, como se trata de exponer en las ideas de limitación del autor, que no está presente en el caso de la deuda pecuniaria.

---

<sup>558</sup> *Ibidem*. Pág. 37-38.

Por otra parte, debemos traer al análisis de los daños indemnizables que se pretende con los intereses el esquema de operatividad de las entidades de crédito, particularmente las entidades bancarias, en el proceso de generación de sus ganancias a través del crédito. Cabe recordar que desde el momento en que se hace un préstamo se habilita el crédito a favor de un consumidor, el banco crea una cuenta de depósito, que jurídicamente conocemos como cuenta corriente, de tal manera que al generar un préstamo el banco tiene un activo, consistente en la deuda pecuniaria que pesa sobre el consumidor. Este activo le permite a la institución bancaria prestar parte de ese activo a un tercero y de esa manera se produce lo que se conoce como la creación de dinero de la nada, la denominada expansión crediticia o expansión múltiple de depósitos que opera en el modelo financiero actual en el que interactúan con base en la reserva fraccionaria. Es así que un banco cuando presta dinero está contribuyendo a la creación de fondos múltiples, que es creación de dinero, de tal manera que con el acto del préstamo el banco amplía sus posibilidades de lucro, por lo que el pretendido fundamento de la indemnización de perjuicios llamada intereses solo es aplicable en un sistema monetario en el que el prestatario es un acreedor financiero directo, como en el caso del *crowdlending*, o con el clásico simple préstamo que es el modelo de negocio en el que tiene plena vigencia la fundamentación jurídica del interés, pero no en un sistema financiero como el actual, en el que el préstamo está en el origen causal de la posibilidad de crear nuevas ganancias por parte de las entidades financieras.

### **3. Intereses que generan interés. El anatocismo**

En este capítulo expondremos los aspectos principales del anatocismo, desde un punto de vista histórico, su regulación en el Derecho español con referencias al Derecho extranjero y al *Draft Common Frame of Reference*. Asimismo, definiremos la naturaleza jurídica de la institución, su tendencia regulatoria, su coherencia con el principio de productividad natural del dinero y sus principales categorías. Desciframos las fórmulas que desde las ciencias jurídicas se han intentado aplicar al fenómeno y la manera en que se puede hacer el control de usura o abusividad de su establecimiento.

La idea de que los intereses generen a su vez interés es una fórmula aceptada desde el punto de vista económico y que, en matemáticas financieras, se sustenta sin lugar a dudas, bajo la denominación de interés compuesto y la idea de la capitalización de los intereses vencidos, que es la hipótesis que asegura el incremento de un capital de manera exponencial, un crecimiento geométrico que se opone al aritmético del interés simple. Ahora, bajo la idea del anatocismo se está diciendo que el dinero, el objeto de la obligación accesoria de pagar intereses, produce intereses y salvando la redundancia, jurídicamente, se prefiere hablar de anatocismo, que no es precisamente la capitalización de intereses que se entiende en el mundo financiero.

Es debido a la redundancia de la figura del anatocismo que, la que se supera con esta designación, solo para identificarla, nos referiremos al interés que es fructífero como *intereses bases o basales (la parte)*, mientras que el interés que genera, lo llamaremos intereses anatocísticos (el tanto por ciento).

Ahora, como hemos venido desarrollando, la justificación, la causa, el justo título que se alega de los intereses descansa en la idea de la especulación (su nombre lo denota "lucro cesante"), que, desde el punto de vista causal, dicho lucro cesante es en el que con menos claridad se muestra la relación causal entre el hecho ilícito y los daños indemnizables y, al ser tantos los casos, como aproximaciones de solución del problema, hace pensar que este defecto de la economía, debe ser vehementemente reprimido.

Es así como, insistiremos en la redundancia, ahora de su fundamento, el anatocismo se trataría del lucro cesante del lucro cesante, intereses moratorios sobre intereses moratorios. Es decir, podemos seguir planteando la justicia de la institución si también somos exigentes al momento de establecer como requisito de la responsabilidad contractual la relación causal, particularmente referida a los límites temporales del lucro cesante. De esta manera, es posible afirmar una anulación o, al menos, disminución de la relación causal de lucro cesante sobre el lucro cesante. Todo lo anterior entendiendo la posibilidad de que exista dinero que es infértil, es decir, dinero que no engendra dinero.

Ahora, en su momento la doctrina española es denunciada por RUIZ-RICO, comentando el artículo 1109 del Código Civil español, señalando que existe una noción superficial e incompleta del anatocismo y que se reduce a la idea de pagar intereses a partir del vencimiento de otros intereses, normalmente considerados como intereses simples, devengados con carácter precio a aquellos cuando una ley o un acuerdo lo disponga<sup>559</sup>.

Ahora, la idea del anatocismo descansa en la productividad del dinero y en los efectos de un contrato de préstamo que produzca intereses y que a pesar de una tradición histórico-jurídica contraria a los intereses, el Código Civil español en el artículo 1109 los permite abiertamente en la medida que se anteceda de una reclamación judicial<sup>560</sup>.

El anatocismo viene a ser el corolario de la idea del carácter productivo del dinero, que se inicia con la premisa de que por el uso del dinero se debe pagar un precio, bajo la teoría económica de TURGOT que justificó la recepción en el movimiento codificador de los intereses como frutos civiles y que ante la calificación de la deuda de intereses como una de carácter pecuniaria que es afectada por incumplimiento, asiste el razonamiento del carácter fructuoso de su objeto y así perpetua el incremento del dinero hasta el cumplimiento, que siempre será posible. Ya hemos aclarado que el dinero para que pueda producir

---

<sup>559</sup> Ruiz-Rico Ruiz, J. M. (2005). Artículo 1109 (recurso electrónico). En Albaladejo, *Comentarios al Código Civil. Tomo XV, Vol 1º: Artículos 1088 a 1124 del Código Civil*. Madrid: Edersa. (Última consulta 30 de diciembre del 2021) Disponible en: [www.vlex.es](http://www.vlex.es)

<sup>560</sup> Lasarte. Derecho de obligaciones, *op. cit.*, pág. 82

intereses requiere de un acuerdo originario, del cual se deriva la posibilidad de que el dinero produzca los frutos civiles o que sea la ley que los imponga, a pesar de que no necesariamente respondan a un título que lo justifique, lo que viene a ser la gran garantía que tienen las obligaciones pecuniarias, por razones que creemos se apoyan en la importancia del dinero en el sistema económico.

Al ser un cultismo la palabra anatocismo, debemos atender a su origen, que lo encontramos en el latín como *anatocismus* acuñado a *CICERÓN*<sup>561</sup> y que es tomado del griego *anatokismós*, y sus componentes léxicos son *ana* = nuevo, *tókos* = producto o interés<sup>562</sup>, e *ismós*= doctrina, tendencia, sistema, costumbre<sup>563</sup>. Agregamos en el análisis etimológico del cultismo el sufijo simplemente con el propósito de aclarar que esta figura jurídica-económica tiene su raíz en las prácticas de los prestamistas, es decir, podría considerarse como una cláusula del uso comercial y como tal ser integrada en los contratos en los que no hay normas de carácter imperativas que exigían el acuerdo anatocístico.

La cuestión es que en el caso de la institución del anatocismo, nos vemos nuevamente frente a la hipótesis de que un dinero genera otro dinero o en términos más precisos, un crédito genera otro crédito, ambas obligaciones con un objeto idéntico, que es el dinero y cuya calificación jurídica es la de una obligación pecuniaria de valor estimativa, pues en el caso de los intereses producidos por los intereses, fenómeno que en su conjunto es denominado anatocismo, no está determinada a priori, es necesario realizar una operación aritmética simple, lo que no implica su iliquidez, que determinará la suma de dinero con la que se soluciona la deuda. Decimos deuda de valor estimativa, en razón a su naturaleza de interés moratorio, que cumple una función esencialmente indemnizatoria frente al incumplimiento de la obligación de pagar intereses incumplida.

---

<sup>561</sup> Murillo Villar, A. (1999). Anatocismo: Historia de una prohibición. *Anuario de Historia del Derecho Español* (69), pág. 498.

<sup>562</sup> Marín Salmerón, A. (2019). El anatocismo en la reforma del Derecho de obligaciones. En J. Ataz López, & C. L. García Pérez, *Estudios sobre la modernización del derecho de obligaciones y contratos* (págs. 391-410). Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi. Pág. 391.

<sup>563</sup> <https://dle.rae.es/-ismo>

Se entiende que los intereses anatocísticos tienen por finalidad reparar los daños producidos como consecuencia del estado de ilicitud en el comportamiento del deudor, pues en cuanto al daño, habría que afirmar que dicho perjuicio se produce por no pagar los intereses, detrimento que está constituido por la pérdida efectiva (daño emergente dudoso a lo menos) o una ganancia lícita dejada de percibir, sustentada en un juicio probabilístico (respecto del que siempre hay dudas), rubros que a la ley y gran parte de la doctrina son del todo normal, pues responde a la lógica de la productividad del dinero y a la normalidad de la cosas.

La formulación del anatocismo, en principio, es bastante simple de entender, pues el devengo de intereses con base en otros intereses se sustenta en la existencia de un acuerdo primitivo para que dichos intereses sean exigibles, acuerdo que no se cumple (pues el anatocismo solo se plantea en la etapa de anormalidad de la relación obligatoria) y que el anatocismo no hace más que remarcar o dejar claro, que el incumplimiento de dicho acuerdo trae las consecuencias del incremento del patrimonio del acreedor y el empobrecimiento del patrimonio del deudor, debido a que la causa de su existencia es un crédito, que al día de hoy sigue en pie y que es prácticamente irrefutable, sobre las bases de una estructura contractual en la que el objeto del mismo es el dinero. Esta idea del acuerdo primitivo que corresponde al contrato base que originó la obligación de restitución de capital y el pago de intereses retributivos es el que permite coordinar la justificación de los intereses anatocísticos con la idea de que siempre se requiere de un crédito para que el dinero genere sus frutos civiles.

Ahora, a lo largo de la historia el anatocismo ha sido objeto de los más profundos cuestionamientos acerca de su justificación, es por esto que la historia de este mecanismo de usura es inescindible de la historia de las normas que han intentado de una u otra forma eliminarlo o, al menos, limitarlo. No es solo un reparo por parte de los deudores y sus asociaciones que ven crecer sin límite las deudas que ya ni siquiera en sus vidas serían capaces de saldar, pues ni siquiera el transcurso del tiempo extingue de la manera en que la prescripción idealmente

operaría<sup>564</sup>, generando una hipótesis en la que el carácter transitorio de las obligaciones que cierra la prescripción se ve burlado sin más justificación que la dogmática económica de la productividad del dinero. Es Justiniano quien toma una posición férrea respecto el carácter ilícito del anatocismo e impide que los intereses se transformen en capital, es decir, que generen a su vez intereses, independientemente de si se trata de intereses vencidos o no<sup>565</sup>.

Así, el encuadre de análisis del anatocismo podría acabar en el capítulo anterior, en el que nos hicimos cargo de los títulos que justifican los intereses, pues al referirnos al anatocismo nos referimos a los intereses. De esta manera, debemos considerar a qué intereses se refiere como fuente los nuevos intereses, si es a los convencionales retributivos devengados o a los moratorios devengados, o es de aplicación a cualquier interés devengado, sin importar si se trata de intereses que tiene su origen en el contrato, como precio por el uso del dinero o en el hecho del incumplimiento.

Por otra parte, los intereses como tales, al ser categorizados como una cuestión accesoria pasan a ser un elemento principal en la relación contractual, pues una vez que nacen alcanzan una autonomía, que a su vez tienen asociado a una obligación accesoria generando un espiral sin fin frente al estado de incumplimiento del deudor, que solo se ve torneado o limitado por los efectos de una prescripción, que requiere ser alegada por un deudor en estado de incumplimiento. Es más, cualquier capitalización que se haga de los intereses vencidos, es decir, que se agreguen los intereses vencidos al capital para generar intereses, deja de ser ya anatocismo, por lo menos en su idea pura, pues por la transformación de un elemento accesorio que se fusiona con el principal, los intereses aplicado a este nuevo capital aumentado, son intereses

---

<sup>564</sup> Una idea de limitación de las deudas pecuniarias es la de establecer un límite de tiempo de su productividad, sustentado en la deuda que origina la relación de crédito y así establecer un límite de x años desde que la obligación que da origen a los intereses nace, de tal forma que haya un límite temporal de producción de los intereses y no se transforme en una fuente inagotable de deuda. Entiéndase que el límite temporal estaría basado en los límites indemnizatorios destacados por MORALES en el tratamiento del lucro cesante.

