

## El pago, por el prestatario, de intereses no pactados (art. 1756 CC)

FRANCISCO JORDANO FRAGA  
Catedrático de Derecho civil  
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

SUMARIO: I. *Preliminar: Justificación y planteamiento.*—II. *En qué condiciones, dentro del contrato de mutuo, son debidos los intereses por el prestatario: el artículo 1755 CC*—III. *El artículo 1756 CC: A) Gesta- ción histórica de la norma: A.1) Antecedentes remotos; A.2) Antece- dentes inmediatos; A.3) Lo que la Historia enseña sobre el significado y ratio del artículo 1756 CC; B) Interpretación del artículo 1756: requisi- tos en él establecidos —delimitación positiva y negativa de su ámbito de aplicación— y efecto legal derivado de su concurrencia.*—IV. *Cómo queda establecida la relación entre los artículos 1755 y 1756 CC, a la luz de todo lo previamente expuesto.*—V. *El artículo 1756 y la llamada «obligación natural».*—VI. *El artículo 1756 CC y la acción para recu- perar, por quien lo realizó, un pago indebido.*

### I. PRELIMINAR: JUSTIFICACIÓN Y PLANTEAMIENTO

La norma del artículo 1756 CC, por los propios condiona- mientos (legales) de su supuesto de hecho, está fatalmente conde- nada a una muy limitada aplicabilidad en la práctica.

En primer lugar, porque —como se verá con más detalle después— el precepto exige, para poder aplicarse, la existencia de un contrato de mutuo *gratuito* —en el que *no* se haya pactado obligación de pago de intereses, a cargo del mutuuario, como contraprestación de la transmisión, operada en su favor, de la propiedad del capital pres- tado—. Y, como todo el mundo sabe, en la realidad del tráfico actual, el mutuo gratuito es *rarissima avis*, hasta tal punto es normal y fre- cuente en ella el pacto de intereses compensatorios como ele-

mento del contrato de mutuo, que adquiere, así, carácter oneroso para el mutuuario –pacto, éste, sin el cual, como resulta del artículo 1755 CC, el prestatario no está obligado a pagar, a su prestamista, intereses del capital prestado. También de esto se hablará más extensamente después–.

En la práctica, según frecuentemente se constata<sup>1</sup>, así como abundan los contratos de mutuo onerosos, los gratuitos tienen un acusado cariz excepcional o de rareza, quedando relegados, los pocos que se celebran, únicamente a las operaciones de préstamo realizadas por personas entre las que existe una estrecha relación familiar y/o afectiva –porque, en el ambiente del tráfico actual, ésa es la única razón capaz de justificar, hacer inteligible, que el mutuante, prestando sin interés, y recuperando, por tanto, del mutuuario, al vencer el préstamo, el mismo importe nominal del capital prestado, acepte experimentar un *perjuicio económico cierto*: el lucro cesante significado por el rédito que, durante todo el periodo de vigencia del préstamo gratuito, le habría producido (prestando con interés o haciendo cualquier otra inversión productiva) dicho capital; o, visto desde la perspectiva del mutuuario, esa dicha es la única razón capaz de justificar, hacer inteligible, el indudable *trato de favor* que le dispensa el que gratuitamente le presta: permitiéndole obtener sin coste, una financiación que en el mercado sólo se consigue, normalmente, a cambio de una contraprestación económica–.

El segundo motivo que hace del artículo 1756 CC norma de difícil aplicabilidad en la práctica<sup>2</sup>, es lo infrecuente que será, que, en el marco de un (ya, de por sí, difícil de encontrar) contrato de mutuo gratuito, el prestatario, *pese a no estar obligado a ello* (ex art. 1755 CC), pague, a su prestamista, intereses del capital prestado, y que lo haga –como se verá después que exige el artículo 1756 CC– de forma *espontáneallibre* y con *plena conciencia* de no deberlos (*no por equivocación/error*).

Una y otra razón dichas, conducen a la muy escasa aplicabilidad del artículo 1756 CC que ya anticipaba, y ésta, a su vez, a que no se conozca jurisprudencia que haya hecho aplicación del

<sup>1</sup> Vid., p. ej., en tal sentido: LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 2.º, Madrid, 1999 (nueva ed., a cargo de Rivero), p. 177; DE ÁNGEL, en *Comentario Ministerio de Justicia del Código civil*, II, Madrid, 1991, sub art. 1740, p. 1603; MARÍN PÉREZ, en *Comentarios Albaladejo al Código civil y Compilaciones forales*, XXII, vol. 1.º, Madrid, 1982, sub art. 1755, p. 111; HUET (para el Derecho francés), en Ghestin (dir.), *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, Paris, 1996, p. 891 (núm. 22530).

<sup>2</sup> Comp. PRATS ALBENTOSA, «El pago de los intereses no estipulados. (Sobre el sentido del artículo 1756 del Código civil)», en *ADC*, 1992, p. 131 ss. y allí, pp. 131-132.

mismo<sup>3</sup>, y que, por tanto, pueda ser utilizada como instrumento orientador –por adhesión o por contraste– de su interpretación.

Si esta es la (nada brillante) situación de la relevancia práctica del precepto, ¿a qué empeñarse –se podría decir– en desentrañar su significado?

i) Para empezar, el artículo 1756 CC tiene una especial vitola de norma enigmática o de difícil interpretación<sup>4</sup> –particularmente, por lo que hace a cómo debe establecerse la correcta relación interpretativa/aplicativa entre art. 1756 CC y art. 1755 CC–. Ejerce, por tanto, como tal, sobre el estudioso una singular atracción: lanzándole el reto de desentrañar su enigma, de vencer las dificultades que ofrece su interpretación. No tengo ningún inconveniente en confesar que, también yo –como otros antes que yo, como, quién sabe, si otros después de mí–, he sucumbido a esa especial fascinación de la norma. Y si me he decidido, finalmente, a consagrarle un estudio, aunque breve, es porque lo dicho sobre ella, hasta ahora, por la doctrina no me parece completamente satisfactorio (para resolver todos los problemas que plantea el precepto), si bien que, naturalmente, en los estudios precedentes hay muchos elementos de verdad que han facilitado, sensiblemente, mi labor.

ii) Por otra parte, toda norma –se aplique mucho o poco– sólo puede aplicarse bien, después de ser rectamente entendida. La correcta aplicación de cada norma en su propio ámbito aplicativo (mayor o menor), pasa necesariamente por su previa y exacta interpretación: la determinación precisa de su significado (que incluye, por cierto, entre otros aspectos, la fijación del ámbito aplicativo).

Aquí reside la tarea del jurista teórico: contribuir, desde su estudio/interpretación, a resolver los problemas que suscita la aplicación de las normas. Aportar elementos que puedan servir para mejorar ésta.

Contribuir a la mejor inteligencia –y, por tanto, aplicación– de una sola norma, por poco significativa que sea, supone, ya, un (modesto) avance de la ciencia jurídica. Ciencia que, por otra parte, como es sabido, progresa –¡cuando lo hace!– más bien a pequeños pasos que a saltos espectaculares.

iii) Además, sucede con alguna frecuencia –porque la norma estudiada es elemento singular de un todo que forma un sistema normativo armónico y coherente– que el estudio (bien hecho) de una norma concreta, ilumina no sólo el problema específico que

---

<sup>3</sup> Vid. PRATS, *op. cit.*, p. 132.

<sup>4</sup> No en vano se ha escrito del artículo 1756 CC –por PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II, vol. 2.º, Barcelona, 1982 (2.ª ed.), p. 383–: «el artículo más discutido de los que el Código [civil] dedica al mutuo».

ésta pretendió resolver, sino que ayuda a entender mejor la institución general en cuyo régimen jurídico se inserta, e, incluso, otras instituciones con las que dicho problema, de un modo u otro, guarda relación próxima.

Tal es, también, el caso del artículo 1756 CC, que más allá del (ciertamente poco relevante, desde el punto de vista práctico) problema concreto que resuelve, es pieza importante para entender el régimen codificado (anacrónico pero) vigente de los intereses compensatorios en el contrato de mutuo; el concepto de causa de una atribución patrimonial (singularmente, que la ley pueda actuar, como tal, en un caso concreto, y que pueda hacerlo donde *no* hay previa obligación: sin que las partes del contrato la hayan establecido, y sin que, tampoco, la ley la establezca); el régimen —particularmente, el ámbito de aplicación— de la acción de pago de lo indebido.

*iv)* En fin, si lo anterior no basta para justificar que consagre mi atención de estudioso a norma de tan manifiestamente escasa trascendencia práctica, apelo, para ello, al ejercicio —a mi propio riesgo, desde luego— de mi libertad de investigador (con edad —¡oh cielos!— y *curriculum* suficientes como para permitirme este «caprichito»).

Mi manera de cautelarme —de curarme en salud— frente a una labor desproporcionada a la utilidad del resultado conseguido con ella, serán la brevedad y la modestia de pretensiones del trabajo realizado. O sea, limitar la inversión de mis esfuerzos a la medida (pequeña, pero no irrelevante) de lo que, razonablemente, he confiado, desde un principio, poder sacar de provecho.

En cuanto al planteamiento con que este nuevo estudio del artículo 1756 CC se aborda, quiero, simplemente, indicar, que la determinación del sentido del precepto (por lo que él mismo dice y por lo que resulta de sus antecedentes históricos), va precedida de un análisis, con cierto detalle, del artículo 1755 CC; y va seguida de la consideración de los términos en que queda establecida la relación, dentro del contrato de mutuo, entre artículo 1756 CC y acción de pago de lo indebido (del mutuuario *solvens*).

Lo primero, porque cualquiera que sea el significado que, finalmente, se atribuya al artículo 1756 CC, resulta, en todo caso, claro que éste, como revela su propio tenor literal, sólo se refiere al pago, por el mutuuario *solvens*, de intereses compensatorios que no son debidos (al mutuante *accipiens*) *ex* artículo 1755 CC Por lo que toda interpretación del artículo 1756 CC debe hacerse desde la previa determinación del exacto significado del artículo 1755 CC —de en qué condiciones, conforme al mismo, debe el mutuuario, a su

mutuante, intereses compensatorios—, dado que el primer precepto indicado sólo opera en un ámbito de aplicación que *no* esté ya cubierto por la norma que le precede.

Y lo segundo, porque si se piensa, como aquí se hace y se tratará de demostrar, que el artículo 1756 CC se refiere al pago de intereses compensatorios *indebidos*, no sólo *ex* artículo 1755 CC, sino con cualquier otro fundamento; o sea, si se piensa, como es mi caso y justificaré en su momento, que el fundamento del peculiar efecto (legal) del artículo 1756 CC —legítima retención por el mutuante *accipiens*, y sin posibilidad por parte del mutuuario *solvens* de imputación al principal pendiente de restitución, de los intereses pagados a que la norma se refiere— *no* está en la *obligación* del prestatario *solvens* de pagar dichos intereses (en la existencia —preexistencia— de una *deuda*, por su parte y frente a su prestamista, respecto de los mismos); entonces, la precisa interpretación del artículo 1756 CC debe conducir a señalar hasta dónde llega la excepción que (legalmente) introduce dicha norma en el juego de la acción de pago de lo indebido (el prestatario *solvens*, pese a pagar intereses compensatorios no debidos, no puede pretender recuperarlos del prestamista *accipiens*, siempre que se den todos los requisitos del artículo 1756 CC), y, a *contrario sensu*, cuándo el principio general que consiente la repetición, por el *solvens*, de lo indebidamente pagado, recobra su aplicación, en el contrato de mutuo, respecto de los pagos indebidos hechos por el mutuuario a su mutuante: obviamente, *siempre*, pero también *sólo*, que *no* se den todos los requisitos del artículo 1756 CC.

## II. EN QUÉ CONDICIONES, DENTRO DEL CONTRATO DE MUTUO, SON DEBIDOS LOS INTERESES POR EL PRESTATARIO: EL ARTÍCULO 1755 CC\*

a) La situación que de la vigencia de los artículos 1740-III y 1755 CC resulta, por lo que respecta a la obligación de pagar intereses (compensatorios), en el contrato de mutuo, a cargo del mutuuario, puede resumirse como sigue<sup>5</sup>.

---

\* Este apartado del presente trabajo se ha destinado para su publicación separada en el Libro Homenaje al Profesor Díez-Picazo, de próxima aparición.

<sup>5</sup> Cfr., p. ej., ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, vol. 2.º, Barcelona, 1982 (7.ª ed.), pp. 346-347; DE ÁNGEL, *op. cit.*, sub art. 1740, p. 1603, *infra* V); DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 1999 (8.ª ed.), pp. 400-401; LACRUZ, *Elemen-*

El contrato de mutuo puede ser tanto gratuito (sin obligación de pagar intereses, del capital prestado, a cargo del mutuuario), como oneroso (con dicha obligación impuesta al mutuuario) (art. 1740-III CC).

Pero, dado que en el Código civil vigente solamente existe, dentro del contrato de mutuo, obligación de pagar intereses (compensatorios), si así se pacta (arts. 1740-III y 1755 CC), dicho contrato es *naturalmente gratuito*: la ley lo considera como tal, a falta de pacto en contrario; y sólo es oneroso el contrato de mutuo que así se pacta (*inequívoca, claramente*, como se verá inmediatamente que exige el artículo 1755 CC) por sus dos partes.

Consecuentemente, en un contrato de mutuo donde no se haya pactado (clara, indudablemente) la obligación de pagar intereses compensatorios/remuneratorios —en un contrato de mutuo que, por eso mismo, la ley reputa, sin más, gratuito—, el mutuuario no los debe (ni, correlativamente, el mutuante puede exigirselos/reclamárselos) (art. 1755 CC).

El significado, por tanto, del juego combinado de los artículos 1740-III y 1755 CC es que, a efectos de nuestro Derecho vigente, no sólo son mutuos gratuitos los que clara, indudablemente se pacten como tales entre sus partes, sino, también (porque la ley los reputa igualmente gratuitos), los contratos de mutuo en que no exista pacto (inequívoco, claro) de pagar intereses compensatorios. A los efectos de nuestra ley vigente, en suma, son gratuitos tanto los contratos de mutuo queridos así inequívocamente por sus partes, como los que *no* sean inequívocamente queridos por ellas como onerosos.

En ese mismo sentido, puede decirse, *ex* artículos 1740-III y 1755 CC, tanto, positivamente, 1) que la ley presume *iuris tantum* —a falta de una voluntad contractual (inequívoca) contraria— la gratuitud del contrato de mutuo<sup>6</sup>; como, negativamente, 2) que la ley no presume la onerosidad del mismo —o sea, que la ley no presume

---

tos, II, 2.º, cit., pp. 177-178; MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, XI, Madrid, 1972 (6.ª ed., rev. por Bloch), *sub* art. 1755, p. 853 ss.; MARÍN PÉREZ, en *Q. M. Scaevola. Código civil*, XXVII, Madrid, 1952, *sub* arts. 1755 y 1756, p. 212 ss.; MARÍN PÉREZ, *Comentarios Albaladejo cit.*, *sub* art. 1755, p. 109 ss.

<sup>6</sup> Así, corrientemente en la doctrina. *Vid.*, p. ej., DE ÁNGEL, *op. cit.*, *sub* art. 1740, p. 1603, *infra* V); MARÍN, *Scaevola cit.*, *sub* art. 1755, p. 218; MARÍN, *Comentarios Albaladejo cit.*, *sub* art. 1755, pp. 109 y 111.

Para el Derecho francés, en igual sentido, sobre la base del artículo 1905 CC fr. [«Il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt [mutuo] soit de argent, soit de denrées, ou autres choses mobilières»] —porque, si, legalmente, sólo se deben intereses en el mutuo si se pactan; si, a falta de tal pacto, el mutuo se entiende, legalmente, gratuito; ello equivale a decir que el contrato de mutuo legalmente se presume gratuito, salvo pacto en contrario—, *vi.*<sup>1</sup>, p. ej., HUET, *op. cit.*, pp. 814 (núm. 22108) y 891 (núm. 22530); DERRIDA, voz «Intérêts de capitaux», en *Enc. jur. Dalloz. Répertoire de droit civil*, Paris, 1973, núm. 14.

la obligación, a cargo del mutuuario, de pagar intereses compensatorios del capital prestado<sup>7</sup>, onerosidad —y consiguiente obligación— que, por ello, debe quedar inequívocamente establecida por la voluntad de las partes contractuales.

Y, puesto que toda presunción legal *iuris tantum* implica, simultánea y necesariamente, una regla de carga probatoria, el juego combinado de los artículos 1740-III y 1755 CC puede, asimismo, expresarse, diciendo<sup>8</sup> que el mutuuario puede legítimamente negarse a pagar intereses compensatorios del capital prestado, mientras el mutuante que se los reclame no pruebe que se pactó (clara, inequívocamente) la obligación de pagarlos —porque, repito, sólo si se pactaron (inequívocamente) en el contrato de mutuo, entiende nuestra ley que son debidos intereses compensatorios por el prestatario—.

Lo anterior, como he venido repitiendo, concierne a los *intereses compensatorios*, los únicos a los que se refieren los artículos 1740-III y 1755 CC. O sea, a aquellos que, en su caso, debe pagar el prestatario, a su prestamista, como contraprestación o remuneración de la financiación recibida de éste —de la transmisión de la propiedad del capital prestado—.

Además de ellos, están los *intereses moratorios*, los que, *ex artículo* 1108 CC, devengan las deudas pecuniarias, una vez que su deudor queda constituido en mora, para indemnizar al acreedor por los daños resultantes del cumplimiento retrasado de las mismas, del que su deudor sea responsable.

Pues bien, no ofrece la menor duda<sup>9</sup>, que en el ámbito del mutuo dinerario —con enorme diferencia, el más corriente— no dejan de ser aplicables los intereses moratorios; y que serán éstos los *únicos* exigibles por el acreedor-mutuante en el caso de *mutuo dinerario gratuito*, si el deudor-mutuuario queda constituido en mora respecto de su (única) obligación de restituir el mismo nominal del capital prestado, al no cumplirla llegado el momento señalado para su vencimiento, o al no cumplir alguno de los sucesivos vencimientos en que se fraccionó, por partes, la restitución del total de la suma prestada.

b) Si, en nuestro Código civil, el mutuuario sólo está obligado a pagar intereses compensatorios cuando ello se pacta así en el contrato de mutuo, el artículo 1755 CC exige, además, que dicho

---

<sup>7</sup> Así, BLASCO, en Valpuesta (coord.) y otros, *Derecho civil. Obligaciones y contratos*, Valencia, 1998 (3.ª ed.), p. 74.

<sup>8</sup> Comp. BLASCO, *op. cit.*, p. 75; MARÍN, *Scaevola cit.*, *sub art.* 1755, p. 218.

<sup>9</sup> Vid. MARÍN, *Scaevola cit.*, *sub art.* 1755, p. 218; DE ÁNGEL, *op. cit. sub art.* 1740, p. 1603, *infra* V).

pacto conste «expresamente». ¿Cuál es el significado de esta exigencia legal?

Cabe, desde luego, en primer término, interpretarla de modo literal. Y así entendida, lo que la norma diría, es que no es suficiente un acuerdo *tácito*, entre las partes del contrato de mutuo, en orden a imponer al mutuuario la obligación de pagar intereses compensatorios del capital prestado. Sólo sería idóneo, a tal efecto, un convenio genuinamente *expreso*<sup>10</sup>.

Manresa, defensor de esta interpretación literal y más rigurosa, la justifica<sup>11</sup>, diciendo que, tratándose de introducir, por vía de pacto, una *excepción* —onerosidad del contrato de mutuo/obligación de pagar intereses compensatorios por el mutuuario— a la que *la ley* vigente considera la *regla* o situación *normal* para el contrato de mutuo —gratuidad/inexistencia de la obligación de pagar intereses compensatorios por el mutuuario—, es lógico que la propia ley exija una voluntad manifestada en tales (rigurosas) condiciones, para obtener, sólo así, un efecto que la ley *no* asocia (naturalmente) a la mera celebración del contrato de mutuo.

Lo esgrimido por Manresa me parece inobjetable, únicamente, por lo que respecta al dato de que (evidentemente) la exigencia contenida en el artículo 1755 CC es inseparable de, y forma un todo armónico/coherente con, que, *según la ley* vigente, el contrato de mutuo es naturalmente gratuito y no oneroso; que dicho contrato *legalmente* se presume, a falta de pacto en contrario, gratuito; o, lo que es lo mismo, que la gratuidad es el efecto que *la ley* asocia a la mera celebración del contrato de mutuo desprovisto de pacto de intereses.

Ahora bien, admitido todo ello, para apartarse del efecto que, según la ley vigente, es el natural, normalmente asociado a la mera celebración del contrato de mutuo, no debe exigirse otra cosa que una voluntad, de las partes contractuales, *clara, inequívoca, indudable*, en sentido contrario, se haya tal voluntad manifestado en forma *tácita* o en forma *expresa*. Y no parece, desde luego, que el artículo 1755 CC, según la interpretación que me parece mejor (no literal, sino finalista), haya querido exigir cosa distinta de la dicha.

<sup>10</sup> De esta forma, que interpreta literalmente el artículo 1755 CC y convierte en más rigurosa la exigencia en él contemplada, *vid.*, p. ej., MANRESA, *op. cit.*, sub artículo 1755, pp. 856-857; PRATS, *op. cit.*, p. 151 [pero este autor se contradice, pues acaba atribuyendo al artículo 1756 CC el sentido de consagrar la admisibilidad del establecimiento de la obligación de pagar intereses por el mutuuario, en virtud de un acuerdo meramente tácito: *ib.*, pp. 153-154]; MARÍN, *Scaevola cit.*, sub art. 1755, p. 218 [este otro autor cambió de opinión, sobre el significado de la exigencia del artículo 1755 CC, en obra suya posterior: *vid.* nota 12].

<sup>11</sup> *Op. cit.*, sub art. 1755 CC, p. 857.



Entonces, se ve claro que, precisamente porque *la ley* presume *iuris tantum* la gratuidad de todo contrato de mutuo; porque la obligación de pagar intereses compensatorios por el prestatario *no* es un efecto que *la ley* derive de la mera celebración de todo contrato de mutuo; la ley (art. 1755 CC) exija de las partes del contrato de mutuo, para obtener ese efecto –crédito y correlativa deuda de intereses compensatorios– que la ley no concede si no se pacta, que el acuerdo en tal sentido sea claro, inequívoco, indudable. Que de tal manera (indubitada) conste la voluntad contractual de apartarse, en este punto, del modelo (dispositivo, no imperativo) que, sobre el mismo, ofrece la ley.

Que la interpretación (no literal) apuntada de la exigencia contenida en el artículo 1755 CC sea la preferible, aparte de lo dicho (ser lo más conforme a su *ratio*), tiene, al menos, otros dos argumentos a favor:

*i)* Existen, dentro del Código civil, otras normas en que se exige una voluntad «expresa» o «expresamente» manifestada. Por ceñirme al solo ámbito de las obligaciones y contratos, citaré aquí los casos de los artículos 1132-I, 1137 y 1827-I. Pues bien, en todos estos casos citados, como resulta notorio, tal exigencia legal no se interpreta, por doctrina y jurisprudencia, literalmente, y se acepta, también, una voluntad tácita, siempre que sea clara, inequívoca. O sea, se entiende que cuando la ley exige una voluntad «expresa», lo que pretende imponer es una declaración contractual clara, incuestionable –se haya manifestado expresa o tácitamente–. Y, francamente, no se ve por qué [más aún, a la vista de lo que se dirá *sub ii*] en el artículo 1755 esa misma exigencia legal debería ser más rigurosamente interpretada –o lo que es lo mismo, por qué sólo en el artículo 1755 debería ser tomada a la letra–.