<sup>565</sup> Gómez, *op. cit.*, pág. 11



sin más, eludiendo una posible regulación en que se aplique de forma literal la restricción de los intereses sobre intereses, que es a través de la capitalización. Ahora, hay que tener en cuenta las motivaciones que han llevado a su represión en distintos momentos de la historia o en países diversos, pues bajo el análisis de los intereses, si consideramos que el anatocismo se reduce únicamente a la revisión de los títulos que justifican la producción de dinero, mantendría su legitimidad. Sin embargo, no nos hemos posicionado en este tema con el objeto de asentar la validez de una institución altamente peligrosa y que podría llevar a crear grupos de deudores que se transformarían en los plebeyos del siglo XXI<sup>566</sup>. Como precisa ALBALADEJO, desde el punto de vista económico no se trataría más que de un caso de interés compuesto, pero que jurídicamente no es mirada con buenos ojos por el legislador que al menos le pone trabas a su aplicación<sup>567</sup>, estableciendo normas inspiradas en el *favor debitoris*, que son fácilmente eludidas en razón de la posibilidad de acuerdo que regule esta cuestión, en el contexto de los contratos de financiación. A pesar de las dudas que merece la vigencia de una institución que puede llevar a una situación en que se configure la usura, el caso español es permisivo a su respecto, basado en la autonomía de la voluntad y en lo que dispone el artículo 1109 del Código Civil español, en su inciso primero, suple la voluntad de las partes estableciendo un interés legal de los intereses vencidos, consagrando así la procedencia de un pacto de

---

<sup>566</sup> Gómez, *op. cit.*, pág. 5. Las revueltas plebeyas ocasionadas por la acumulación de capital que se grafica en que solo dos mil personas conservaban su patrimonio motiva la dictación de una serie de leyes para calmar las revueltas. El relato histórico de la autora se hace muy familiar a más de 2.400 años. Nos señala: “En el mundo romano las sanciones por impago de las deudas fueron especialmente crueles por dirigirse no solamente contra los bienes sino también contra la propia persona del deudor. Por esta razón las pequeñas propiedades fueron absorbidas por los latifundios, de forma que parece ser que, a mediados del siglo VII a. C., solo dos mil ciudadanos conservaban su patrimonio, lo que ocasionó numerosas revueltas plebeyas que culminarían con la creación de un tribunal de defensa de este grupo social, a pesar de lo cual los desórdenes no cesaron y el legislador se vio obligado a adoptar medidas tendentes a la pacificación social con objetivos diversos, que culminaron en diferentes leyes que trataron de reglamentar el préstamo con interés, destacando la Lex Licinia-Sextia del año 387 a. C., que es tal vez la primera disposición histórica relativa al anatocismo a la que siguieron otras que trataron de limitar la tasa de interés o incluso prohibieron el préstamo con interés<sup>566</sup>, caso de la Lex Genucia de feneratione del año 342 a. C., si bien todas estas normas tuvieron escasa aplicación<sup>566</sup>, siendo especialmente importante la revuelta del año 428, resultado de la cual fue que, a partir de entonces, solo los bienes del deudor respondieran de sus deudas y no su propio cuerpo como había venido sucediendo desde la Ley de las XII Tablas.

<sup>567</sup> Albaladejo (2001), *op. cit.*, pág. 78.

intereses sobre intereses, que en el evento de no haberse previsto por las partes, el legislador suple con la consagración del principio económico de la productividad del dinero, sobre la base de una reclamación judicial<sup>568</sup>. No obstante, se debe destacar su limitación en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria. Por otra parte, considerando que las operaciones bancarias pueden ser de carácter pasivo o activo, en lo que se refiere a las de carácter pasivo, los intereses que puede generar una inversión si no son retirados por el cliente se pueden eventualmente capitalizar y de esa manera generar mayores intereses, que en este contexto se habla de interés compuesto. Esta distinción resulta fundamental, pues en el caso del interés compuesto en el contexto de la operación bancaria pasiva, la institución financiera es la deudora de esos intereses y la lógica que opera nos ayuda a entender los fundamentos matemáticos financieros en los que se basa el anatocismo.

### **3.1 La regulación del anatocismo en España**

Para abordar la regulación del anatocismo en España se distingue entre su regulación civil y comercial, regulación que da lugar a la distinción entre el anatocismo legal y convencional. Las normas que regulan el anatocismo son el artículo 1109 del Código Civil español y los artículos 316.1, 317 y 319 del Código de Comercio español.

En consecuencia, reconocemos la norma básica que se refiere al anatocismo civil, sin mencionar el cultismo, es el artículo 1109 del Código Civil español, como se adelantó más arriba. En esta norma se establece: *“Los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados, aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto.*

*En los negocios comerciales se estará a lo que dispone el Código de Comercio (...).”*

---

<sup>568</sup> Esto es cuestionado por la doctrina española, basados en los efectos de la mora.

Esta norma establece lo que se reconoce como el anatocismo legal y dispone la posibilidad de acuerdo sobre este, con base en lo que se hace la distinción con base en su fuente.

Asimismo, destaca como primer elemento de operatividad del anatocismo en el modelo legal civil la necesidad de reclamación judicial para que un interés *devengado y vencido* pueda producir a su vez interés, pudiendo por tanto afirmar que mientras no se haga la reclamación judicial, el dinero del que es objeto el interés es infecundo para la ley, lo que aleja la forma en la que se ha regulado en el artículo inmediatamente anterior al establecer la productividad del dinero objeto de las obligaciones pecuniarias, basado en una reclamación de carácter extrajudicial que iniciaría el devengo de los intereses legales moratorios de una deuda pecuniaria no satisfecha. Esto quiere decir por tanto que la generación de los intereses anatocísticos no es automática, *ope legis*, requiere de la actuación del acreedor insatisfecho a través de la reclamación<sup>569</sup>, que en este caso se agrava por la necesidad de que sea judicial.

Al comentar esta norma MEDINA, la califica como inspirada en el *favor debitoris* y *configura un disfavor creditoris*, basados en el rechazo a la fertilidad, fecundidad o productividad del dinero, alejándose del sistema general de la mora regulado en el artículo 1100 del Código Civil español, no pudiendo el acreedor bastarle una reclamación extrajudicial para que se devengue el interés anatocísticos<sup>570</sup>.

Por otra parte, la regulación que recibe el anatocismo mercantil en el Código de Comercio español es al menos confusa, pues pareciera en una primera lectura que es mucho más restrictivo que el anatocismo civil y lo regula de la siguiente manera:

El artículo 1109 del Código Civil español, en sus incisos segundo y tercero, establece:

*“En los negocios comerciales se estará a lo que dispone el Código de Comercio.*

---

<sup>569</sup> Medina, *op. cit.*, pág. 19.

<sup>570</sup> *Ibidem*. Pág. 20

*Los Montes de Piedad y Cajas de Ahorro se regirán por sus reglamentos especiales”.*

El artículo 316, inciso primero, del Código de Comercio, establece: “*Los deudores que demoren el pago de sus deudas después de vencidas deberán satisfacer desde el día siguiente al del vencimiento el interés pactado para este caso o, en su defecto, el legal”.*

El artículo 317 del Código de Comercio, establece: “*Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos, que, como aumento de capital devengarán nuevos réditos”.*

Y el artículo 319 del Código de Comercio establece: “*Interpuesta una demanda, no podrá hacerse la acumulación de interés al capital para exigir mayores réditos”*

Basándonos en la lectura de estas normas podemos afirmar que el anatocismo mercantil legal estaría prohibido, lo que es absurdo desde el punto de vista de los principios que inspiran la regulación de este sector del Derecho privado, en el que el *favor debitoris* no es generalmente aceptado. Este absurdo es superado conforme a una interpretación sistemática que se hace en razón del artículo 50 del Código de Comercio español que se remite al Derecho común (anatocismo civil) y la prohibición del anatocismo del Código de Comercio establecida en el artículo 317, por aplicación del principio de especialidad, solo sería aplicable a las obligaciones pecuniarias derivadas del contrato de préstamo mercantil, reglamentado en los artículos 311 y siguientes, permitiendo en las demás obligaciones pecuniarias el anatocismo legal basado en el artículo 1109 del Código Civil español <sup>571</sup>.

Ahora, bajo la libertad contractual las partes podrían pactar un anatocismo convencional de la manera que mejor les parezca, lo que en la práctica bancaria es habitual, con base en el inciso segundo del artículo 317 Código de Comercio español.

---

<sup>571</sup> *Ibidem*. Págs. 31-32.

Ahora bien, en el estudio del incumplimiento de las obligaciones pecuniarias, hemos expuesto el artículo 1108 del Código Civil español, que se refiere precisamente al efecto del incumplimiento de las obligaciones pecuniarias, el que en un principio pudo ser aplicable al incumplimiento de la obligación accesoria de pagar los intereses pactados, al ser esta una obligación pecuniaria, con el efecto asimilable al anatocismo, que es que estos intereses denominados intereses base (retributivos o moratorios), respecto de los cuales el deudor se encuentra en mora, generarían los intereses convencionales o legales en su defecto. Sin embargo, y como se señala inicialmente en este apartado, es el artículo 1109 del Código Civil español el aplicable al fenómeno del anatocismo, es decir, a los intereses devengados que se hayan incumplido, aclaración recalcada por MARÍN<sup>572</sup>, que no deja de ser relevante en la pretensión de que el reclamo extrajudicial sea el inicio del devengo de los intereses anatocísticos.

Es así que, de lo expuesto, afirmamos las categorías de anatocismo legal y convencional. Y que, particularmente en el caso del anatocismo legal vemos como se reconoce el carácter productivo del dinero, pero con requisitos, es decir, no es natural u automática la fertilidad del dinero, sino que requiere que el dinero haya sido objeto de una deuda, la existencia de un crédito, que se haya incumplido y con base en este hecho fundamental de la productividad del dinero en la etapa de anormalidad de la relación de crédito, se agrega la reclamación judicial, que si bien discutida como una norma favorable al deudor, es una exigencia que aporta al crecimiento geométrico de una deuda pecuniaria.

### **3.2 El anatocismo en el Derecho chileno**

Recientemente en Chile se llevó a cabo una reforma de la ley sobre operaciones de crédito de dinero, que se tradujo en que se prohibiera el anatocismo de los intereses moratorios. Esta reforma se circunscribe en un régimen de intereses

---

<sup>572</sup> Marín, *op. cit.*, pág. 393.

en el que opera la tasa de interés máximo convencional, que es el sistema de control al que adherido dicho país. A diferencia de lo que ocurre en España, en la que la técnica de control responde a las circunstancias de cada acuerdo sobre los intereses, los que quedan regidos por la ley Azcárate. Vale decir igualmente, que la Ley 18.010 chilena sobre operaciones de crédito de dinero, es caracterizada por su cualidad técnica, pues en el desarrollo regulatorio es posible ver una integración de la institucionalidad financiera para la determinación de los límites de los pactos sobre intereses.

Así, actualmente en Chile hay una prohibición de capitalización de los intereses moratorios devengados para que así estos produzcan a su vez intereses. La modificación dio lugar al establecimiento del artículo 16 de la ley 18.010. en la que se establece lo siguiente:

*“El deudor de una operación de crédito de dinero que retarda el cumplimiento de su obligación, debe intereses corrientes desde la fecha del retardo y a las tasas que rijan durante ese retardo, salvo estipulación en contrario o que se haya pactado legalmente un interés superior.*

*El interés moratorio a que se refiere el inciso anterior no podrá aplicarse conjunta ni adicionalmente, sobre un mismo monto, con ningún otro interés. Asimismo, este interés solo podrá cobrarse sobre aquella parte del capital que se encuentre efectivamente vencida y no podrá ser capitalizada para el cálculo de intereses de ningún tipo”.*

Ahora, las entidades financieras no han recibido la prohibición de manera muy tranquila, de manera que la Comisión para el Mercado Financiero les aclaró que el interés de mora de una obligación vencida ha de calcularse sobre el conjunto del capital e intereses devengados (retributivos) y cierra señalando que la ley es clara en prohibir bajo cualquiera circunstancia, la capitalización de intereses moratorios que se generen<sup>573</sup>. Pone así límite al incremento permanente de la

---

<sup>573</sup> Oficio electrónico disponible en: [http://www.cmfchile.cl/validar\\_oficio/](http://www.cmfchile.cl/validar_oficio/)

Folio: 2021266161424136SELYiteiDjXNyhEDQNBDEsfkWsJFQy

deuda que significa un anatocismo que hacía crecer la deuda pecuniaria sin límites.

### **3.3 Naturaleza de los intereses anatocísticos y basales**

Los intereses anatocísticos son intereses moratorios, pues precisamente nacen en el estado de incumplimiento de la obligación accesoria, cuál es, los intereses, que en este contexto son denominados interés base, ya sean estos retributivos o moratorios, como veremos a continuación (debemos tener presente que hay quienes consideran que serían solo los intereses retributivos los que generan un nuevo interés)<sup>574</sup>.

Así, el fundamento de procedencia de los intereses moratorios persiste en el anatocismo, se trata de la combinación del principio de productividad del dinero (*pecunia parit pecuniam*) y de la idea de las habilidades del acreedor como un rasgo característico, en el sentido de que el acreedor seguramente no hubiera mantenido ocioso el dinero objeto de la deuda que no se paga (*id quod plerumque accidit*)<sup>575</sup>. Y, como se expuso más arriba, el fundamento de los intereses en general sea retributivo, compensatorio o moratorio, pasa por ese sacrificio económico al que se ve expuesto el acreedor dueño del crédito dinerario, del capital, que se traduce en una ganancia no percibida, doctrinariamente conocida como un lucro cesante.

Ahora, en cuanto al interés basal, que se transformaría en dinero productivo, se duda respecto de la naturaleza que autorizaría la producción del interés anatocísticos. Está claro que el interés retributivo no ofrece dudas, pues la referencia del artículo 1109 del Código Civil señala intereses devengados y vencidos, que los intereses de la etapa de normalidad de la relación de crédito

---

<sup>574</sup> Villagrasa (2002), *op. cit.*, pág. 273.

<sup>575</sup> Medina, *op. cit.*, pág. 22.

cumplen sin objeciones. El problema se suscita con el interés moratorio, pues este se genera con base en el artículo 1108 del mismo texto legal, y es propiamente la indemnización de los perjuicios a *forfait* establecida por el legislador, siendo esta la estimación del lucro cesante sufrido. Es así como, esta suma de intereses moratorios devengados luego de la mora del deudor, una vez reclamados judicialmente podrían ser incluidos en la fórmula en el conjunto de intereses basales.

En este sentido, aplicar el artículo 1109 a los intereses moratorios significaría hacer una proyección temporal del lucro cesante, que no tiene justificación causal, más allá que de la lectura e interpretación de la norma, como mayoritariamente opinan los autores<sup>576</sup>, se puedan incorporar. Destacando VILLAGRASA en la opinión discrepante<sup>577</sup>.

Además, bajo esta idea de que los intereses moratorios pueden ser incorporados en el conjunto de intereses bases, no preguntamos lógicamente, siempre bajo la fórmula en la que no hay acumulación (que es una capitalización), los intereses anatocísticos, al ser intereses moratorios, ¿caen dentro de las hipótesis propuestas de conjunción de los intereses basales? Es evidente que bajo nuestro razonamiento de la debilidad del vínculo causal de los daños que se pretenden indemnizar, la respuesta es un rotundo no, pues, además, atentaría contra aquel principio ideal propuesto por el *Draft Common Frame of Reference*, que ideando los elementos del valor justicia incorpora la idea de “*No grossly excessive demands*”<sup>578</sup> y que, como veremos, tiene su manifestación en la propuesta de determinar un plazo de devengo de intereses basales, que básicamente se conecta con la teoría del abuso del Derecho.

---

<sup>576</sup> Medina, *op. cit.*, pág. 22.

<sup>577</sup> Villagrasa (2002), *op. cit.*, pág. 273.

<sup>578</sup> Study Group on a European Civil Code; Research Group on EC Private Law (Acquis Group), (2009), *cit.*, pág. 87.



### 3.4 Anatocismo legal y convencional en el Derecho español

Si bien en la práctica el anatocismo convencional se pacta bajo la libertad contractual, su licitud es extraída y afirmada de la interpretación que se hace del artículo 1109 del Código Civil español, en la parte del texto que señala “*aunque la obligación guarde silencio sobre este punto*”, permitiendo el devengo de intereses sobre intereses producto de una convención<sup>579</sup>.

Ahora, es posible establecer una relación entre el anatocismo convencional y una cláusula penal, por la naturaleza moratoria de los intereses que operan en el anatocismo. Al tratarse de intereses de carácter moratorio, lo que se busca con la fijación anticipada de dichos intereses es la de determinar previamente el monto indemnizatorio vinculado a una obligación de carácter pecuniaria, la deuda de intereses vencidos. Así, la cláusula que introduce el anatocismo en la relación obligatoria presenta visos de cláusula penal, de manera que debemos determinar con claridad si es posible pensar en la cláusula penal en presencia del pacto de anatocismo, particularmente en su versión de pena moratoria<sup>580</sup>. A nuestro entender, el pacto que establezca intereses a través de las fórmulas propias del anatocismo, con la terminología y funcionamiento propio de las deudas de intereses, en las que se establezca una relación entre el tiempo y el principal debido, como un tanto por cien a determinada unidad temporal, responde a una convención que regula anatocismo. Distinto sería que se establezca una cláusula accesoria que fije un monto único a pagar a consecuencia del incumplimiento de los intereses o se acuerde una prestación distinta al pago de una suma de dinero. La fisonomía de un convenio anatocístico reunirá los elementos que caracterizan la deuda de intereses en el marco de los contratos de financiación, estableciendo un tanto por cien expresado en la tasa de interés y las unidades temporales a las que se le aplicaría dicha tasa y el elemento esencial que es el incumplimiento del pago de la deuda de intereses.

---

<sup>579</sup> Ruiz-Rico. *Comentario al artículo 1109, op. cit.*

<sup>580</sup> Lasarte (2015). *Derecho de Obligaciones, op. cit.*, pág. 202-205. Cabe hacer presente que la idea de la pena moratoria esta desarrollada respecto de los contratos que dan lugar a una obligación de hacer, como los contratos de obra.

Por otra parte, el anatocismo convencional puede representar la fuente principal de la usura o de abuso en las cláusulas predispuestas, pues la entidad podría establecer una fórmula del anatocismo en el que la unidad temporal de capitalización sea mínima y la tasa de interés sea máxima, que si bien podría tener un fuerte componente sancionatorio, debe ser vista con mucho cuidado, pues los efectos de la maximización del rendimiento del dinero adeudado podría transgredir con creces los mandatos de la justicia conmutativa.

Por otra parte el anatocismo legal, expresamente autorizado en el artículo 1109 del Código Civil español es una categoría de anatocismo que si bien sorprende, por la primera postura de legislador español respecto de la gratuidad del préstamo, es la categoría de anatocismo que precisamente se pretende eliminar en la tendencia a disminuir las tasas de endeudamiento general.

### **3.5 Las fórmulas del anatocismo**

Al parecer, debido a la complejidad que presentan las cuestiones de carácter financiero, la idea del anatocismo no está del todo clara al momento de llevar a cabo una aplicación práctica de que los intereses no pagados produzcan a su vez intereses. La cuestión se puede reducir a distintas concepciones que se tienen del fenómeno del anatocismo en cuanto a la determinación de la suma de la deuda pecuniaria que se pretende ejecutar, pues esta institución parte de la base del quebrantamiento del acuerdo contractual, del incumplimiento. Así, todo lo que se diga en este escenario parte de la mora del deudor, parte de una visión en la que el deudor se encuentra en un estado antisocial, pues al incumplir con su palabra empeñada, vemos que la actitud del legislador es la de reprender a quien ha cometido un hecho ilícito, con la consagración del interés anatocístico legal dependiente de un acto jurídico procesal del acreedor. Decimos reprender, pues el establecimiento de los intereses legales es ya una norma que desfavorece al deudor en la relación de crédito.

Ahora, se plantean diversas formas de computar, de determinar la deuda pecuniaria anatocística, desde el punto de vista jurídico, ya sea bajo una

interpretación, pretendidamente, favor debitoris o contraria. Formulas todas asociadas al anatocismo legal que regula el artículo 1109 del Código Civil español. Es así que, se distingue la *tesis de la acumulación sucesiva*, la *tesis de la acumulación simple* y la *tesis pura o teoría de los intereses de intereses*.

Cabe hacer presente que para analizar las “formulas” propuestas a la aplicación del art. 1109 tendremos a la vista las formulas del interés simple y del interés compuesto. Los términos de la ecuación son “F” que corresponde a la cantidad final a pagar; “P”, que representa el dinero como bien productivo, el principal, el dinero prestado, que en el caso del anatocismo son los intereses basales o simples que ha generado el principal, “i” la tasa de interés y “n” el número de periodos en el que se aplicaría la tasa<sup>581</sup>. De esta manera, desde las matemáticas financieras, las fórmulas del interés son:

**a) Interés simple:**

$$F=P(1+n.i)$$

**b) Interés compuesto:**

$$F=P(1+i)^n$$

Dicho lo anterior, en el caso de la teoría de la acumulación sucesiva o anatocismo complejo, el anatocismo consistiría en sumar los intereses base que vayan venciendo al capital originalmente debido, produciendo a su vez, esta suma de capital e intereses vencidos (interés base), nuevos intereses y así sucesivamente. Esta idea corresponde a lo que se entiende por interés compuesto a partir de MEDINA<sup>582</sup>, así el caso sobre el que trabaja es el siguiente:

“Se deben 100 € con un interés *anual* simple del 5% y un interés *anual* anatocístico del 5% y la mora en el pago es de cinco años. Reclamado judicialmente el pago, el deudor debe pagar por el primer año 105 (100+5); por

---

<sup>581</sup> De Vergara, *op. cit.* pág. 7-52

<sup>582</sup> Medina, *op. cit.*, pág. 16.

el segundo, se aplica el 5% a 105 y se le suma, con un resultado de 110,25; por el tercero, se aplica el 5% a 110, 25 y se le suma, con un resultado de 115,76; por el cuarto, se aplica el 5% a 115,76 y se le suma, con un resultado de 121, 55; y por el quinto, se aplica el 5% a 121,55 y se le suma, con un resultado final de 127,63 €”.

Ahora, por aplicación de la fórmula del interés compuesto se llegaría al mismo resultado (127, 63 euros):

$$F=P (1+i)^n$$

$$F=100 \times (1+0,05)^5$$

$$127,62815625$$

Como se puede verificar, el resultado es el mismo que señala MEDINA, pero el tema está en que los componentes de la fórmula del interés compuesto de las matemáticas financieras no se corresponden con la figura del anatocismo, pues en el caso del anatocismo solo se debe aplicar al interés base.

Cabe destacar que la fórmula solo funciona si “r” es la misma cifra, cuestión que no ocurriría en el caso que el interés moratorio fuera distinto al interés anatocístico en cuanto a su tasa.

Luego, bajo la tesis de la *acumulación simple, anatocismo simple o de cúmulo único*, habría solo una acumulación de los intereses base, luego de la cual se producirán nuevos intereses, pero que no se capitalizarían para formar una nueva suma que genere a su vez intereses. MEDINA traduce esta interpretación a través del siguiente ejercicio:

“Siguiendo el ejemplo anterior, reclamado judicialmente el pago, el deudor debe por el primer año 105. El interés simple y el anatocístico es el 5% de 105, que es 5,25. Por esto, por el segundo año, debe 105+5,25 (110,25); por el tercero, 110,25+5,25 (115,50); por el cuarto, 115,50+5,25 (120,75); y por el quinto, 120,75+5,25 (126)”.

En este ejemplo lo que se hace realmente es aplicar la fórmula del interés simple dos veces. La primera vez es aplicada al principal y por un periodo, correspondiente al primer año, es decir, se le aplica el 5 % al principal adeudado y, luego, al resultado se le aplica la fórmula del interés simple, en la que “n” sería 4, correspondiente al número de años en los que se produciría el interés anatocísticos. Se puede ver en el desarrollo:

$$F=100 (1+1 \times 0.05)$$

$$F=105$$

Luego, este resultado es considerado “F” y así:

$$F=105 (1+4 \times 0.05)$$

$$F=126$$

Es así que, esta forma de plantear el anatocismo llega al mismo resultado que la siguiente, pues en ambas “fórmulas” se utiliza la fórmula del interés simple.

Y por último, se agrega la idea del anatocismo puro o sin cúmulo, el *anatocismus separatus*, en el que no hay una capitalización, en el sentido de acumulación al saldo de capital adeudado, sino que los intereses vencidos (intereses base), por sí, generan el interés anatocístico <sup>583</sup>. Bajo el mismo ejemplo expone MEDINA:

“En el ejemplo anterior, reclamado judicialmente el pago, el deudor debe por el primer año 100+5 (105). Los intereses anatocísticos de 5 son 0,25. Por esto, por el segundo año, el deudor debe 105 (capital e intereses)+5 (intereses simples devengados este año)+0,25 (primeros intereses anatocísticos) = 110,25. Por el tercero, debe 110 (capital e intereses)+5 (intereses simples devengados este año)+0,25 (primeros intereses anatocísticos)+0,25 (segundos intereses anatocísticos) = 115,50. Por el cuarto, debe 115 (capital e intereses)+5 (intereses

---

<sup>583</sup> Ruiz-Rico, *op. cit.*, Comentario al artículo 1109; Marín, *op. cit.*, pág. 395.

simples devengados este año)+0,25 (primeros intereses anatocísticos)+0,25 (segundos intereses anatocísticos)+0,25 (terceros intereses anatocísticos) = 120,75. Por el quinto, debe 120 (capital e intereses)+5 (intereses simples devengados este año)+0,25 (primeros intereses anatocísticos)+0,25 (segundos intereses anatocísticos)+0,25 (terceros intereses anatocísticos)+0,25 (cuartos intereses anatocísticos) = 126”.

Agrega la autora que en esta hipótesis de anatocismo habrían dos cuentas de capital, una la del capital originario referido al principal que generaría los intereses simples, entendemos que son los moratorios, y otra cuenta de capital que la integrarían los intereses simples vencidos, que son los mismos intereses moratorios.

“En el ejemplo, por el quinto año hay un cuenta del capital e intereses simples (120+5) y otra de intereses anatocísticos (0,75+0,25=1). La suma de ambas cuentas arroja un resultado de 126”<sup>584</sup>.