*ii)* Si, como nadie discute, la presunción legal *iuris tantum* de gratuidad del contrato de mutuo (el que éste sea naturalmente gratuito en nuestra ley vigente) es un dato legal (de Derecho vigente pero) *anacrónico*: poco acorde con las circunstancias actuales del tráfico (con las condiciones en que actualmente se da crédito), la interpretación –*ex art. 3-1 CC*– del artículo 1755 CC más conforme con la realidad social del tiempo presente, aquella a la que actualmente se aplica dicha norma, es, incuestionablemente, flexibilizar, facilitar, (y no enrigidecer, obstaculizar) la escapatoria, por vía de acuerdo contractual, a ese régimen legal supletorio de gratuidad que todos reputamos obsoleto, alejado de la realidad.

En cualquier caso, la ahora propuesta es, también, la interpretación del artículo 1755 CC que, finalmente, se ha acabado impo-

niendo entre la mayoría de nuestros autores<sup>12</sup>, y que, además, ha hecho suya la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>13</sup>. O sea, lo que dicha norma realmente exige, es que en el mutuo la obligación de pagar intereses compensatorios se establezca en virtud de una voluntad contractual *clara, indudable, inequívoca*; y, por tanto, el artículo 1755 CC, pese a su tenor literal, no es obstáculo para la admisibilidad, en el contrato de mutuo, de un pacto o acuerdo tácito (no expreso) de pagar intereses compensatorios por el prestatario, siempre que las circunstancias —contenidas en el mismo contrato de mutuo, o relativas a la conducta sucesiva de las partes contractuales (mutuante y mutuuario) al cumplirlo— de las que se infiere tal acuerdo, tengan inequívoca, indudablemente ese significado.

Interpretado de esta forma (la mayoritariamente aceptada), lo que, en suma, el artículo 1755 CC dice, es que en el contrato de mutuo: *i*) el prestatario sólo debe, a su prestamista, intereses compensatorios cuando tal cosa se pactó; y *ii*) el pacto de intereses compensatorios (la voluntad contractual de establecer la obligación de pagarlos) debe constar de modo claro, inequívoco, indudable, lo que no es incompatible con su manifestación tácita o indirecta. El pacto inequívoco de pagar intereses exigido por la ley, puede ser, así, tanto expreso como tácito.

<sup>12</sup> Vid., p. ej., BLASCO, *op. cit.*, p. 74; DE ÁNGEL, *op. cit.*, sub art. 1740, p. 1603, *infra* V); LACRUZ, *Elementos*, II, 2.º; cit., pp. 177-178; FERNÁNDEZ-ARIAS SCHELLY/FERNÁNDEZ-ARIAS ALMAGRO, *El contrato de préstamo y crédito. Jurisprudencia y doctrina española*, I, Madrid, 2000, p. 291; MARÍN, en *Comentarios Albaladejo cit.*, sub art. 1755, p. 112; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, II, 2.º, p. 382.

<sup>13</sup> La sent. TS 9 mayo 1944 (RA 665) dedujo, en el caso por ella resuelto, la obligación de pagar intereses compensatorios del comportamiento inequívoco de las partes del contrato de mutuo —en concreto, el aceptar el mutuuario los estados de cuenta (con cargos en concepto de intereses) que periódicamente le remitía el mutuante—. Considerando 3.º: «... el pacto de pagar intereses aparece, en el caso de autos, acreditado no sólo por el documento de 30 de enero de 1930, en el que están comprendidos dichos intereses, sino por el resto de la prueba, que acusa la conformidad que el deudor [mutuuario], de un modo continuado y periódico, prestaba a los estados de cuenta [remitidos por el mutuante]...».

Y según la sent. TS 26 enero 1981 (RA 112) el pacto de pagar intereses puede deducirse de una conducta inequívoca de las partes del contrato de mutuo, lo que no choca con el artículo 1755 CC, pues éste no exige, verdaderamente, a tal fin un pacto expreso, sino inequívoco, indudable. Considerando 5.º: «el prestatario vino pagando intereses desde la fecha de los indicados protestos hasta el mes de Agosto de 1972, es decir, durante seis años, conducta continuada que hay que interpretar como una sucesión de hechos concluyentes e inequívocos demostrativos de la voluntad del prestatario de alterar la originaria naturaleza gratuita del préstamo, lo que aceptó [al recibir conformemente dichos pagos] el prestamista... ni tampoco se contradice el texto y espíritu del artículo 1755 del Código civil, puesto que los actos concluyentes de pago de intereses durante varios años efectuados por el deudor y aceptados por el acreedor implican el pacto expreso [quiere decirse inequívoco, indudable] de pago de intereses; en cuanto de esos actos se dedujo la voluntad del interesado aceptada por su contraparte, ya que ha de entenderse que hay voluntad expresa no sólo cuando se habla o se escribe, sino también en hipótesis en que se realizan actos dirigidos a un fin y que, en el caso debatido, ningún otro sentido pueden tener que el de aceptar el pago de intereses [la obligación de pagarlos]».

Desde que se acepta —con la mayoría de nuestra doctrina y con la jurisprudencia— que la obligación de pagar intereses compensatorios, en el contrato de mutuo, puede nacer, también, de un acuerdo tácito, pero inequívoco, entre sus partes; y dado que el pago *reiterado*, por el mutuuario, de intereses compensatorios, y la recepción conforme, por el mutuante, de dichos pagos, es una de las más ortodoxas vías —reconocida, como tal, abiertamente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>14</sup>— para deducir la existencia, entre prestatario y prestamista, de un acuerdo tácito de pagar intereses; desde que, como digo, sucede una y otra cosa, se hace precisa, inmediatamente, la siguiente aclaración, fundamental para no confundir los respectivos ámbitos de aplicación y los correspondientes efectos, del artículo 1755 CC, por un lado, y del artículo 1756 CC, por otro.

Ciertísimo que del pago *reiterado* de intereses compensatorios, hecho por el mutuuario y aceptado por el mutuante, se puede inferir un pacto tácito (pero inequívoco), entre ellos, de pagar intereses compensatorios del capital prestado. Pero, *también* es cierto que, desde que existe un pacto tácito de pagar intereses, y, por eso mismo, *obligación* (contractual) de pagarlos, y de pagarlos, asimismo, en el *futuro*: durante *toda la vigencia* del contrato de mutuo (hasta la completa restitución al mutuante del capital prestado), estamos en el ámbito de aplicación del *artículo 1755 CC*, y *no* en el del artículo 1756 CC —que presupone, en cambio, un contrato de mutuo *gratuito*, la *ausencia de todo pacto* de intereses compensatorios, y, consecuentemente, al *no* estar, en tales circunstancias, obligado a pagarlos, el carácter *indebido* de los intereses compensatorios pagados en dichas circunstancias por el mutuuario *solvens*; mientras que el efecto que esta otra norma señala, de concurrir todos sus requisitos, se refiere *únicamente* a la irrepetibilidad/legítima retención (y no imputabilidad al principal) de los intereses compensatorios *ya pagados* en las repetidas circunstancias, pero, *en absoluto*, implica obligación de seguir pagando intereses compensatorios en el futuro, hasta el momento de la extinción del contrato de mutuo—.

Por otra parte, debe observarse que el artículo 1756 CC (precisamente, porque está pensado para un *supuesto distinto* al del artículo 1755 CC), *no* exige, en modo alguno, un pago reiterado de intereses por el mutuuario: es norma perfectamente aplicable a un pago de intereses compensatorios (*indebidos*) hecho de forma aislada, no repetitiva.

---

<sup>14</sup> Véanse las sentencias TS citadas y transcritas en la nota anterior.

Si el artículo 1755 CC ofrece algún apoyo, meramente literal, para entender –en forma que, por todo lo dicho, aquí, con la doctrina mayoritaria, se rechaza– que la obligación contractual, impuesta al mutuuario, de pagar intereses compensatorios, exige un pacto expreso en tal sentido (no bastando el acuerdo tácito); lo que, desde luego, nunca podrá pretenderse, con tal base normativa, es imponer al pacto de intereses en el mutuo una *forma determinada*.

En cambio, en los antecedentes históricos inmediatos, legislativos y prelegislativos, del artículo 1755 CC, sí existió la imposición al pacto de intereses compensatorios, en el contrato de mutuo, de un preciso requisito de forma: la escritura, y, además, como condicionante de la validez de tal pacto.

En concreto, así lo hacía el artículo 1649 del Proyecto de Código civil de 1851<sup>15</sup>.

Y, sucesivamente, ya como Derecho vigente, en el ámbito civil, hasta la entrada en vigor del Código civil, siguió el mismo criterio formalista la ley de 14 de marzo de 1856<sup>16</sup>. Que en su artículo 1 suprimía los límites legales (topes máximos) a la fijación convencional de la tasa de interés compensatorio en el contrato de mutuo –norma histórica, ésta, que pasó al vigente Código de Comercio: art. 315-I–. Y en su artículo 2 exigía, so pena de nulidad, que el pacto de intereses compensatorios en el contrato de mutuo constase por escrito –norma histórica, esta otra, que así como no pasó al vigente Código civil, sí lo hizo, en cambio (conservando, por tanto, su aplicabilidad para el mutuo mercantil), al vigente Código de comercio: art. 314–.

Diversamente, el artículo 1755 CC, por lo que se refiere al régimen jurídico vigente del contrato *civil* de mutuo:

*i)* Se limita a exigir que la voluntad contractual de imponer, al mutuuario, la obligación de pagar intereses compensatorios conste «expresamente», lo que, se interprete como se interprete, nunca puede hacerse equivalente a la imposición legal al pacto de intereses de una forma determinada –en particular, de la escritura–; sino que es perfectamente compatible con el principio general –aplicable, como regla, salvo derogación expresa y excepcional, a todo

<sup>15</sup> Art. 1649 Proy. CC de 1851: «Las partes pueden pactar el pago de un interés en el simple préstamo; pero no será válido este pacto si no consta por escrito». (Cuyo texto, lo tomo de García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza, 1974 [reimp. de la ed. de Madrid, 1852].)

<sup>16</sup> Noticias suficientes sobre dicha ley, pueden encontrarse, p. ej., en: MANRESA, *op. cit.*, sub art. 1755, p. 855; MARÍN, *Comentarios Albaladejo cit.*, sub art. 1755, p. 121; FERNÁNDEZ-ARIAS/FERNÁNDEZ-ARIAS, *op. cit.*, pp. 287-288; PRATS, *op. cit.*, p. 134.

acuerdo contractual— de la libertad de forma del contrato (arts. 1258 y 1278 CC), no derogado (para el contrato de mutuo y para el pacto de intereses compensatorios a él añadido) por dicha exigencia legal del artículo 1755 CC.

En concreto, si se piensa, como aquí se hace, con la doctrina mayoritaria, que el artículo 1755 CC sólo impone el carácter claro, inequívoco, indudable de la voluntad contractual de que se habla, se materialice ésta en un pacto de intereses expreso, o en uno tácito; entonces, es evidente que tanto el *pacto (inequívoco)* expreso—directa, abiertamente encaminado a imponer al mutuuario la obligación contractual de pagar intereses compensatorios— puede acordarse en forma libre, verbal o escrita, no existiendo en el artículo 1755 CC ningún límite legal al respecto<sup>17</sup>; como que, a efectos de inferir la existencia de un (*inequívoco*) *pacto tácito de intereses*—revelado indirecta, reflejamente por hechos o circunstancias que no tenían, en la voluntad de las partes del contrato, directamente esa finalidad—, servirá todo hecho o circunstancia, cualquiera que sea su naturaleza—una o varias cláusulas, pactadas verbalmente o por escrito, de las que se integran en el contrato de mutuo; la conducta de las dos partes posterior a la celebración del mismo—, que permita, de modo indudable, hacer tal inferencia.

Pero, incluso, si—con la doctrina minoritaria— se toma a la letra la exigencia legal del artículo 1755 CC, pensando que éste impone, verdaderamente, un pacto de intereses expreso, no siendo suficiente uno tácito; entonces, sigue siendo verdad que el intérprete no puede ir más allá de la exigencia legal así entendida, y que el pacto *expreso* de intereses, lo mismo puede ser verbal que escrito<sup>18</sup>—porque, digo yo, aun entendido de esa forma literal/rigorista, el artículo 1755 CC sigue sin derogar, más allá de su precisa exigencia, el principio general de la libertad de forma de todo acuerdo contractual: sólo que así entendido, esa libertad lo es, ahora, para escoger (las partes del mismo) una u otra forma en que manifestar el *acuerdo expreso* de pagar intereses—.

ii) Además de lo anterior (y para confirmarlo), debe tenerse en cuenta que la existencia de los indicados precedentes históricos—art. 1649 Proy. de CC de 1851; art. 2 Ley 14 marzo 1856—

<sup>17</sup> A favor de la compatibilidad de la exigencia legal del artículo 1755 CC con la libertad de forma del pacto de intereses en el mutuo; y a favor, en concreto, de la admisibilidad de un pacto verbal, *vid.*, p. ej., DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*, II, cit., p. 401; DE ÁNGEL, *op. cit.*, sub art. 1740, p. 1603, *infra* V); FERNÁNDEZ-ARIAS/FERNÁNDEZ-ARIAS, *op. cit.*, pp. 291 y 295.

<sup>18</sup> En este sentido, MANRESA, *op. cit.*, sub art. 1755, p. 856; PRATS, *op. cit.*, p. 151; MARÍN Scaevola cit., sub art. 1755, p. 218 [pero *vid. retro*, nota 10, sobre el cambio de opinión de este último autor].

brinda un contundente argumento histórico a *contrario*<sup>19</sup>: revela que, en el momento de la codificación, a pesar de los mismos, el legislador civil, deliberadamente, quiso apartarse del criterio formalista consagrado por ellos, optando, en cambio, por la libertad de forma del pacto de intereses –su no sujeción a una formalidad determinada impuesta por la ley, y, en particular, a la de la escritura–.

En resumen, *ex* artículo 1755 CC el pacto, entre mutuante y mutuatario, de pagar intereses compensatorios en el contrato de mutuo debe ser claro/inequívoco, y mientras lo sea, no importa si perfeccionado tácita o expresamente, ni tampoco la forma en que se haya manifestado (pues el artículo 1755 CC no deroga, insisto, en su preciso ámbito de aplicación, al principio general de la libertad de forma contractual *ex* arts. 1258 y 1278 CC).

Ahora bien, el pacto de intereses, de existir, debe ser probado en orden a reclamar los intereses conforme a él debidos –ya se ha dicho que ello constituye carga probatoria del prestamista reclamante–; y es obvio que a estos otros efectos –*de la prueba del pacto*–<sup>20</sup> no es lo mismo –existe una mayor o menor dificultad probatoria en los distintos casos– que dicho pacto conste en una u otra forma (será, naturalmente, mucho más fácil probar el pacto hecho por escrito, que el meramente verbal, p. ej.).

Finalmente, si bien es verdad que el artículo 1280 CC, último párrafo, exige la escritura para todos los contratos en que el valor de las prestaciones de sus partes supere la cuantía (hoy devenida insignificante) que señala el propio precepto, dicha exigencia legal de forma, para el contrato (civil) de mutuo<sup>21</sup> –como para todos los demás contratos, la gran mayoría, en que una disposición legal, específica y excepcional, no haya convertido a la escritura en requisito constitutivo de validez de los mismos–, debe entenderse *ad utilitatem*: no condicionante de la validez del acuerdo contractual reflejado en forma distinta (p. ej., verbalmente). Y, por eso mismo, para el mutuo (y todos los demás contratos no formales), estamos, a efectos de la escritura legalmente exigida por el artículo 1280 CC *in fine*, en el ámbito de aplicación del artículo 1279 CC: perfeccionado el acuerdo en cualquier forma (y, naturalmente, probada suficientemente su existencia),

<sup>19</sup> *Vid.*, así, MANRESA, *op. cit.*, *sub* art. 1755, p. 856; MARÍN, *Scaevola* *cit.*, *sub* art. 1755, p. 218; FERNÁNDEZ-ARIAS/FERNÁNDEZ-ARIAS, *op. cit.*, p. 295.

<sup>20</sup> *Comp.* FERNÁNDEZ-ARIAS/FERNÁNDEZ-ARIAS, *op. cit.*, p. 291; MARÍN, *Scaevola* *cit.*, *sub* art. 1755, p. 218; DERRIDA, *voz cit.*, núm. 17.

<sup>21</sup> *Cfr.* FERNÁNDEZ-ARIAS/FERNÁNDEZ-ARIAS, *op. cit.*, p. 295; MANRESA, *op. cit.*, *sub* art. 1755, p. 856.

cualquiera de sus partes puede, sucesivamente, compeler a la otra a cumplir la formalidad legalmente exigida –pero con un fin distinto del de condicionar la validez del acuerdo– e inicialmente omitida.

c) Por lo que respecta al *contrato de mutuo mercantil* –el que lo sea *ex art. 311 Ccom.*–, la vigencia, respecto de él, del artículo 314 Ccom. significa<sup>22</sup> que, también él –lo que no deja de ser chocante, tratándose, precisamente, de un contrato de naturaleza mercantil–, es contrato naturalmente gratuito/presumido legalmente gratuito salvo pacto en contrario. Pero, en este caso, la onerosidad del contrato/obligación de pagar intereses compensatorios a cargo del mutuuario, por exigencia legal específica de esa misma norma mercantil (art. 314 Ccom.) –exigencia formalista heredada, como sabemos, del artículo 2 de la Ley 14 marzo 1856–, ha de ser pactada, por mutuante y mutuuario, con sujeción a una precisa formalidad: por *escrito*.

Consecuentemente, en el mutuo mercantil el prestatario sólo está obligado a pagar intereses compensatorios cuando así se acuerda por escrito, no estándolo en caso contrario.

Es, pues, perfectamente posible, por sorprendente que parezca –basta, como digo, que no exista un pacto escrito que imponga al mutuuario la obligación de pagar intereses compensatorios–, un *contrato mercantil de mutuo de carácter gratuito* –lo que determina, como se verá después, que a él también le sea aplicable el artículo 1756 CC–. Posibilidad legal, desde luego, que no se corresponde con la realidad práctica del tráfico mercantil, en la que es (casi) completamente desconocido: en ella se pactan (casi) siempre los intereses, y se pactan, como pide la ley, por escrito.

d) Si en el contrato civil de mutuo se pacta (inequívocamente *ex art. 1755 CC*) la obligación de pagar intereses compensatorios, pero *no* la cuantía de éstos (la tasa o tipo de interés a aplicar al capital prestado), entonces, el mutuuario está obligado a pagar intereses y a hacerlo en la medida que resulte de la aplicación *de la tasa o tipo legal de interés*<sup>23</sup>.

Así resulta del artículo 2 de la Ley 24/1984 de 29 junio: el interés legal es el aplicable a todo supuesto, también contractual, en

<sup>22</sup> Cfr. DE ÁNGEL, *op. cit.*, sub art. 1740, p. 1603, *infra* V); LACRUZ, *Elementos*, II, vol. 2.º cit., p. 177; MARÍN, *Scaevola cit.*, sub art. 1755, pp. 213 y 218-219; MARÍN, *Comentarios Albaladejo cit.*, sub art. 1755, pp. 111 y 122.

<sup>23</sup> Así, también, BLASCO, *op. cit.*, p. 792; DE ÁNGEL, *op. cit.*, sub art. 1755, p. 1628, *infra* II).

que exista obligación de pagar intereses y no esté fijada la cuantía de su tasa o tipo.

Por la misma razón, si en el mutuo mercantil se pacta por escrito la obligación de pagar intereses, pero no se fija su tasa, el mutuuario deberá el interés legal.

e) En el *Derecho civil francés vigente* la situación es bastante semejante a la descrita para el español.

*Ex artículo 1905 CC fr.*<sup>24</sup>, en el contrato de mutuo los intereses compensatorios sólo son debidos, por el mutuuario, cuando existe pacto al respecto. Aunque la indicada norma francesa no exige ninguna condición especial para la voluntad contractual (de mutuante y mutuuario) encaminada a obtener el efecto de que se habla, la opinión más corriente entre los autores franceses<sup>25</sup>, es la de que ha de ser *expresa*, pero, siéndolo, es, en cambio, irrelevante la forma en que se haya manifestado: verbalmente o por escrito. Hay, además, quien entiende<sup>26</sup> que es suficiente una voluntad contractual *clara, inequívoca*, y, por tanto, en esas condiciones, admite, también, un pacto *tácito* de pagar intereses compensatorios.

El Código civil francés contiene, asimismo, la norma peculiar del artículo 1907-II<sup>27</sup>, que exige que la *tasa convencional* del interés compensatorio, en el contrato de mutuo, se fije siempre por *escrito*.

La doctrina francesa distingue, adecuadamente, 1) entre las condiciones exigidas por la ley para que, en el contrato de mutuo, surja (a cargo del mutuuario) *la obligación contractual de pagar intereses compensatorios* —reguladas en el artículo 1905 CC fr.—: según los más, un pacto expreso de intereses, según alguno, basta un pacto inequívoco, claro de intereses; y 2) los requisitos exigidos por el Código para que, existiendo, conforme a lo anterior [*sub 1*]), obligación de pagar intereses compensatorios por el mutuuario, la *cuantía* de la misma se regule por la tasa o tipo de interés acordado por las partes del contrato de mutuo —esto es lo que disciplina el artículo 1907-II CC fr.—.

Y sobre la base de esa distinción, se llega a la lógica conclusión<sup>28</sup>, que allí donde el mutuuario esté obligado contractualmente a pagar

<sup>24</sup> *Vid. retro*, nota 6.

<sup>25</sup> *Vid.*, p. ej., AUBRAY/RAU, *Cours de droit civil français*, VI, Paris, 1920 (5.ª ed., rev. por Bardin), parágrafo 396, p. 104 y nota 1; DERRIDA, *voz cit.*, núms. 13, 14 y 17; HUET, *op. cit.*, p. 891 (núm. 22530).

<sup>26</sup> LAURENT, *Principes de droit civil*, XXVI, Bruxelles-Paris, 1893 (5.ª ed.), núm. 514, pp. 533-534.

<sup>27</sup> Art. 1907-II CC fr.: «Le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit».

<sup>28</sup> *Vid. HUET, op. cit.*, pp. 891, 892 y 893, nota 131 (en este último lugar, cita de jurisprudencia francesa que aplicó el interés legal, porque habiéndose pactado por las partes del



intereses compensatorios (porque así se pactó expresamente, porque así se pactó inequívocamente), pero *no* se haya fijado *por escrito* la tasa o tipo de interés *convencional* que regule la cuantía de esa obligación, el mutuuario deberá intereses y los deberá conforme a la tasa del *interés legal* —porque la obligación de pagar intereses ha surgido *ex art. 1905 CC fr.*, pero no se cumplen las condiciones exigidas en el artículo 1907-II CC fr. para la aplicabilidad de una tasa de interés *convencional*, condiciones que *no* afectan a la tasa de interés *legal*—.

f) El ya examinado criterio legal vigente —presunción *iuris tantum* de la gratuidad del contrato de mutuo; no presunción de su onerosidad— está manifiestamente en contra de la realidad del tráfico, donde, como ya se ha dicho, prácticamente todos los contratos de mutuo que se celebran tienen carácter oneroso —en virtud, desde luego, del pacto que establece, bien inequívocamente (mutuo civil), bien por escrito (mutuo mercantil), la obligación de pagar intereses compensatorios a cargo del mutuuario—. Es decir, ese criterio legal —de gratuidad supletoria para todo contrato de mutuo que no contenga pacto (inequívoco o por escrito) de pagar intereses—, no ha impedido la completa marginalidad práctica del contrato de mutuo gratuito. Las concepciones actuales del tráfico se imponen, contra la presunción legal de gratuidad, por la vía del frecuentísimo, normal pacto de intereses.