Ahora, aplicando propiamente las fórmulas, entendiendo que “P” corresponde a los intereses simples, basales del primer periodo (5) “i” es el interés anual del 5% y “n” el número de periodos en el que se aplicaría la tasa, que, de acuerdo al ejemplo, solo se aplicaría 4 veces, pues el primer año no devengaría intereses anatocísticos. Para llegar a 126 euros lo que se hace es aplicar la formula del interés simple en dos ocasiones, la primera para calcular el monto de 125 euros:

$$F=100(1+5x0.05)$$

$$F=125$$

Y luego, aplica la misma fórmula para el cálculo de los intereses anatocísticos, tomando como interés base el interés “simple” generado el primer año de mora, que son 5 euros.

$$F=5(1+4x0.05)$$

---

<sup>584</sup> Medina, *op. cit.* pág. 17.

Por esta razón, creemos que MEDINA aplica la fórmula del interés simple para llegar al resultado de “1” por concepto de interés anatocístico.

Si bien 6 no es igual a 1, entiéndase que el resultado incluye el capital (los intereses basales o simples tomados en cuenta para hacer el cálculo, que son 5), de manera que los intereses anatocísticos han sido calculados a través del interés simple, lo que a los ojos de la matemática financiera no tendría sentido, pues se trataría de aplicar la fórmula del interés simple al anatocismo, que ha sido entendido como un interés compuesto.

Lo que destaca en la interpretación del artículo 1109, en cuanto a la fórmula aplicable para determinar el monto a pagar, es que el saldo del capital adeudado, que corresponde a la obligación de restitución que no ha sido amortizada, se considere o no en el cálculo y, de esta manera, distinguir la capitalización de los intereses del anatocismo.

Esta descripción de modelos de anatocismo sirve para identificar la fórmula legal aplicable, pero siempre teniendo en cuenta que bajo el principio de la libertad contractual, con base en el artículo 1255 del Código Civil español, podría generarse otra modalidad. Es, precisamente, bajo la libertad contractual que se ha dado lugar en la práctica contractual, cláusulas que establecen la posibilidad de acumulación sucesiva en unidades de tiempos mínimas y que se vincula con la hipótesis del **interés continuo**, una de las modalidades del interés compuesto con base en las matemáticas financieras. Esta modalidad podría pactarse si existe una libertad absoluta en la determinación del precio, en la que las partes decidirían cuál es la fórmula para determinar el monto total a pagar. En este caso, la figura del interés continuo, el periodo de capitalización, que jurídicamente le llaman acumulación, es infinitesimal<sup>585</sup>, a diferencia de las capitalizaciones simples del interés compuesto, en las que las unidades

---

<sup>585</sup> De Vergara, L. C. (2014). *Matemáticas financieras (5a. ed.)* Disponible en <https://elibro-net.sire.ub.edu/es/ereader/craiub/69884> (última consulta: 12 de diciembre del 2019). Barranquilla: Universidad del Norte. Pág. 161. Hay que aclarar que para el cálculo del interés continuo o capitalización continua se entiende que la capitalización es infinita en el periodo que se pretende realizar, por ejemplo, en 5 años, que en la fórmula incorpora el número “e”.

temporales en que se juntan los intereses al capital varían de un día, un mes, un trimestre, un semestre, un año, etcétera.

Es así que, creemos que para determinar la fórmula aplicable al anatocismo legal, debemos atender a los términos en que es reconocida en la norma, y esta señala que los intereses vencidos producirán el interés legal, que es la fórmula conocida como anatocismo puro. Para confirmar esta idea podemos referirnos a los términos empleados por el Código de Comercio español en el artículo 317, que al referirse al acuerdo de las partes, al anatocismo convencional, utiliza la expresión capitalizar, mientras que para el legal, que si bien lo niega, lo hace en los términos del anatocismo puro.

Por otra parte, los problemas para determinar bajo qué parámetros de cálculos definiremos los intereses anatocísticos a pagar, nos hace recordar la idea de liquidez planteada en el apartado de las deudas pecuniarias. Pues, precisamente, en la aplicación del artículo 1109 del Código Civil no está claro, de manera que es posible considerar a los intereses anatocísticos civiles legales como una deuda ilíquida.

Cuestión más importante es determinar el periodo de devengo del interés al que se le pretender dar la calidad de interés base en el cálculo, al momento de pagar definitivamente. Pues de todos los elementos que se utilicen para aplicar una u otra forma de determinación del monto a pagar por concepto de intereses anatocísticos, los periodos de capitalización son la clave en el esquema del interés compuesto y, así, una capitalización mensual es más gravosa que una trimestral, esta que la semestral y esta que la anual. Es por esto que, los controles históricos del anatocismo buscan limitar el plazo de devengo del interés anatocístico. De esta manera, a en Roma se hablaba del *anatocismus aniversarius* y ha sido recogido por legislaciones del entorno europeo, estableciendo tiempos de aplicación del anatocismo que impiden que la deuda dineraria pueda llegar a contribuir a la insolvencia del deudor o derechamente provocarla.

En este sentido, al establecer que el periodo de capitalización máximo es de seis meses, estableciendo la capitalización semestral, implica que durante ese



periodo los intereses basales que fue generando el principal no se pueden capitalizar. Es el caso del Código Civil italiano que establece:

Art. 1283 *Codice civile*: “*Anatocismo. In mancanza di usi contrari, gli interessi scaduti possono produrre interessi solo dal giorno della domanda giudiziale o per effetto di convenzione posteriore alla loro scadenza, e sempre che si tratti di interessi dovuti almeno per sei mesi*”.

A pesar de que la norma tiene por objeto cuidar a los deudores de ser víctimas de usura, se cuestiona su carácter imperativo, especialmente por la condición de aplicación, “*In mancanza di usi contrari*” (*a falta de uso en contrario*). Por otra parte, cuestiones relativas a la interpretación de la aplicación de los seis meses, como una regla que se refiera a intereses devengados o vencidos, pues puede tratarse de intereses que se hayan devengado dentro del periodo semestral propuesto, pero que no hayan vencido. Asimismo, la interpretación relativa a la coincidencia entre el vencimiento y el devengo o su separación debido a la aplicación o uso del vencimiento, que entendemos como cláusula de uso común, y que por aplicación del artículo 1284 del Código Civil italiano, se entiende que los intereses vencen anualmente, de manera que sólo desde ese vencimiento se podría solicitar judicialmente, como ordena el 1283, los intereses anatocísticos<sup>586</sup>.

### **3.4 Usura y anatocismo abusivo**

---

<sup>586</sup> Grandesso Silvestri, M. (2014) “*L’anatocismo*”, *tesis doctoral*, Cagliari Università degli Studi di Cagliari, tutora: Anna Paola Ugas, pág. 23.

La usura como tal originariamente hacía precisamente referencia a los intereses. Es en el término de la edad media en la que la identificación de la usura con lo que hoy conocemos como intereses, tal como ha sido relatado. Ahora, es precisamente en la situación del anatocismo en el que la usura se pone de manifiesto, pues la acumulación de los intereses al capital (ya sea acumulando o transformando a los intereses en capital) plantea un incremento de la suma a pagar por el deudor que, seguramente, será desproporcionado y notablemente superior al interés normal del dinero.

Es así como la desproporción de lo que tiene que pagar el deudor pecuniario por intereses retributivos, ha sido considerado el campo de aplicación del concepto de intereses usurarios, con los efectos negativos de una nulidad radical que implica la restitución del dinero prestado y que transforme al remedio en un efecto peor que la enfermedad.

Sin embargo, los problemas que acarrea la declaración de nulidad radical de la denominada Ley Azcárate, junto a lo explicado más arriba a propósito de que, en el caso de los intereses moratorios, más que designarlos como usurarios, serían abusivos, vemos en el anatocismo convencional una hipótesis de un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato de financiación. Pues, es claro que el acreedor que ha predispuesto intereses moratorios bajo libertad y un anatocismo convencional, permite, por lo menos, poner en duda el pretendido equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes y, de esta manera, hacer el control de contenido necesario para que se declare la abusividad de la cláusula anatocística.

### **3.5 Derecho de consumo y anatocismo**

Como se sabe, las cláusulas abusivas son abundantes en los contratos celebrados mediante las condiciones generales de la contratación predispuestas

y no negociadas individualmente<sup>587</sup>, en razón de la diferencia que existe entre el poder negociador que poseen los sujetos que intervienen en la relación contractual, lo que está basado en la falla del mercado conocida como asimetría de la información<sup>588</sup>. Es por esto por lo que, se hace importantísimo, saber, en términos generales y, luego, específicamente, en los contratos de financiación, cuáles son los mecanismos que el ordenamiento jurídico proporciona a la parte más débil de las relaciones que se gestan en la realidad económica contractual actual.

Así, se plantean como mecanismos de protección al consumidor el sistema denominado “*control de inclusión*” de las cláusulas del contrato que determinarían que no se entenderán incluidas en el contrato aun cuando materialmente estén, siempre que cumplan con el estándar de que se trate de cláusulas ilegibles o que carezcan de los requisitos de claridad o sencillez en su redacción y por otra parte el mecanismo de “*control de contenido*”, que se aplica a las cláusulas que han superado el primer tamiz del “control de inclusión”. Este control de contenido determinará la nulidad de las cláusulas que se hayan declarado como abusivas por los tribunales<sup>589</sup>.

Es en este control de contenido es que se ha posicionado el análisis de la proporcionalidad de los intereses moratorios y, entendemos, de los intereses anatocísticos, por su calidad moratoria. Ahora, en lo que respecta al control de inclusión, basado en una idea de consumidor financiero que no responda a los estándares medios reales y no ideales, sería posible esbozar la falta de claridad o sencillez en la redacción.

Estos dos mecanismos de protección no se pueden considerar como suficientes para conseguir una protección al contratante más débil en vista de que se incorporan nuevas tácticas comerciales no ideales para un consentimiento libre

---

<sup>587</sup> Lasarte (2015). Manual... *op. cit.*, pág. 122-123.

<sup>588</sup> Ferrando, *op. cit.*, pág. 24. La afirmación de asimetría de la información es evidente, no solo por la posición que ocupan las entidades de crédito en el mercado, sino que por el carácter técnico que reviste los contratos de financiación.

<sup>589</sup> Díaz Alabart, S. (2016). *Manual de Derecho de Consumo. Lección I Introducción: la Contratación con consumidores*. Madrid: Reus Editorial. Pág.9.

y reflexivo, como sería en el caso de las ventas fuera del establecimiento comercial o a distancia, ente tantas maneras que el mercado pueda ir mutando, en cuanto a las herramientas para conseguir su fin. Frente a esta realidad surge la garantía legal, como sustituto a los mecanismos de la codificación civil, cuales son, los vicios ocultos o redhibitorios<sup>590</sup>, para poner el bien en conformidad. Esta idea se vincula con el remedio de reducción del precio en el marco de un contrato de venta y, de manera análoga, plantear una herramienta adicional de control, en aras de conservar el equilibrio contractual.

Ahora, las características propias de un anatocismo convencional inmersos en los contratos predispuestos, invita a un control del contenido a través del análisis de abusividad. El carácter abusivo de una cláusula de intereses anatocísticos debería ir en consonancia con la regulación y tratamiento dado a los intereses moratorios y la posibilidad de que estos hayan sido considerados abusivos. En este sentido, la tendencia del control de contenido por parte de la jurisprudencia referida a los intereses moratorios ha pretendido establecer límites objetivos de la tasa de interés aplicable a la situación moratoria del deudor que, en los términos de JIMÉNEZ, sería a través de la fijación de un “*tipo umbral*”<sup>591</sup> para establecer el límite de la desproporción.

### **3.6 Anatocismo y sobreendeudamiento**

La relación que existe entre el anatocismo y el sobreendeudamiento no es absoluta, solo entendiendo que la aplicación del anatocismo parte de la existencia de incumplimiento por parte del deudor pecuniario, lo que no implica un sobreendeudamiento necesariamente. A la inversa, una persona que se

---

<sup>590</sup> *Ibidem*. Pág. 11.

<sup>591</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 265/2015, de 22 de abril en la que se establece: «...se fija como doctrina jurisprudencial que en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado...».

encuentra en una situación de sobreendeudamiento es muy probable que entre sus obligaciones haya algún crédito o préstamo respecto del que esté en mora y consecuentemente esté generando intereses exponencialmente.

Día que pasa, es día en que se incrementa la deuda<sup>592</sup>, el endeudamiento y consecuente insolvencia del deudor, en atención al crecimiento exponencial de la indemnización por el incumplimiento de una deuda de dinero, reconociendo que hay una separación entre el ingreso del deudor a un concurso y antes de esto.

Por tanto, en lo que nos interesa a este respecto, es el destino de los intereses durante los procedimientos de ejecución de obligación dinerarias y en los procedimientos concursales de liquidación.

¿La existencia de un procedimiento da lugar a una modificación de la teoría del interés del dinero o se mantienen los postulados que operaban antes de un juicio de manera absoluta?