Ante ese violento choque entre el criterio legal vigente y las concepciones actuales del tráfico —especialmente violento por lo que respecta al contrato de mutuo mercantil—, no son infrecuentes las críticas doctrinales<sup>29</sup>, tildando (con mucha razón) a la ley vigente (civil y mercantil), en este punto, de anacrónica, alejada de la realidad presente.

Ese régimen legal de los intereses compensatorios en el contrato de mutuo, vigente pero anacrónico, es, ciertamente, una verdadera reliquia del pasado, y, como tal, tiene una justificación exclusivamente histórica.

En concreto, dicho régimen es la resultante de un doble influjo histórico<sup>30</sup>:

i) Por un lado, la gratuidad del contrato de mutuo en el Derecho romano. Como *contrato real*, cuya eficacia obligacional deri-

---

contrato de mutuo que se pagarían intereses compensatorios, no se llegó a precisar, por escrito, qué tipo de interés se aplicaría); DERRIDA, voz cit., núms. 17 y 144.

<sup>29</sup> Cfr., p. ej., DE ÁNGEL, *op. cit.*, sub art. 1740, p. 1603, *infra* V); LACRUZ, *Elementos*, II, 2.º, cit., p. 177; MARÍN, *Scaevola* cit., sub art. 1755, p. 213; MARÍN, *Comentarios Albaladejo* cit., sub art. 1755, p. 111.

<sup>30</sup> Vid., también así, HUET, *op. cit.*, p. 814 (núm. 22108).

vaba de la *datio rei*, de la entrega del capital prestado sólo nacía (a favor del mutuante) acción (*condictio*) para reclamar el *tantumdem* de lo entregado —o, lo que es lo mismo, a cargo del mutuuario sólo nacía una obligación restitutoria con ese mismo contenido—; si el mutuante, además, quería obtener del mutuuario intereses compensatorios, era necesaria la realización de una separada *stipulatio* a tal fin —*contrato formal* como *distinto fundamento* de esta otra obligación que se imponía al mutuuario, y de la correlativa acción (estipulatoria) que permitía al mutuante exigir su cumplimiento— [vid. *infra*, III. A1)].

ii) Y, por otro, la multiseccularmente persistente reprobación canónica del préstamo a interés (que también dejó su huella en el Derecho civil, bien prohibiendo en absoluto el interés, bien restringiendo —en cuanto al *an y/o* en cuanto al *quantum*— las condiciones de su percepción).

De *lege ferenda* sería, desde luego, mucho más razonable, acorde con las circunstancias actuales del tráfico, un sistema *contrario* al ahora vigente en nuestros Códigos (civil y mercantil): presumir legalmente oneroso el contrato de mutuo —a falta de fijación convencional de la tasa de interés, aplicando el interés legal—, y limitar el mutuo gratuito a los únicos (y raros) supuestos en que inequívocamente (tácita o expresamente) se pacte así.

Sistema, este auspiciado, en el cual —porque el art. 1756 CC es una (ciertamente, raquítica, insuficiente) «compensación» legal del carácter gratuito (presumido por la ley) del mutuo que lo sea— el artículo 1756 CC (pieza coherente del anacrónico sistema vigente, vinculado esencial, no episódicamente a él) carecería, ya, de sentido: el pago, por el mutuuario, de intereses compensatorios indebidos —en el préstamo pactado inequívocamente como gratuito— debería siempre conducir a la posibilidad de repetir el pago (o de imputar lo pagado al principal pendiente de restitución).

Pero este sistema *imaginado*, más acorde a las exigencias del tráfico actual, *no* es el vigente en España, y el artículo 1756 CC debe ser explicado, y sólo puede explicarse como pieza coherente del (anacrónico) sistema vigente —según se verá después, el artículo 1756 CC sólo se refiere al contrato de mutuo gratuito (sin obligación, a cargo del mutuuario, de pagar intereses compensatorios), es decir, la que para el Código civil es la situación presumida, a falta de pacto inequívoco contrario; y el sentido del artículo 1756 CC es ofrecer *la ley* una mínima, raquítica (dependiente, por entero, de la voluntad unilateral del mutuuario) posibilidad de compensación económica al mutuante, *a pesar* de ese carácter gratuito del contrato de mutuo (a pesar de *no* estar obligado el mutuuario a pagar

intereses compensatorios, y, consiguientemente, de *no* poder reclamárselos su mutuante)–.

El criterio ahora auspiciado como deseable para el futuro en España, ya es, en cambio, Derecho vigente, por ejemplo, en Italia (arts. 1815-I y 1284 C. civ. it.)<sup>31</sup> –por ello, no precisamente por casualidad, el vigente Código de 1942 derogó, sin incorporar a su texto una norma similar, el precepto del Código civil italiano de 1865 equivalente de nuestro artículo 1756 CC: art. 1830<sup>32</sup>–; y en Portugal (arts. 1145 y 559 CC port.)<sup>33</sup>.

### III. EL ARTÍCULO 1756 CC

#### A) Gestación histórica de la norma

##### A.1) *Antecedentes remotos*

Los aspectos del régimen jurídico del contrato de mutuo en el Derecho romano que, de alguna manera, han influido en la gestación histórica del vigente artículo 1756 CC, pueden resumirse del modo que sigue:

1) En el Derecho romano<sup>34</sup> el mutuo se concibe como *contrato real*: la entrega (*datio rei*), en este caso, entrega, en concepto de mutuo (*mutui causa*), del capital prestado, es el fundamento de

---

<sup>31</sup> Art. 1815-I C. civ. it.: «Salvo diversa volontà delle parti, il mutuuario deve corrispondere gli interessi al mutuante. Per la determinazione degli interessi si osservano le disposizioni dell'art. 1284» [la remisión es al interés legal, aplicable cuando no se haya fijado el convencional y tampoco se haya pactado la gratuidad del contrato de mutuo].

<sup>32</sup> Art. 1830 C. civ. it. de 1865: «Il mutuuario che ha pagato interessi non convenuti o eccedenti la misura convenuta, non può ripeterli nè imputarli al capitale».

<sup>33</sup> Art. 1145 CC port.: «1. As partes poden convencionar o pagamento de juros como retribuição do mútuo; este presume-se oneroso em caso de dúvida.

»2. Ainda que o mútuo não verse sobre dinheiro, observar-se-á, relativamente a juros, o disposto no artigo 559 e, havendo mora do mutuário, o disposto no artigo 806» [la remisión al artículo 559, es al interés legal, aplicable cuando no se haya fijado el convencional y tampoco se haya pactado la gratuidad del contrato de mutuo].

<sup>34</sup> Las ideas elementales que expongo a continuación en el texto, las he tomado de las siguientes obras generales sobre el Derecho romano: BONFANTE, *Instituciones de Derecho romano*, Madrid, 1979 (5.ª ed. española, trad. de la 8.ª ed. italiana, por Bacci/Larrosa), pp. 436, 442 y 480; KASER, *Derecho romano privado*, Madrid, 1982 (trad. de la 5.ª ed. alemana, por Santa-Cruz Teijeiro), pp. 161 y 181; D'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona, 1983 (5.ª ed.), parágrafo 391, pp. 456-457; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1983 (14.ª ed., reimp.), p. 305; JÖRS/KUNDEL, *Derecho privado romano*, Barcelona, 1937 (trad. de la 2.ª ed. alemana, por L. Prieto Castro), p. 260; SCHULZ, *Derecho romano clásico*, Barcelona, 1960 (trad. por Santa-Cruz Teijeiro) parágrafo 878, p. 488.

Cfr., también, HUET, *op. cit.*, p.892, nota 127.

la eficacia obligacional de dicho contrato. Y de tal entrega únicamente nace para el mutuuario la obligación de restituir el *tantumdem* de lo recibido. Correlativamente, de esa misma *datio rei* sólo nacía, en favor del mutuante, acción (*condictio*) para reclamar el *tantumdem* (dinerario o el equivalente pecuniario de la cantidad prestada de un género distinto del dinero) de lo prestado. Por tanto, con la acción propia del contrato de mutuo (*condictio*) nunca podía pretenderse, por el mutuante, el pago, a cargo del mutuuario, de una cantidad de dinero mayor a la prestada (o al valor pecuniario del *tantumdem* no dinerario de lo prestado).

Para obtener el mutuante intereses del capital prestado, como remuneración del préstamo, era preciso que la entrega en concepto de mutuo fuera acompañada de una específica estipulación formal (*stipulatio*) de intereses (*usurae*). En tal caso, el mutuante podía ejercitar, como acreedor, contra su deudor (el mutuuario) incumplidor, simultáneamente dos acciones, cada una de ellas con distinto fundamento y contenido: la *condictio* por el *tantumdem* del capital prestado (*sors*) –obligación de devolverlo (para el mutuuario)/acción para reclamarlo (en favor del mutuante) nacida *re*: de la *datio rei*–; y la acción estipulatoria (*actio ex stipulatu*) por los intereses (*usurae*) formalmente convenidos –obligación accesoria de pagarlos (para el mutuuario)/acción para reclamarlos (en favor del mutuante) nacida *verbis*: del contrato formal verbal (*stipulatio*)–.

La razón por la cual el contrato de mutuo exige, para crear esa obligación accesoria, en el mutuuario, de pagar intereses compensatorios y permitir su exigibilidad al mutuante, precisamente la estipulación formal (*stipulatio*) de intereses, no bastando un pacto o acuerdo aformal (*nudum pactum, pactum conventum*), radica [vid. más adelante, *infra* 2)] en su condición de contrato de Derecho estricto (*ius strictum*) –o, mejor, por tener ese carácter, de Derecho estricto, la acción (*condictio*) de él derivada–.

En D. 19, 5, 24<sup>35</sup>, a propósito de un simple pacto aformal de intereses, muy complejo, anejo a un contrato de mutuo, se recuerda la doctrina de que en tal contrato sólo se deben intereses si media *stipulatio* formal a ese fin.

<sup>35</sup> D'ORS y otros, *El Digesto de Justiniano*, I, Pamplona, 1968, y allí, D. 19, 5, 24: «Ticio dio a Sempronio treinta mil sestercios y pactó con él [mero pacto aformal] que con el interés de esta cantidad pagase Sempronio un tributo que Ticio debía, computados los intereses al seis por ciento; y lo que hubiese pagado de menos por los tributos respecto a la cantidad de los intereses, se lo restituyera a Ticio; lo que hubiese pagado de más lo descontase del capital; y si la suma de los tributos excediese del capital e intereses, Ticio diera a Sempronio aquello en que excediese. *No se interpuso estipulación acerca de esto.* Ticio preguntaba con qué acción podría conseguir lo que Sempronio hubiese retenido de más por intereses respecto al importe de los tributos pagados. Respondió < Juliano > que los intereses de una cantidad dada en crédito no se deben, si no son objeto de una estipulación...».

En cambio, en los contratos que dan lugar a acciones de buena fe (*bonae fidei iudicia*), para establecer la obligación accesoria de pagar intereses compensatorios, es suficiente un pacto no formal (*nudum pactum*) en tal sentido.

Solamente en algunos pocos casos, muy excepcionales, se reconoció la exigibilidad de la obligación de pagar intereses compensatorios, en el contrato de mutuo, a pesar de haberse establecido en virtud de un mero pacto aformal. Por ejemplo, en los mutuos realizados por el Fisco o por las ciudades —en cuyo caso, es evidente que la justificación de la excepción residía en el trato de favor hacia estos que hoy llamaríamos entes de Derecho público—.

No se piense que ante esta situación y por efecto de la misma, la estipulación formal de intereses era cosa rara o infrecuente en el Derecho romano; al contrario, era frecuentísima. Tan frecuente, que llegó a hacerse normal<sup>36</sup> que el contrato de mutuo quedara formalizado en una *stipulatio* única, que comprendía, a la vez, las obligaciones (del mutuuario) de devolución del *tantumdem* del capital prestado (*sors*) y del pago de los intereses compensatorios convenidos (*usurae*).

2) Para el Derecho romano es un mero o simple pacto (*pactum, nudum pactum, pactum conventum*) todo acuerdo o convención carente de fuerza obligatoria —de acción para exigir lo pactado—, por no haberse respetado los esquemas formales que tal Derecho reconocía para obligarse —p. ej., *stipulatio*—, ni, tampoco, descansar en una de aquellas causas que no tienen necesidad de la forma para dar vida a una obligación exigible —p. ej., la entrega de una cosa, en un contrato real—. Son, pues, convenciones que no son contratos reconocidos por el Derecho civil: ni formales (verbales o literales), ni reales, ni consensuales.

El Pretor, en una cláusula del Edicto Perpetuo que reproduce D. 2, 14, 7, 7<sup>37</sup>, prometía amparar los meros pactos («*pacta conventa servabo*»), siempre que no fuesen contrarios, directa o indirectamente, a ninguna norma del ordenamiento.

Con tales condiciones, la intervención protectora del Pretor no consistía en otorgar él la acción que el Derecho negaba al simple pacto; sino en conceder una excepción (*exceptio pacti conventi*) al sujeto demandado, cuando alguien intentaba contra él, en base a una relación (derecho/acción) establecida/reconocida legalmente,

<sup>36</sup> Vid. ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 305; D'ORS, *op. cit.*, parágrafo 391, p. 457.

<sup>37</sup> D. 2, 14, 7, 7 (en la traducción de D'ORS y otros, *op. cit.*, I): «Dice el Pretor: "Mantendré los pactos convenidos que se hayan hecho sin dolo, sin infringir las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, decretos o edictos de los emperadores, y que no sean en fraude de cualquiera de los mismos"».

la obtención de un resultado en contravención de lo pactado entre ambos. Esta excepción puede considerarse como el efecto *común* o *general* de todo *pactum conventum* y, como tal, es aplicable tanto a las acciones de Derecho estricto (*iudicia stricti iuris*) —y tienen esta consideración todas las acciones que no son de buena fe; en particular, las propias de las obligaciones unilaterales (no recíprocas), como es el caso de la *condictio* derivada del contrato de mutuo—, como a las de buena fe (*iudicia bonae fidei*).

Mediante la indicada excepción, oponiéndola a la reclamación del actor, sin discutir el derecho/acción de éste (perfectamente legales, como queda dicho), se le contraponía la iniquidad de su ejercicio contra el demandado, al no hacerse fe a lo acordado con éste, y ello era suficiente para que el demandado obtuviese la absolución de la reclamación judicial hecha en tales condiciones.

La interposición de la autoridad del Pretor no da, pues, al *nudum pactum* un efecto *positivo* —sigue sin existir acción para reclamar el cumplimiento de lo pactado—; pero sí *negativo* —oponiendo la *exceptio pacti* concedida, cada una de las partes del pacto puede enervar reclamaciones judiciales de su contraparte que vulnere el contenido del mismo—<sup>38</sup>.

En el ámbito de los *iudicia bonae fidei* —que aquí no interesa, pues ya queda dicho que el contrato de mutuo, o, mejor, la acción de él nacida (*condictio*), tenía la consideración de *stricti iuris*—, los *nuda pacta* o *pacta conventa* tenían una mayor relevancia, que podía llegar, incluso (en condiciones que los romanistas discuten), a que pudiese exigirse el cumplimiento de lo pactado con la misma acción derivada del contrato al que el pacto en cuestión se adjuntase<sup>39</sup>.

3) Si en el contrato de mutuo se establecía por mero pacto (*nudum pactum, pactum conventum*), y *no* con la forma de la *stipulatio*, el pago de intereses compensatorios a cargo del mutuuario, entonces sucedían dos cosas<sup>40</sup>:

i) Por un lado, era indiscutible que de tal simple pacto *no* nacía acción, a favor del mutuante, para reclamar/exigir los inte-

<sup>38</sup> Sobre la eficacia general o común del *pactum conventum*, en los mismos términos resumidos en el texto, *vid.*, p. ej., BONFANTE, *op. cit.*, nota 1, p. 435, y pp. 515-516; ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 354; D'ORS, *op. cit.*, parágrafo 98, p. 144; JÖRS/KUNKEL, *op. cit.*, p. 271; SCHULZ, *op. cit.*, p. 450. Cfr., también, PRATS, *op. cit.*, pp. 139-140.

<sup>39</sup> *Vid.* D'ORS, *op. cit.*, parágrafo 98, p. 144, y parágrafo 454, p. 518; KASER, *op. cit.*, p. 155; JÖRS/KUNKEL, *op. cit.*, pp. 271 y 283; SCHULZ, *op. cit.*, p. 450; BONFANTE, *op. cit.*, pp. 435 y 516; ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, pp. 354-355.

<sup>40</sup> *Vid.* KASER, *op. cit.*, p. 161; D'ORS, *op. cit.*, parágrafo 391, p. 456 y nota 2; ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 354; SCHULZ, *op. cit.*, p. 450; PRATS, *op. cit.*, pp. 142-143; HUET, *op. cit.*, p. 892.

reses así convenidos –ni, por tanto, tampoco nacía de él obligación, a cargo del mutuuario, de pagarlos–. Pues ese efecto, como ya queda dicho, requería que el acuerdo de pagar intereses compensatorios se estableciera, en el contrato de mutuo, con la forma de la *stipulatio*.

Esto se ve claramente en el siguiente texto de las *Sentencias* de Paulo (Libro II, Título XIV [*De usuris*: De los intereses], número 1 = 2. 14. 1)<sup>41</sup>:

«*Si pactum nudum de praestandis usuris interpositum sit, nullius est momenti; ex nudo enim pacto inter cives Romanos actio non nascitur*».

(«Si se establece un mero pacto de pagar intereses, carece de eficacia; pues, entre ciudadanos romanos, de un simple pacto no nace acción».)

Y aclara la *interpretatio* –glosa o comentario, sobre el texto de las *Sentencias* de Paulo, elaborado en la segunda mitad del siglo V<sup>42</sup>– de esa misma sentencia transcrita:

«*Pactum nudum dicitur, si cautio creditori a debitore, in qua centesimam soluturum promisit, sine stipulatione fiat. Et ideo usurae ex nuda cautione creditore penitus non debentur*».

(«Hay mero pacto, cuando el deudor promete pagar al acreedor interés al 1% mensual [12 % anual] sin la forma de la *stipulatio*. Y, por esto, los intereses prometidos al acreedor no formalmente no se deben en absoluto».)

Por tanto, en el Derecho romano y para el contrato de mutuo, los intereses compensatorios meramente pactados son jurídicamente indebidos (carentes de acción para ser exigidos), mientras que los formalmente estipulados son los únicos debidos (provistos de acción para su reclamación).

ii) Pero, por otro lado, esos mismos intereses meramente pactados, convenidos sin sujetarse a la forma de la *stipulatio* –que, como tales, el mutuuario *no* está obligado a pagar y que el mutuante carece de acción para reclamar–, si (pese a *no* deberlos, a *no* poderle ser exigidos/reclamados) son voluntariamente (en cumplimiento voluntario de algo que no se puede exigir) pagados por el mutuuario, entonces, éste ni puede repetir su pago, ni, tampoco, imputar lo pagado al principal (al pago de la obligación restitutoria

<sup>41</sup> Tomo el texto latino de la citada sentencia y de su *interpretatio*, de FOSATTI VANZETTI, *Pauli Sententiae. Testo e interpretatio*, Padova, 1995.

<sup>42</sup> Vid. FOSATTI VANZETTI, *op. cit.*, pp. XV-XVI.

que afecta a la cantidad prestada o a la parte de la misma que esté pendiente de restitución).

Ello se ve particularmente claro en una constitución imperial (de los emperadores Septimio Severo y Antonino Caracala) recogida en el *Codex*, Libro IV, Título XXXII [*De usuris*: De los intereses], número 3 (C. 4, 32, 3)<sup>43</sup>:

«*Quamvis usurae fenebris pecuniae citra vinculum stipulationis peti non possunt, tamen ex pacti conventione solutae necque ut indebitae repetuntur, neque in sortem accepto ferendae sunt*».

(«Aunque sin el vínculo de la estipulación [*stipulatio* formal] no se pueden pedir [exigir/reclamar] intereses del dinero prestado, sin embargo, los pagados en virtud de convención de un [simple] pacto ni se repiten como indebidos, ni han de ser aplicados para pago del capital».)

Otros textos romanos –p. ej., en el Digesto, D. 12, 6, 26, pr.<sup>44</sup>; D. 46, 3, 5, 2<sup>45</sup>; y D. 46, 3, 102, 1<sup>46</sup>– confirman este mismo criterio de la irrepitibilidad de los intereses indebidos voluntariamente pagados por el mutuatario [aunque el primero y el último de estos otros textos hablan, sin más, de intereses *indebidos*, todos los demás textos citados –y la situación del Derecho romano que los explica– sirven para circunscribirlos, también, al supuesto de intereses *meramente pactados sin* sujeción a la forma de la *stipulatio*: precisamente por ello indebidos (desprovistos de acción para ser exigidos), y precisamente por ello susceptibles, con mucha frecuencia, de un pago voluntario por quien (pese a no deberlos jurídicamente) dio la conformidad a su pago en el pacto informal].

<sup>43</sup> Cuyo texto tomo (tanto el latino como el de su versión castellana) de *Código (Cuerpo de Derecho civil romano, Tomo IV, 1.ª Parte)*, ed. bilingüe por García del Corral, Valladolid, 1988 (reimp. de la ed. de Barcelona, 1892).

El texto latino de esta constitución puede, también, verse en *Codex Iustinianus (Corpus iuris civilis, II)*, ed. P. Krüger, Hildesheim, 1997 (reimp. de la 11.ª ed., Berlin, 1954).

Sobre este mismo texto romano, cfr. PRATS, *op. cit.*, p. 138 ss.

<sup>44</sup> D. 12, 6, 26, pr. (en la trad. de D'ORS y otros, *op. cit.*, I): «Si una persona pagó, no el capital, sino los intereses *indebidos*, no podrá repetir, si los pagó de un capital que debía...».

<sup>45</sup> D. 46, 3, 5, 2 (en la trad. de D'ORS y otros, *El Digesto de Justiniano*, III, Pamplona, 1975): «...el pago de los intereses debidos [pero sólo naturalmente, no civil o jurídicamente, como se verá después que dice este texto: *infra* 4)] por < simple > pacto no se puede repetir» [*las palabras que figuran entre corchetes agudos en éste y en los demás textos del Digesto de la edición que aquí se maneja, son aclaraciones introducidas por los autores de la misma*].

<sup>46</sup> D. 46, 3, 102, 1 (en la trad. de D'ORS y otros, *op. cit.*, III): «Habiendo conformidad respecto al capital prestado y litigio respecto a los intereses, se acabó por sentenciar en apelación que los intereses pagados *no debían repetirse* < como *indebidos* >, pero que ya no se deberían más en el futuro».