Si consideramos que el sobreendeudamiento es un factor de exclusión social cuando no opera la condonación de los saldos<sup>593</sup>, la relación causal entre anatocismo y sobreendeudamiento supera con creces un análisis de supresión mental hipotética en el curso causal. Es por lo anterior que en el análisis de la situación de endeudamiento de una persona natural, un consumidor se vería extremadamente castigado de aplicarse las reglas relativas a las deudas pecuniarias, que son perpetuadas en el Derecho procesal y que ven en la Ley Concursal un tratamiento compasivo y por decisión legislativa se declara la esterilidad del bien que por su propia gracia es fructuoso, señalando en su artículo 152 que:

---

<sup>592</sup> Esta afirmación está basada en la regla de que los frutos se devengan día a día, de conformidad a la gran parte de las legislaciones continentales y latinoamericanas. En el caso del Código Civil español el artículo 451, que precisa la producción de los frutos civiles por día.

<sup>593</sup> Cuenca Casas, M. (2011). Fresh Start y mercado crediticio. *InDret Revista para el análisis del Derecho*, 3. Pág. 2

*“Desde la declaración de concurso quedará suspendido el devengo de los intereses, legales o convencionales.*

*Se exceptúan de lo establecido en el apartado anterior los créditos salariales, que devengarán intereses conforme al interés legal del dinero y los créditos con garantía real, que devengarán los intereses remuneratorios pactados hasta donde alcance el valor de la garantía”.*

Ahora, la existencia del sobreendeudamiento como fenómeno presente en todas las economías de mercado se explica fácilmente en el desarrollo de la presente investigación, pues el dinero como tal, de acuerdo con la teoría monetaria moderna, no es más que deuda, en una economía que prefiere fomentar el crédito antes que el ahorro, con una democratización del crédito que hace que los ciudadanos sin deudas pisen la trampa del dinero presente, de la liquidez, con la complicidad de la industria del *neuromarketing* que lleva a tener a la gente convencida que la forma en que se realizan los proyectos de consumo y empresariales es sobre la base del endeudamiento. Es la aplicación malvada del adagio “no dejes para mañana lo que puedes hacer hoy”, pues el dinero de hoy valdría más que el de mañana.

### **3.7 El anatocismo en el *Draft Common Frame of Reference***

La regulación en el *soft law* del anatocismo la encontramos en el *Draft Common Frame of Reference*, en los siguientes términos:

*“III. – 3:708: Interest on late payments*

*(1) If payment of a sum of money is delayed, whether or not the nonperformance is excused, the creditor is entitled to interest on that sum from the time when payment is due to the time of payment at the average commercial bank short term lending rate to prime borrowers prevailing for the currency of payment at the place where payment is due.*

*(2) The creditor may in addition recover damages for any further loss.*

### III. – 3:709: When interest to be added to capital

(1) Interest payable according to the preceding Article is added to the outstanding capital every 12 months.

(2) Paragraph (1) of this Article does not apply if the parties have provided for interest upon delay in payment<sup>594</sup>.

Así, podemos afirmar que la idea en la comunidad europea de permitir los intereses de intereses se basa en la capitalización anual (doce meses) de los intereses moratorios generados durante el retardo en el cumplimiento de la obligación pecuniaria. Precizando en el párrafo 2 del apartado III.-3:709, que en el caso de las partes hayan pactado intereses moratorios, que sería una evaluación convencional de los y anticipada de los perjuicios en el incumplimiento de una obligación pecuniaria, no sería aplicable la capitalización.

Comentando este apartado del cuerpo normativo comendado MARIN nos señala que se acoge las normas de capitalización anual ya reconocida en textos nacionales vigentes en Europa, como el Código Civil Francés en su actual artículo 1343-2<sup>595</sup>, en el marco de la regulación de las disposiciones especiales de las obligaciones dinerarias que señala : “*Les intérêts échus, dus au moins pour une année entière, produisent intérêt si le contrat l'a prévu ou si une décision de justice le précise*” (Los intereses vencidos, debidos al menos por un año entero, devengarán interés si el contrato lo prevé o si una resolución judicial lo señala)<sup>596</sup>. Eso sí, y, como se puede ver, con la diferencia de que el cuerpo legal francés requiere del acuerdo previo de las partes para la capitalización o que una resolución judicial así lo establezca, de manera que no sería un caso de capitalización automática una vez transcurrido un año de retardo en el pago de los intereses.

---

<sup>594</sup> Study Group on a European Civil Code; Research Group on EC Private Law (Acquis Group). *cit.*, pág. 251.

<sup>595</sup> Marin, *op. cit.*, pág. 396.

<sup>596</sup> Traducción oficial del proyecto, en el que se establecía la numeración 1321-2 y queda en el texto del Código Civil en el artículo 1343-2. Disponible en:

[http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/Projet\\_reforme\\_contrats\\_2015\\_ESPAGNOL.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Projet_reforme_contrats_2015_ESPAGNOL.pdf)

MARIN nos comenta respecto del párrafo segundo, en cuanto las partes hayan pactado un interés moratorio, en cuyo caso se permitiría una regla distinta a la de la capitalización de los intereses moratorios cada doce meses y plantea la pregunta acerca de si ¿Significa esto que se adjuntan directamente?, es decir, que se vayan capitalizando inmediatamente, negando definitivamente esta opción y concluyendo que en ese caso los intereses moratorios pactados no se adjuntarán al capital<sup>597</sup>. Así, ante el pacto de intereses moratorios, a partir del *Draft Common Frame of Reference*, dichos intereses serían infértiles.

Ahora, creemos que si no se han pactado intereses moratorios, se deberán los intereses al precio de la plaza, con los parámetros que en el ideal de norma se precisa (*the average commercial bank short term lending rate to prime borrowers prevailing for the currency of payment at the place where payment is due*), intereses que luego de doce meses se podrán capitalizar y generar nuevos intereses, bajo la misma tasa. Mientras que si las partes han determinado el pago de intereses moratorios a una determinada tasa, sin acordar capitalizarlos, solo se podrá aplicar la idea del interés simple. Mientras que, si las partes han acordado intereses moratorios convencionales, se entiende que se ha previsto los efectos de la mora, de manera que la capitalización que no se pacte en el cálculo de dicho interés podría entenderse como renunciada, pero que se podría pactar y, ahí, habría que definir el carácter imperativo de la capitalización anual.

---

<sup>597</sup> Marín, *op. cit.*, pág. 396.



## Conclusiones

I. El dinero vigente en nuestro sistema financiero es el dinero fiat, es decir, el dinero creado por la autoridad que toma el nombre de dinero de curso legal forzoso, dinero creado por el Estado sin respaldo en mercancía alguna, con la declaración de una unidad ideal fundamental, perteneciente a un sistema financiero en el que el dinero, en su manifestación formal, se crea a través de su emisión por la autoridad monetaria y el crédito que otorgan las entidades financieras, que toma el nombre de dinero bancario o *scriptural money*, manifestaciones formales que se encuentran en relación, con base en las exigencias de reserva de la autoridad monetaria.

II. En la concepción moderna del dinero, su modalidad dinero bancario representa más del noventa por cien del total de la oferta monetaria, dinero bancario que actualmente corresponde a una relación jurídica basada en el crédito, ya que las instituciones financieras, a través de las cuentas de depósitos y del sistema de reserva fraccionaria, puedan crear dinero, a través de sus operaciones básicas, dando lugar, a las relaciones jurídicas personales, basadas en las relaciones obligatorias, en el marco de un contrato de financiación, lo que transforma absolutamente la concepción tradicional del carácter productivo del dinero, que, originariamente, estaba basada en la propiedad sobre el capital y en la que descansaba la idea de que, quien prestaba una suma de dinero era el dueño de dicha suma obtenida en la economía real.

De esta manera, a través de los préstamos y créditos, la entidad bancaria tiene la posibilidad de generar más dinero, utilizando como herramienta auxiliar los contratos de cuentas de depósitos, conocidos también como cuentas corrientes, reconocidas como los primeros medios fiduciarios, hoy la manifestación formal del dinero bancario (como datos electrónicamente almacenados) y, así, de un modo exponencial, gracias a la expansión crediticia por fondos múltiples, imbricado a través de la compensación de pagos, en un sistema bancario que,

cada vez que presta una suma de dinero o facilita una cuenta de crédito, tiene la posibilidad de abrir una nueva cuenta de depósito, para, a su vez, prestar, o para otorgar créditos, situándose el hecho del préstamo, precisamente, en el curso causal de sus nuevos negocios jurídicos, a modo de beneficios, ganancias o lucro, independiente del precio cobrado por el préstamo.

III. El análisis de las obligaciones pecuniarias nos permite sostener que la distinción entre las deudas de valor y las deudas de suma es una consecuencia de la influencia que ejerció la onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones, tras los fuertes procesos inflacionistas, y que derivó en esa categoría de obligaciones de valor, en las que el dinero no era, precisamente, el objeto de la prestación, sino que se trataba de una estimación de valor, idea ya presente en otras obligaciones, como en la indemnización de daños y perjuicios o la prestación de los alimentos.

La distinción entre una deuda de valor y una deuda de suma se extrae de las funciones que cumple el dinero: En la deuda de suma es la función de unidad de cuenta que cumple el dinero, que se hace prevalecer, mientras que, en la deuda de valor, es la función de medida ideal de valor (estimación) la que impera en la categoría obligacional.

La liquidez es una característica propia del dinero, de manera que dudar de la propia liquidez de la deuda pecuniaria, en la que el dinero entra en la prestación es poner en cuestión la característica propia del dinero, que es objeto de la prestación y, en consecuencia, la deuda de dinero es líquida, lo que no quita que el monto a pagar pueda ser determinable.

Las deudas de valor requieren, por su parte, de una distinción en cuanto a lo que se pretende estimar, puesto que si lo que se pretende evaluar es la pérdida de poder adquisitivo, esto se puede solucionar en razón de las operaciones aritméticas asociadas a la tasa de inflación, mientras que, si lo que se pretende estimar es un bien, un servicio, una necesidad o cualquier otra cosa del mundo social que requiera de una expresión en la unidad ideal, se deberá establecer un juicio estimatorio, que es lo que sucede, por ejemplo, con la pensión de alimentos

o con la indemnización de daños y perjuicios, en general, de tal manera que, en las primeras los elementos de la determinación están preestablecidos. Así es que, dentro de las deudas de valor es posible distinguir aquellas que son líquidas de las que son ilíquidas, y reconocemos, dentro de estas últimas, a las “*deudas de valor estimativas*”, sin detrimento de que existan deudas de valor que son líquidas, pero que, a su vez, son determinables, lo que se corresponde con la idea de “deuda de valor real” que busca integrar la pérdida de valor adquisitivo del dinero.

IV. El interés recibe su recepción jurídica como un fruto civil, que tiene por finalidad la de retribuir o indemnizar *el sacrificio económico* al que se expone el dueño de un capital en virtud de un negocio. Esta noción de fruto civil, que se traduce en una obligación dineraria, se fija y cuantifica en razón del tiempo de dilación de la restitución, del monto del capital y de los riesgos asociados al contrato en el que tienen lugar, de acuerdo con el estado del arte.

El sacrificio económico correspondería al lucro cesante; o, en otros términos, el interés es aquel fruto civil que se traduce en una obligación pecuniaria, que garantiza la percepción de tal fruto o rendimiento al dueño del capital, y que busca sanear el perjuicio económico que le provoca la privación que se autoimpone el dueño de esa suma de dinero o que es generada por el incumplimiento, retraso o cumplimiento defectuoso del deudor pecuniario, junto con otros requisitos legales, derivados de los efectos del requerimiento o intimación por parte del acreedor o de la mora del deudor.

Sin embargo, la posibilidad de creación del dinero bancario, a través de las cuentas contables o de los depósitos, que, en el sistema interbancario, se traduce en la creación de cuentas de depósitos múltiples, impide considerar los títulos que justifican los intereses jurídicamente, particularmente el referido, en términos económicos, como *agio* o sacrificio económico, puesto que no habría lucro cesante realmente, sino que el préstamo se posiciona en el curso causal de nuevos préstamos que le permitirán a la entidad de crédito lucrar.

Además, en razón de la expansión crediticia, junto con las decisiones de los bancos centrales, desde la denominada teoría cuantitativa, son, precisamente, las instituciones financieras las que contribuyen al incremento de la base monetaria, siempre vinculada a la inflación, que ha sido considerada como un daño emergente.

V. Debemos apartarnos de la idea de que los frutos civiles pertenecen al dueño de la cosa que los produce si pensamos que el dinero o capital prestado es el que genera dichas ganancias, puesto que no es el dinero en sí mismo el que los genera, sino que es el derecho de crédito que tiene el acreedor frente al deudor para la restitución de la suma de dinero prestada, sobre el que se tiene un dominio, en razón de que el Código Civil español plantea la posibilidad de transmisión o cesión de los créditos, que, siendo cosas incorporales, el legislador ha incluido dentro de lo que se entiende por bienes, es decir, por cosas apropiables, con la posibilidad de cesión, que se extrae en su artículo 1528 y concordantes. Esto es lo que se conoce en Chile como la teoría de la *“propietarización”* de los derechos.