El tercero de los fragmentos últimamente indicados (D. 46, 3, 102, 1), aclara que la irrepetibilidad de lo pagado por el mutuuario, no significa que ahora (tras el pago), dicho mutuuario deba seguir pagando intereses hasta la extinción del contrato de mutuo. Lo que, sabiendo ya de lo que está hablando el texto en cuestión, resulta perfectamente lógico y coherente: los intereses meramente pactados no son debidos/exigibles, ni antes ni después del pago del mutuuario; si el mutuuario paga voluntariamente los intereses meramente pactados no puede recuperar lo pagado en ese concepto, ni tampoco imputarlo al principal, *a pesar* del carácter indebido/inexigible de lo pagado; pero tal pago, precisamente porque concierne a algo inexigible/indebido (los intereses meramente convenidos/no formalmente estipulados), no obliga ahora al mutuuario, como tampoco estaba obligado a pagar antes, a seguir pagando intereses en el futuro (ni, correlativamente, autoriza, ahora, al mutuante para reclamarlos a partir del pago y hasta el momento de la extinción del contrato de mutuo).

A la vista de todo lo precedentemente dicho, me parece que puede conjeturarse, con mucha probabilidad de acierto, cómo se forjó históricamente, en el Derecho romano clásico, la regla jurídica vista acerca de la irrepetibilidad de los intereses indebidos (meramente pactados, no formalmente estipulados) voluntariamente pagados por el mutuuario.

Y debió ser desde los principios generales sobre la eficacia (puramente negativa) del *nudum pactum* o *pactum conventum*. Inicialmente, al amparo de la cláusula general del Edicto sobre protección de los simples pactos que no chocasen con la ley, el Pretor concedería, al mutuante que había cobrado intereses compensatorios meramente pactados con su mutuuario y por éste voluntariamente pagados, la *exceptio pacti conventi*, frente a la acción (*condictio indebiti*) del mutuuario *solvens* tendente a recuperar esos mismos intereses pagados, con fundamento –legalmente irreprochable– en su carácter indebido (en tanto que no acordados con la forma de la *stipulatio*). La concesión de la *exceptio pacti* al mutuante demandado, impide, así, conforme a su función propia, que el mutuuario actor obtenga un efecto que (aunque pudiera considerarse legalmente procedente) es contrario al pacto a formal (lícito) del que fue parte aceptante. Es, en suma, el arma jurídica defensiva que concede el Pretor al mutuante *accipiens* para protegerlo del arrepentimiento de su mutuuario *solvens* (que pretende recuperar, después de haberlo pagado voluntariamente, algo que si bien jurídicamente no debe, acordó lícitamente con el mutuante pagarle).

Desde tales postulados –incuestionablemente clásicos–, era, ya, como se ve, muy fácil pasar a enunciar la regla general que hemos visto consagrada en C. 4, 32, 3 y en los demás textos concordantes.

4) En resumen, en el Derecho romano clásico, los intereses compensatorios meramente pactados (sin sujeción a la forma de la *stipulatio*) en el contrato de mutuo, eran no debidos por el mutuuario –jurídicamente inexigibles por el mutuante–, pero si el mutuuario (no estando obligado a ello) voluntariamente los paga, pese a su carácter indebido, no podrá repetir dicho pago.

Se comprenderá, entonces, muy bien, que cuando, en la era postclásica y justiniana del Derecho romano, se construye la categoría general de la obligación natural (*obligatio naturalis*), y se hace, precisamente, sobre la base de la doble nota de su *inexigibilidad* (carencia de acción para imponer el cumplimiento forzoso al sujeto «naturalmente obligado») y de su *irrepetibilidad* (*soluti retentio*, no sujeción del *accipiens* a la *condictio indebiti* del *solvens*: lo voluntariamente pagado por el «naturalmente deudor», aunque inexigible, una vez pagado, ya no se puede repetir, lo puede retener legítimamente el «naturalmente acreedor»), entonces, se considere, sin ninguna dificultad, al caso de los intereses compensatorios meramente pactados en el contrato de mutuo como un caso más de obligación natural<sup>47</sup>.

Y se entenderá perfectamente, asimismo, que cuando los juristas postclásicos y justinianos dicen, ahora, que los intereses compensatorios simplemente pactados –sin sujeción a la forma de la *stipulatio*– en el contrato de mutuo son *sólo naturalmente debidos* por el mutuuario, no están diciendo cosa distinta de lo que decían los juristas clásicos, sino que han cambiado la terminología para describir, exactamente, la misma situación jurídica: de inexistencia de acción del mutuante para reclamar/exigir los intereses así convenidos (y, correlativamente, de inexistencia de –*genuina, verdadera, jurídica*– obligación de pagarlos a cargo del mutuuario), y de irrepetibilidad de los que (*aun no* siendo –civil, jurídicamente– debidos) voluntariamente se paguen.

Refleja esta nueva situación histórica –nueva, insisto, únicamente en lo terminológico: donde los clásicos hablaban de intereses *indebidos*, ahora se habla de intereses *sólo naturalmente debidos*– el texto (interpolado por los bizantinos) de D. 46, 3, 5, 2<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> Vid. BONFANTE, *op. cit.*, p. 404; KASER, *op. cit.*, p. 153; D'ORS, *op. cit.*, párrafo 354, p. 414 y nota 1, y nota 2, p., 456; JÖRS/KUNKEL, *op. cit.*, nota 4, p. 260; HUET, *op. cit.*, p. 892, nota 127.

<sup>48</sup> D. 46, 3, 5, 2 (trad. de D'ORS y otros, *op. cit.*, III): «...si hay intereses debidos < civilmente > y otros no debidos < civilmente > [pero sí naturalmente]... por ejemplo, los

## A.2) Antecedentes inmediatos

i) El Código civil francés incorporó, ya desde su entrada en vigor, una norma exactamente equivalente a la de nuestro artículo 1756 CC: el artículo 1906 CC fr.<sup>49</sup>.

En los antecedentes prelegislativos de esta norma codificada francesa, se observa su vinculación con la regla romana de la irrepitibilidad de los intereses meramente pactados (jurídica, civilmente indebidos) si voluntariamente pagados. Concretamente, en el discurso del *tribun* Albisson ante el *Corps Législatif*, defendiendo el Proyecto de Código civil francés, se dice, por lo que respecta al precepto del Proyecto –artículo 33 del Proyecto relativo a la parte del Código civil dedicada al contrato de préstamo: Título X del Libro III– equivalente del actual artículo 1906 CC fr.<sup>50</sup>:

«*Mais s'il est permis de stipuler des intérêts, a plus forte raison doit-il être permis de retenir à ce titre ceux qui auraient été payés sans stipulation; et c'est aussi ce que déclare l'article 33, qui porte que "l'emprunteur qui a payé des intérêts qui n'étaient pas stipulés ne peut ni les répéter ni les imputer sur le capital"; doctrine d'ailleurs reçue jusqu'ici dans les provinces régies par le droit écrit, d'après la maxime usurae solutae non repetuntur, puisée dans la loi 3 au Code de Usuris [o sea, C. 4, 32, 3, que ya conocemos]; et cela, dans le temps même où la stipulation d'intérêts y a été défendue*».

Los romanos habían creado, ciertamente, para el contrato de mutuo, una regla jurídica de irrepitibilidad del pago de intereses compensatorios indebidos, si voluntariamente pagados. Pero, por la propia situación, ya examinada [*retro*, III. A1)], del Derecho romano, la habían limitado exclusivamente a los intereses conveni-

---

intereses [formalmente] estipulados y los [simplente] pactados, que se debían *tan sólo naturalmente*...».

En este texto, que resuelve un problema de imputación en el pago de intereses, se ve muy bien la contraposición entre intereses estipulados –debidos civilmente, exigibles judicialmente– y los acordados por simple pacto –debidos sólo naturalmente/no exigibles judicialmente, pero irrepitibles si llegan a ser voluntariamente pagados–.

La interpolación justinianea del texto –indicada, p. ej., por KASER, *op. cit.*, p. 153–, me atrevo a conjeturar, se refiere, seguramente, a considerar los intereses meramente pactados –no objeto de *stipulatio* formal– como «sólo naturalmente debidos» (pero tanto su inexigibilidad, como su irrepitibilidad si voluntariamente pagados, son, ambos, como ya se vio, datos indisputadamente clásicos, y es sobre esos datos previos que se hace la nueva calificación terminológica que se interpola en el texto clásico).

<sup>49</sup> Art. 1906 CC fr.: «L'emprunteur qui a payé des intérêts qui n'étaient pas stipulés, ne peut ni les répéter ni les imputer sur le capital».

<sup>50</sup> Vid. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, XIV, Osnabrück, 1968 (reimp. de la ed. de 1827, Paris), p. 472. Vid., también, PRATS, *op. cit.*, p. 137.

dos por mero pacto (*nudum pactum, pactum conventum*) sin la formalidad de la *stipulatio*.

Ahora bien, esa misma regla romana para el contrato de mutuo, no sólo se conserva por la doctrina del Derecho común, sino que —como era *inevitable*, desde que se acepta la fuerza obligatoria de *cualquier pacto*, y, consecuentemente, pierde *todo sentido* la distinción romana entre intereses meramente pactados e intereses formalmente estipulados— se la transforma. Permitiendo, con ese nuevo sentido adquirido, su aplicación retener legítimamente el mutuante *accipiens*/evitar la repetición del mutuuario *solvens*, en casos de pago voluntario por el mutuuario de *intereses compensatorios indebidos* que *nada* tienen que ver con la génesis romana de la regla —casos en que el carácter *indebido* de los intereses compensatorios voluntariamente pagados, no deriva ya de la desaparecida contraposición entre *pactum conventum* y *stipulatio*—.

El propio discurso de Albisson revela que en época moderna, anterior a la Codificación, la regla de la irrepitibilidad de los intereses indebidos voluntariamente pagados por el mutuuario, se había aplicado, incluso, para impedir la repetición de intereses pagados conforme a lo pactado, en tiempo en que estaba completamente prohibido el pacto de interés compensatorio.

El Código civil francés —ya está dicho que la regla romana no podía ahora conservarse tal cual en su origen— se mantiene en esa misma línea de transformación evolutiva de la regla romana, y al consagrar, para el contrato de mutuo, la irrepitibilidad de los intereses compensatorios indebidos, si voluntariamente pagados por el mutuuario, se refiere, ahora, a los intereses compensatorios que *resultan indebidos conforme al propio Código civil francés*; esto es, como dice el mismo artículo 1906 CC fr. (y decía ya antes su equivalente, el artículo 33 Proy. CC fr., Título X, Libro III), a los *no-pactados, no-convenidos* [y *ex art. 1905 CC fr., no expresamente pactados*, según algunos, o *inequívocamente*, según otros].

El Código civil francés, pues, conservó, *pero transformada* —*adaptada* a la situación del nuevo Derecho: la única forma en que, queriendo hacerla, dicha conservación resultaba posible— la antigua regla romana en su artículo 1906.

No se encuentra en los trabajos preparatorios de la norma codificada francesa una explicación suficiente de su *ratio* (sentido, finalidad): de lo que el legislador pretendía, y las razones por las cuales lo hacía, con la conservación, pero actualizada, de la antigua regla romana.

Pero eso que no encontramos en sus antecedentes, fue ya, en cambio, claramente percibido, y en términos muy semejantes a los utilizados por los intérpretes contemporáneos del artículo 1906 CC fr. y de los preceptos (como nuestro art. 1756 CC) a él equivalentes, por los primeros intérpretes de la norma (los que la comentaron en el tiempo inmediato a su entrada en vigor).

Sirva, a título de ejemplo, lo que Rogron<sup>51</sup> decía, a tal propósito, en su comentario del artículo 1906 CC fr.:

*«Parce qu'il [el mutuuario solvens] ne peut avoir payé volontairement ces intérêts que par un sentiment de justice, et parce qu'il jugeait lui-même qu'il fallait dédommager le prêteur de la privation [del capital prestado gratuitamente] qu'il avait supportée».*

A la explicación transcrita sólo cabe objetar que se expresa en términos excesivamente subjetivistas/voluntaristas: es *la ley* (en respuesta a una valoración *legal* de los intereses en juego), la que considera, en el contrato de mutuo gratuito, justa/legítima la compensación económica no debida que recibe el mutuante *accipiens* por vía de pago (indebido) del mutuuario *solvens*, y la ley vincula ese efecto (la irrepetibilidad del pago indebido hecho al mutuante) a un conjunto de requisitos, entre los cuales, ciertamente, la voluntariedad del pago por parte del mutuuario *solvens*.

Pero, de lo que no cabe duda, es que si la ley se ha decidido a establecer ese efecto, ha sido porque (dándose los requisitos legales) le ha parecido justo que, aun en el mutuo gratuito, el mutuante reciba del mutuuario algún tipo de retribución económica por la atribución (*credendi causa*), en propiedad, del capital prestado. Que esa remuneración económica, legalmente prevista, del mutuo sin pacto de intereses compensatorios, sea raquítica e insuficiente (por los propios requisitos a que se supedita) es ya, desde luego, otro cantar.

ii) Es curioso constatar que no existe equivalente del actual artículo 1756 CC en el Proyecto de Código civil de 1851, y ello a pesar de que, como se ha visto, sí lo había (y subsiste) en el Código civil francés (art. 1906 CC fr.), el mismo Código civil extranjero que, a tantos otros efectos, sirvió de modelo al indicado Proyecto. En el punto que aquí interesa, sin embargo, el Proyecto de 1851 se apartó de su modelo más habitual, por lo que no puede decirse que el influjo francés (del artículo 1906 CC fr.) lle-

---

<sup>51</sup> *Code civil expliqué par ses motifs et par des exemples*, Bruxelles, 1828 (4.ª ed. [la primera edición es de 1825]).

gase a nuestro Código civil, en lo que respecta al artículo 1756 CC, por la vía del Proyecto de 1851. Llegó, como se verá enseguida, por otro camino.

iii) En el Anteproyecto del Código civil (1882-1888) sí se encuentra, ya, una norma –art. 17, Capítulo II del Título dedicado al contrato de préstamo<sup>52</sup>– de texto exactamente coincidente con el del vigente artículo 1756 CC. Norma histórica, pues, que debe ser considerada como el antecedente histórico más próximo de la vigente.

En este caso resulta igualmente curioso comprobar que el texto del Anteproyecto<sup>53</sup> indica como norma extranjera inspiradora o modelo de la nacional proyectada, no al artículo 1906 CC fr., sino al artículo 1984 del Anteproyecto belga de revisión del Código civil realizado por Laurent (1879) –precepto belga proyectado que, sin embargo, no hacía otra cosa que reproducir, a la letra, el francés vigente<sup>54</sup>–.

En conclusión: la norma vigente del artículo 1756 CC proviene (por vías indirectas) del artículo 1906 CC fr. –a través del Anteproyecto del Código civil, que se inspiró en el Anteproyecto belga de Laurent, que, a su vez, incorporó a su texto una norma idéntica a la francesa–.

Como es lógico, la influencia de la codificación civil francesa no se detuvo en Bélgica y España. También, por ejemplo, en Italia, dentro de su primer Código civil unitario (1865), se introdujo un precepto equivalente al artículo 1906 CC fr.<sup>55</sup>

### A.3) *Lo que la Historia enseña sobre el significado y ratio del artículo 1756 CC*

A mi juicio, los datos útiles, a efectos de interpretar/aplicar hoy el artículo 1756 CC, que pueden entresacarse del análisis histórico previamente realizado, serían los siguientes:

<sup>52</sup> Cuyo texto tomo de PEÑA, *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, Madrid, 1965, p. 675: «El prestatario que ha pagado intereses sin estar estipulados, no puede reclamarlos ni imputarlos al capital».

Vid. PRATS, *op. cit.*, pp. 134-135.

<sup>53</sup> En PEÑA, *ibidem*.

<sup>54</sup> La traducción castellana del artículo 1984 del Anteproyecto Laurent (PEÑA, *op. cit.*, p. 675: «El prestatario que ha pagado intereses sin estar estipulados, no puede reclamarlos ni imputarlos al capital») es plenamente coincidente tanto con el citado artículo 17 del Anteproyecto español, como con la norma idéntica del artículo 1756 CC. Y esa misma traducción castellana encaja, a la perfección, en el texto francés del artículo 1906 CC fr.

Vid. PRATS, *op. cit.*, p. 135.

<sup>55</sup> *Retro*, nota 32.

i) La regla especial de la irrepitibilidad de los intereses pagados por el mutuuario se ha referido, siempre, a intereses *no-debidos* (*jurídicamente inexigibles*). Inicialmente indebidos por su carácter de *no* formalmente estipulados. Luego, en el momento de la Codificación civil, indebidos por *no* pactados –en las condiciones, en su caso, exigidas por el respectivo Código civil– entre mutuante y mutuuario.

La Historia, por tanto, ofrece un argumento contundente en contra de la justificación del efecto del artículo 1756 CC en una *obligación/deuda* de pagar intereses compensatorios a cargo del mutuuario *solvens*. Rechazo que, como se verá inmediatamente, confirma el propio texto del artículo 1756 CC.

ii) El efecto de la irrepitibilidad de los intereses compensatorios pagados y no debidos va asociado a un pago *voluntario, espontáneo, libre* de los mismos por parte del mutuuario *solvens*.

iii) Precisamente porque se trata de intereses compensatorios no debidos, así como de su pago puede derivar, *ex* artículo 1756 CC, la legítima retención de los mismos por el mutuante *accipiens*; en cambio, de dicho pago *nunca* resulta, *ex* artículo 1756 CC, la obligación de seguirlos pagando en el *futuro* (desde el momento del pago realizado hasta el de la extinción del contrato de mutuo).

iv) La *ley*, dándose los requisitos del artículo 1756 CC, considera *legítima, justificada* la atribución patrimonial hecha al mutuante *accipiens* por el mutuuario *solvens, pese al carácter indebido* de los intereses compensatorios pagados.

Lo que se pagó *sin* deberse está sujeto a restitución, *en la medida en que no* exista una causa justificativa *distinta* de la (inexistente) obligación/deuda (cfr. art. 1901 CC). Por tanto, a efectos de enervar la repetición del pago indebido, es suficiente que la *ley* (en nuestro caso, el artículo 1756 CC) declare justificada/legítima la atribución patrimonial de lo indebido hecha por el *solvens* al *accipiens*.

En cuanto a las razones por las cuales, en el caso concreto del artículo 1756 CC, la ley se ha decidido a establecer ese efecto, sigue valiendo lo dicho para el momento de su promulgación: la ley quiso<sup>56</sup> establecer, incluso en el ámbito del mutuo gratuito (sin pacto y, por tanto, sin obligación de pagar intereses compensatorios), un mecanismo de remuneración económica para el mutuante que le compensase del evidente sacrificio patrimonial que significa en el

---

<sup>56</sup> Comp. ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, 2.º, p. 347 y nota 4; LACRUZ, «Las obligaciones naturales», en *Estudios de Derecho privado común y foral*, II, Barcelona, 1992, p. 3 ss., y allí, p. 9.

tráfico moderno –al menos, en términos de lucro cesante– prestar capital sin interés: perder toda oportunidad de sacarle rendimiento al capital prestado durante la entera vigencia del contrato de mutuo gratuito.

El artículo 1756 CC es, en cierto modo, el producto de la mala conciencia del legislador: un legislador que exige, por un lado, el pacto inequívoco de intereses compensatorios para que éstos sean debidos por el mutuuario; pero que, por otro, evidentemente no ignora lo antieconómico, perjudicial para el mutuante, que es el préstamo gratuito.

Y ya está dicho que otra cosa diferente, es que ese mecanismo, *ex* artículo 1756 CC, de retribución económica del mutuo sin pacto de intereses, predispuesto por el legislador, sea raquítrico –es difícil que se den en la práctica todos los requisitos del artículo 1756 CC– y frágil –pues depende, por completo, de la iniciativa espontánea del mutuuario a título gratuito–.

Pero desde que el legislador, en vez de presumir oneroso el mutuo, exigió el pacto de intereses compensatorios para que éstos fuesen debidos, era inevitable que, aun queriendo establecerla en alguna medida, la remuneración económica del mutuo sin pacto de intereses sólo pudiera obtenerse por vías marginales. Como ya se dijo, el artículo 1756 CC es una pieza coherente del anacrónico régimen del Código civil para los intereses compensatorios en el contrato de mutuo.

## **B) Interpretación del artículo 1756 CC: Requisitos en él establecidos –delimitación, positiva y negativa, de su ámbito de aplicación– y efecto legal derivado de su concurrencia**

Empezaré la exégesis del artículo 1756 CC, por el estudio de cada uno de los *requisitos* en él exigidos para producir el efecto que dicha norma establece.

La importancia de estos requisitos es evidente: delimitan el supuesto de hecho del precepto, y, por tanto, su ámbito de aplicación. En consecuencia, solamente su conocimiento exacto y completo permitirá deslindar, correctamente, los casos en que la norma es aplicable –aquellos en los que concurren *todos* los requisitos por ella exigidos–, de aquellos otros en los que no –por faltar uno o más de dichos requisitos–; consentirá distinguir, en suma, los supuestos en los que puede, de aquellos otros en los que no puede darse el



efecto predispuesto por la norma (para el solo caso de concurrir todos sus requisitos).

1) Al exigir el artículo 1756 CC un pago, por el mutuuario *solvens*, de intereses «*sin estar estipulados*», la norma nos dice, paladinamente, que sólo es aplicable en el ámbito de un contrato de mutuo en el que *falte todo pacto*, entre mutuante y mutuuario, que imponga al segundo la obligación de pagar intereses compensatorios. O sea, el supuesto de hecho del artículo 1756 CC exige un contrato de mutuo *gratuito*, en el que el mutuuario *no* esté contractualmente obligado a pagar, a su mutuante, intereses compensatorios del capital prestado<sup>57</sup>. Lo anterior conduce, consecuentemente, a que el pago de intereses contemplado por el artículo 1756 CC es un *pago indebido*: pago de intereses compensatorios hecho por un mutuuario *solvens* que no está obligado (según los términos de su propio contrato de mutuo) a pagarlos.

Todo ello es, pues, suficiente para concluir que la relación entre los respectivos ámbitos de aplicación de los artículos 1755 y 1756 CC debe establecerse en términos de *recíproca exclusión*: *ex* artículo 1755 CC, donde exista un *pacto inequívoco* (expreso o tácito) de pagar intereses compensatorios, el mutuuario está obligado contractualmente a pagarlos, y es ese pacto, es esa obligación de él derivada, lo que justificará la irrepitibilidad de los *intereses debidos* conforme al contrato que se paguen por el mutuuario; en cambio, *ex* artículo 1756 CC, donde, por *no existir* un pacto inequívoco (expreso o tácito) de pagar intereses compensatorios, el mutuuario *no* esté contractualmente obligado a pagarlos, si, ello no obstante, llega a pagarlos en las condiciones exigidas por esta otra norma, ese *pago indebido*, pese a serlo, no será repetible, como efecto específico del artículo 1756 CC.

En resumen, el artículo 1756 CC sólo contempla un pago, por el mutuuario, de intereses compensatorios que *no* sean debidos contractualmente *ex* artículo 1755 CC (por no haberse pactado, entre mutuante y mutuuario, en las condiciones –de inequívocidad– exigidas por esta otra norma).

---

<sup>57</sup> *Vid.*, en sentido conforme, ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, 1.º, Barcelona, 1983 (7.ª ed.), p. 354; ID., *Derecho civil*, II, 2.º, cit., p. 347; LACRUZ, *Elementos*, II, 2.º cit., p. 178.

Aunque PRATS (*op. cit.*, pp. 133, 153, 154) parte, también, de la inexistencia, en el ámbito de aplicación del artículo 1756 CC, de todo *pacto* de pagar intereses compensatorios (y, consiguientemente, de toda *deuda* de intereses compensatorios a cargo del mutuuario), acaba por explicar (*ib.*, pp. 133 y 154) el efecto del artículo 1756 CC en virtud de un *pacto sobrevenido*, entre mutuante y mutuuario, de pagar intereses compensatorios (que generaría, desde luego, la consiguiente *deuda* a cargo del mutuuario), lo que choca, abiertamente, con el texto y sentido del artículo 1756 CC.