La relación existente entre los intereses como fruto civil y como deuda, se decanta por el hecho de que, por una parte, la obligación resulta una institución por medio de la que se garantiza la obtención de diversos fines sociales y, especialmente, económicos, de modo que se trata de un instrumento, creado justamente para concretar tales fines, y así se confirma con el fruto civil, que responde a la idea de rendimiento o de utilidad que una cosa puede producir, siempre que exista una relación que lo ampare. Por consiguiente, comprobamos que la obligación es la que da la posibilidad de existencia del fruto civil, pues garantiza, a quien es dueño de la cosa productiva, la obtención de tal rendimiento.

VI. La regla relativa a la periodicidad de producción del fruto, que es diaria, nos permite identificar distintos estadios en los que se puede encontrar el fruto

civil, y que están en orden sucesivo. Así, el interés puede estar devengado, vencido e, incluso, capitalizado, en los distintos estados que podrá asumir en función del comportamiento del deudor.

Los estados de devengo y de vencimiento del interés moratorio se asimilan a un mismo momento si las partes no han establecido que este último se dé en un término distinto, en el acuerdo relativo a la producción de los intereses de demora. De esta manera, los intereses generados en estados de anormalidad de la relación contractual, responden a la regla del artículo 474 del Código Civil español, de manera que se devengan y vencen día por día.

VII. Asociado a una de las características que se señalan de la deuda de intereses, como es la de su accesoriedad, debe concluirse que el carácter accesorio de la obligación no responde a los criterios propuestos por la doctrina y expuestos en esta tesis, sino que tal accesoriedad es comunicada o se produce por la característica principal de los frutos, que es justamente su carácter accesorio, y no por la relación de la obligación de pagar intereses añadida a la de restituir el capital. Así, queda confirmado en la afirmación doctrinal referida a que tal accesoriedad sería solo *genética* y que, una vez producido el devengo de los intereses, la obligación se convierte en independiente o principal, pero que conserva las características de la obligación principal que le dio origen, manteniendo una relación de horizontalidad con las obligaciones referidas al capital presentes en un contrato de financiación oneroso.

VIII. La incorporación de una cláusula de estabilización a una relación de crédito transforma la relación obligatoria, referida al principal, en una deuda de valor real, y, en consecuencia, los intereses deberán también ser considerados como una obligación o deuda de valor real, debido a su carácter accesorio al capital en cuanto a su nacimiento, pues el monto resultante de la deuda de

interés será con base en la operación aritmética del tanto por ciento de una deuda actualizada al valor real del dinero.

IX. En lo que se refiere a los factores que se reconocen determinantes del tipo de interés, hay que sostener que, si bien hay claridad respecto de dos de ellos, como son el tiempo de dilación y el monto del capital, desde el punto de vista de la justificación jurídica vigente, desde la práctica bancaria, se señalan *ítems* asociados a distintos tipos de riesgos, dentro de los que se insertan algunos que también son distribuidos en otras cláusulas contractuales, a través de mecanismos distintos a los intereses, de tal forma que habría un doble seguro de los riesgos que se pretenden cubrir con el establecimiento de una tasa de interés basada en riesgos relativos a la disminución del valor real del dinero o referidos a los riesgos que forman parte del desarrollo de cualquier actividad comercial.

En consecuencia, la calificación de la deuda de intereses como una deuda de valor real importa en el análisis de la distribución de los riesgos de la relación de crédito, que se traduciría en el equilibrio de las prestaciones, puesto que dentro de los distintos riesgos asociados a la determinación del montante del interés, se reconoce a la inflación como uno de los riesgos que se integran en la tasa de interés a cobrar, lo que acentúa la desproporción en la distribución de los riesgos del negocio y, consecuentemente, determina un desequilibrio de la relación de crédito.

X. La doctrina y la jurisprudencia se encuentran coincidentes por lo que se refiere a la advertida y supuesta concurrencia normativa entre la denominada Ley Azcárate y el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, lo que pone de manifiesto la actual vigencia de la Ley de Represión de la Usura y que sea de aplicación preferente frente a la insuficiencia de protección al consumidor respecto del mecanismo de las

cláusulas abusivas por la exclusión del control de contenido de los contratos predispuestos para respetar la libre fijación de precios.

Tal concurrencia normativa, que ha reaparecido desde la doctrina jurisprudencial, establece la posibilidad de control de las cláusulas de precios, como las que fijan los intereses remunerativos, a través del control de transparencia, impuesta por la buena fe, reconocida en el texto legal que protege a los consumidores y, de esta manera, facilitar que se aplique el juicio de transparencia y abusividad a tales intereses. Sin embargo, creemos que la concurrencia no es tal, ya que, por tratarse de una causa distinta a la planteada en la ley de represión de la usura, su aplicación no sería concurrente.

En consecuencia, las cláusulas en las que se pacten intereses, cualesquiera que sean estos, retributivos, moratorios convencionales, anatocísticos civiles convencionales, principalmente, están sometidos al análisis de la abusividad o de la falta de transparencia y, de esta manera, se admite un control de contenido necesario en los modelos de contratación vigentes y, así, se superan los efectos negativos de una nulidad radical que pueda provocar efectos perjudiciales a las víctimas de usura.

XI. Se entiende por intereses el objeto de toda prestación a favor del acreedor que no sea la restitución del capital, especialmente para la determinación del carácter usurario de los intereses, en aplicación de la denominada Ley Azcarate. Para estos efectos, el concepto de la Tasa Anual Equivalente es un mecanismo que aporta al equilibrio, junto con los deberes de transparencia impuestos a los prestamistas.

La noción de que no sea el interés el usurario, sino que lo es el préstamo en el que se incorpora, nos ayuda a entender mejor por qué el Tribunal Supremo asocia, para los efectos de la aplicación de la Ley Azcárate, el interés a la definición proporcionada por el artículo 315 del Código de Comercio, junto con la referida Tasa Anual Equivalente, pues, justamente, la relación obligatoria compleja que se gesta en este tipo de contratos, puede traer aparejada una serie

de costos que, al estar fuera de lo que es técnicamente el interés, podrían burlar la represión de la usura.

XII. En cuanto a los efectos de la declaración de la nulidad del artículo 3 de la denominada Ley Azcárate, la ineficacia pretendida por este texto legal, permite la calificación del préstamo o crédito no solo de radicalmente nulo o de inexistente, sino, además, de ser una nulidad especial, puesto que se desatiende a lo que se plantea legalmente como fundamento de esta nulidad, en cuanto a entender que estamos en presencia de una causa ilícita, de manera que la aplicación preferente del artículo 3 de la Ley de Represión de la Usura, por especial, debe ser admitida como un caso excepcional de nulidad en comparación con el esquema general del Código Civil español.

XIII. Respecto del recibo, como documento acreditativo, es una obligación del acreedor su emisión, sustentada en lo establecido en el artículo 1258 del Código Civil español, puesto que resulta consecuencia del mandato de la buena fe en la relación obligacional que, si se ha realizado un pago, este deba constar en algún medio de prueba del que posteriormente pueda hacer uso el deudor, ya sea para con terceros e incluso en defensa del mismo acreedor, que niega o ha olvidado el pago del deudor.

Además, existiendo tal deber del acreedor, si en el recibo no se hace reserva del pago de la deuda de intereses, en los términos del artículo 318 del Código de Comercio y del 1110 del Código Civil, no podría probar la subsistencia de los frutos civiles.

XIV. En el Derecho civil español la aplicación del principio de productividad del dinero, si bien es reconocido, requiere de un acuerdo o de una actuación por parte del acreedor, pues, en el caso de los intereses retributivos, deben ser pactados, mientras que, en el caso de los intereses moratorios legales, se hace



necesario, para la fertilidad del dinero, que se realice el requerimiento en cualquiera de sus formas, siguiendo el plan general de la mora trazado por el legislador civil.

Por tanto, cabe afirmar que el dinero es estéril mientras no intervenga la voluntad de los contratantes que den lugar a una relación de crédito, o la voluntad del legislador con base en las exigencias de los artículos 1755, 1108 y 1109 del Código Civil español. La productividad del dinero está asociada a una disposición convencional o legal, que funda la existencia del fruto civil, que, como tal, requiere de una relación jurídica subyacente, de tal manera que los intereses se producirán solo en el marco de una relación de crédito que será la base de la posible disposición legal, pero jamás el dinero por sí mismo es fructífero y, en consecuencia, la idea de esterilidad del dinero sigue vigente.

Sin embargo, esta infertilidad es revertida fácilmente en el modelo de la contratación actual, basado en contratos celebrados por adhesión, con cláusulas predispuestas por las entidades financieras, que, en respuesta a las finalidades que impone la economía, integran cláusulas en las que, no solo aseguran la fertilidad del dinero, sino que la llevan más allá de los límites de la desproporción y consecuentemente incurren en usura o abusividad.

XV. La pretensión de aplicar una u otra fórmula de anatocismo requiere que respondamos al principio *favor debitoris*, que impera en el ámbito civil, de tal manera que la fórmula más favorable es, sin duda, la del anatocismo puro, en el que el interés base no se adjunta o incorpora al capital para calcular los intereses anatocísticos, sino que se requiere de la formación de un conjunto que aúne los intereses base sobre los que se pretende aplicar la tasa del interés legal que corresponde al anatocismo civil legal, puesto que aplicar la tasa del interés anatocístico civil legal del 1109 del Código Civil español a un cúmulo que incluya también el capital adeudado, hace aplicable la norma, cuya hipótesis de aplicación son los intereses, a una base de cálculo no prevista. En este contexto, la regulación del anatocismo civil legal español está planteada en términos de defensa de los intereses del deudor, puesto que, al exigir un requerimiento

judicial, el acreedor que no actúe diligentemente, en estos términos legales, para exigir el cumplimiento de la deuda pecuniaria que ha devengado intereses, no podrá verse beneficiado por el pretendido carácter productivo del dinero, del que es objeto la deuda de intereses retributivos, al menos.

Además, en el anatocismo civil legal español, la ausencia de un periodo de capitalización, no necesariamente en el sentido de acumulación, como proponen las legislaciones francesa e italiana, obliga a aplicar la regla del devengo diario del interés y que, en ausencia de acuerdo en cuanto al vencimiento, devengo y vencimiento se producen a la vez, asimilando los efectos propios de una capitalización diaria, que generaría el crecimiento de la deuda de intereses en su versión exponencial más exagerada.

XVI. La tendencia regulatoria referida al anatocismo busca frenar el incremento de la deuda, ya sea poniendo límites a la capitalización de los intereses, ya sea distinguiendo entre aquellos que se pueden capitalizar (retributivos) y aquellos que no (moratorios) o estableciendo plazos de capitalización máximo, como los doce meses que plantea el *Draft Common Frame of Reference*, de tal manera que la fundamentación del límite al principio de productividad del dinero es una tendencia en el restablecimiento del equilibrio entre las entidades de crédito y los consumidores.

XVII. La interpretación del anatocismo civil legal, inspirado en el principio *favor debitoris*, solo podría ser aplicado a los intereses retributivos, y así debe sostenerse, aún conscientes de que el artículo 1109 del Código Civil español solo se refiera a los intereses, sin mayor calificación y que, por tales, en principio, comprendería tanto los retributivos como los moratorios.

Sin embargo, la presunción de los daños que se reconoce, tanto en el artículo 1108, como en el siguiente artículo 1109, ambos del Código Civil español, deben

ser limitados en su proyección temporal, basados en la idea de que el perjuicio, al que se refiere tal presunción, es la del lucro cesante, que no puede afirmarse infinitamente en el tiempo, puesto que el juicio de probabilidad de ocurrencia de los daños se diluye, entendiéndose que los referidos artículos 1108 y 1109 responden a un modelo de presunción simplemente legal o *iuris tantum*.

XVIII. Los intereses anatocísticos son intereses moratorios y, por tanto, merecen el mismo cuestionamiento en cuanto al pretendido sacrificio económico que justifica el interés unitariamente considerado, de manera que negar la fundamentación del interés, con base en la inexistencia de la ganancia dejada de percibir por las entidades financieras, es negar la propia justificación del anatocismo, más allá de su reconocimiento legal, que como hemos expuesto, está basada en una relación de crédito que hoy no existe entre los bancos y los consumidores.

XIX. La ausencia de justificación de los intereses que hemos sostenido, desde nuestro desarrollo argumentativo, se basa en el modelo que se toma en consideración para establecer el fundamento económico y jurídico de los intereses, que descansa en el mutuo clásico, en el concurría un mutuante que era, efectivamente, el dueño de una cantidad de dinero y que con la privación de la suma de dinero se veía expuesto a un daño.

El contrato de mutuo o simple préstamo tiene una trayectoria histórica que da cuenta de que los intereses se aceptaban restringidamente y solo a consecuencia de la mora en la restitución del capital, debido a la idea del lucro cesante y del daño emergente, lo que hizo que se abrieran camino como fundamentos a los intereses retributivos originalmente reprimidos, modelo causal de los intereses que sí se presentaría en aquellos casos en los que el prestamista

no sea una entidad de crédito que cuente con el referido privilegio de crear dinero.

XX. Actualmente, la justificación de los intereses en las relaciones de crédito está basada, únicamente, en la labor profesional desarrollada por las entidades de crédito, es decir, lo que se estaría remunerando a través del interés no es un sacrificio económico, ni una ganancia dejada de percibir por parte del prestatario, aquí representado por las entidades de crédito, en su calidad de dueño del capital que se presta, sino que, es precisamente la remuneración de un servicio financiero, en los términos en que se ha intentado justificar las comisiones bancarias.

El servicio financiero que desarrollan las entidades privadas, como parte de un sistema monetario complejo, en el que la masa monetaria está establecida en función del crédito, en vez del ahorro, con un dinero/crédito sin respaldo en el mundo real, y cuantitativamente en constante ascenso, debe ser reconocido como un servicio público de crédito.

## **Jurisprudencia citada**

### Jurisprudencia española

Sentencia del Tribunal Supremo del 19 de Noviembre de 1907 sobre el análisis de los intereses como frutos civiles.

Sentencia del Tribunal Supremo 4999/2002 del 5 de julio. Sobre la liquidez para producir intereses anatocísticos.

Sentencia del Tribunal Supremo 677/2014 del 2 de diciembre. Respecto de la exclusión de los elementos esenciales del contrato en el juicio de abusividad y el control de transparencia.

Sentencia del Tribunal Supremo 265/2015 del 22 de abril. Referida al tipo umbral en la determinación de abusividad de una cláusula sobre intereses moratorios en un préstamo sin garantía real.

Sentencia del Tribunal Supremo 608/2017 del 15 de noviembre. Sobre la falta de transparencia y su relación con el carácter abusivo de las cláusulas de los contratos predispuesto.

Sentencia del Tribunal Supremo 4810/2015 del 25 de noviembre. Sobre el carácter usurario de un crédito "*revolving*" concedido a un consumidor

Sentencia del Tribunal Supremo 432/2018 del 11 de julio. Sobre la validez del préstamo consensual.

Sentencia del Tribunal Supremo 566/2019 del 25 de octubre de 2019, respecto de comisiones bancarias predispuestas e impuestas y la libertad contractual.

Sentencia del Tribunal Supremo 2422/2020 del 10 de julio. Sobre el perfeccionamiento del contrato de préstamo.

### Jurisprudencia europea

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de marzo de 2020. Referido a las cláusulas IRPH en préstamos hipotecarios.

## Bibliografía

- Aglietta, M., & Cartelier, J. (1998). Orden monetario de las economías de mercado. En M. A. Cartelier, *La Monnaie Souveraine*. Odile Jacob.
- Albaladejo García, M. (1995). "La nulidad de los préstamos usurarios". En *Anuario de Derecho Civil*, 48 (1), pp. 33-50.
- Albaladejo, M. (2001). *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. Barcelona: J.M. Bosch.
- Albaladejo, M. (2011). *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. Madrid: Edisofer S.L.
- Alonso Pérez, M. & Albaladejo García, M. (2008). *Comentarios al Código Civil. Tomo V, Volumen 1º, artículos 333 a 391 del Código Civil (recurso electrónico)*. Madrid: Edersa, 2ª edición (última consulta 21 de marzo 2017) Disponible en: [www.vlex.es](http://www.vlex.es) .
- Álvarez Olalla, M. P. (1999). *La garantía de los intereses en el préstamo hipotecario*. Granada: Comares.
- Avella Gómez, M. (2004). Los acuerdos bancarios de Basilea en perspectiva. *Revista del Banco de la República*, pp. 107-133.
- Barros Bourie, E.; García Rubio, M. P. & Morales Moreno, A. (2009). *Derecho de daños*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Bastiat, C. F. (2007). *The bastiat Collection*. Auburn, Alabama: Ludwig von Mises Institut. Obtenido de [mises.org](http://mises.org).
- Bastiat, F. (1957). "¡Maldito Dinero!". (recurso electrónico) Disponible en: (<https://books.google.cl/books?id=uNCCmgEACAAJ&hl=es&pg=PA5#v=onepage&q&f=false>). Madrid: Imprenta de D. José C. De la Peña, Atocha.
- Bazosabal Arrue, X. (2004). *Estructura básica del préstamo de dinero*. Valencia: Tirant lo blanch.

- Bell, S. (2001). The role of the state and the hierarchy of money, *Cambridge Journal of Economics*, 25(2), pp. 149-163.
- Benes, M. J., & Kumhof, M. M. (2012). *The Chicago plan revisited*. Washington: International Monetary Fund.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (1973). *La imputación de pagos*. Madrid: Montecorbo.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2004.). Artículo 1110 (recurso electrónico). En M. Albaladejo, *Comentario al Código Civil. Tomo X, Vol. 1º artículos 1088 a 1124 del Código Civil*. Madrid: Última consulta: 27 de diciembre del 2021. EDERSA. Disponible en: [www.vlex.es](http://www.vlex.es).
- Böhm-Bawerk, E. von & Silva, C. (2014). *Capital e interés. Historia crítica de las teorías sobre el interés* (Vol. I). Innisfree.
- Bonet Correa, J. (1955). Los arrendamientos con escala móvil. *Anuario de Derecho Civil*, pp. 89-159.
- Bonet Correa, J. (1981). *Las deudas de dinero*. Madrid: Civitas.
- Brunnermeier, M. K. (2009). Deciphering the liquidity and credit crunch 2007-2008, *Journal of Economic Perspectives*, 23(1), pp. 77-100.
- Castán Tobeñas, J. (1943). *Derecho Civil español. Común y Foral* (Vol. II). Madrid: Reus.
- Cuena Casas, M. (2011). Fresh Start y mercado crediticio. *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, 3.
- Cuena Casas, M. (2020). Régimen jurídico aplicable a los contratos de préstamo a través de plataformas de financiación participativa. En *Aspectos legales de la financiación en masa o crowdfunding*. Tirant lo Blanch, pp. 361-397.
- Cruz Hidalgo, E., & Parejo Moruno, F. M. (2016). El dinero en la historia del pensamiento económico: la teoría monetaria post-keynesiana y su confrontación con la ortodoxia. *Iberian Journal of the History of Economic Thought*, 3(1), 27-41.

- D'ors, A. (1956). Creditum y contractus. *Anuario de Historia del Derecho Español*, pp. 183-208.
- D'ors, Á. (1990). Premisas morales para un nuevo planteamiento de la economía. *Revista Chilena de Derecho*, 17 (3).
- Dalla Massara, T. (2018). Liquidità e illiquidità, valuta e valore: per una ridefinizione dei confini concettuali, *Rivista di Diritto Civile* 64(2), pp. 536-549.
- De la Cuesta Rute, J. M. (2006). *El dinero y la representación de las posiciones acreedoras y deudoras en el tráfico*. Madrid; Barcelona: Marcial Pons.
- De Vergara, L. C. (2014). *Matemáticas financieras (5a. ed.)* Disponible en <https://elibro-net.sire.ub.edu/es/ereader/craiub/69884> (última consulta: 12 de diciembre del 2019). Barranquilla: Universidad del Norte.
- Del Rosal, M. (2019). Una crítica de la economía política del Banco Central Europeo (recurso electrónico). *Papeles De Europa [fecha de consulta: 12 de agosto 2020]* Disponible en: <https://doi.org/10.5209/pade.64469.>, 32(1), pp. 13-27.
- Díaz Alabart, S. (2016 ). *Manual de Derecho de Consumo. Lección I Introducción: la Contratación con consumidores*. Madrid: Reus Editorial.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L. (1999). Contrato de crédito y protección de consumidores. *Anuario de Derecho Civil*, pp. 1357-1394.
- Díez-Picazo, L. (2008). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial II. Las Relaciones Obligatorias*. Madrid:Thompson Civitas.
- Díez-Picazo, L., & Gullón, A. (1988). *Sistema de Derecho Civil (Vol. II)*. Madrid: Tecnos.
- Enneccerus, L. (1933). *Tratado de Derecho civil, Tomo II, vol. 1*. Barcelona: Bosch.
- Estasen, P. (1909). La ley sobre préstamos usurarios. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 57(114), pp. 70-82.



- Ferguson, N. (2008). *The ascent of money. A financial history of the world*. New York: Penguin Press.
- Ferrando Villalba, M. D. (2002). *Las comisiones bancarias. Naturaleza, requisitos y condiciones de aplicación* (1ª ed.). Granada: Comares.
- Fisher, I. (1985). *The purchasing power of money*. Fairfield: Augustus M. Kelly, Publishers.
- Gadea Soler, E. (2007). *Los títulos valor. Letra de cambio, cheque y pagaré*. Madrid: Dykinson.
- García-Bernardo Landeta, A. (1999). Deuda de valor y subrogación real imperfecta. *Anuario de Derecho Civil*, 52(3), pp. 947-997.
- García Manrique, R. (2004). *Radbruch y el valor de la seguridad jurídica*. *Anuario de filosofía del derecho*, pp. 261-286.
- Garrigues, J. (1958). *Contratos Bancarios*. Madrid.
- Gómez Rojo, M. E. (2003). *Historia jurídica del anatocismo*. Málaga.
- Gramunt Fombuena, M. D. (1993). *La mora del deudor en el Código Civil*. Barcelona: Jose María Bosch Editor.
- Grandesso Silvestri, Mattia (2014) "*L'anatocismo*", *tesis doctoral*, Cagliari Università degli Studi di Cagliari, tutora: Anna Paola Ugas.
- Grinberg, R. (2012). Bitcoin: An Innovative Alternative Digital Currency (online). Disponible en:  
<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hascietlj4&id=163&div=&collection=>. *Hastings Science & Technology LawJournal*, 4.
- Guzmán Fernández, G. (2000). ¿Qué es el dinero? Un abordaje desde la psicología económica. *Psicología desde el Caribe*(6), pp. 75-92.
- Hernández Gil, A. (1960). *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Marible Artes Gráficas.
- Hidalgo, E. C., & Moruno, F. M. (2016). El dinero en la historia del pensamiento económico: la teoría monetaria post-keynesiana y su confrontación con la

- ortodoxia. *Iberian Journal of the History of Economic Thought*, 3(1), pp. 27-41.
- Hoppe, H. H. (1994). How is fiat money possible? —or the devolution of money and credit. *The Review of Austrian Economics*, 7(2), 49-74
- Huerta de Soto, J. (2009). *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*. Madrid: Unión editorial.
- Inzitari, B. (2011). *Delle obbligazioni pecuniarie: Art. 1277-1284. Commentario del Codice Civile Sciajola-Branca*. Bologna; Roma: Zanichelli Editore; Soc. Ed. del Foro Italiano.
- Jacquese Marcuse, R. (2009). *Diccionario de términos financieros y bancarios (5a. ed.) (recurso electrónico)*. Ecoe Ediciones. (última consulta 2 de diciembre del 2021) Disponible en:  
<https://elibro-net.sire.ub.edu/es/ereader/craiub/69073?page=159> . .
- Jiménez Muñoz, F. J. (2008). El tratamiento de los intereses en el Derecho canónico y en el Derecho islámico. *Revista de Derecho de la UNED (RDUNED)*, 3, pp. 71-100.
- Jiménez Muñoz, F. J. (2009). Sobre la naturaleza de los intereses. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, pp. 171-202.
- Jiménez Muñoz, F. J. (2010). La resarcibilidad del mayor daño sufrido por el acreedor pecuniario a causa de la mora del deudor. *Anuario de Derecho Civil*, 63(2), pp. 753-806.
- Jiménez Muñoz, F. J. (2010). *La usura: evolución histórica y patología de los intereses*. Madrid: Dykinson.
- Kenneth Galbraith, J., & (Trad.), F. A. (1983). *Dinero de donde vino / adonde fue*. Barcelona: Orbis.
- Keynes, J. M. (1930). *A treatise on money V. 1 The pure theory of money* (Vol. 1). Londres, England: Macmillan and Co.

- Keynes, J. M. (2013). *The Collected Writings of John Maynard Keynes: In Two Volumes. A Treatise on Money. The Pure Theory of Money.* (Vol. II). Cambridge University Press for the Royal Economic Society.
- Knapp, G. (1924). *The state theory of money.* McMaster University Archive for the History of Economic Thought.
- Lacruz Berdejo, J. L.; Sancho Rebullida, F. d. A.; Luna Serrano, A.; Delgado Echeverría, J.; Rivero Hernández, F. & Rams Albesa, J. (2011). *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones.* (Vol. Volumen primero). Madrid: Dykinson.
- Lasarte Álvarez, C. (1995). *Deudas líquidas e ilíquidas y cobro de intereses / introducción y selección de Carlos Lasarte Álvarez.* Madrid: Tecnos.
- Lasarte Álvarez, C. (1996). La deuda de intereses. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, pp. 115-144.
- Lasarte Álvarez, C. (2015). *Manual sobre la protección de consumidores y usuarios.* Madrid: Dykinson.
- Lasarte González, C. (2013). *Principios de Derecho Civil. Contratos.* Madrid: Marcial Pons.
- Lasarte González, C. (2015). *Derecho de Obligaciones Principios de Derecho Civil II.* Madrid: Marcial Pons.
- Lechuga Montenegro, J. & Busamante, J. (Julio-Diciembre de 2008). Estado y bancos en la creación monetaria. El valor del dinero electrónico. *Trayectorias. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Nuevo León*, X(27), pp. 35-46.
- Lois Esteves, J. (1958). Sobre el concepto de Naturaleza Jurídica. *Anuario de Filosofía Del Derecho*, pp. 159-182.
- Mann, F. (1992). *The legal aspect of money: with special reference to comprative private and public international law.* OUP Catalogue.