En contra del carácter indebido de los intereses a que se refiere el artículo 1756 CC, y en contra, por tanto, de la inexistencia de una obligación de pagarlos a cargo del mutuuario *solvens*, no puede argumentarse que la letra de dicha norma dice que el mutuuario los «*ha pagado*», y que todo pago o cumplimiento es indisociable de una previa obligación que con él se extingue.

Pues, desde que la misma letra del artículo 1756 CC dice, también, que se trata de un pago de intereses compensatorios *no pactados*, es evidente, *ex* artículo 1755 CC, el carácter indebido de los mismos. O sea, el artículo 1756 habla, ciertamente, de un *pago* de intereses hecho por el mutuuario, pero, como el precepto claramente revela, se trata de un *pago indebido* (pago de intereses que el mutuuario *solvens* no debe en absoluto, no existiendo obligación suya de pagar intereses compensatorios a falta de un pacto inequívoco en tal sentido), y *no* del pago de una obligación preexistente, a cargo del mutuuario, de abonar –porque así inequívocamente se pactó– intereses compensatorios.

También en los artículos 1895 y siguientes habla el Código civil de «pago» para referirse a la atribución patrimonial de algo completamente indebido, también aquí, claro, se trata de un pago indebido, realizado al margen de la existencia de toda obligación previa a cargo del *solvens*.

El artículo 1756 CC exige, pues, la ausencia de todo pacto (inequívoco) en virtud del cual el mutuuario se obligue a pagar intereses compensatorios, y esa ausencia, como la propia norma señala, debe existir *en el momento en que el mutuuario solvens realiza el pago* al que el precepto se refiere.

No basta, por tanto, con que al tiempo de la celebración del contrato de mutuo no se pactase el pago de intereses compensatorios. Porque, si en un mutuo *inicialmente* gratuito, *sucesivamente* a la perfección del mismo (y antes, obviamente, de su extinción), sus dos partes pactan (*inequívocamente, sea en forma expresa o tácita*) la obligación del mutuuario de abonar intereses compensatorios, entonces, no cabe la menor duda:

i) Tanto, *ex* artículo 1755 CC, de que el mutuuario debe, desde el momento del pacto sucesivo hasta el de la extinción del contrato, los intereses pactados, y de que es ese pacto y la obligación de él derivada la razón de la irrepetibilidad de los intereses pactados que se paguen por el mutuuario (pago de intereses compensatorios por él *debidos* desde el tiempo en que el pacto sobrevenido de intereses es eficaz).

ii) Como que (precisamente porque el artículo 1756 CC exige la falta de todo pacto de intereses compensatorios al tiempo del pago del

mutuatario *solvens*, y, por eso mismo, su campo de aplicación y el del artículo 1755 CC son recíprocamente excluyentes –ya he dicho [*sub i*] que al caso de que ahora se habla, es esta segunda la norma aplicable–) el artículo 1756 CC es norma aquí inaplicable respecto de todos los pagos de intereses compensatorios que, con arreglo a lo pactado, haga el mutuatario, desde el momento en que el pacto sucesivo de intereses sea eficaz hasta el de la extinción del contrato de mutuo.

El sentido específico de la norma del artículo 1756 CC es justificar/hacer irrepetible un pago de intereses compensatorios *a pesar* de su carácter *indebido* (de no existir obligación de pagarlos por el mutuatario *solvens*); donde, en cambio, el mutuatario pague intereses compensatorios que, *ex* artículo 1755 CC (por haberse pactado inequívocamente), sean por él *debidos* (desde el momento señalado en el pacto en que se acordaron, pacto simultáneo o no con el resto del contrato de mutuo), la norma del artículo 1756 es *ociosa* –y, por eso, *inaplicable*, según los términos en que ella misma define su propio ámbito de aplicación–: lo que justifica, entonces, la irrepetibilidad del pago de estos otros intereses (*debidos* por el mutuatario *solvens*) es, precisamente (desde que existe), la obligación de pagarlos.

El artículo 1756 CC exige, pues, para ser aplicado, un contrato de mutuo gratuito. Y ésta es, según ya he dicho, una de las razones que conduce a la muy escasa aplicabilidad del precepto, a la vista de la rareza práctica del mutuo no remunerado –la mayor parte de los contratos de mutuo que se celebran en el tráfico llevan anejo su pacto de intereses compensatorios, en las condiciones exigidas por la ley civil: de inequívocidad (art. 1755 CC), o por la ley mercantil: por escrito (art. 314 CCom)–.

Me propongo, a continuación, tratar, muy brevemente, algunas cuestiones relacionadas con este primer requisito del artículo 1756 CC.

a) Por lo que respecta al *contrato de mutuo mercantil*, puesto que, *ex* artículo 314 Ccom., cabe, también –aunque sea prácticamente rarísimo–, el mutuo mercantil *gratuito* (lo es, legalmente, como sabemos [*retro*, en el texto que concuerda con la nota 22], todo mutuo mercantil sin pacto escrito de pagar intereses compensatorios), a él, dándose los restantes requisitos del artículo 1756 CC, también es aplicable, conforme a los principios generales (arts. 2-I y 50 Ccom.), dicha norma civil –que, conforme a su *ratio*, también consiente en el ámbito del contrato de mutuo mercantil *sin* obligación de pagar intereses compensatorios a cargo del mutuatario, la legítima percepción (eso sí, marginal, raquítica), por el mutuante a título gratuito, de alguna retribución económica de su mutuatario–.

b) A la pregunta de si un contrato de mutuo *con pacto inequívoco (expreso o tácito) de gratuidad* está, por ese solo dato, fuera del ámbito de aplicación del artículo 1756 CC, me parece que debe darse, sobre la base de lo que la propia norma dispone, respuesta negativa.

Lo único que, según el artículo 1756 CC y según su relación (de recíproca exclusión) con el artículo 1755 CC, excluye la aplicabilidad del primero de los preceptos, es un pacto (inequívoco) *de pagar* intereses compensatorios. No, desde luego, el pacto inequívoco —expreso o tácito— de gratuidad del mutuo: *de no pagar* esos mismos intereses compensatorios.

Puesto que la aplicación del artículo 1756 CC exige un contrato de mutuo *gratuito*, un contrato *sin* obligación, a cargo del mutuuario, de pagar intereses compensatorios, nos hallamos en el ámbito de aplicación de dicha norma, *tanto* cuando el contrato de mutuo está *desprovisto* de *todo pacto* inequívoco (expreso o tácito) *de pagar intereses compensatorios* —porque, entonces, legalmente, *ex artículo 1755 CC a contrario*, nos hallamos, desde luego, ante un contrato de mutuo gratuito, en el que el mutuuario no está obligado a pagar intereses compensatorios—; *como* cuando la *gratuidad* del contrato de mutuo está  *pactada inequívocamente* (en forma expresa o tácita) —porque, también en este otro caso, ahora conforme a la voluntad contractual inequívoca de sus partes, nos hallamos ante un contrato de mutuo gratuito, en el que el mutuuario no está obligado a pagar intereses compensatorios—.

El pacto inequívoco (expreso o tácito) de gratuidad del mutuo es, pues, perfectamente compatible con la aplicabilidad del artículo 1756 CC, precisamente porque determina la gratuidad del contrato de mutuo al que se adjunta, la inexistencia, en él, de obligación, para el mutuuario, de pagar intereses compensatorios. Tal pacto, en suma, no impide que nos sigamos hallando ante el caso que el artículo 1756 CC contempla: un contrato de mutuo desprovisto de pacto inequívoco de pagar intereses compensatorios.

Conforme al artículo 1756 CC, los intereses compensatorios pagados por el mutuuario *solvens* son *indebidos* (intereses que dicho mutuuario *no* está obligado a pagar), y tan indebidos son los intereses pagados cuando en el contrato de mutuo falta todo pacto de intereses compensatorios, como los pagados existiendo un pacto inequívoco de gratuidad. En uno y otro caso, la concurrencia de los restantes requisitos del artículo 1756 CC hará, pese al carácter indebido del pago realizado, a éste irrepetible. O sea, la presencia de todos los requisitos de la norma aparejará su específico efecto.

Es coherente que quienes pretenden explicar el efecto del artículo 1756 CC sobre la base de una voluntad contractual (de

mutuante y mutuuario), tácita o presunta, de pagar intereses compensatorios, rechacen la aplicación del precepto allí y cuando exista una voluntad contractual inequívoca —particularmente, si es expresa— de gratuidad, de no pagar intereses compensatorios<sup>58</sup>. Voluntad contractual inequívoca —en especial, insisto, la expresa— que impediría indagar otra, tácita o presunta, contraria.

Lo anterior, digo, es coherente. Pero no deja de ser equivocado, y en la misma medida en que lo es la premisa de que se parte. El efecto del artículo 1756 CC no se apoya en una pretendida voluntad contractual, tácita o presunta, de pagar intereses compensatorios, sino que, al contrario, la ley lo produce, únicamente, en los casos en que *falte* una voluntad contractual inequívoca de pagar intereses compensatorios.

c) Aunque, como queda ya dicho y repetido, el ámbito propio de aplicación del artículo 1756 CC es el contrato de mutuo gratuito, cabe, también, sostener, en conformidad con la *ratio* de la norma (y no ya con su estricto tenor literal), una limitada aplicabilidad de la misma en el ámbito del *contrato de mutuo oneroso*.

Me refiero, únicamente, al *contrato de mutuo oneroso de favor*, en el que, si bien se han pactado intereses compensatorios, ello se ha hecho en cuantía sensiblemente inferior a la que sería normal en el mercado para las mismas circunstancias del contrato de que se trate, y sin que esa rebaja del tipo de interés esté equilibrada por otras ventajas o compensaciones, económicamente valiables, hechas, como contrapartida, al mutuante: o sea, sin otra razón para hacerla que el trato de favor al mutuuario.

En tales circunstancias, me parece que una interpretación finalista —conforme a su *ratio* (hay, en sustancia, un contrato de mutuo parcialmente gratuito, que consiente, por tanto, la aplicación del artículo 1756 CC en la parte, en la medida cuantitativa, en que la gratuidad existe)— y actualizadora (adecuándolo más a las circunstancias actuales del tráfico) del artículo 1756 CC, conduce a hacer irrepetible (e inimputable al principal) lo que el mutuuario, libremente y con plena conciencia de su carácter indebido —o sea, como se verá después, en las mismas condiciones que exige siempre el artículo 1756 CC—, pague, en concepto de intereses compensatorios, por encima de la (insuficiente, privilegiada) remuneración pactada.

---

<sup>58</sup> En concreto, Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 1996 (5.ª ed.), pp. 70-71, que explica el artículo 1756 CC sobre la base de una presunción legal de un pacto de intereses compensatorios entre mutuante y mutuuario, excluye la aplicación de dicha norma, de existir en el contrato de mutuo un *pacto expreso de gratuidad*. Y, por tanto, según este autor, el mutuuario que, en tal circunstancia, paga intereses compensatorios, nunca debe encontrar en el artículo 1756 CC un obstáculo legal para la recuperación de los intereses indebidos pagados.

Que esta interpretación extensiva sea conforme con la *ratio* del precepto, puede comprobarse en lo que expresamente disponía (en términos aún más amplios que los aquí auspiciados) una norma equivalente de nuestro artículo 1756 CC: el artículo 1830 del Código civil italiano de 1865<sup>59</sup>.

Obsérvese que, del modo dicho, aumentan algo las, en cualquier caso muy limitadas, posibilidades de aplicación del artículo 1756 CC en el tráfico actual —donde el mutuo gratuito es muy raro, pero el mutuo oneroso de favor no tanto—.

2) El artículo 1756 CC exige, también, clara, literalmente, como elemento de su supuesto de hecho, un *pago*; o sea, una *entrega efectiva* de intereses compensatorios por el mutuuario al mutuante; y es respecto de ella que sanciona el efecto (consecuencia jurídica) de la irrepetibilidad e inimputabilidad al principal, efecto que, obviamente, no cabe respecto de un mero ofrecimiento de entrega que haya realizado el mutuuario sin llegar a consumir ésta.

i) Evidentemente, para que haya cualquier entrega efectiva, no basta con la iniciativa del sujeto *dans*, es precisa, además, la colaboración receptiva del *accipiens*.

También a propósito del artículo 1756 CC, para que el pago, la entrega efectiva del mutuuario *solvens* pueda consumarse, se necesita que dicha entrega sea *aceptada*, expresa o tácitamente, por parte del mutuante *accipiens* (o de quien esté, de algún modo, legitimado para actuar en su nombre).

Precisamente por tratarse de un pago de intereses compensatorios no debidos/no pactados, el mutuante *accipiens* es completamente libre en cuanto a su aceptación/no se le puede imponer su recepción: puede, si quiere, *rechazar legítimamente* la entrega de los mismos intentada/ofrecida por el mutuuario. Aunque, desde luego, por razones evidentes, será mucho más fácil encontrar mutuantes dispuestos a aceptar el pago indebido (ofrecido, como se verá después, por el mutuuario *solvens*, espontánea/libremente y con plena conciencia de su carácter indebido) que a rechazarlo.

ii) Si hay un mero ofrecimiento de pago de intereses compensatorios no pactados, y tal ofrecimiento del mutuuario es *rechazado* por el mutuante, es claro que dichos intereses siguen siendo indebidos *ex* artículo 1755 CC (respecto de ellos *no* hay pacto inequívoco, ente mutuante y mutuuario, ni inicial ni sobrevenido, de pagarlos), y que tampoco cabrá aplicar el artículo 1756 CC, preci-

<sup>59</sup> *Vid. retro.* nota 32.

samente porque esta otra norma exige el pago, la entrega efectiva de los intereses compensatorios indebidos/no pactados.

iii) Si hay un pago, entrega efectiva –en virtud del ofrecimiento del mutuuario *solvens* seguido de la indispensable conformidad del mutuante *accipiens*– de intereses compensatorios no debidos/no pactados, ya está dicho que estamos en el ámbito de aplicación del artículo 1756 CC. Pero si el mutuuario en vez de limitarse a ofrecer *un pago*, lo que (*inequívocamente*) ofrece es *quedar obligado a pagar intereses compensatorios* (hasta la extinción del contrato de mutuo), y es este otro ofrecimiento el que resulta (*inequívocamente*) aceptado por el mutuante, ahora, en virtud de, y desde, este acuerdo sobrevenido –sobrevenido al contrato de mutuo– entre mutuante y mutuuario, y *conforme al artículo 1755 CC*, los intereses compensatorios son *debidos ex pacto (inequívoco) sucesivo*, y, precisamente por eso, nos hallamos –*aunque esos intereses compensatorios (debidos) se paguen, entreguen efectivamente al mutuante*– fuera del ámbito de aplicación del artículo 1756 CC, pues, como sabemos, esta última norma exige la falta de todo pacto (*inequívoco*), inicial o sucesivo, de intereses compensatorios, el carácter *indebido* de los intereses compensatorios efectivamente pagados por el mutuuario al mutuante. Ya se ha dicho que los respectivos ámbitos de aplicación de los artículos 1755 y 1756 CC son recíprocamente excluyentes: los intereses compensatorios debidos *ex artículo 1755 CC* nunca pueden ser los pagados *ex artículo 1756 CC*; y, viceversa, los intereses compensatorios que se pagan *ex artículo 1756 CC* nunca pueden ser los debidos *ex artículo 1755 CC*.

iv) Como ya anticipé [*retro*, en el texto que concuerda con la nota 14], el artículo 1756 CC *no* exige, en absoluto, para su aplicación, un pago reiterado, por el mutuuario, de los intereses compensatorios no pactados.

Es, pues, norma perfectamente aplicable a un pago *aislado, no repetido en el tiempo*, siempre que se den todas las condiciones previstas en la norma, entre las cuales, insisto, no figura la reiteración del pago por el mutuuario *solvens*.

Ni figura, ni tiene por qué figurar, pues, desde que el artículo 1756 CC exige la *falta de todo pacto inequívoco*, inicial o sucesivo, *expreso o tácito*, de pagar intereses compensatorios –si lo hubiera, estaríamos, en cambio, en el ámbito de aplicación del artículo 1755 CC: intereses compensatorios *debidos*, en tanto que *pactados (inequívocamente)*, cuya irrepetibilidad, una vez pagados, deriva, precisamente, (no del art. 1756 CC, sino) de la obligación que existía de pagarlos–, es completamente imposible, además de equivocado, justificar el efecto del artículo 1756 CC en un sobre-

venido *acuerdo tácito* (entre mutuante y mutuuario) de pagar intereses compensatorios; y solamente sobre la base de ese (equivocado) fundamento, puede exigirse, en orden a aplicar el artículo 1756 CC, reiteración, por el mutuuario *solvens*, del pago de los intereses compensatorios no (anteriormente) pactados.

3) Está implícito en el artículo 1756 CC –y es, además, conforme con sus antecedentes históricos remotos, según vimos *retro*, sub III., A.1) y A.3)– que el pago del mutuuario, a que dicha norma se refiere, lo realice éste de forma *voluntaria, libre, espontánea*<sup>60</sup>; y es, asimismo, exigencia implícita del precepto que el mutuuario *solvens* haga tal pago *con plena conciencia de su carácter indebido* (sabiendo que los intereses compensatorios que voluntariamente paga *no* está obligado a pagarlos, no están pactados con el mutuante *accipiens*).

Exigencias, ambas, implícitas en el hecho, contemplado por el artículo 1756 CC, de haber el mutuuario *solvens* querido –por su libre iniciativa, pues–, pagando, compensar económicamente: retribuyéndole *en concepto de intereses*, a su mutuante, dentro de un contrato de mutuo *gratuito* –de cuya reglamentación no resultaba obligación alguna, para el mutuuario, de compensar económicamente al mutuante por la financiación recibida; reglamentación contractual que, como parte contratante, en la situación más normal y frecuente, es, obviamente, conocida por el mutuuario *solvens*–.

Por tanto, es suficiente para *excluir* la aplicabilidad del artículo 1756 CC –y, con ella, la irrepetibilidad del pago indebido realizado por el mutuuario *solvens* (o la inimputabilidad de su importe al del principal pendiente de restitución)–:

*i)* Que el pago de los intereses compensatorios no pactados haya sido realizado por el mutuuario a causa de cualquier género de *violencia o coacción*, física o psíquica (amenazas). Y a los efectos de excluir la aplicación del artículo 1756 CC, lo mismo da que el autor de la coerción sobre el mutuuario *solvens* sea el mutuante *accipiens* que un tercero. Pues es la perspectiva de la libertad/espontaneidad del mutuuario la única que interesa en dicho artículo: todo lo que la elimina, sea cual sea su proveniencia, excluye la aplicabilidad del precepto, precisamente porque éste exige, presupone esa libertad/espontaneidad en el pago.

*ii)* Que ese mismo pago haya sido realizado por efecto del *engaño* a que, con maquinaciones dolosas, fraudulentas, de mala fe

<sup>60</sup> Vid. AUBRY/RAU, *op. cit.*, p. 106, nota 6; DERRIDA, voz cit., núm. 15; HUET, *op. cit.*, p. 892; ROGRON, citado y transcrito *retro*, en el texto que concuerda con la nota 51.



(activas u omisivas), se ha visto sometido el mutuuario *solvens*. Y puesto que, desde la perspectiva del artículo 1756 CC, lo único decisivo sigue siendo que haya libertad/espontaneidad/voluntariedad en el pago indebido del mutuuario *solvens*, y, por eso mismo, si no la hay, ello es suficiente para hacer inaplicable el precepto, cualquiera que sea la causa que produzca tal efecto; también aquí, es completamente irrelevante que el engaño productor del pago (no espontáneo, no libre) sea imputable al mutuante *accipiens* o a un tercero<sup>61</sup>.

iii) Es inaplicable, asimismo, el artículo 1756 CC en todo otro supuesto en que no pueda hablarse de un pago voluntario/libre/espontáneo de intereses compensatorios no pactados por parte del mutuuario. Por ejemplo, y típicamente, cuando una entidad bancaria prestamista, *de forma unilateral* (por su sola iniciativa, y no por orden o con autorización del cliente) carga en la cuenta corriente bancaria de su cliente prestatario, el importe de los intereses compensatorios no pactados/no debidos<sup>62</sup>.

iv) Excluye, también, la aplicabilidad del artículo 1756 CC, un pago de intereses compensatorios no pactados que el mutuuario *solvens* haga por causa de *error* suyo: ignorando su carácter indebido/no pactado, creyendo, equivocadamente, que se debían/estaban pactados<sup>63</sup>. Y precisamente porque el error del mutuuario *solvens* hace inaplicable al artículo 1756 CC, en tal caso lo indebidamente pagado por error es repetible conforme a los principios generales.

El artículo 1756 CC penaliza el arrepentimiento sucesivo de quien, mutuuario *solvens*, espontáneamente pagó *sabedor* de que no debía —dando a su mutuante una compensación económica que, a pesar de no estar pactada/no ser debida, a la ley le parece justa, y, por eso, la declara justificada, irrepetible, en determinadas condiciones—; pero no penaliza —no enerva la aplicación de los principios generales en cuanto al pago de lo indebido— a quien, mutuuario *solvens*, pagó lo indebido *creyendo erróneamente* que debía.

4) Por último, y tal como indica expresamente el artículo 1756 CC, el pago a que dicha norma se refiere, debe realizarse, por el mutuuario *solvens*, precisamente *en concepto o a título de intereses* (compensatorios), y no en concepto o a título distinto<sup>64</sup>. O sea,

---

<sup>61</sup> En concreto, a favor, también, de que el dolo o el fraude del mutuante *accipiens* excluye la aplicabilidad del artículo 1756 CC (o de la norma francesa equivalente: art. 1906 CC fr.): DERRIDA, voz cit., núm. 16; FÉRNANDEZ-ARIAS/FÉRNANDEZ-ARIAS, *op. cit.*, p. 299.

<sup>62</sup> *Vid.*, en igual sentido, para el Derecho francés (art. 1906 CC fr.), HUET, *op. cit.*, p. 892.

<sup>63</sup> *Vid.*, para el Derecho francés (art. 1906 CC fr.), AUBRY/RAU, *op. cit.*, p. 106 y nota 6.

<sup>64</sup> *Vid.* DE ÁNGEL, *op. cit.*, sub art. 1756, pp. 1632-1633; PRATS, *op. cit.*, pp. 133, 150, y 154.

como retribución o remuneración, al mutuante *accipiens*, del préstamo recibido (de la apropiación del capital prestado).

Pese a ello, el pago de intereses compensatorios *ex* artículo 1756 CC no es incompatible/contradictorio con el *carácter gratuito* –ausencia en él de todo pacto inequívoco de intereses compensatorios y, por tanto, de obligación, a cargo del mutuuario, de pagarlos– del contrato de mutuo en cuya ejecución se produce. Pues ya se ha aclarado que dicho pago se hace como *indebido*, y el artículo 1756 CC consiente retenerlo al mutuante *accipiens*/impide repetirlo al mutuuario *solvens*, no porque se deba lo entregado –en el contrato de mutuo de *quo*, insisto, no hay obligación de pagar los intereses compensatorios pagados, por no estar (inequívocamente) pactados–, sino *a pesar* de que *no* se debe: por una justificación específica, *ad hoc*, dispuesta por la ley (en el propio artículo 1756 CC).

Lo que hace que el pago/la entrega efectiva del mutuuario *solvens* deba entenderse en concepto o a título de intereses (compensatorios) es, naturalmente, la voluntad en tal sentido, expresa o tácita, con que dicho sujeto lo realiza.

Voluntad que existirá<sup>65</sup>, bien porque al efectuar la entrega y para justificarla se emplea, por el mutuuario *solvens*, la palabra «intereses» u otra de significado equivalente (réditos, frutos/frutos civiles, rentas, retribución, remuneración, compensación), bien porque la conducta (también la omisiva, también la posterior al pago) del mutuuario *solvens* la revele de modo concluyente –por ejemplo<sup>66</sup>, simultáneamente con su ejecución o una vez hecho el pago, el mutuuario *solvens* declara o da a entender que sigue debiendo la *totalidad* del capital o principal prestado pendiente de restitución al tiempo de tal pago: *sin* descontar el importe de lo pagado. Lo que necesariamente implica (no puede entenderse de otro modo) que el pago se hizo a título de intereses compensatorios–.

Puesto que, por hipótesis, los intereses compensatorios pagados por el mutuuario *ex* artículo 1756 CC no estaban pactados en el contrato de mutuo, es el propio mutuuario *solvens* quien determina *unilateralmente* su cuantía. En el (por obvios motivos) rarísimo caso de que la retribución fijada unilateralmente por el prestatario resulte *exorbitante* en su perjuicio –comparada con la que sería *normal* en el tráfico para un contrato de mutuo celebrado en las mismas circunstancias del caso–, parece posible obtener, a instancia del prestatario *solvens*, una reducción judicial de la misma, con la consiguiente restitución parcial (del exceso) a cargo del mutuante

<sup>65</sup> Vid. DE ÁNGEL, *op. cit.*, sub art. 1756, pp. 1632-1633.

<sup>66</sup> Vid. DE ÁNGEL, *ibidem*.

*accipiens* (o con la consiguiente imputación parcial –de ese mismo exceso– al capital pendiente de restitución).

Dado que el artículo 1756 CC exige una atribución patrimonial hecha al mutuante en concepto de *intereses compensatorios*, como *remuneración* de la financiación de él recibida, es norma que resulta inaplicable allí y cuando sea una *donación* lo que el mutuuario realiza a su mutuante. Entonces, ciertamente, lo entregado al mutuante *accipiens* es, también, irrepetible, pero no por efecto del artículo 1756 CC, sino *ex causa donationis*<sup>67</sup>. Esa atribución patrimonial sigue estando justificada, no carece de fundamento causal –por eso, no se puede repetir–, pero cambia su causa justificativa o fundamento causal: ya no la ley *ex* artículo 1756 CC, sino un contrato de donación (entre las mismas partes del anterior contrato de mutuo).

Y si bien en cuanto al efecto de la irrepetibilidad de lo entregado al mutuante el resultado, sea por la aplicación del artículo 1756 CC, sea por haber donación, es siempre el mismo; que la causa o el fundamento de esa atribución patrimonial sea uno u otro, no es, en cambio, indiferente a otros efectos: donde haya donación rigen las exigencias formales propias de ésta (en su caso, por la naturaleza mobiliaria de lo entregado, las que establece el artículo 632 CC, de facilísimo cumplimiento tratándose de donación manual); así como deberán observarse las condiciones de capacidad y legitimación dispositiva exigidas (al donante) para donar; o son aplicables los mecanismos específicos de protección de los acreedores y legitimarios del donante.

Nada impide, desde luego, al mutuuario que no está obligado, por el contrato de mutuo, a pagar intereses compensatorios, donar (y hacerlo manualmente, *ex* artículo 632 CC) a su mutuante. Y, entonces, como queda dicho, la atribución patrimonial hecha gratuitamente al mutuante, tendrá en el contrato de donación su justificación/fundamento causal, y será, por eso mismo, irrepetible. Pero, puesto que también se ha dicho que basta que haya donación del mutuuario para que el artículo 1756 CC resulte inaplicable (porque donde hay donación no hay remuneración a título de intereses compensatorios), la conclusión, evidente, es que el artículo 1756 CC únicamente es aplicable allí donde *ni* exista obligación contractual de pagar intereses compensatorios en el contrato de mutuo *ex* artículo 1755 CC, *ni*, tampoco, exista atribución patrimonial gratuita, en concepto de donación, por parte del mutuuario. Lo

---

<sup>67</sup> Vid. LAURENT, *op. cit.*, pp. 544-545; MANRESA, *op. cit.*, *sub* art. 1756, p. 891; LACRUZ, «Las obligaciones naturales» *cit.*, p. 9.

que es perfectamente lógico y coherente: el artículo 1756 CC como causa (legal) distinta, específica, de justificación de la atribución patrimonial hecha al mutuante, sólo tiene sentido (y, consecuentemente, posibilidades de ser aplicada), allí donde esa atribución patrimonial carezca de una fundamentación o justificación jurídica diferente.

Si el mutuuario hiciera a su mutuante una donación —cuyo objeto, no hay que decirlo, no tiene por qué ser del mismo género que el capital objeto del mutuo: he aquí otra importante diferencia derivada del hecho de no ser un pago de intereses compensatorios—, *por causa del préstamo recibido sin interés/gratuitamente*, nos hallaríamos no solamente en el ámbito del contrato de donación, sino, más en concreto, ante una *donación remuneratoria* (del beneficio económico recibido del mutuante/donatario), con todas las consecuencias específicas que derivan de esa calificación —en orden, por ejemplo, a la (limitada) protección frente a los acreedores del donante, o a la (limitada) aplicabilidad del saneamiento—.

Dándose todos los requisitos vistos que exige el artículo 1756 CC, se produce el *efecto* jurídico predispuesto por tal norma para su supuesto de hecho: la legítima retención o irrepetibilidad de lo pagado (*soluti retentio*), la justificación legal de la entrega pese a su carácter indebido.

O sea<sup>68</sup>, la ley dispone que el mutuante *accipiens* haga legítimamente suyos (y, por eso, no se le puede constreñir a que los restituya, ni, tampoco, descontar su importe del principal pendiente de restitución al tiempo en que se pagaron) los intereses compensatorios que el mutuuario *solvens* satisfizo sin estar pactados/sin ser debidos; o, lo que es lo mismo, el mutuuario *solvens* carece de acción para reclamar (del mutuante *accipiens*) la restitución de lo pagado en tal concepto, aun no estando pactado/no siendo debido.

*Negativamente*, el efecto del artículo 1756 CC es, pues, *impedir (legalmente)* toda reclamación restitutoria del mutuuario *solvens* que, nacida de un arrepentimiento suyo posterior al pago voluntario/espontáneo realizado, se apoye en el (innegable) carácter indebido/no pactado de los intereses compensatorios por él pagados a su mutuante. Y, así, se le niega tanto la *restitución directa* de la cantidad pagada en ese concepto; como descontar del importe de la obligación restitutoria afectante al capital prestado (o a la parte de él que esté pendiente de restitución en el momento en que los intereses indebidos se pagaron) la cuantía de los intereses compensato-

---

<sup>68</sup> Comp. PRATS, *op. cit.*, p. 131.

rios pagados y no debidos —que sería, evidentemente, una *manera indirecta de recuperar* el importe de lo indebidamente pagado—.

Ahora bien, ese *efecto negativo* del artículo 1756 CC es absolutamente inseparable (no es más que la otra cara) de su *efecto positivo*: si el mutuuario *solvens* no puede, ni directa ni indirectamente, recuperar lo indebidamente pagado al mutuante *accipiens*, es porque *la ley declara justificada, con fundamento causal suficiente (legal: el propio artículo 1756 CC) esa atribución patrimonial, aunque no debida, hecha al mutuante accipiens.*

Conforme a su misma letra, al hacer irrepetible el pago indebido del mutuuario *solvens*, el artículo 1756 CC excluye, ciertamente, para el caso contemplado en su supuesto de hecho (en el que concurren todos sus requisitos), la aplicabilidad de las normas generales del pago de lo indebido. Pero ya queda dicho que no se limita a eso; *excluye toda posibilidad de reclamación* del mutuuario *solvens* en relación a los intereses compensatorios pagados y no debidos: también, por ejemplo, una acción de enriquecimiento sin causa. Y si el mutuuario *solvens* no puede reclamar (y el mutuante *accipiens* puede legítimamente retener) los intereses compensatorios pagados y no debidos/no pactados, *pese a no existir, en absoluto, obligación de pagarlos (pese a haber un indébito objetivo en cuanto a ellos), y pese a no existir donación en cuanto a los mismos, es, necesariamente (cfr. art. 1901 CC), porque hay otra causa justificativa, distinta de la obligación/pacto de intereses y de la donación, que (legalmente) justifica, fundamenta la atribución patrimonial hecha al mutuante en concepto de intereses compensatorios, e impide, consiguientemente, su restitución como realizada sin justa causa: el propio artículo 1756 CC.*

Puesto que el pago *ex* artículo 1756 CC *no* es una donación, ni, tampoco, una atribución patrimonial gratuita asimilable a ella —sino un pago de intereses compensatorios, satisfechos como remuneración, retribución del préstamo recibido—, no puede ser tratado como tal por los acreedores y legitimarios del mutuuario *solvens*. Siendo, por eso mismo, evidente que la posición del mutuante *accipiens* nunca podría ser peor —argumento *a fortiori*— que la del donatario de una donación remuneratoria<sup>69</sup>.

<sup>69</sup> Con ese mismo argumento *a fortiori*, sostuvo LACRUZ («Las obligaciones naturales» cit., p. 25), para todas las obligaciones naturales, la sustracción de su «cumplimiento» a los mecanismos de control, en interés de los acreedores del donante, propios de las donaciones.

Pero obsérvese que la validez del argumento respecto del artículo 1756 no pasa, necesariamente, por la consideración de esta norma como supuesto de obligación natural: basta con comprobar que se trata de una causa legal justificativa de una atribución patrimonial distinta de la donación y tampoco asimilable a ésta.

Finalmente, merece la pena señalar, que el efecto legal del artículo 1756 CC es un efecto disponible por la voluntad de los particulares. Esto es, que resulta admisible<sup>70</sup> el *pacto en contrario* por el que, dentro del contrato de mutuo, se acuerde que el pago voluntario/espontáneo, por el mutuuario, de intereses compensatorios no pactados/no debidos, no produzca el efecto previsto en la norma –y, por tanto, sí pueda ser repetido, o descontado del importe del principal pendiente de restitución–. La validez de tal pacto resulta del propio interés (meramente privado, disponible) que la norma, cuya aplicación se excluye, protege –la remuneración del mutuante a título gratuito, pese a no serle debida–. El pacto en cuestión es, pues, no tratándose de norma imperativa, plenamente conforme con los límites generales de la autonomía de la voluntad (arts. 1255, 6-2 y 6-3 CC). Recuérdese, por otra parte, que, incluso sin mediar tal pacto, el mutuante podría rechazar, legítimamente, el ofrecimiento de pago de intereses compensatorios no pactados que le haga su mutuuario.

#### IV. CÓMO QUEDA ESTABLECIDA LA RELACIÓN ENTRE LOS ARTÍCULOS 1755 Y 1756 CC, A LA LUZ DE TODO LO PREVIAMENTE EXPUESTO

A la vista de todo lo que antecede, resultaba muy fácil prever mi conclusión acerca de la debatida cuestión, de en qué términos debe establecerse la correcta relación aplicativa entre artículo 1756 y artículo 1755 CC.

En mi opinión, en contra de lo que con cierta frecuencia se dice<sup>71</sup>, no hay contradicción alguna entre ambas normas.

Mientras que el artículo 1755 señala en qué condiciones los intereses compensatorios son *debidos* (contractualmente) por el mutuuario: sólo cuando se pactan inequívocamente, sea en forma expresa o tácita.

En cambio, el artículo 1756 establece cuándo, a pesar de haberse pagado, por el mutuuario, intereses compensatorios que,

<sup>70</sup> Así, para el Derecho francés (art. 1906 CC fr.), DERRIDA, voz cit., núm. 15 (y allí, cita de jurisprudencia francesa en tal sentido).

<sup>71</sup> Vid. p. ej., MANRESA, *op. cit.*, sub art. 1756, pp. 889-890 («confrontados éste [art. 1756] y el anterior [art. 1755], descúbrense la contradicción entre ellos»); DIEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*, II, p. 401 («...dispone el artículo 1756... la contradicción formal con el artículo 1755 es patente»); PRATS, *op. cit.*, p. 132 («parece que los contenidos de los artículos 1755 y 1756 resultan antinómicos»).

conforme al artículo 1755, *no son* (contractualmente) *debidos* –por *no* haberse pactado inequívocamente, ni expresa ni tácitamente–, el mutuuario *solvens* no puede (ni directa, ni indirectamente) recuperarlos –y, por tanto, el mutuante *accipiens* puede, legítimamente, hacerlos suyos–.

Se trata, pues, de dos normas que no chocan entre sí: cada una de ellas tiene su propio y distinto ámbito de aplicación –el artículo 1755 CC se refiere al contrato de mutuo *con* pacto inequívoco (expreso o tácito, inicial o sobrevenido) de intereses compensatorios; el artículo 1756 al contrato de mutuo *sin* pacto (inequívoco) de intereses compensatorios, ni expreso ni tácito, ni inicial ni sobrevenido–; y es con referencia a su respectivo y distinto supuesto de hecho, que cada una de las dos normas establece un efecto jurídico también diferente –el artículo 1755 CC la *obligación*, a cargo del mutuuario, de pagar los intereses compensatorios pactados, y de hacerlo desde la fecha de eficacia del pacto de intereses (inicial o sobrevenido) hasta la extinción del contrato de mutuo; el artículo 1756 CC la legítima retención/irrepetibilidad de los intereses compensatorios pagados por el mutuuario *solvens*, a pesar (por *no* estar pactados en las condiciones exigidas por el artículo 1755 CC) de *no existir obligación* de pagarlos a cargo de dicho mutuuario–.

En particular, es completamente falso, según se ve, que el artículo 1756 señale unas *condiciones para el nacimiento*, a cargo del mutuuario, *de la obligación de pagar intereses compensatorios, distintas, no coincidentes* con las que, a ese mismo propósito, señala el artículo 1755, y, por tanto, necesariamente *en contradicción* con esta otra norma, que claramente dice que dicha obligación *únicamente* nace en las condiciones por ella misma señaladas. Pues, insisto, el artículo 1756 no dice cuándo debe intereses compensatorios el mutuuario, sino cuándo, habiendo pagado intereses compensatorios indebidos, no puede, sin embargo, recuperarlos.

El esfuerzo, de gran parte de nuestra doctrina, por justificar el efecto del artículo 1756 CC en un *pacto* (entre mutuante y mutuuario) de intereses compensatorios, y, por tanto, en una *deuda/obligación de pagarlos*, a cargo del mutuuario *solvens*, es tanto *contrario a la ley* –se pretende convertir en pactado/debido lo que el artículo 1756 dice textualmente que no lo es–, como completamente *innecesario* a efectos de dotar de coherencia/sentido al precepto: porque en el artículo 1756 CC *la ley* justifica la entrega/atribución patrimonial hecha al mutuante *accipiens*, *pese* al carácter indebido/no pactado de los intereses compensatorios pagados por el mutuuario *solvens*, y *no* por su carácter debido/pactado.

Respecto de los intereses compensatorios que, *ex* artículo 1755 CC, sean *debidos* (contractualmente), por haber sido (inequívocamente) *pactados* entre mutuante y mutuuario, expresa o tácitamente, inicial o sucesivamente, no hay, desde luego, duda alguna: es el pacto de intereses y la obligación de pagarlos de él derivada la justa causa, el fundamento de su atribución, cuando le son pagados, al mutuante *accipiens*.

Precisamente por eso, si, contraviniendo su expreso dictado, referimos, también, el artículo 1756 CC al pago de intereses compensatorios que han sido inequívocamente pactados (expresa o tácitamente, inicial o sobrevenidamente) entre mutuante y mutuuario, y que, por eso mismo, eran *debidos* por el mutuuario *solvens* al tiempo de pagarlos, así no sólo vulneramos el claro dictado de la norma, sino que la convertimos en *precepto redundante* con el artículo 1755 CC –que contempla el mismo supuesto de esta otra norma y que repite, respecto de él, el mismo efecto jurídico que ya se establece en ella–, y, en consecuencia, *completamente inútil*.

Lo único que da sentido, autonomía y vida propia al artículo 1756 CC es justificar (legalmente) un pago de intereses compensatorios que no esté ya justificado *ex* artículo 1755 CC: *ex* obligación contractual/pacto de pagarlos.

Y que el artículo 1756 CC haya podido sancionar la legítima retención/irrepetibilidad de algo pagado y no debido, se entiende perfectamente desde que resulta innegable, tanto que *i*) esa legítima retención/irrepetibilidad es un efecto jurídico que, como cualquier otro, puede ser libremente establecido por la ley en los supuestos en los que quiera producirlo; como que *ii*) la obligación, la deuda no es, manifiestamente, la única posible causa justificativa o fundamento de una atribución patrimonial, según se ve, por otra parte meridianamente, en el artículo 1901 CC.

En consecuencia, la justificación (y consiguiente irrepetibilidad) de la atribución patrimonial hecha por un sujeto (*solvens, tradens*) a otro (*accipiens*), es un efecto jurídico que el Derecho (la ley) *no* hace, *necesariamente*, depender de la existencia (preexistencia) de un vínculo obligatorio entre ambos: de la obligación a cargo del sujeto atribuyente (*solvens, tradens*) de realizar la atribución patrimonial efectivamente realizada (obligación, obviamente, previa, anterior al momento de su cumplimiento, a aquél en que la atribución patrimonial *debida* se realiza). Y ello es particularmente evidente allí donde, como en el caso del artículo 1756 CC (o en el del artículo 1901 CC), la propia ley nos dice que no hay, en el sujeto *solvens/tradens*, obligación alguna de efectuar la atribución patrimonial efectivamente realizada al sujeto *accipiens*.



O sea, la ley puede, perfectamente, justificar una atribución patrimonial que el sujeto *tradens/solvens* no está (previamente) obligado a realizar.

Donde hay (previa) obligación de realizar una atribución patrimonial, la obligación, ciertamente, actúa como causa justificativa, fundamento de la misma —del desplazamiento patrimonial producido al pagarse lo debido—; pero donde *no* hay obligación de realizar la atribución patrimonial efectuada (obligación previa a la consumación de esta última), puede existir *otra distinta* causa justificativa o fundamento de la misma reconocida por la ley, compatible, por eso mismo, con el carácter no debido de lo atribuido.

El problema de la obligación previa (su existencia, o no, a cargo del sujeto *solvens/tradens*) y el de la justa causa de la atribución patrimonial (su existencia o no) son perfectamente separables: donde hay obligación previa ésa es, evidentemente, la justa causa de lo que se atribuye patrimonialmente en su cumplimiento; pero no toda atribución patrimonial que la ley declara justificada (y que, por eso mismo, es irrepitable) responde a una previa obligación de realizarla: la ley (como se ve, insisto, en los artículos 1901 y 1756 CC) puede, también, declarar justificada una atribución patrimonial no debida.

Y esto es, precisamente, como vengo repitiendo, lo que hace el artículo 1756 CC. Esta norma declara *justificada (legalmente)* la atribución patrimonial hecha (por el mutuuario *solvens* al mutuante *accipiens*) en virtud de un pago *indebido*: justificada *pese a no existir* obligación de realizarla.

La irrepetibilidad *ex* artículo 1756 CC se funda, pues, en la *justificación legal* (por el propio artículo 1756) de la atribución patrimonial hecha, por el mutuuario *solvens*, a título de intereses compensatorios, a pesar del carácter indebido de la misma, de la inexistencia de obligación, previa a la atribución efectuada, de realizarla. Y el precepto en cuestión deja igualmente claro tanto la justificación/irrepetibilidad de lo pagado por el mutuuario *solvens*, como —en combinación con el artículo 1755 CC, *a contrario*— que ese efecto no tiene que ver con la preexistencia de un pacto/una obligación de pagar intereses compensatorios.

El efecto del artículo 1756 CC, consiguientemente, no es convertir en debido por el mutuuario *solvens* lo que la propia norma (en combinación, repito, con el artículo 1755 *a contrario*) dice y presupone que *no* lo es; sino justificar legalmente (y hacer, por tanto, irrepitable) lo pagado aun no siendo debido. Dotar (legalmente) de justa causa, fundamento a una atribución patrimonial que, precisamente por su carácter indebido, no puede encontrarlos en la existencia de una obligación previa de efectuarla.

Contrariamente a lo que vengo sosteniendo, buena parte de nuestra doctrina, a la hora de interpretar/aplicar el artículo 1756 CC, lejos de distinguir, adecuadamente, los planos de la obligación (previa) y de la justa causa de la atribución patrimonial, los confunde. Y fruto de esa indebida confusión es la premisa –normalmente sólo implícita, no formulada expresamente, pero, a veces, incluso, explicitada<sup>72</sup>–, premisa, como se ha visto, completamente *falsa*, de que *toda* atribución patrimonial efectuada (y, por tanto, *también* la que hace el mutuuario *solvens ex* artículo 1756 CC) *únicamente* puede estar jurídicamente justificada si existe una (previa) obligación de realizarla (a cargo del sujeto *solvens/stradens*), lo que lógicamente, a su vez, conduce –*abiertamente en contra* de lo dispuesto por el artículo 1901 CC– a que *ningún* pago indebido pueda quedar exento de su repetibilidad.

Razonando así (equivocadamente), si los intereses compensatorios pagados por el mutuuario *solvens ex* artículo 1756 CC son irrepitibles conforme a dicho precepto, ello *sólo* puede obedecer a que los intereses pagados eran (previamente) *debidos* según esa misma norma.

Por efecto de esa equivocada *preconcepción*, pues, la exégesis del artículo 1756 CC se afronta desde el *pie forzado* de *crear* en el precepto, *artificialmente*, en contradicción abierta con él, una (previa) obligación, a cargo del mutuuario *solvens*, de pagar intereses compensatorios –intereses compensatorios, en cambio, respecto de los cuales la ley (arts. 1756, y 1755 *a contrario*) dice, claramente, que, por no pactados (inequívocamente), no hay obligación de pagarlos, no son debidos–<sup>73</sup>.

La manera en que opera esa interpretación doctrinal *desvirtuadora*, *desfiguradora* del artículo 1756 CC, es explicar su efecto

<sup>72</sup> Vid. PRATS, *op. cit.*, p. 132 («... condición necesaria para que una atribución patrimonial sea calificada por el ordenamiento jurídico como justamente realizada, es que haya de ser cumplimiento de un deber jurídico, emanado de una obligación preexistente»).

<sup>73</sup> Responden a esa orientación, que yo considero equivocada, por ejemplo, los siguientes autores: MANRESA, *op. cit.*, sub art. 1756, p. 890 («al declarar la ley [el artículo 1756 CC] que el prestatario no puede repetir los intereses que ha pagado sin previa estipulación, implícitamente decide que ha pagado *lo* [por él] *debido*... dedúcese de aquí la consecuencia que siendo *debidos* los intereses [pagados], lógico es no pueda el prestatario ni reclamarlos, ni imputarlos al capital, siendo ésta la justificación del artículo 1756»); Díez-PICAZO, *Fundamentos* cit., p. 70 («[art. 1756 CC] que, en el fondo, viene a decir que los intereses *se deben* también cuando, aun sin pacto expreso, el *deudor* [mutuatario] los paga»); PRATS, *op. cit.*, p. 133 («en ella [la norma del artículo 1756 CC] la entrega [por el mutuuario *solvens* de los intereses a que se refiere dicha norma] se considera *debida*... de este modo [en el artículo 1756 CC] nació y se extinguió la *deuda* de intereses. El cobro recibido por el mutuante resultará *debido* y, en consecuencia, irrepitible»), p. 150 («el artículo 1756 CC presume *iuris et de iure* que no hubo error, que tal pago solucionó una *deuda* que existió y que, consiguientemente, es irrepitible... [los intereses pagados *ex art.* 1756 CC] siempre se considerarán *debidos*... y, en consecuencia, su entrega irrepitible»), p. 153

desde la existencia de un *pacto (inequívoco) de intereses compensatorios*, entre mutuuario *solvens* y mutuante *accipiens*: bien un *pacto tácito* (inicial o sobrevenido al contrato de mutuo) demostrado por el pago del mutuuario *solvens*, bien un *pacto sobrevenido* al contrato de mutuo, *pacto expreso o tácito*, concluido con ocasión del pago realizado por el mutuuario *solvens*<sup>74</sup>. Pacto que, naturalmente, siempre crearía en el mutuuario la *obligación* (contractual) de pagar intereses compensatorios.

Por mi parte, ya he dicho que esta interpretación doctrinal del artículo 1756 CC convierte a tal norma en *inútil* (por redundante con el artículo 1755 CC), y, además, es completamente *contraria* a, *incompatible* con lo dispuesto en dicho precepto (el propio art. 1756 CC).

Contravención e incompatibilidad que se aprecia<sup>75</sup>:

i) Tanto respecto del *supuesto de hecho* (y el ámbito de aplicación, por tanto) que el artículo 1756 CC claramente señala para su efecto jurídico, que es, únicamente, el contrato de mutuo *desprovisto de todo pacto (inequívoco) de intereses compensatorios*: expreso o tácito, inicial o sucesivo. Hay, pues [vid. *retro*, III. B), 1)], recíproca exclusión entre los respectivos ámbitos de aplicación del artículo 1756 CC y del artículo 1755 CC. Los intereses compensatorios pagados ex artículo 1756 CC son no pactados, no debidos por el mutuuario *solvens* (no pactados en las condiciones exigidas por el artículo 1755; no debidos conforme a este otro precepto).

ii) Como respecto del *efecto jurídico* que sanciona el artículo 1756 CC. Esta norma se limita a establecer la *legítima retención/irrepetibilidad* de los intereses compensatorios ya pagados por el mutuuario *solvens*, pero *no dice*, en absoluto, que el mutuuario *solvens* quede obligado a seguir pagándolos sucesivamente hasta el

---

(«cada una de las normas [art. 1755 y art. 1756 CC] hace referencia a un modo diverso de constitución de la *deuda* de intereses»), y p. 154 («así será bastante para entender [ex art. 1756 CC] que la *obligación* de pago existió y que los intereses recibidos por el prestamista [hay errata, dice prestatario] lo fueron en virtud de una *deuda* que se satisfizo con la entrega»); BLASCO, *op. cit.*, p. 75 («la norma del artículo 1756 CC se refiere a otras posibles y diversas formas de nacimiento de la *deuda* de intereses, entre ellas, sin duda, la forma tácita manifestada precisamente a través de su pago»).

<sup>74</sup> *Vid.*, en uno u otro sentido de los indicados en el texto, MANRESA, *op. cit.*, *sub art.* 1756, pp. 890-891 [autor que sigue muy de cerca lo sostenido por LAURENT (*op. cit.*, núm. 522, pp. 543-544) para el artículo 1906 CC fr.]; MARÍN, *Scaevola cit. sub art.* 1756, p. 219 [pero este autor, sucesivamente, cambió de opinión, *vid. sub nota* 75]; BLASCO, *op. cit.*, p. 75; PRATS, *op. cit.*, pp. 133 y 153-154; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, II, 2.º, p. 384; ROCA SASTRE (con la colaboración de Puig Brutau), «Doctrina de las obligaciones naturales», en *Estudios de Derecho privado*, I, Madrid, 1948, p. 285 ss., y allí, p. 291.

<sup>75</sup> *Comp.*, especialmente, ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, 2.º cit., p. 347, y II, 1.º cit., pp. 354-355. Conformes con este autor: DE ANGEL, *op. cit.*, *sub art.* 1756, p. 1632; LACRUZ, *Elementos*, II, 2.º, p. 178; MARÍN, *Comentarios Albaladejo cit.*, *sub art.* 1756, p. 144.

momento de la extinción del contrato de mutuo<sup>76</sup>. Y no lo dice, precisamente porque la norma, como ella misma manifiesta, sólo se refiere al pago de intereses no pactados, no contractualmente debidos *ex* artículo 1755 CC.

En cambio, allí y cuando exista *verdaderamente* un pacto inequívoco, entre mutuante y mutuuario, de pagar intereses compensatorios, pacto expreso o tácito, simultáneo con el contrato de mutuo o sobrevenido a la conclusión de éste —y la existencia de tal pacto es ya suficiente para que el artículo 1756 CC resulte norma inaplicable y nos encontremos, por contra, en el ámbito de aplicación del artículo 1755 CC—, es evidente que el mutuuario quedará obligado (inicial o sucesivamente) a pagar los intereses compensatorios pactados, desde el momento (inicial o sucesivo) de la eficacia de dicho pacto, hasta el de la extinción del contrato de mutuo.

Por lo tanto, sólo puede afirmarse que, *ex* artículo 1756 CC, el mutuuario *solvens* quede obligado en lo sucesivo (hasta la extinción del contrato de mutuo) a seguir pagando intereses compensatorios<sup>77</sup>, sobre la base de un *doble error*, que afecta tanto al supuesto de hecho de la norma —del que está excluido un contrato de mutuo dotado, inicial o sucesivamente, de un pacto inequívoco, expreso o tácito, de pagar intereses compensatorios—, como a su consecuencia jurídica —que de ningún modo es imponer al mutuuario *solvens* obligación alguna de pagar intereses compensatorios—. Doble error que conduce directamente, como queda dicho, a confundir los supuestos contemplados y los efectos producidos, respectivamente, por el artículo 1756 y por el artículo 1755 CC.

Una cosa es no poder recuperar lo ya pagado, pese a no estar obligado a pagarlo (lo que, por supuesto, en todo caso, sí habría permitido *negarse a pagarlo*); y otra cosa diferente es estar obligado a pagar: lo que implica no sólo, desde luego, no poder recuperar lo ya pagado y debido, sino, también, *no poder negarse a pagar* lo debido mientras la obligación subsista. En el artículo 1756 CC hay una justa causa (legal) de la atribución patrimonial hecha a título de intereses compensatorios distinta de la obligación de pagarlos, y, por ello, compatible con la inexistencia de

<sup>76</sup> Lo que, para el equivalente francés (art. 1906 CC fr.) de nuestro artículo 1756 CC, ya advertía, correctamente, un intérprete de primera hora: ROGRON, *op. cit.*, nota 4, pp. 418-419 («le paiement d'intérêts non stipulés n'oblige pas l'emprunteur à en payer pour l'avenir»).

<sup>77</sup> Cosa que afirman, p. ej., Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*, II cit., pp. 401-402; ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 291; MARÍN, *Scaevola* cit., sub art. 1756, p. 219 [pero este autor cambió de opinión sucesivamente, *vid. retro*, nota 75].

ésta (que la propia ley –art. 1756, y art. 1755 *a contrario*– declara), y también productora de efectos no totalmente coincidentes: sólo tienen en común ese carácter justificativo de la atribución patrimonial hecha, y, por tanto, eximente de la restitución de lo atribuido.

Decía (y demostraba) al principio, que artículo 1755 y artículo 1756 CC son normas distintas, referidas a realidades diferentes, y que señalan efectos diversos para cada una de ellas. Ahora hemos comprobado que sólo una defectuosa interpretación del artículo 1756 –equivocada en cuanto a su supuesto de hecho y en cuanto al efecto que establece– permite llegar al resultado *injustificable* (y tan *equivocado* como el camino que conduce a él) de confundirlo con (absorberlo en) el artículo 1755 CC.

De forma en gran parte similar a lo hasta ahora dicho, a quien sostiene<sup>78</sup> que en el artículo 1756 CC habría una presunción legal, en base al pago realizado por el mutuuario *solvens*, de que, entre mutuante y mutuuario, ha habido un pacto de intereses compensatorios, replico:

i) Así sigue habiendo contradicción/incompatibilidad con el supuesto de hecho del artículo 1756 CC: ausencia de todo pacto de intereses compensatorios entre mutuante *accipiens* y mutuuario *solvens*. El efecto del artículo 1756 no descansa en una voluntad contractual, legalmente presumida, de pagar intereses compensatorios, sino, opuestamente, como se desprende de la propia norma y del artículo 1755 *a contrario*, en la falta de toda voluntad contractual inequívoca de pagar intereses compensatorios.

ii) Y sigue habiendo, también, contradicción/incompatibilidad en cuanto a la consecuencia jurídica del artículo 1756, pues los efectos del pacto legalmente presumido deberían ser, evidentemente, idénticos a los del inequívoco (expreso o tácito) que la ley presume, debiéndose, consecuentemente, por el mutuuario *solvens* intereses compensatorios sucesivamente al pago realizado hasta el momento de la extinción del contrato de mutuo, y ya está dicho que no es ése, desde luego, el efecto que establece el artículo 1756 CC.

iii) A la interpretación que ahora rebato, se le puede, además, reprochar, como elemento específico suyo, que choca abiertamente con el artículo 1755 CC, del que se deduce, precisamente, la *no* presunción legal de la obligación contractual de pagar intereses compensatorios en el contrato de mutuo [vid. *retro*, nota 7 y su texto concordante].

---

<sup>78</sup> Díez-PICAZO, en *Fundamentos* cit., pp. 70-71.

## V. EL ARTÍCULO 1756 CC Y LA LLAMADA «OBLIGACIÓN NATURAL»

A la llamada «obligación natural» se la caracteriza, como es sabido, por las dos notas, de, por un lado, *i*) *no* ser jurídicamente coercible, *no* existir, a favor del sujeto activo, acción para imponer su cumplimiento, y, por tanto, *no* existir, tampoco, a cargo del sujeto pasivo, el *deber jurídico* (ni, consiguientemente, *verdadera obligación*) de realizar la prestación que tiene por objeto, prestación que, en cambio, se debe sólo *moral o socialmente*; y, por otro, *ii*) de que cumplido voluntariamente (ya está dicho que el cumplimiento no puede serle impuesto coactivamente), por el sujeto pasivo, ese deber meramente moral o social, la atribución patrimonial realizada, con tal fundamento, al sujeto activo, a pesar de ser *jurídicamente indebida*, está *jurídicamente justificada* (ex art. 1901 CC) y, por tanto, no puede el sujeto pasivo y *solvens* pretender recuperarla del sujeto activo y *accipiens*. O sea, el pago o cumplimiento voluntario de la «obligación natural» –deber moral o social– es jurídicamente *irrepetible* por el sujeto *solvens*.

Y siendo ello así, resultaba inevitable que la doctrina plantee y resuelva, en uno u otro sentido, si el artículo 1756 CC supone, o no, la consagración legal de un concreto supuesto de «obligación natural».

Lo que, respondido afirmativamente, significaría que los intereses compensatorios *no* pactados en el contrato de mutuo conforme a las condiciones exigidas en el artículo 1755 CC, *no* son, por eso mismo, jurídicamente debidos (el mutuuario, ex art. 1755 CC, *no* está obligado a pagarlos); pero que allí donde *no* exista, ex artículo 1755, un *deber jurídico* (y, por ende, una *genuina obligación*), a cargo del mutuuario, de pagar (al mutuante) intereses compensatorios, existiría, en cambio, un *deber moral o social* –si se quiere, ético-social: resultante de lo que, según los criterios imperantes en el tráfico actual, se considera justo o correcto– de pagarlos, *deber no-jurídico* cuya existencia consagraría indirectamente el artículo 1756 CC, al señalar el *efecto jurídico* de su cumplimiento voluntario: la irrepetibilidad de lo pagado, pese a su carácter jurídicamente indebido.

Por lo previamente dicho, saber si en el artículo 1756 CC hay, o no, un supuesto de «obligación natural», es algo que depende, *exclusivamente*, de si puede, o no puede, afirmarse la existencia, a cargo del mutuuario a título gratuito, de un *deber no-jurídico* (moral, social, ético-social) de pagar intereses compensatorios no pactados. Cuestión cuya resolución no es nada fácil para el jurista,

en la misma medida en que depende de factores extrajurídicos (que ni están en la norma del artículo 1756 CC, ni ésta –situada en el estricto terreno de lo jurídico– podría nunca ayudar a concretar o determinar).

Es sabido que, entre nosotros, lo mismo se incluye por unos al artículo 1756 CC entre los supuestos de la llamada «obligación natural» –porque se afirma que, en efecto, en el mutuo gratuito existe, a cargo del mutuuario, un deber no-jurídico (moral o social) de abonar al mutuante intereses compensatorios–<sup>79</sup>; como, de forma contraria, se rechaza por otros, tajantemente, que el artículo 1756 CC pueda ser explicado desde esa misma categoría de la «obligación natural» –y, precisamente, porque no puede sostenerse, en absoluto, la existencia, dentro del mutuo gratuito, de un presunto deber extrajurídico (moral o social), a cargo del mutuuario, de pagar intereses compensatorios no pactados–<sup>80</sup>.

El criterio –por lo antes dicho, meramente aproximativo, indirecto– que me parece más seguro para determinar si en el artículo 1756 CC existe, o no, consagrado un deber extrajurídico (moral o social) de pagar intereses compensatorios jurídicamente indebidos, es éste<sup>81</sup>: preguntarse si, *de no existir el artículo 1756 CC*, ese presunto deber moral o social está lo suficientemente vigente/generali-

<sup>79</sup> *Vid.*, en sentido afirmativo (no sin ciertos matices), ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, 1.º cit., p. 354 y nota 3; DE ÁNGEL, *op. cit.*, sub art. 1756, p. 1632.

En LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 1.º, Madrid, 1999 (nueva ed., a cargo de Rivero), p. 23, se sostiene que el artículo 1756 CC consagra un «cierto deber social», pero no moral, de pagar los intereses compensatorios no pactados; mas en otro lugar de la misma obra (*Elementos*, II, 2.º cit., p. 178), se considera la asociación del artículo 1756 CC con la «obligación natural», como «sin excesivo fundamento».

Lo que en el estudio monográfico más reciente sobre la llamada «obligación natural» se dice, a este propósito, es lo siguiente (REALES, *La obligación natural en el Código civil*, Granada, 2000, pp. 44-45): «Por nuestra parte, independientemente de que dicho artículo [art. 1756 CC] pueda o no constituir una obligación natural, lo cierto es que la irrepitibilidad con que se sanciona el pago de los intereses no pactados, puede obedecer a una causa distinta a la existencia de una obligación natural, concretamente, a la existencia de un pacto tácito de pago de intereses que, con el pago, resulta probado» [lo que, según se ve, significa una opinión poco comprometida en cuanto a la existencia de la «obligación natural» en el artículo 1756 CC, y completamente equivocada, según se ha demostrado ya, en cuanto a la explicación que se ofrece como alternativa a la «obligación natural»].

En el Derecho francés, explica la norma equivalente de nuestro artículo 1756 CC (art. 1906 CC fr.) sobre la base de la «obligación natural», p. ej., DERRIDA, voz cit., núm. 15.

<sup>80</sup> *Vid.*, conforme a esta orientación negativa, LACRUZ, «Las obligaciones naturales» cit., p. 9; Díez-PICAZO, *Fundamentos cit.*, p. 70; Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*, II cit., p. 401 [pero, en contra de lo que en este último lugar se sostiene, del artículo 1756 CC y de la consiguiente natural gratuidad del contrato de mutuo, no se sigue argumento *legal* alguno en contra de la existencia de un deber moral o social de pagar intereses compensatorios no pactados. El artículo 1755 sólo dice que *jurídicamente* no se deben intereses compensatorios si no se han pactado; pero *no dice –ni* podría decir, pues estamos ya fuera del terreno de lo jurídico, en un ámbito completamente ajeno a la norma– que, si no se pactan, tampoco exista deber *moral o social* de pagarlos].

<sup>81</sup> Comp. LACRUZ, *Elementos*, II, 1.º cit., p. 23.

zadamente sentido en el tráfico actual, como para que los Tribunales considerasen su cumplimiento espontáneo como justa causa o fundamento jurídicamente suficiente para la adquisición de lo así entregado, *al amparo, entonces* (a falta de la, por hipótesis, inexistente norma particular del artículo 1756 CC), *de la cláusula general del artículo 1901 CC* (existencia de «otra justa causa», distinta de la inexistente obligación –deber jurídico– de efectuar la atribución patrimonial realizada, y de la también inexistente donación).

A mí, me parece, sinceramente, que esa comprobación por hipótesis conduce a la respuesta negativa o, cuando menos, a la mucha mayor probabilidad de ésta frente a la afirmativa. O sea, faltando el artículo 1756 CC, los Tribunales, no reconociendo el presunto deber moral o social de que se habla, darían curso a la repetición del mutuario *solvens* que pagase intereses jurídicamente indebidos/no pactados, salvo en el único supuesto excepcional de que el mutuante *accipiens* demostrase (*ex art. 1901 CC*) que se trataba de una atribución patrimonial que le fue hecha a título de donación (remuneratoria y manual, en su caso).

Pero el artículo 1756 CC, ciertamente, existe, y es su existencia, precisamente, la que hace *completamente inútil* la discusión sobre si el mutuario a título gratuito está, o no, social o moralmente obligado a pagar intereses compensatorios no pactados. Porque, siempre que concurren los requisitos del artículo 1756 CC, la atribución patrimonial hecha, por el mutuario *solvens*, al mutuante *accipiens*, en concepto de intereses compensatorios, pese a no serle jurídicamente debida, estará *legalmente* (*ex art. 1756 CC*) *justificada* –*exista, o no*, deber moral o social de pagar intereses compensatorios no pactados–, será *legalmente* irrepetible pese a ser jurídicamente indebida (y *con independencia* de si existe, o no, un deber social o moral al respecto).

O sea, a efectos de aplicar el artículo 1756 CC, lo decisivo *no* es si existe, o no, un deber moral o social de abonar intereses compensatorios no pactados. Lo único que cuenta es si concurren, o no, en el caso de que se trate, los requisitos exigidos en la norma para que ésta produzca su efecto. Cuando concurren, como queda dicho, la atribución patrimonial hecha en concepto de intereses compensatorios estará legalmente justificada, será legalmente irrepetible, con total independencia de si existe, o no, un deber moral o social de realizarla; cuando no concurren, no existirá dicha justificación/irrepetibilidad legal *ex artículo 1756 CC*, también aquí completamente al margen de la presunta existencia del indicado deber moral o social. La correcta aplicación del artículo 1756 CC opera, pues, según se ve, prescindiendo por entero de ese supuesto deber extra-jurídico de pagar intereses compensatorios no pactados.



La ley, en el artículo 1756 CC, ha creado, concurriendo los requisitos fijados en dicha norma, una causa justificativa/fundamento causal, *legal* y *ad hoc*, que permite al mutuante *accipiens* adquirir legítimamente una atribución patrimonial, en concepto de intereses compensatorios, que *no* le resultaba debida por el mutuuario *solvens* (a pesar del *indebitum* objetivo –el carácter absolutamente indebido– que afecta a dicha atribución patrimonial).

Si ya tenemos en el propio artículo 1756 CC la justificación *legal* de esa atribución patrimonial que no es, por definición, ni objeto de obligación previa, ni tampoco de donación, ¿para qué necesitamos el presunto deber extrajurídico de pagar intereses compensatorios no pactados? Y mucho menos lo necesitamos desde que sabemos que el artículo 1756 CC –precisamente porque se trata de una justa causa legal: diseñada en la *ley* con los requisitos que ésta ha querido– prescinde totalmente de su existencia: *nunca* hay justificación/irrepetibilidad *ex* artículo 1756 CC cuando *no* se den los requisitos legales de dicha norma, y las hay *exclusivamente* donde *sí* concurran.

Puesto que la «obligación natural» –el presunto deber extrajurídico, moral o social, de abonar intereses compensatorios no pactados– no añade nada al artículo 1756 CC, a lo que la propia norma dice, en cuanto a sus requisitos y efectos: es completamente *superflua* en orden a su aplicación; lo mejor, a la vista de ello, me parece, es *prescindir*, por entero, de dicha categoría a la hora de explicar, interpretar y, consiguientemente, aplicar el artículo 1756 CC.

Es cierto que existe, a favor de la calificación del supuesto del artículo 1756 CC como de «obligación natural», un *argumento histórico*. Ya desde el Derecho romano tardío [*retro*, nota 47 y su texto concordante] se vinculó la irrepetibilidad de los intereses compensatorios jurídicamente indebidos, pagados espontáneamente por el mutuuario, a la categoría de la «obligación natural».

Pero, entonces, con esa calificación sólo se pretendía decir: *i*) que no existía acción para reclamar el pago de esos intereses por el mutuante (o, lo que es lo mismo, verdadera obligación de realizarlo a cargo del mutuuario); y *ii*) que, pese a lo anterior, pagados voluntariamente esos intereses jurídicamente indebidos por el mutuuario, éste no podía repetir el pago.

Efectos, ambos, que hoy, respecto de los intereses compensatorios no pactados y, por eso mismo, jurídicamente indebidos, se mantienen, ciertamente, en el artículo 1756 CC, pero que *no* pasan, en absoluto, por afirmar la existencia, a cargo del mutuuario *solvens*, de un deber moral o social –*lo que actualmente entendemos como «obligación natural»*– de abonar intereses compensatorios

no pactados. Intereses, éstos, que no hay (verdadera, genuina) obligación de pagar, precisamente porque no se pactaron en las condiciones exigidas por el artículo 1755 CC; y, si se pagan voluntariamente, no se puede repetir el pago, aunque (jurídicamente) indebido, *porque la ley* (el propio artículo 1756 CC, de concurrir sus requisitos) lo dice<sup>82</sup>, *aun de no existir, en modo alguno, deber moral o social, a cargo del mutuuario, de pagar intereses compensatorios no pactados.*

## VI. EL ARTÍCULO 1756 CC Y LA ACCIÓN PARA RECUPERAR, POR QUIEN LO REALIZÓ, UN PAGO INDEBIDO

Para buena parte de nuestra doctrina, los intereses compensatorios cuyo pago hace irrepetible el artículo 1756 CC, son irrepetibles en tanto que *debidos* (por el mutuuario *solvens*), y debidos, precisamente, por *pactados* (de una u otra forma: más frecuentemente, se dice que tácitamente y sobrevenidamente a la conclusión del contrato de mutuo) entre mutuante y mutuuario.

Desde tal equivocado planteamiento —ya he dicho y justificado que el artículo 1756 CC *sólo* se refiere al pago de intereses *no* debidos, por *no* pactados—, para enervar la irrepetibilidad *ex* artículo 1756 CC, habría que demostrar —por el sujeto perjudicado por la misma: el mutuuario *solvens* que pretenda recuperar directa o indirectamente (por imputación al capital) lo por él pagado en concepto de intereses compensatorios— la falta del fundamento que (erróneamente) se le atribuye a dicho efecto legal. O sea, probar la inexistencia de todo acuerdo (expreso o tácito, inicial o sobrevenido) de pagar intereses compensatorios, entre mutuante *accipiens* y mutuuario *solvens*<sup>83</sup>. Lo que, para algunos, constituirá la prueba contraria a una supuesta *presunción legal* «*iuris tantum*» de existencia de tal acuerdo, presunción que resultaría del propio artículo 1756 CC, y vinculada a todo pago de intereses compensatorios hecho por el mutuuario a su mutuante.

Por mi parte, sostengo, en cambio, como vengo reiterando y creo haber demostrado, que los intereses compensatorios a cuyo pago, por el prestatario *solvens*, se refiere el artículo 1756 CC, son

<sup>82</sup> Comp. LACRUZ, «Las obligaciones naturales» cit., p. 9, y *Elementos*, II, 2.º cit., p. 178.

<sup>83</sup> *Vid.*, en tal sentido, DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*, II, cit., p. 402.

intereses *no* debidos, y lo son, precisamente, por *no* pactados en las condiciones exigidas por el artículo 1755 CC. El efecto legal del artículo 1756 CC es, pues, hacer irrepetible un *pago indebido* (de intereses compensatorios no pactados) *pese a serlo*: aunque *no* existía, a cargo del mutuuario *solvens*, obligación previa de realizar la atribución patrimonial, a título de intereses compensatorios, que efectivamente realizó a favor del mutuante *accipiens*.

Y esa irrepetibilidad legal expresamente sancionada en el artículo 1756 CC, significa, simultánea y necesariamente, que dicha norma dota de justa causa/fundamento jurídico a la atribución patrimonial no debida efectuada por el mutuuario *solvens* en favor del mutuante *accipiens*.

O sea, hay un pago indebido de intereses compensatorios por parte del mutuuario *solvens*, pero existe (*ex art. 1901 CC*) *otra justa causa –legal*: la creada, *ad hoc*, en el propio artículo 1756 CC–, distinta de la obligación preexistente de pagarlos y también distinta de la donación, que legitima jurídicamente (legalmente) la adquisición de lo así entregado al mutuante *accipiens*, y, consiguientemente, impide recuperarlo al mutuuario *solvens* por vía de la acción restitutoria propia del pago indebido.

Dándose los requisitos y, por tanto, el efecto del artículo 1756 CC, la existencia de una justa causa legal *ad hoc* (en el propio artículo 1756 CC) para la atribución patrimonial hecha, a título de intereses compensatorios, por el mutuuario *solvens* al mutuante *accipiens*, excluye, conforme al artículo 1901 CC y al propio dictado del artículo 1756 CC, toda posibilidad de repetición por parte del primer sujeto, a pesar de no existir obligación alguna suya de pagar los intereses compensatorios efectivamente entregados, a pesar del carácter indebido del pago realizado de los mismos.

Del artículo 1901 CC se desprende que cualquier justa causa reconocida por la ley, distinta de una obligación previa de realizarla y de la donación, sirve como enervante (legal) –porque (legalmente) justifica su atribución– de la restitución –de la aplicabilidad de la obligación legal restitutoria que nace del pago de lo indebido, pero *también* de la aplicabilidad de la acción general de enriquecimiento sin causa (precisamente, porque hay justificación/causa jurídicamente reconocida de la atribución patrimonial efectuada)– de lo que se paga sin ser debido y sin ser, tampoco, objeto de donación. Pues bien, respecto del supuesto contemplado en el artículo 1756 CC –*pago indebido* de intereses compensatorios, que *tampoco* son objeto de *donación*–, dicha norma actúa, a los efectos del artículo 1901 CC, como una *justa causa, legal y ad hoc*, distinta de la obligación preexistente de pagar intereses compensatorios y del

contrato de donación, con el consiguiente doble (e inseparable) efecto de legitimar la adquisición de lo pagado sin ser debido, y de impedir su recuperación por el *solvens*.

Con esos mismos fundamentos legales (arts. 1901 y 1756 CC), consecuentemente, resulta, *a contrario*, que procederá la reclamación restitutoria del mutuuario *solvens* (por vía de acción de pago de lo indebido, o, en su caso, por vía de acción general de enriquecimiento sin causa), siempre que, *no* concurriendo *todos* los requisitos del artículo 1756 CC, se realice, por el mutuuario *solvens* al mutuante *accipiens*, una entrega que *no* siendo de intereses compensatorios debidos/pactados, *no* constituya, tampoco, donación. Entonces, la procedencia de la recuperación, por el mutuuario *solvens*, de lo entregado, o de su valor, viene impuesta por el hecho de que *no* existe ninguna justa causa, legalmente reconocida –ni obligación previa de efectuarla, ni artículo 1756 CC, ni donación–, que justifique/fundamente jurídicamente esa atribución patrimonial.

En concreto, pueden enumerarse los siguientes supuestos en que, *no* siendo aplicable el artículo 1756 CC y *no* existiendo obligación previa de pagar a cargo del mutuuario *solvens*, cabe la repetición, por éste, del pago indebido efectuado al mutuante *accipiens*, salvo que este otro sujeto, *ex* artículo 1901 CC, excepcionalmente demostrase que existió, en su favor, donación de lo entregado por el mutuuario:

1) Cuando exista, ente mutuante *accipiens* y mutuuario *solvens*, *pacto* [ya he dicho que resulta posible y válido, *retro*, nota 70 con su texto concordante] *de exclusión* de la aplicabilidad del artículo 1756 CC.

Este primero es uno de los casos en que, excepcionalmente, el mutuante *accipiens* podría retener legítimamente lo que le fue entregado (*sin* serle debido, y *sin* que, tampoco, el válidamente excluido artículo 1756 CC justifique esa atribución patrimonial), demostrando (*ex* art. 1901 CC) que le fue donado por su mutuuario. Entonces, obviamente, hay una justa causa, distinta de la obligación preexistente y del artículo 1756 CC, que justifica jurídicamente la atribución patrimonial hecha al mutuante *accipiens*, y que, por tanto, le exime de restituirla.

2) Cuando el mutuuario *solvens* realiza a su mutuante un pago indebido *en concepto distinto de intereses compensatorios*<sup>84</sup> –lo que, como sabemos [*retro*, nota 64 con su texto concordante], es suficiente para que el artículo 1756 CC resulte inaplicable–.

<sup>84</sup> Cfr. DE ÁNGEL, *op. cit.*, *sub* art. 1756, p. 1633; PRATS, *op. cit.*, p. 150.

También en este otro caso, *ex artículo 1901 CC*, excepcionalmente el mutuante *accipiens* podría enervar la restitución de lo entregado por el mutuuario, dando la contraprueba de que existió donación.

3) Cuando el pago de los intereses indebidos/no pactados haya sido realizado por *error o equivocación* del mutuuario *solvens*<sup>85</sup>. Pues, en tal caso, tampoco es aplicable el artículo 1756 CC, que exige, como sabemos [*retro*, notas 60 y 63 con su respectivo texto concordante], plena conciencia, en el mutuuario *solvens*, del carácter por él no debido, del carácter no pactado de los intereses compensatorios pagados a su mutuante<sup>86</sup>.

En el supuesto de que ahora hablo, a falta de obligación previa de pagar lo entregado, y no siendo aplicable, por el error del mutuuario *solvens*, el artículo 1756 CC, el mutuante *accipiens* no podrá eximirse de restituir lo cobrado, contraprobando la existencia de una donación del mutuuario *solvens*. Pues el error de éste es manifiestamente incompatible con su voluntad de donar, y, por tanto, con la existencia de un contrato de donación del que él sea parte donante.

Puesto que hay un *pago indebido* (de intereses compensatorios no pactados, no debidos) —se trata, en concreto, de un *indebitum* objetivo o *ex re*: el mutuuario *solvens* paga lo que no debe en absoluto, ni al mutuante *accipiens*, ni a ninguna otra persona—, y que, además, se efectuó por *error* del sujeto *solvens*, no cabe la menor duda de que el régimen jurídico aplicable, en este caso, a la acción de repetición/restitutoria del mutuuario *solvens*, es, precisamente, el del pago de lo indebido (arts. 1895 ss. CC).

Un error acerca de las condiciones del contrato de mutuo en que se es parte (mutuataria) —en concreto, acerca de si se pactaron, o no, intereses compensatorios, de si éstos son, o no, contractualmente debidos— es, ciertamente, poco verosímil en quien lo sea originariamente (y, como tal, acordó, con el mutuante, el entero régimen del contrato), pero resulta más fácilmente concebible en quien, sucesivamente, sobreviene mutuuario en el contrato al que inicialmente era extraño (y, por tanto, cuyo régimen fue acordado no con su voluntad, sino la del mutuuario originario).

<sup>85</sup> *Vid.*, en igual sentido, LAURENT, *op. cit.*, núm. 523, pp. 545-546; AUBRY/RAU, *op. cit.*, p. 106 y nota 6; DERRIDA, voz cit., núm. 15 [todos ellos, naturalmente, con relación al artículo 1906 CC fr., equivalente de nuestro artículo 1756 CC]; MANRESA, *op. cit. sub artículo 1756*, pp. 891-892.

<sup>86</sup> Por ello, tiene razón, desde luego, LAURENT (*op. cit.*, núm. 523, p. 545), cuando justifica, respecto del Código civil francés, la posibilidad de repetir el pago (conforme al régimen general del pago de lo indebido), por el mutuuario *solvens*, en caso de error de éste, diciendo que tal caso *no* es el contemplado en el artículo 1906 CC fr. —como tampoco en su equivalente español: art. 1756 CC, según señala MANRESA (*op. cit.*, *sub art. 1756*, p. 891), siguiendo muy de cerca al ilustre autor belga—.

De hecho, el ejemplo doctrinal<sup>87</sup> más frecuente de pago por error de intereses compensatorios no debidos –al que, por eso, no resulta aplicable el artículo 1756 CC, y sí la acción de pago de lo indebido–, se extrae de dicho filón: heredero (*ex art. 1257- I CC*, mutuuario actual) que paga al mutuante intereses compensatorios no debidos/no pactados, creyendo, equivocadamente, que ya los debía su causante, que éste los había pactado con el mutuante.

Como he dicho ya con anterioridad, el artículo 1756 CC penaliza el arrepentimiento sucesivo de quien, mutuuario *solvens*, espontáneamente pagó intereses compensatorios sabedor de que no debía al mutuante *accipiens* lo que le pagaba –dándole a éste una compensación económica que, a pesar de no serle debida, la ley (el artículo 1756 CC) declara justificada, con determinados requisitos–, pero esta norma no penaliza –no enerva, respecto de él, la aplicación de los principios generales del pago de lo indebido– a quien paga lo que no debe por creer equivocadamente deberlo.

Según señalaba ya Laurent<sup>88</sup>, la inaplicabilidad del artículo 1756 CC (o de su equivalente extranjero, como es el caso del artículo 1906 CC fr., al que se refería el indicado autor belga), y la consiguiente procedencia de la repetición del pago indebido del mutuuario *solvens*, cuando éste lo realizó por error –y lo mismo podría decirse, ciertamente, por iguales razones, en los casos de dolo y coacción, de los que se hablará después–, es un resultado en el que coinciden distintas explicaciones doctrinales de la norma (que atribuyen, cada una de ellas, un diverso fundamento a su efecto).

*i)* Si se opina que lo que justifica la irrepitibilidad *ex artículo 1756 CC*, es la existencia de un pacto (más frecuentemente se dice que sobrevenido y tácito), entre mutuante y mutuuario, de pagar intereses compensatorios, pacto que bien el pago del mutuuario *solvens* prueba, o bien se perfecciona con ocasión de tal pago, porque donde hay intereses compensatorios pagados por error, no hay en el mutuuario *solvens*, verdadera voluntad de pagarlos o de obligarse a pagarlos, ni, por tanto, posibilidad alguna de pacto, entre mutuuario *solvens* y mutuante *accipiens*, de pagar intereses compensatorios.

*ii)* Si se piensa que lo que fundamenta la irrepitibilidad *ex artículo 1756 CC*, es la presencia de una «obligación natural» (deber moral o social), a cargo del mutuuario a título gratuito, de pagar intereses compensatorios no pactados, porque la irrepitibilidad de lo pagado en cumplimiento de una «obligación natural»,

<sup>87</sup> Vid. AUBRY/RAU, *op. cit.*, p. 106; MANRESA, *op. cit.*, *sub art. 1756*, pp. 891-892.

<sup>88</sup> *Op. cit.*, núm. 523, p. 546.

depende de la voluntariedad/espontaneidad del pago por parte del sujeto *solvens* —así lo exigen, expresamente, los artículos 1235-II CC fr.<sup>89</sup>, 2034 C. civ. it.<sup>90</sup>, y 403 CC port.<sup>91</sup>, por ejemplo—, voluntariedad/espontaneidad que, evidentemente, faltan si se ha pagado por causa de un error.

iii) Si se sostiene que lo que explica la irrepitibilidad *ex artículo 1756 CC*, es la existencia de una donación del mutuuario *solvens* al mutuante *accipiens*, porque la presencia del error en el primero excluye, por completo, su voluntad de donar, y, por tanto, hace imposible la existencia de un contrato de donación del que sea parte donante.

Si, por todo lo dicho, de existir un pago de intereses compensatorios no pactados, realizado por causa de un error del mutuuario *solvens*, no es aplicable el artículo 1756 CC, y cabe repetir ese pago indebido conforme al régimen general aplicable a todo pago indebido, nos queda por tratar, a propósito de la acción recuperatoria del mutuuario *solvens*, una importante cuestión práctica: cuál es el régimen legal de la *carga probatoria de dicho error*.

A este propósito, empezaré por recordar que el pago indebido contemplado en el artículo 1756 CC, es un *indébito objetivo (ex re)*: los intereses compensatorios no pactados que el mutuuario *solvens* ha pagado, no se debían por éste *en absoluto*, ni al mutuante *accipiens*, ni a ninguna otra persona.

Y, tratándose de un indébito objetivo —como, también, cuando se trata de un indébito subjetivo *ex persona creditoris* (pago, por el deudor, de lo que él debe, pero a sujeto distinto de su acreedor)—, nos hallamos, conforme al régimen legal de la acción de pago de lo indebido y según la que considero mejor interpretación del mismo<sup>92</sup>, en el ámbito de aplicación del artículo 1901 CC.

O sea, una vez que el mutuuario *solvens*, que pretenda su recuperación directa o su imputación al importe del principal pendiente de devolución, demuestre que los intereses compensatorios por él pagados no estaban pactados, no resultaban contractualmente debidos, la ley (art. 1901 CC) presume el error en ese pago indebido, lo que significa que, dándose ya todos los requisitos de la acción recu-

<sup>89</sup> Art. 1235-II CC fr.: «La répétition [del pago indebido] n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées».

<sup>90</sup> Art. 2034 C. civ. it.: «Non è ammessa la ripetizione di quanto è stato spontaneamente prestato in esecuzione di doveri morali e sociali, salvo che la prestazione sia stata eseguita da un incapace».

<sup>91</sup> Art. 403 CC port.: «1. Não pode ser repetido o que for prestado espontaneamente em cumprimento de obrigação natural, excepto se o devedor não tiver capacidade para efectuar a prestação.

«2. A prestação considera-se espontânea, quando é livre de toda a coacção».

<sup>92</sup> La de LACRUZ. Vid. LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 3.º, Barcelona, 1986 (2.º ed.), pp. 618-619, y *Elementos*, II, 2.º, (1999), cit., p. 430.

peratoria (*indebitum* y error en el pago) ésta prosperará –con el resultado, ya dicho, de la devolución o imputación al principal de los intereses compensatorios indebidos que se pagaron–, a falta de la contraprueba específica prevista en el propio artículo 1901 CC, a dar, en este caso, por el mutuante *accipiens* [mientras no exista un error *definitiva, directamente probado, sino meramente presumido (iuris tantum)* por la ley (*ex art. 1901 CC*), lo indebidamente entregado pudo ser, en efecto, (no ya objeto de obligación previa de entregarlo sino) objeto de donación, pero ésta la ley (*art. 1901 CC*) no la presume, debe ser demostrada por el sujeto *accipiens*. En cambio, desde que se prueba definitiva, directamente el error, éste, como ya se dijo, es totalmente incompatible con la existencia de una donación].

Es, pues, al *mutuante «accipiens»* a quien la ley (*art. 1901 CC*) adosa la carga probatoria de la existencia a su favor de otra justa causa adquisitiva distinta de la inexistente obligación, a cargo del mutuuario *solvens*, de abonarle los intereses compensatorios pagados –inexistencia de tal obligación, ya probada por el mutuuario *solvens*–. Y, por eso, si invoca, como tal justa causa distinta de la inexistente obligación previa de pagarlos, el artículo 1756 CC, *es él* quien debe probar todos los restantes requisitos constitutivos de esta específica causa legal justificativa/adquisitiva, que vayan más allá de la ya comprobada (por la iniciativa probatoria del mutuuario *solvens*) inexistencia de la obligación de pagar los intereses compensatorios efectivamente abonados. Pues, evidentemente, probar que existe la justa causa legal específica del artículo 1756 CC, significa probar todos sus requisitos constitutivos que no hayan sido aún probados. Es, pues, por la razón dicha, el *mutuante «accipiens»* quien debe probar (porque también éste es hecho constitutivo de la justa causa específica *ex artículo 1756 CC* que él invoca para retener legítimamente –hacer suyo– lo que se le pagó sin serle absolutamente debido) que el mutuuario *solvens* pagó los intereses compensatorios no pactados sin error por su parte: con pleno conocimiento de que no los debía –sabiendo que no se había pactado, ni al celebrar el contrato de mutuo, ni sucesivamente a la conclusión de éste y antes del pago, la obligación de pagar intereses compensatorios–; y *no* ya el mutuuario *solvens* quien deba demostrar (para recuperar lo pagado o imputarlo al capital pendiente de restitución) su error al pagar lo que en absoluto debía –error que, precisamente por tratarse de un pago objetiva o absolutamente indebido, la ley (*art. 1901 CC*) presume–.

Con arreglo al artículo 1901 CC, pues, dado que los intereses compensatorios pagados y no pactados constituyen un supuesto de



pago objetiva o absolutamente indebido, al mutuante *accipiens* corresponde legalmente el riesgo probatorio de la existencia de cualquier otra justa causa distinta de la inexistente obligación previa de pagarlos, y, por tanto, siendo, precisamente, eso el artículo 1756 CC, de todos los requisitos de éste que (a diferencia del *indebitum*, una vez que el mutuatario *solvens* lo haya demostrado) estén aún pendientes de prueba.

Ahora bien, entre los medios ordinarios de prueba —de la ausencia de error en el mutuatario *solvens*, a nuestros efectos—, están, también, las presunciones simples o de hecho —*presunciones judiciales* en el lenguaje de la vigente LEC: art. 386—, y el pago *espontáneo*, libre de intereses compensatorios no pactados (ni expresa ni tácitamente, ni inicial ni sobrevenidamente) por quien originariamente es parte del contrato de mutuo, *por quien acordó y aceptó su contenido obligacional* (hecho indicio o base de la presunción judicial), permite, en mi opinión, presumir *vehementemente* su pleno conocimiento del carácter indebido de lo por él pagado a su mutuante (la ausencia de error en ese pago indebido).

4) Cuando el pago de los intereses compensatorios indebidos/no pactados haya sido efectuado, por el mutuatario *solvens*, por causa de haber sido víctima de *dolo o engaño* (bien sea del mutuante *accipiens*, bien de un tercero). Lo que, según sabemos [*retro*, notas 60 y 61 con su respectivo texto concordante], es, asimismo, suficiente para excluir la aplicabilidad del artículo 1756 CC, y, consecuentemente, consentir la recuperación (directa o indirecta) por el mutuatario *solvens* de lo indebidamente pagado<sup>93</sup>.

Tampoco en este caso, faltando la obligación previa de abonar los intereses compensatorios pagados, y no siendo aplicable, por el engaño/dolo existente, el artículo 1756 CC, podrá el mutuante *accipiens* eximirse de restituirlos contraprobando la existencia de una donación del mutuatario *solvens*. Pues el engaño de que éste fue víctima, es manifiestamente incompatible con una voluntad de donar, y, consecuentemente, con la existencia de un contrato de donación del que él sea parte donante.

Igualmente en el supuesto de que ahora se habla, es difícil imaginar que se pueda engañar al mutuatario originario respecto de las condiciones del contrato de mutuo por él mismo acordadas/aceptadas, y más fácil a quien sucesivamente ocupa la posición del mutuatario originario, respecto de una reglamentación contractual que no ha sido por él acordada/aceptada.

<sup>93</sup> Vid., en igual sentido, DERRIDA, voz cit., núm. 16 (para el Derecho francés); FERNÁNDEZ-ARIAS/FERNÁNDEZ-ARIAS, *op. cit.*, p. 299.

En cuanto al régimen jurídico, en este caso, de la acción recuperatoria del mutuuario *solvens*, puede sostenerse<sup>94</sup> tanto que, puesto que el pago indebido se efectuó por causa de un *vicio de la voluntad* del sujeto *solvens*, es analógicamente aplicable lo que el Código civil dispone para el realizado por *error* del *solvens* (arts. 1895 ss.) –solución que me parece preferible, y es aún más evidente en el caso de dolo/engaño, que significa, necesariamente, la existencia de un error en el *solvens*, error inducido por quien lo engaña–; como que, no existiendo propiamente error en el *solvens*, resulta aplicable no ya la acción específica prevista para ese supuesto, sino la acción general de enriquecimiento sin causa.

5) Cuando el mutuuario *solvens* haya realizado el pago de los intereses compensatorios indebidos/no pactados por causa de *coacción* (violencia, intimidación) ejercida sobre él (por el mutuante *accipiens* o por un tercero). Lo que, según sabemos [*retro*, nota 60 con su texto concordante y subsiguiente], vuelve a ser suficiente para excluir la aplicabilidad del artículo 1756 CC.

Igualmente aquí, no existiendo obligación previa de pagar los intereses compensatorios abonados, y no siendo aplicable, por lo dicho, el artículo 1756 CC, no podrá el mutuante *accipiens* eximirse de la restitución (directa o indirecta) de los mismos, contraprobando la existencia de una donación del mutuuario *solvens*. Pues, evidentemente, la coacción es incompatible con la voluntad de donar y, en consecuencia, con la existencia de un contrato de donación que tenga por parte donante al mutuuario coaccionado.

En cuanto al régimen jurídico de la acción recuperatoria, se vuelve a dar igual alternativa que la anteriormente vista<sup>95</sup>: o aplicar analógicamente el mismo régimen legal previsto para el pago indebido realizado por error del *solvens* –puesto que existe, también aquí, un vicio en la voluntad del sujeto que paga–, solución que me sigue pareciendo mejor; o entender que, a falta de error en el *solvens*, es únicamente aplicable la acción general de enriquecimiento sin causa.

6) Es asimismo inaplicable el artículo 1756 CC y procede, consecuentemente, la recuperación, directa o indirecta, de los intereses compensatorios indebidos/no pactados cobrados por el mutuante *accipiens*, siempre que, por cualquier otra causa distinta de las vistas [*retro*, nota 62 con su texto concordante], no exista un

<sup>94</sup> Vid. LACRUZ, *Elementos*, II, 3.º (1986) cit., pp. 610-611; ID., *Elementos*, II, 2.º (1999) cit., pp. 426-427.

<sup>95</sup> Vid. *retro*, nota 94.

pago voluntario/libre/espontáneo de los mismos por parte del mutuuario.

Donde resulte inaplicable la acción específica de pago de lo indebido, la recuperación directa de lo cobrado indebidamente por el mutuante se actuará por vía de la acción general de enriquecimiento sin causa.