- Manresa y Navarro, J. M.; Cárdenas, F. D.; Moreno Mocholi, M. & Bloch, J. M. (1967). *Comentarios al Código Civil español. T. VIII, Vol. 1. 6ª edición*. Madrid: Reus.
- Marín Salmerón, A. (2019). El anatocismo en la reforma del Derecho de obligaciones. En J. Ataz López & C. L. García Pérez, *Estudios sobre la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 391-410.
- Martín-Retortillo, C. (1951.). Clases de frutos en el Código Civil. *En Anuario de Derecho Civil*, 4(1), pp. 139-155.
- Martín, J. F. (2007). *La prueba del lucro cesante*. Recuperado el 22/12/2021, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2260737>
- Marx, K. (2010). *EL Capital. Crítica a la economía política (Das Kapital/Kritik der politischen Ökonomie)*, traducido por Pedro Scaron (Vol. 1). Madrid, Madrid, España: Siglo XXI de España editores.
- Mcleay, M., Radia, A. & Thomas, R. (2014). Money creation in the modern economy. *Bank of England Quarterly Bulletin*, 2014, p. Q1. (última consulta: 12/12/2021) Disponible: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2416234](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2416234). *Bank of England Quarterly Bulletin*.
- Mcleay, M., Radia, A., & Thomas, R. (2014). Money in the modern economy: an introduction (recurso electrónico), p. Q1. (Última consulta: 12/12/2021) Disponible en : [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2416229](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2416229). *Bank of England Quarterly Bulletin*.
- Mcleay, M., Radia, A., & Thomas, R. (2015). El dinero en la economía moderna: una introducción. (traducido por Alberto Supelano. (Última consulta: 12/12/2021) Disponible en:

- [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0124-59962015000200015](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-59962015000200015); *Revista de economía institucional*, 17(33), 333-353.
- Mcleay, M., Radia, A., & Thomas, R. (julio-Diciembre de 2015). (Recurso electrónico) La creación de dinero en la economía moderna. Trad. Alberto Supelano (Última consulta: 12/12/2021). Disponible en:
- [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0124-599620150002000](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-599620150002000). *Revista de economía institucional*, 17(33), 355-383.
- Medina Alcoz, M. (2011). Anatocismo, derecho español y draft common frame of reference (online). Disponible:
- <https://indret.com/anatocismo-derecho-espanol-y-draft-common-frame-of-reference/> Última consulta 17/11/2021. *InDret*.
- Menger, C. (2009 (1892)). *On the origins of money*. Recuperado el 01/04/2018, de Mises Bookstore: <https://store.mises.org/eBook-P10644.aspx>
- Miller Moya, L. M. (2008). Una aproximación sociológica a la noción de convención social. *Revista Mexicana de Sociología*, 70(4), pp. 649-673.
- Miller Moya, L. M. (2009). La noción de convención social. Una aproximación analítica (online) Disponible en:
- <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3026966>.
- (última consulta 03/03/2020). *Paper: Revista sociologica*(91), pp. 29-43.
- Minsky, H. &. (2008). *Stabilizing an unstable economy* (Vol. 1). New York: McGraw-Hill.
- Mises, L. von (2011). *La acción humana: tratado de economía*. Madrid: Unión editorial.
- Mises, L. von (1936). *La teoría del dinero y del crédito*. Madrid: Aguilar.
- Mishkin, F. (2014). *Moneda, banca y mercados financieros*.
- Moisá, B. (2014). Los deberes secundarios de conducta y la falsa distinción entre obligaciones de medios y de resultado, (030), *Advocatus*, pp. 177-185.

- Morales Moreno, A. M. (2006). *La modernización del Derecho de obligaciones*. . Navarra: Aranzadi.
- Morales Moreno, A. M. (2010). *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Pamplona: Aranzadi Thomson Reuters.
- Murillo Villar, A. (1999). Anatocismo: Historia de una prohibición. *Anuario de Historia del Derecho Español* (69), pp. 497-518.
- Múrtula Lafuente, V. (199). *La prestación de intereses*. Madrid: McGraw-Hill/ Interamericana de España.
- Nakamoto, S. (2008). Bitcoin: A peer-to-peer electronic cash system (online) disponible en:  
<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Obtenido de <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>
- Namen Vargas, W. (1998). Obligaciones Pecuniarias y Corrección Monetaria. *Revista de Derecho Privado*, 3(31), pp. 31-64.
- Nussbaum, A. (1929). *Teoría Jurídica del Dinero. El dinero en la teoría y en la práctica del Derecho alemán y extranjero*. Trad. L. Sancho Seral. Madrid: Victoriano Suarez.
- Ordás Alonso, M. (2014). *El Nuevo Marco Normativo para los Contratos de Prestamos y Créditos*. Barcelona: Bosch.
- Pastor Sampere, M. D. (2005). *Dinero electrónico (recurso electrónico)* Disponible en:  
<https://app-vlex-com.sire.ub.edu/#sources/576>.  
Madrid, (Consulta: 29/11/2017): Edersa.
- Pastor Sampere, M. D. (2017). Criptodivisas: ¿Una disrupción jurídica en la eurozona?. *Revista de Estudios Europeos* (70), pp. 295-329.
- Pérez Velázquez, J. P. (2016). *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los principios de Derecho contractual europeo*. Madrid: BOE.

Pintó Ruiz, J. J. (28/11/1998). Las reacciones del Derecho privado ante la inflación (recurso electrónico) . Discurso de ingreso del académico numerario, electo Excmo. Sr. Dr. D. José Juan Pintó Ruiz, doctor en Derecho, miembro numerario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña y de la Real Academia de Doctores. Barcelona. Obtenido de Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras. (Última consulta: 23/09/2021) Disponible en:

<https://racef.es/es/discurso/las-reacciones-del-derecho-privado-ante-la-inflacion>

Pothier, R. J. (1878). *Tratado de las obligaciones: precedido de un proemio que contiene la legislación española sobre contratos*. Barcelona: J. Roger.

Proctor, C. (2005). *Mann on the legal aspect of money*. Oxford: Oxford University Press.

Quesada Páez, A. (2019 ). Los sistemas de reputación en la economía colaborativa. En *Relaciones contractuales en la economía colaborativa y en la sociedad digital*. Madrid: Dykinson, pp. 335-351.

Raga Gil, J. T. & De La Sierra Flores, M. ( 2016). *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la unión europea (recurso electrónico)* (Madrid: Dykinson. Última consulta 17/03/2021) disponible en:

<https://app.vlex.com/#sources/14321> .

Redondo Trigo, F. (2015). Las cláusulas abusivas de intereses moratorios ante la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 y el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de junio de 2015, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 91(751), pp. 3018-3028.

Riera i Prunera, C. & Blasco-Martel, Y. (2016). La teoría cuantitativa del dinero. La demanda de dinero en España: 1883-1998. *Estudios de Historia Económica*, nº 72, Disponible en:

<https://repositorio.bde.es/bitstream/123456789/7407/1/roja72.pdf>.

*Informe Banco de España*, pp. 1-142.

- Rodríguez de Almeida, M. G. (2020 ). La contratación a través de plataformas intermediarias en línea. En *Aspectos legales de la financiación en masa o crowdfunding*. Tirant lo Blanch, pp. 59-97.
- Rodríguez De Las Heras Ballel, T. (2013). El crowdfunding: una forma de financiación colectiva, colaborativa y participativa de proyectos. *Revista Pensar en Derecho*, 2(3), pp. 101-123.
- Rothbard, M. N. (2012). *Historia del pensamiento económico* (Vol. I). España: Unión editorial.
- Ruiz-Rico Ruiz, J. M. (2004). *Comentario al artículo 1108 del Código Civil. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (recurso electrónico)* Disponible en:  
<https://app.vlex.com/#WW/vid/228564>  
(última consulta: 12/12/2021). Madrid: Edersa.
- Ruiz-Rico Ruiz, J. M. (2005). Artículo 1109 (recurso electrónico). En M. Albaladejo, *Comentarios al Código Civil. Tomo XV, Vol 1º: Artículos 1088 a 1124 del Código Civil*. Madrid: Edersa. (Última consulta 30/12/2021)  
Disponible en: [www.vlex.es](http://www.vlex.es)
- Ruiz-Rico Ruiz, J. M., & Castaños Castro, P. (2015). Intereses moratorios declarados abusivos: reflexiones sobre las consecuencias derivadas de la nulidad de la cláusula de intereses moratorios en préstamos con consumidores. *Diario La Ley* (8645).
- Sabater Bayle, E. (1986). *Prestamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*. Pamplona: Aranzadi.
- Saborido Sánchez, P. (2005). *La causa ilícita. Delimitación y efectos*. Valencia: Tirant lo Blach.
- Samson, A. (2018). *The Behavioral Economics Guide 2018 (with an Introduction by Robert Cialdini)* (online). Disponible en:  
<http://www.behavioraleconomics.com> . Andreas D. A. Haberl.



- Sánchez Capdequí, C. (2005). Las identidades del dinero. *REIS* (111), pp. 45-74.
- Sánchez Gonzáles, M. P. (mayo de 2014). Sistema codificado de imputación de pagos: problemas actuales y propuestas de futuro. *Revista Crítica de Derecho inmobiliario* (743), pp. 935-982.
- Sánchez Ruiz de Valdivia, I. (2019). Blockchain y plataformas de financiación participativa: dos retos del mercado único digital. En *Relaciones contractuales en la economía colaborativa y en la sociedad digital*. Madrid: Dykinson, pp. 353-373.
- Samaranch, F. (1986). Aristóteles, Obras (Del alma. Ética Nicomaquea. Ética Eudemia. Política. Constitución de Atenas. Poética). *Madrid: Editorial Aguilar*.
- Serrano, E. (2005). La teoría aristotélica de la justicia. México: Insomnia.
- Simmel, G. (1958). *Filosofía del dinero*. Madrid: Duncker & Humbolt.
- Simonetto, E. (1958). *Los contratos de crédito*. Trad. Fuentes Lojo, Juan V.; Notas: Martínez Valencia, Juan. Barcelona: J. Ma. Bosch.
- Solarte Rodríguez, A. (2004). La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. *Universitas*, 53 (108), pp. 282-315.
- Study Group on a European Civil Code; Research Group on EC Private Law (Acquis Group). (2009). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Munich: Sellier.
- Torralba Soriano, O.-V. (1966). Estudio crítico del artículo 1110 del Código Civil. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (457), pp. 1508-15033.
- Valle Baeza, A. & Mendieta Muñoz, I. (2010). Apuntes sobre la teoría marxista de la tasa de interés (recurso electrónico), (Última consulta: 05/03/2019). [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_)  
*Problemas del desarrollo*, 41(162), pp. 161-176.

- Vattier Fuenzalida, C. (1980). Contribución al estudio de las obligaciones accesorias. *Revista de Derecho Privado*, pp. 28-49.
- Vattier Fuenzalida, C. (1980). Problemas de las obligaciones pecuniarias en el Derecho español. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, pp. 41-92.
- Venezian, G. & Castan tobeñas, J. (1928). *Usufructo, uso y habitación*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.
- Villagrasa Alcaide, C. (2002). *La deuda de intereses*. Barcelona: EUB.
- Villagrasa Alcaide, C. (2021). El índice de referencia de los préstamos hipotecarios (IRPH) ante los parámetros de la transparencia en los contratos perfeccionados con consumidores (recurso electrónico). *Revista Jurídica sobre consumidores y usuarios* (Número especial) (última consulta: 26/12/2021), pp. 125-143. Disponible: en [www.vlex.es](http://www.vlex.es).
- Villagrasa Alcaide, C. (1998). *La Deuda de intereses (recurso electrónico)*. Universitat de Barcelona. Departament de Dret Civil. (última consulta: 12/12/2021) Disponible en : <https://www.tdx.cat/handle/10803/1391#page=1>.
- Von Ihering, R. (1911). *El fin del derecho*. Madrid: Librería general Victorino Suarez.
- Von Thür, A., & Roces, W. (. (1934). *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Editorial Reus.
- Zelmanovitz, L. (2011). Money: origin and essence, (14), *Criterio Libre* (14), pp. 65-90.
- Zimmermann, R. (1987). Stipulatio poenae. *South African Law Journal*, 104 (3), pp. 399-415.
- Zunzunegui Pastor, F. (2020). Encuadre sistemático y conceptual de la financiación participativa (Crowdfunding). . En *Aspectos legales de la financiación en masa o crowdfunding* (págs. 37-57). Tirant lo Blanch.
- Zunzunegui, F. (2018). La digitalización de los servicios de pago (Open Banking) (recurso electrónico). Disponible en:

