

El pago de los intereses no estipulados

(Sobre el sentido del artículo 1756 del Código Civil)

LORENZO PRATS ALBENTOSA

Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Valencia

SUMARIO: 1. Consideración general. 2. El artículo 1756 en los Proyectos del Código Civil español. 3. Precedentes del artículo 17 del Capítulo II del Título «...» del Libro IV del Anteproyecto de Código Civil de 1888-89. 4. La Ley III del Título XXXII del *Corpus Iuris Civilis*. 5. La distinción en Derecho Romano clásico entre pacto y estipulación. 6. Sentido de los artículos 1906 del *Code Napoleon* y 1756 del Código Civil español desde la interpretación histórica. 7. Interpretación del artículo 1756 en la doctrina española. 8. Interpretación del precepto que se propone.

1. CONSIDERACION GENERAL

Tras la escueta norma contenida en el artículo 1755 del Código Civil, en la que se exige para el nacimiento de la obligación de pago de intereses la necesaria existencia de un pacto expreso, en que tal obligación se establezca, el codificador entiende justificada, en el precepto siguiente, la entrega de bienes en concepto de intereses sin que haya mediado previamente un convenio que haya dotado de causa a la atribución patrimonial.

Consecuencia de lo dispuesto en el artículo 1756 será que, de un lado, el prestamista podrá retener justificadamente en su patrimonio aquellos bienes que le fueron entregados en concepto de intereses y que, de otro lado, el prestatario que los entregó no tendrá acción para obtener la restitución de aquellos intereses que pagó sin que existiese una estipulación que los hiciese debidos, después de haberse percatado de este extremo, ni tampoco podrá intentar que la cantidad entregada sea aplicada a fin de reducir la deuda nacida del contrato de préstamo.

Desde luego el supuesto contenido en el precepto en estudio carece de relevancia práctica, dado que no siendo ya fácil que el presta-

mista obtenga el pago de aquellos intereses que sí le son debidos, tanto más difícil será que le sean entregados sin que a ello se encuentre obligado el prestatario. Así parece confirmarlo la consulta de los repertorios jurisprudenciales, al dar como resultado un índice de litigiosidad del precepto nulo.

No obstante lo anterior, parece que los contenidos de los artículos 1755 y 1756 resultan antinómicos, puesto que si no hay deuda de intereses sin una estipulación expresa que los establezca ¿cómo puede entenderse bien hecho el pago de una deuda no existente?, ¿cómo es posible que tal atribución patrimonial, aparentemente sin causa, pueda ser retenida justamente por el prestatario en su patrimonio? En suma ¿cuál es la causa de tal atribución patrimonial?, ¿cuál es el título en virtud del cual adquiere el prestamista la propiedad de los intereses no pactados?

Los términos empleados en la redacción del precepto alteran el esquema lógico de constitución de las relaciones obligatorias, ya que si premisa inicial de la existencia de un derecho de crédito es su previa constitución en virtud de alguna de las llamadas fuentes de las obligaciones (la cual operará como razón y justificación del derecho del acreedor a recibir una cierta atribución patrimonial, o del poder jurídico a exigirla coactivamente), y 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, hemos de concluir que en el precepto en estudio, formalmente, no existe ni la causa de la atribución ni la causa de la obligación de realizar tal atribución. A no ser que entendamos que en el artículo 1756 se contempla un supuesto excepcional, no encuadrable en el esquema típico del artículo 1755. Un supuesto en el que la transmisión de la propiedad se realiza en virtud de la previsión legislativa contenida en el propio precepto en estudio —pues en otro caso nos encontraríamos en el imposible jurídico de una transmisión de la propiedad sin título—, y en el que, sin embargo, la obligación de transmitir la propiedad no deriva de ninguna de las causas consideradas por el Ordenamiento como generadoras de obligaciones, o al menos si deriva de alguna, ésta permanece elíptica.

En consecuencia, de no entenderse de este modo, la entrega de intereses deberá calificarse sin causa, por falta de un negocio que, mediatamente, la pueda justificar y, por ende, indebida y, asimismo el cobro recibido por el prestamista tendrá idéntica calificación, por lo que debería restituir los réditos al mutuuario, que realizó la atribución patrimonial sin causa, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1895.

Esta no es, sin embargo, la calificación que se realiza de la *datio* en el artículo 1756, ni tampoco aquel efecto restitutorio el que se pre-

viene en la norma. En ella la entrega se considera debida en virtud, evidentemente, de una causa distinta de la del artículo 1755 y que no se expresa de modo manifiesto en el tenor literal del precepto, pero que, de hecho, existe jurídicamente. Así a tal entrega se la califica de pago, esto es, como acto debido, y el efecto lógico derivado de esta calificación será la imposibilidad de que el mutuuario pueda repertirlos del mutuante, con base en argumentos causales extraídos del artículo 1755, puesto que tales argumentos serán alegables sólo cuando el supuesto fáctico responda a las previsiones de este precepto.

En el artículo 1756 se contempla un supuesto de hecho distinto al de su artículo precedente, en éste la deuda de intereses trae su causa de la conclusión de una estipulación entre prestamista y prestatario, mientras que en el artículo 1756 no ha existido una previa estipulación que la haya establecido y, sin embargo, el prestatario entrega al prestamista una cantidad de bienes y justifica expresamente tal entrega como realizada en concepto de intereses. El prestamista, ante la entrega y calificación de la misma, no se opone sino que acepta, expresa o tácitamente, la atribución patrimonial que se le realiza, y la recibe en las condiciones en que se le ofrece. De este modo adquiere la propiedad de aquellos bienes que le han sido transmitidos en virtud del citado concepto, y de este modo nació y se extinguió la deuda de intereses. El cobro recibido por el mutuante resultará debido y, en consecuencia, irrepetible, sin que sea posible la prueba dirigida a demostrar la no existencia de tal deuda.

Así se puede concluir inicialmente que en el artículo 1756 se presume *iuris et de iure* que cuando el deudor entrega ciertos bienes al acreedor, y se los atribuye llamándolos réditos —sin que exista una previa estipulación expresa que establezca la obligación de pago de intereses—, y el acreedor los recibe sin oponerse a la atribución patrimonial, en tal momento y de tal modo se ha perfeccionado un convenio que se convierte en causa mediata de la atribución patrimonial y en título de la transmisión dominical.

En todo caso, esta interpretación, que apunto ya en este momento inicial, no sólo no es pacífica sino que tampoco es la única posible en nuestra doctrina. Del mismo modo que tampoco lo es en la francesa, que cuenta con idéntico precepto —desde luego causa de nuestro artículo 1756—, en el artículo 1906 del *Code civil*, en el cual se dispone que:

L'emprunteur qui a payé des intérêts qui n'étaient pas stipulés ne peut ni les repeter ni les imputer sur le capital.

Ni tampoco lo fue en la doctrina italiana que interpretó el *Codice Civile* de 1865, en cuyo artículo 1830 se preveía que:

Il mutuuario, che ha pagato interessi non convenuti o eccedenti la misura convenuta, non può ripeterli, né imputarli al capitale.

A fin de ofrecer una interpretación del precepto, lo más clarifica-

dora posible, considero necesaria una incursión en su historia, a fin de conocer desde ella la razón de la norma en el Ordenamiento jurídico que la creó.

2. EL ARTICULO 1756 DEL CODIGO CIVIL EN LOS PROYECTOS DEL CODIGO CIVIL ESPAÑOL

El artículo 1756 es un precepto inexistente en los diversos proyectos del Código Civil español, no habiendo en ninguno de ellos norma que obedezca a la *ratio* del citado artículo, salvo en el Anteproyecto de 1882-88.

En los proyectos de 1834 y 1851 se consideró suficiente la referencia al pacto de intereses y su cumplimiento con un solo precepto, antecedente del actual 1755. De lo en él previsto, la obligación de pago de intereses tiene su origen en una estipulación expresa y por escrito concluida por prestamista y prestatario. Así, no existirán más intereses que los estipulados. El mutuuario, por su parte, sólo podrá realizar un pago en concepto de intereses cuando una previa estipulación haya establecido tal obligación.

Así las cosas el 14 de marzo de 1856 se publica la Ley en virtud de la cual se abole en España la tasa sobre el interés del capital. En su artículo segundo se dispone que:

«Podrá pactarse convencionalmente interés en el simple préstamo, pero este pacto será nulo si no consta por escrito.»

Completando esta disposición, en el artículo tercero se estableció que:

«Se reputa interés toda prestación pactada a favor de un acreedor.»

En consecuencia no era posible el nacimiento de la deuda de intereses ni en virtud de un pacto tácito, ni de modo presunto. El pacto sería nulo *a radice*.

A pesar de ser estas las normas que regulaban lo referente al pacto de intereses (y tal la explicación que cabe realizar de las mismas), en el Anteproyecto de Código Civil de 1882-88 aparece, por vez primera, el texto del precepto que se convertiría en el vigente artículo 1756.

El precepto se introduce silenciosamente en la regulación del préstamo mutuo, sin que quede constancia de que sobre él existiera discusión o desacuerdo alguno en la Comisión, antes bien parece que sobre el precepto hubo unanimidad en su intención y redacción ya que, de la formulación dada en el Anteproyecto (1), hasta la redacción

(1) Respecto del Anteproyecto manejo la edición preparada por Peña Bernaldo de Quirós, secc. IV, vol. 1.º, Madrid, 1965, p. 675.

que se vertió en el texto aprobado definitivamente, y publicado por el Real Decreto de 24 de julio de 1889, no fue alterada ni la única coma que existe en las tres escasas oraciones que componen el texto del artículo.

El precepto quedó encuadrado sistemáticamente en el Anteproyecto en el Capítulo II, del Título ..., del Libro IV, con el ordinal 17 del citado Capítulo, su redacción fue la siguiente:

«El prestatario que ha pagado intereses sin estar estipulados, no puede reclamarlos ni imputarlos al capital.»

3. PRECEDENTE DEL ARTICULO 17 DEL CAPITULO II DEL TITULO DEL LIBRO IV DEL ANTEPROYECTO DE CODIGO CIVIL DE 1882-1888

Respecto de este precepto, tanto en la obra de Peña Bernaldo de Quirós (2), como en la de Lasso Gaité (3), se realiza una escueta concordancia: «1984 Laurent», que parece que deba servir al lector para desentrañar el sentido de la norma.

En la edición de Peña, en nota a pie de página, se ofrece una información más detallada respecto de tal concordancia, aclarándose, en primer lugar, que la referencia se realiza respecto del Anteproyecto del Código Civil belga preparada por Laurent y contenida en su obra *Avant-Projet de Révision du Code Civil*. Esta obra se presentó en Bruselas en el año 1879 y estaba compuesta por seis tomos, cada uno de los cuales era comprensivo de un cierto número de preceptos, que fueron publicándose en años sucesivos. El artículo 1984, que es el precepto señalado como concordante con el artículo 17 del Anteproyecto de Código Civil español, estaba ubicado en el tomo quinto, en el cual se trataban desde el artículo 1430 al 1998, y fue publicado en Bruselas el año 1884. El texto del precepto fue el siguiente:

«El prestatario que ha pagado intereses sin estar estipulados, no puede reclamarlos ni imputarlos al capital.»

No puede por menos que sorprender, en este caso, no sólo la identidad normativa, sino también la rapidez con la que los miembros de la Comisión General de Códigos tuvieron noticia exacta del contenido de la obra de Laurent, que se publica justo en pleno período de trabajos de elaboración del que sería ya definitivamente Código Civil español.

De este modo hallamos un precedente inmediato al artículo 1756 del Código Civil que, sin embargo, no debe conducir a la creencia de

(2) *Op. et loc. cit.*

(3) *Crónica de la Codificación española*, 4, *Codificación Civil (génesis e historia)*, Madrid, 1970.

que la norma fue un producto original del jurista belga, puesto que este autor ya conocía y había estudiado detalladamente el precepto en forma y contenido, al comentar el artículo 1906 del *Code Napoléon* en su obra *Principes de Droit Civil français* (4), publicada en el año 1878, un año antes de la presentación de su *Avant-Projet*...

Así nos encontramos ante el origen mediato del artículo 1756 del Código Civil español.

En el artículo 1906 del *Code* se establece que:

L'emprunteur qui a payé des interets qui n'étaient pas stipulés ne peut ni les répéter ni les imputer sur le capital.

La redacción del precepto coincide, por tanto, con la dada al artículo 1756 y, en principio, sabiendo su origen debería poder obtenerse su verdadero y auténtico sentido, mas en la Doctrina francesa existe una controversia de talante parecido a la existente en al Doctrina española, sobre cuál sea la razón de la disposición. ¿Cuál es el motivo de la falta de unidad interpretativa respecto de la causa que dio origen a la disposición contenida en el artículo 1906 del *Code Civil français*.

La causa hay que encontrarla en el proceso de formación y elaboración del *Code Napoléon* (5).

Los trabajos de elaboración del proyecto de *Code* en materia de préstamo, comienzan con la lectura de la ponencia, elaborada por Galli, del Título XV, del Libro III, cuya materia regulada es *Du Pret á intérêt*. Este Capítulo comprende desde el artículo 32 al 40, en el artículo 33 se dispone, empleando la ya conocida fórmula, que:

L'emprunteur qui a payé des intéréts qui n'étaient pas stipulés ne peut ni les répéter ni les imputer sur le capital.

El artículo 33 fue adoptado sin discusión por el Consejo de Estado, sin más justificación. Concluida la discusión del Proyecto por el Consejo, se ordenó por el Cónsul la *Communication Officieuse á la section de Législation du Tribunat* el 30 de enero de 1804, para que realizase las observaciones que tuviere por convenientes sobre el texto. El 22 de febrero siguiente fue librado el contenido del examen de la sección, en el cual no se contenía precisión ni referencia alguna al texto del artículo 33.

Tras este trámite, el primero de marzo de 1804 es nuevamente presentado el texto al Consejo de Estado para la adopción de la redacción definitiva del Título relativo al Préstamo y, evidentemente, la redacción del artículo 33 no contiene variación alguna. Galli, como redactor originario del texto, es nombrado para presentar ante el *Corps Legislatif, dans sa séance du 11 Ventose an XII* (2 de marzo de 1804), *le titre XV du livre III du projet de Code Civil, intitulé du pret,*

(4) T. XXVI, n.º 522 y n.º 523, pp. 543 a 546.

(5) Fenet, P. A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, T. XIV, reimpresión de la edición de 1827, realizada por Zeller, O., 1968, pp. 425 y ss.

et pour soutenir al discussion dans celle du 18 du meme mois de Ventose (9 de marzo). En su comparecencia expuso, en primer lugar, los motivos de cada uno de los preceptos que comprendía el Título XV, mas cuando le tocó el turno a nuestro precepto, no hizo la más mínima referencia del mismo, simplemente realizó, al comentar el artículo 32, una exposición justificativa de la necesidad del pacto de intereses a los efectos de soslayar las reticencias seculares sobre la usura.

Finalizado el informe por Galli, el Cuerpo legislativo transmitió el Proyecto y la Exposición de Motivos al *Tribunat* el 3 de marzo de 1804, en el cual Boutteville fue el encargado de realizar la crítica y objeción al Proyecto que se presentaba a la Asamblea General. En su discurso no existió referencia alguna al contenido del artículo 33. Son los artículos 32 y 34 —que establecían, uno la posibilidad de la estipulación de intereses y el otro la permisión de que el interés convencional pudiera exceder la tasa del interés legal, siempre que la Ley no lo prohibiese—, los que acaparan los comentarios y la atención del Tribuno en su intervención, tras la cual el Tribunado votó la adopción del Proyecto y encargó para que representaran su voluntad ante el Cuerpo Legislativo a Boutteville, Portiez y Albisson. Este último fue quien pronunció el discurso de representación de la voluntad del Tribunado ante el Cuerpo Legislativo, sobre la adopción del Proyecto de Ley relativo *au Pret*, que formaría el Título X del Libro III del Código Civil.

En su intervención presenta al Cuerpo Legislativo el texto del Proyecto íntegramente, realizando la lectura de casi todos los preceptos y añadiendo un breve comentario a las normas, de mayor o menor extensión según su relevancia. Tras defender la necesidad de permitir la posibilidad de que convencionalmente sean estipulados intereses so pena de multiplicar los usureros y paralizar la industria (6), opina el Tribuno que *Mais s'il est permis de stipuler des intérêts, á plus forte raison doit-il etre permis de retenir á 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 non repetuntur, puissée dans la Loi 3, au Code de usuris, et cela, dans le temps même où la stipulation d'intérêts y était défendue?* (7).

Esta no es sólo la única opinión auténtica que cabe aportar sino también, a pesar de la brevedad del comentario, la que ofrece una vía

(6) Fenet, *op. cit.*, p. 472; *Voulez-vous multiplier les usuriers? proscrivez indéfiniment l'intérêt. Voulez-vous paralyser l'industrie que manque des moyens? fermez lui toutes les bourses qui pourraient l'aider...*

(7) Fenet, *op. cit.*, p. 472.

de investigación que permite continuar ahondando en la búsqueda de la *ratio* de la norma, y que posibilita ofrecer una explicación de lo que con ella se pretende conseguir por el Legislador, guiando el comportamiento de los sujetos mediante la atribución de vigencia a una norma procedente de un Ordenamiento Jurídico lejano en el tiempo.

4. LA LEY III DEL TITULO XXXII DEL *CORPUS IURIS CIVILIS*

Albisson, en la defensa del artículo 33 del Proyecto, apunta que la norma contiene una disposición jurídica, cuyo fundamento se encuentra en la máxima latina *usuræ solutæ non repetuntur*. Esta máxima, dice el autor, se encuentra en la Ley III del Código de *usuris*, ciertamente la cita está mal realizada, o al menos no es el modo común de efectuarla, pues de la información que transmite parece que existiese un Código, especial por la materia, destinado a regular las cuestiones relativas a las usuras en algún momento de la historia del Derecho francés o en el propio Derecho romano, cosa que evidentemente ni existió, ni el Tribuno quiso decir. La referencia que realiza es al *Corpus Iuris Civiles* de Justiniano, Título XXXII, de *usuris*, Ley III (8), en virtud de la cual:

Idem AA. Iuliano.—Quamvis usuræ foenebris pecuaniane citra vinculum stipulationis peti non possunt, tamen ex pacti conventionione solutæ neque ut indebitæ repetuntur, neque in partem accepto ferendæ sunt (9).

Dat, non. Iul. Geta et Plautinao Conss (10).

Este texto del *Corpus* de Justiniano se presenta interpolado y, por ende, no en estado puro. En la redacción que comento aparecen conceptos jurídicos que revelan un tiempo posterior a la época de Justiniano, no obstante estas apreciaciones se perciben de modo más claro, tras su comparación con el correlativo texto de los *Basílicos* de contenido más puro que el del *Corpus Iuris Civilis*, así:

B.23, 3, 52 = C.4, 32, 3:

Οι απο υμῶννοι τοχοι χατα βλη θεντε? οι δυνατι
αναλαμβανεσθαι, μγ χαταβληθεντε? δε οιχ απαιτουνται

(8) Utilizo en el texto la edición traducida al castellano del latín por García del Corral, I, sobre el texto publicado por Kriegel, Hermann y Osembruggen, Barcelona, 1892, p. 482 y ss.

(9) Vid. *index interpolationum quæ Iustiniani Codice Inese dicuntur*, p. 80.

(10) Los mismos Augustos a Juliano, aunque sin el vínculo de la estipulación no se pueden pedir intereses del dinero prestado, sin embargo, los pagados en virtud de la convención de un pacto ni se repiten como indebidos, ni han de ser aplicados para el pago del capital. «Dada las Nonas de Julio, bajo el consulado de Geta y Plauciano.»

«Los intereses que fueron pagados en virtud de un pacto no pueden ser repetidos ni pueden imputarse al capital, mas no habiendo sido pagados no pueden ser exigidos.»

Estos textos son los antecedentes remotos del artículo 1906. Es evidente, con una expresión quizá menos perfecta jurídicamente, la identidad de contenido y efectos entre todos estos pasajes, la única diferencia que existe entre ellos es el tiempo, el distinto cuerpo social al que van referidos y un sistema jurídico más evolucionado, en el que ciertas distinciones, el sentido de determinadas instituciones y sus efectos no son comprendidos, o bien han quedado superados y subsumidos en figuras jurídicas más complejas. Es más, en el caso en estudio, es apreciable tal evolución aún dentro del mismo Derecho, así si bien el texto del *Corpus* distingue entre intereses estipulados e intereses pactados, donde tal diferenciación tiene su genuino sentido es en el Derecho romano clásico, pues incluso en el Derecho romano justiniano la distinción posee un carácter residual.

5. LA DISTINCION EN DERECHO ROMANO CLASICO ENTRE PACTO Y ESTIPULACION

En el Derecho romano clásico (11), a partir del *genus conventiones* se apreciaba como especies integradas en ellas aquéllas:

a) *Quae improprium nomen contractus transeunt*, como por ejemplo la compraventa, la *locatio conductio*, el mandato, etc.

b) *Quae in proprium nomen contractus non transeunt, subsit tamen iusta causa*. Formando esta especie de *conventiones* los llamados contratos innominados, generados a partir de un *Do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*.

c) *Quae iusta causa carent*. En este caso nos encontraremos ante un nudo pacto, del cual no se genera una obligación sino una excepción; así lo dice Cyrillos en el comentario a *Basilicos* XI; 1, 7:

ει δε μη υπεπιν αυτιοι, ιοιε νοιδον εστι παχτων και οι τυχτει ωνοχγν αλλα παραγραφ γν.

El texto de *Basilicos* (XI; 1, 7), que Cyrillos comenta, dice así:

«Mas si inicialmente no hay causa es decir, en las *conventiones* que no son sancionadas por la Ley ni cambian al nombre propio del contrato, si no existe causa, es decir, si no precedió una *datio* en razón de otra *datio* o en razón de un *Factum*, o un *factum* en razón de un

(11) En el tratamiento y fundamentación teórica de la distinción entre pacto y estipulación me apoyo en la excelente Tesis Doctoral de Gómez Royo, E., *El negocio crediticio en los Basilicos*, Valencia, 1986.

“factum” o en razón de una *datio*, no se genera acción... Así pues, si alguien pregunta qué es el nudo pacto, hay que decir, que es nudo pacto el pacto que no es sancionado como propio por Ley alguna o senadoconsulto, que no cambia al nombre propio del contrato, el que no permanece en su propio género al haber precedido primero una *datio* o un *factum*, teniendo una justa causa los que convinieron. Eso es el nudo pacto. El nudo pacto, como se ha dicho, no da lugar a una acción, mas genera una excepción. Pues el que alcanza tal pacto, por ejemplo, que no se reclame la deuda, no podrá emplear acción caso de que el pacto fuese vulnerado puesto que el nudo pacto por propia naturaleza no genera acción (mas) al ser demandado por parte del que hizo el pacto utiliza la *exceptio pacti*. Como frecuentemente se ha dicho, el nudo pacto no genera acción pero favorece con la excepción derivada del pacto al que ha conseguido el pacto cuando es demandado en contra del pacto.»

Los pactos se distingúan según el momento de su celebración, tomando como punto de referencia el momento de la celebración del contrato, entre pactos *ex intervallo* y *ex continenti*.

Los pactos *ex intervallo* no son simultáneos a la celebración del contrato, sino que se realizan después, por tanto no eran inherentes al mismo. Esto implica que no servirán a aquél que emplee la acción que procede del contrato, ya que el pacto no se encuentra dentro del contenido contractual, y la acción que de éste surja sólo facultará al actor a solicitar el cumplimiento, respeto y observancia del contenido contractual. En ningún caso este tipo de pacto ampliará el contenido contractual, de tal modo que, el incumplimiento de lo en él previsto, pudiera ser exigido por el ejercicio de la acción derivada del contrato, por que si así fuera se estaría sentando el principio, contrario al verdadero, de que el pacto genera acción, lo cual sería totalmente inexacto, ya que los pactos no producen, ni de ellos se desprende, una acción que permita a los sujetos pactantes intentar coactivamente la realización del contenido del pacto, sino que, frente a quien esto pretenda, el pacto ofrece un potente medio de defensa: la *exceptio pacti*, en favor de aquél que sufra la acción procesal, del *reus*.

Los pactos *ex continenti* son aquellos que ya se encuentran al inicio del contrato y al cual se adhieren aumentando el contenido contractual, lo cual favorece las posibilidades de ejercicio de la acción derivada del contrato, beneficiando, por tanto, la posición del actor. Son pactos que por ello forman la acción de derecho estricto y que pueden alterar, modificar o restringir, la naturaleza del contrato. Nota diferencial de este tipo de pacto es que de él no se deriva, en favor de ninguno de los sujetos en el pacto, la facultad de oponer frente al actor —demandante que funde su pretensión en el contenido del pacto—, la *exceptio pacti*, pues el pacto en sí ha pasado a formar parte del proyecto de comportamiento que el contrato implica y, por

ello, sus previsiones pueden ser exigidas utilizando el mismo medio procesal que cualquiera de las contenidas originariamente en el contrato, sin la posibilidad de paralizar la acción que el pacto *ex intervallo* provoca como efecto sustancial.

Dentro del Derecho romano clásico y en un momento posterior de la elaboración por la jurisprudencia de formas jurídicas, surge una institución, síntesis de figuras jurídicas menos evolucionadas, denominada *stipulatio*, la cual quedó originariamente concebida como un negocio abstracto, solemne, oral y público, en el que revestía especial importancia la ejecución del ritual de formas establecido, hasta el extremo que dependía del cumplimiento de tales formalidades la existencia de la obligación, usualmente unilateral, proyectada por las partes en el convenio anterior a la celebración del contrato público que la *stipulatio* llevaba consigo.

En un momento anterior, el *nexum* es la causa generadora de todos los negocios que, en el ámbito del *ius civile*, eran capaces de producir obligaciones. El contenido de tales obligaciones se concretaba y establecía por el pronunciamiento solemne de determinadas palabras. Como nota característica de esta fuente de negocios cabe destacar que por ella se atribuía un poder real y efectivo sobre la persona del obligado. A diferencia del *nexum*, la *stipulatio* implicaba un vínculo que se materializaba en caso de incumplimiento.

Tras la desaparición del *nexum*, la *stipulatio* recogió de él, el marco formal solemne de la oralidad y la determinación exacta del contenido. La razón de la recepción de tales elementos se encontraba en el principio fundamental de Derecho romano antiguo, en virtud del cual, se establecía que la *conventio* carecía de una forma solemne y rígidamente determinada.

La *stipulatio* viene caracterizada en el ámbito jurídico privado por contener la *sponsio*, en virtud de ella se manifestaba o exteriorizaba, por quien se obligaba, la respuesta que daba al oponente que preguntaba.

La *sponsio* connota el ejercicio solemne generador de obligación de la Roma primitiva que se enraiza en el ámbito sacral público. Peculiar o típico de la *sponsio* es el esquema ritual de pregunta y respuesta junto a una serie de ulteriores solemnidades de carácter sacral. Los romanos concibieron también como *sponsio* los actos solemnes generadores de obligaciones en el ámbito del Derecho privado de la época primitiva y los revistieron de una forma especial que era la *stipulatio*. La pregunta y respuesta que aparecen en al *stipulatio* son originariamente elementos tomados de la *sponsio*, en cuanto manifestación ritual del ámbito sacral público.

Tras el ulterior decaimiento de todo este simbolismo inherente a la *stipulatio* a raíz del progreso negocial, se configura la *stipulatio* como una forma que, en todo caso, mantiene el esquema de pregunta y res-

puesta, que prescinde del juramento y de la utilización de la *spensio* como término por el cual se explicita la manifestación de voluntad. La *stipulatio* se estructura como promesa que genera una obligación vinculada a una forma estrictamente oral, en la que se destaca la prevalencia de la palabra (12).

Teniendo en cuenta el sentido exacto que pacto y estipulación tenían en Derecho romano clásico, sólo resta aplicar la teoría general al caso particular suscitado por el texto de los Basílicos y del *Corpus Iuris Civilis* del Justiniano.

Así, en el primero de ellos se cita la existencia de un pacto de intereses que opera como causa de la atribución de los mismos y les impone el carácter de debidos; el tipo de pacto a que se refiere es, evidentemente, el tipo *ex intervallo*, ya que si fuese *ex continenti* el prestamista sí podría exigir al prestatario el pago de los intereses pactados en su caso, haciendo uso de la acción derivada del contrato de mutuo, a cuyo contenido se habría incorporado el pacto. Sin embargo en B. 23, 3, 52, se establece la imposibilidad de exigencia, efecto propio de los pactos *ex intervallo*, pues en ellos no se otorga a los pactantes acción alguna para exigir el cumplimiento del pacto y sí una excepción, a favor de cualquiera de aquéllos contra los que se dirija una acción con pretensiones de realización del contenido del pacto, que paralizaría tales pretensiones.

En el texto del *Corpus Iuris*, se ofrece, en síntesis, el modo de actuación y los efectos que en el Ordenamiento jurídico romano se dispensaban tanto a la *stipulatio* como al pacto, y en concreto, en el caso de la deuda de intereses en el mutuo, cómo públicamente se contrae y es exigible y cómo de modo privado puede ser formada y cumplida y no exigible públicamente. Se hace una perfecta distinción entre ambas figuras jurídicas, tomando como punto de arranque de la diferenciación, la exigibilidad o no de los intereses, según hayan sido estipulados o pactados.

Así sólo pueden ser exigidos por el acreedor aquellos que hayan sido estipulados, según se desprende de la interpretación *a contrario sensu* del primer inciso de la Ley III del Título XXXII del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano. Por consiguiente sólo se concede acción, como medio de estimular la actuación de los órganos públicos destinados por la comunidad para ofrecer una vía racional de solución de conflictos, a aquellos sujetos que han sometido sus comportamientos a las previsiones dictadas por la comunidad, pues la observancia de tales previsiones opera como premisa necesaria para poder acogerse a la tutela pública.

Por su parte, aquellos intereses concebidos en virtud de un pacto *quae iusta causa carent*, esto es, cuya causa no se encuentra

(12) Gómez Royo, *op. cit.*, p. 546.

en el *ius civile*, y realizado sin sumisión a las formalidades públicas, no podrán ser exigibles a través de una acción, pues, en la forma de convenir la deuda de intereses, se ha prescindido totalmente de los modos públicos de constitución de las obligaciones, a los cuales les está exclusivamente reservada la posibilidad de ser exigido su cumplimiento mediante el empleo de una acción pública. Es por ello que se concede al *reus* la posibilidad de interponer la *exceptio pacti*, en el caso que se le compela al cumplimiento a través del empleo de una acción, pues la excepción paraliza la pretensión procesal y excluye la vía pública de exigibilidad del cumplimiento del pacto por no ser la apta para obtener tal resultado. En consecuencia de un lado, el pacto, impedía la posibilidad de pretender por medio de una acción el cumplimiento de su contenido; mas de otro lado, el Ordenamiento Jurídico romano lo concebía como una causa suficiente para conceptuar como debida la atribución de intereses realizada por el mutuuario, e impedía que éste pudiera pretender recuperar lo pagado, justamente, en concepto de usuras.

Así pues, en el Derecho romano clásico lo estipulado era debido y en todo caso exigible y lo pactado era, asimismo, debido, mas en ningún caso exigible.

6. SENTIDO DEL ARTICULO 1906 DEL *CODE NAPOLEON* Y DEL ARTICULO 1756 DEL CODIGO CIVIL ESPAÑOL

Los textos de los artículos 1906 del *Code Civil français* y del 1756 del Código Civil español, recogen fielmente la terminología empleada en el Derecho romano en el pasaje citado del *Corpus Iuris Civilis*. Así en el artículo 1906 se determina la sola existencia de la deuda de intereses como consecuencia de la estipulación; sin embargo, no hace referencia a los intereses pactados, mas pone de manifiesto cuáles son los efectos del pago de intereses no estipulados para el prestatario, estableciendo que tales intereses *ne peut ni les répéter ni les imputer sur le capital*, esto es, y al decir de los romanos, que *neque ut indebitae repetuntur, neque ut indebitae repetuntur, neque in sortem accepto ferendae sunt*.

Estas consecuencias en el Derecho romano, como ya he puesto de manifiesto, estaban previstas para aquellos intereses que habían sido pagados en virtud de la convención de un pacto, luego en el Código Civil francés se estaba haciendo referencia a una institución jurídica, mediante la mención de los signos externos que la anuncian, es decir, se hacía una recepción del pacto de modo tácito, poniendo el énfasis en los efectos y silenciando la causa remota de los mismos.

En el Código Civil español la recepción del artículo 1906 del *Code Napoleon* en el artículo 1756, provoca una quiebra del recto sentido terminológico de las instituciones a que se se hace referencia en tal artículo y en su inmediato anterior. Así si del análisis del artículo 1756 debería concluirse lo mismo que al examinar el artículo 1906, de la comparación de tal artículo con el artículo 1755 resulta que los intereses deben ser «expresamente pactados», para que sea considerando por el Ordenamiento que el mutuatario debe entregar usuras. Mas si se atiende a la expresión del artículo siguiente se observará que, en tal precepto, se establece que para que el pago, de intereses pueda realizarse deben haber sido previamente estipulados, pues sin estipulación no puede en rigor existir obligación de pago, por falta de causa del negocio jurídico originario del que emanan obligaciones para una o ambas partes.

Además, del examen del segundo inciso del artículo 1756 se aprecia la recepción por el legislador de los efectos que se atribuían en Derecho romano al pago de intereses pactados, que no estipulados. Sin embargo en el artículo 1755 se reconoce la existencia de la deuda de intereses por el hecho de la conclusión de un pacto expreso, lo que significa que, si el Ordenamiento le atribuye el carácter de deuda, hace que sean exigibles por el acreedor los intereses en el momento del vencimiento de la obligación y que el deudor no pueda paralizar la acción amparándose en el pacto, destruyendo el efecto primordial del mismo en este precepto, para reasumirlo plenamente y con todas sus consecuencias en el artículo siguiente, lo cual resulta incongruente y hace pensar que ante este galimatías jurídico probablemente tenga razón Lorenzo Benito, quien escribió que:

«Es verdaderamente notable la prescripción del artículo 1756, que contradice abiertamente lo preceptuado en el 1895 del propio Código... ¿Por qué razón, no debiéndose los intereses cuando no se han pactado expresamente (arts. 1755 del Código Civil y 324 del de Comercio), ni puede reclamarse su devolución, ni pueden imputarse como pago del capital? ¿Es qué el legislador se arrepintió de su declaración respecto a la gratuidad del préstamo y pensó que, ya que éste no es gratuito naturalmente; el que no pagó en las indicadas condiciones ha rendido tributo a una obligación natural? ¿O es qué copió uno y otro precepto de los artículos 1906 y 1376 del Código Civil francés, sin percatarse de la flagrante contradicción que hay entre ambos? De suponer es que fue lo último y no lo primero» (13).

Realmente la génesis del precepto en la etapa de codificación de nuestro Derecho Civil, rodeada del silencio del legislador —salvo la referencia al *Avant Projet du révision du Code Civil* de Laurent—, es

(13) Benito, Lorenzo, *Manual de Derecho Mercantil español*, T. II, Madrid, 1924, nota a pie de p. 447.

realmente oscura y bien podría proceder la norma, por la confusión estructural que se provoca con el artículo 1755, de un repentino e inflamado espíritu de emulación, nacido tardíamente en la Comisión de redacción del Anteproyecto de 1882-1888, respecto del patrón de los Códigos decimonónicos, y en concreto de un precepto dentro de la regulación del préstamo que en nuestra legislación histórica no existía y que, probablemente, podría inducir al legislador a pensar que, su introducción en nuestro Código, añadiría un elemento probable de innovación, en la regulación del Derecho Civil castellano, en materia de usuras; dándose esto sin producirse una adecuación sistemática de los efectos que la norma provocaría en relación con los preceptos adoptados provenientes de Proyectos de Código Civil anteriores, o los aceptados incluso por la Comisión que elaboró el Anteproyecto, antes de llegar a la discusión de la normativa del préstamo mutuo.

Fuere cual fuere el motivo que impulsó al legislador a introducir este precepto, pienso que es preciso ofrecer, sin embargo, una interpretación acaso reparadora de los graves inconvenientes exegéticos que suscita la norma y que permita obtener un conocimiento preciso de cuál pueda ser su cometido, si posible fuera encomendarle alguno, en nuestro Ordenamiento jurídico civil sustantivo.

El artículo 1756, como he señalado anteriormente, entronca con una Ley del *Corpus Iuris* de Justiniano proveniente del Derecho romano clásico. Teniendo presente el sentido de la Ley en tal Derecho y aplicando su significado a las normas del Código Civil español referentes al pacto de intereses, podría llegarse a la siguiente interpretación:

Sólo son debidos intereses en el contrato de préstamo mutuo cuando formalmente las partes en él, por medio de una estipulación, acuerdan que el mutuuario los entregará en un determinado momento y bajo ciertas circunstancias; caso de no cumplir con su obligación el deudor, el acreedor tendrá acción para exigir ante los Tribunales el cumplimiento ejecutivo de tal obligación.

Asimismo, deben considerarse debidos los intereses cuando las partes en el contrato de préstamo mutuo acuerdan, sin respeto a forma ni solemnidad alguna, pactar privadamente que el mutuuario deberá entregar en determinado momento una cantidad cierta en concepto de intereses, mas el cumplimiento de este pacto no público no puede ser exigido por acción pública alguna, pues la comunidad no ha tenido noticia de su celebración y, por tanto, no puede facilitar sus medios coactivos para obtener del mutuuario un comportamiento satisfactorio con su deber. Por ello, si el acreedor intentara estimular la acción del Poder Judicial, el deudor podrá interponer una excepción que paralice la actividad del Organismo jurisdiccional, pues no tiene competencia para conocer de un convenio realizado fuera de las previsiones, requisitos y formalidades del *Ius civile*. Sin embargo, sí previene el

Ordenamiento Jurídico las consecuencias del cumplimiento voluntario del deudor en el pacto de la obligación derivada de él; así, si se realiza el pago se tendrá por bien hecho jurídicamente y, por tanto, será irrepetible y, con mayor motivo, inimputable, por voluntad del mutuuario, al pago de la deuda principal.

En el hipotético caso que en nuestro Derecho actual fuera aceptable esta solución, en el artículo 1755 la referencia al pacto expreso de intereses debería ser entendida como realizada a la estipulación expresa de los mismos. Así, tal artículo diría que:

«No se deberán intereses sino cuando expresamente se hubiesen estipulado.»

De este modo los problemas de conexión que plantean los artículos 1755 y 1756 quedarían parcialmente resueltos y su sentido en cierto modo desentrañado, pues se le habría atribuido a cada institución el cometido que le era propio y los efectos consustanciales a su naturaleza, según y como el Derecho que las concibe estimó en su momento, lo cual sería deseable y quizá en cierta medida pueda contribuir a alcanzar la solución interpretativa del precepto, sin embargo, hay un factor que no debe ser olvidado en este momento: Las categorías *stipulatio* y *pactum*, tal y como las he mostrado, pertenecen al Derecho romano clásico, mas tales categorías fueron evolucionando a lo largo del Derecho romano posclásico, del Derecho Medieval, del Derecho Canónico, del Derecho Moderno y del Contemporáneo.

Así «a finales de la etapa clásica se opera una modificación en la estructura de este acto jurídico, al ser desplazada la forma oral consistente en pregunta-respuesta por la formación y relevancia que en la praxis negocial adquirieron los negocios escritos».

«En todos los negocios jurídicos la *voluntas* o *conventio* va a aparecer libre de la forma solemne y los efectos jurídicos van a depender básicamente de aquélla. Este fenómeno implica como consecuencia que la *stipulatio* al haber perdido la solemnidad formal que la caracterizaba, va a encontrarse estructuralmente confundida con los actos generadores de obligaciones propios del *ius gentium*, y que se forman por medio del solo consenso, con la consecuencia que *pacto* y *stipulatio* van a formar una única categoría; *spondere*, *promittere*, *polliceri*, significarán cualquier promesa, pero carecen dichos términos de significación técnica, apareciendo en su lugar: *cautio*, *instrumentum*, *documentum*, *chirographum*, *syngrapha*. Forma regular de aparición de la estipulación fue la promesa escrita. No obstante fue una cuestión vivamente controvertida, el proceso que se materializó en la estipulación escrita y basándose en el estado de las fuentes no se puede obtener una respuesta segura, pero con todo, en orden a la seguridad del contenido de la estipulación oral, se convirtió en usual recogerla por escrito fundamentalmente cuan-

do el acuerdo negocial era complejo o contenía bastantes determinaciones» (14).

Con lo que, de este modo, un negocio puramente formal abandona paulatinamente las solemnidades rituales, desviando el punto de atención en el modo de generación de obligaciones, pasando de la forma al consenso puro, asimilándose lentamente las figuras jurídicas naturales (15) del *ius gentium* con las originariamente formalistas y solemnes del *ius civile*, hasta el punto que llegan a confundirse en un único Derecho. Esta evolución se producirá a lo largo de la historia jurídica y obtiene un considerable impulso, como señala Messineo, en la Edad Media al escribir que:

«Por otro lado, el nudo pacto evoluciona durante la Edad Media, bajo la influencia del pensamiento de los canonistas, de secuaces de la escuela del Derecho natural y de mercantilistas, en el sentido de que, lentamente la “voluntad” de las partes adquiere el valor de elemento básico, que triunfa sobre el formalismo antiguo y basta para dar vida al contrato» (16).

Así, y en este ambiente interpretativo, debe ser entendida la Ley única, Título XVI del Ordenamiento de Alcalá, en la que se estableció el principio de que de cualquier modo que apareciera que uno se quiso obligar quedará obligado. Respecto de esta Ley Gómez de la Serna escribió que:

«Introdujo una notable diferencia entre nuestro Derecho y el Romano respecto a las materias que he expuesto en el presente Título. Con arreglo a esta innovación no hay ninguna diferencia entre los pactos y los contratos: todos son igualmente obligatorios: todos producen acción eficaz para compeler a su cumplimiento al que lo rehusa: basta que se hagan seriamente: basta que conste de un modo positivo en qué y hasta qué punto quisieron obligarse los otorgantes, para que la obligación surta los mismos efectos que el contrato producía entre los romanos» (17).

La interpretación del precepto, desde su sentido histórico, no es aplicable en el Derecho español vigente. En nuestro Derecho tanto el pacto como la estipulación son generadores igualmente de relaciones jurídico obligatorias. Ambos son convenios a los que la Ley otorga efectos idénticos, y el cumplimiento de los deberes jurídicos nacidos a su amparo es exigible mediante el ejercicio ante la Jurisdicción de la acción personal.

(14) Gómez Royo, *op. cit.*, pp. 564-565.

(15) Empleo en el texto el adjetivo «natural» atendiendo al sentido del término dado por los juristas bizantinos, en el que natural, referido a una obligación, implica que ésta se encuentra técnica y esencialmente formada pero que civilmente no es exigible (vid. Lib. XXIII, Basílicos, así como el aparato de escolios al *De rebus creditis*).

(16) Messineo, *Doctrina general del contrato*, Trad. castellano de Fontanarosa, Sentís y Volterra, de la 3.^a ed. del original de 1948, Buenos Aires, 1952, T. I, pp. 50 y s.s.

(17) Gómez de la Serna, P., *Curso histórico-exegético del Derecho romano comparado con el español*, T. II, Madrid, 1874, p. 124.

En consecuencia, o la norma contenida en el artículo 1756 debe considerarse no aplicable en nuestro Derecho, pues los principios histórico-jurídicos sobre los que se asienta no tienen correspondencia con los vigentes en el Ordenamiento jurídico-civil español contemporáneo, o el Codificador fue plenamente consciente del sentido del precepto, al introducir en el Código Civil el artículo 1908 del *Code Napoleon*, sentido que, sin embargo, no ha logrado descifrar indubitablemente la doctrina tras el último siglo de vigencia del precepto.

7. INTERPRETACION DEL ARTICULO 1756 EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA

Desde la existencia del artículo 1756 en nuestro Código Civil, un sector de la doctrina española, siguiendo a la doctrina francesa (18), ha sostenido que en él se contempla un caso de *obligación natural*. Consiguientemente la atribución patrimonial que realizaría el mutuuario en concepto de interés, sin que exista un pacto previo que los haya establecido, tendría su justa causa en el cumplimiento de un deber moral (19).

Esta interpretación plantea mayores problemas para su aceptación en nuestro Derecho que en el francés pues, en éste, el artículo 1235 del *Code Civil* dispone que:

Tout paiement suppose une dette: ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition.

La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées.

A partir de este precepto, al menos, es posible encuadrar, dentro de una categoría reconocida por el Derecho, un determinado efecto dispuesto por la norma. En el Derecho español, en cambio, no existe norma paralela (20), por tanto, habrá que concluir que no se admite por la Ley la

(18) Vid. Aubry et Rau, *Cours de Droit Civil français*, 4.^a ed., T. IV, p. 4 y ss.; Rippert, *La règle morale dans les obligations civiles*, París, 1927; Savatier, *Des effets et de la sanction du devoir moral en droit positif contemporain et devant la jurisprudence*, These, Poitiers, 1926; Planiol, *Traité élémentaire de Droit Civil*, T. II, París, 1917, p. 653.

(19) Vid. en este sentido De Buen, D., nota al n.º 373 del *Curso elemental de Derecho Civil* de Colin, A. y Capitant, H., trad. al castellano por la redacción de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1924, p. 156; De Buen, D., *Derecho Civil español común*, vol. I, Madrid, 1931, p. 659; Clemente de Diego, F., *Instituciones de Derecho Civil español*, T. II, Madrid, 1930, pp. 70 y 267; Rocamora, P., «Contribuciones al estudio de las obligaciones naturales», *Revista de Derecho Privado*, 1954, p. 485; Lacruz Berdejo, J. L., *Estudios de Derecho Civil*, Barcelona, 1958, pp. 168 y ss., y *Elementos de Derecho Civil*, T. II, vol. 1, Barcelona, 1977, página. 23 y ss.; Martínez y Gómez Calcerrada, *Problemas de las obligaciones naturales*, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1964, pp. 326 y ss; Puig Peña, *Compendio de Derecho Civil*, T. III, vol. 1, Barcelona, 1966, p. 62 y vol. 2, p. 796; Albaladejo, M., *Derecho Civil de obligaciones*, T. II, vol. 2, p. 381.

existencia de un vínculo obligatorio cuya causa se encuentre en reglas morales de conducta. Consiguientemente, sólo será irrepitable el pago realizado en virtud de una causa entendida por el Ordenamiento jurídico, y en él mismo, como justa causa de la atribución patrimonial. Así, tanto en el precepto en estudio, como en aquellos otros casos en los que la irrepitibilidad de una *datio* se ha querido fundar en el cumplimiento de un deber metajurídico (p. ej., artículo 1798), debe hallarse la razón de tal efecto dispuesto por la norma en alguna de las fuentes del Ordenamiento.

Otro sector doctrinal, más positivista en su interpretación del precepto, entiende que «al declarar la Ley que el prestatario no pueda repetir los intereses que ha pagado sin previa estipulación, implícitamente decide que ha pagado lo debido, suponiendo que los intereses estaban debidos en virtud de una convención que, si pudo ser tácita en sus principios, conviértese en expresa, merced a los actos realizados por las partes posteriormente, que exteriorizan de un modo que no deja lugar a dudas el mutuo consentimiento de su voluntad, una de ellas pagando los intereses la otra recibéndolos. Dedúcese aquí la consecuencia de que siendo debidos los intereses, lógico es que no pueda el prestatario ni reclamarlos ni imputarlos al capital...» (21).

La explicación que así se ofrece de la norma (22) aisla el convenio como causa mediata de la justificación de la *soluti retentio* que en la

(20) Aun cuando haya querido interpretarse como tal la expresión final del artículo 1901 del Código Civil «... o por otra justa causa». Vid. en este sentido Albaladejo, *op. cit.*, T. II, vol. 2, p. 381.

(21) Manresa y Navarro, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, T. XI, Madrid, 1905, pp. 622 y 623. Este autor, en la interpretación que ofrece del precepto, sigue la expuesta por Laurent en su obra *Principes de Droit Civil français*, al comentar el art. 1906 del Code Civil français (n.º 522), quien escribió: *En disant que l'emprunteur ne peut pas repeter les intérêts qu'il a payés, quoiqu'ils ne fussent pas stipulés, la loi decide implicitement que le debiteur a payé ce qu'il devait: ce qui suppose que les intérêts étaient dus en vertu de la convention des parties, quoiqu'ils ne fussent pas stipulés à l'acte, en d'autres termes, la loi suppose une convention tacite, qui est prouvé par l'execution que les parties lui donnent l'emprunteur en payant les intérêts et le preteur en les recevant.*»

(22) También defienden esta interpretación del precepto Castán Tobeñas, J., *Derecho Civil español común y foral*, T. IV, revisado y puesto al día por Ferrandis Vilella, J., Madrid, 1977, p. 439; Roca Sastre, R. M.ª, *Doctrina de las obligaciones naturales, Estudios de Derecho privado*, T. I, p. 290; Vallés y Pujals, J., *Del préstamo a interés, de la usura y de la hipoteca*, Barcelona, 1933, p. 67. Para quien el artículo 1756 es una excepción a la doctrina del cobro de lo indebido y que, a parte de los efectos que el precepto produce, además supone que, hecha expresa la convención tácita se genera la obligación de seguir pagando en adelante intereses, dado que «ya tenemos el pacto expreso que exige el art. 1755 y, a tenor de él, podrán ser exigidos intereses en lo sucesivo»; Marín Pérez, P., *Comentario al art. 1756, Código Civil de Quintus Mucius Scaevola*, T. XVII, Madrid, 1952, pp. 173 y 219.

En contra de esta interpretación escriben Albaladejo, M., *op. cit.*, T. II, vol. 2.º, p. 381, y Díez Picazo, L., «Fundamentos del Derecho Civil patrimonial», vol. I, Madrid, 1983, p. 350.

misma se establece. Los inconvenientes de esta interpretación surgen del carácter necesariamente expreso que debe tener el convenio en que se establezca la obligación de pago de intereses, según el artículo 1756, y del inusual modo tácito de constitución de la relación obligatoria.

Si el legislador hubiese querido que para el nacimiento de la deuda de intereses rigiera también el principio de libertad de forma, le hubiese bastado eliminar del artículo 1755 el adverbio «expresamente», sin necesidad de redactar una norma con tal finalidad, ni provocar con ella una excepción al principio básico que permite la repetibilidad de lo pagado indebidamente, sentando una norma de sentido contrario a la contenida en el artículo 1901 del Código Civil, pues impide demostrar al que realizó la entrega que no la efectuó ni a título de liberalidad, ni por cualquier otra justa causa, sino que pagó por error, para poder recuperar aquellos bienes dados en concepto de intereses. El artículo 1756 presume *iuris et de iure* que no hubo error, que tal pago solucionó una deuda que existió y que, consiguientemente, es irrepetible.

Resultado de tal previsión, y de su efecto, se da lugar a la siguiente paradoja: el mutuario, tras haber solucionado la deuda principal, podrá alegar que, por error, entregó más de lo que debía y, después de la prueba que así lo demuestre, solicitar su restitución. Restitución que tendrá lugar si el mutuante no puede probar «que la entrega se hizo a título de liberalidad o por otra justa causa». Cuando el mutuario entregue, en cambio, cierta cantidad al mutuante en concepto de réditos, no existiendo pacto expreso de intereses, no cabrá la demostración de que se pagaron por error, siempre se considerarán debidos, cualquiera que sea su cuantía y, en consecuencia su entrega irrepetible.

Un segundo inconveniente a esta interpretación del artículo 1756 surge al reflexionar sobre la exigibilidad del convenio tácito de intereses, que se entiende que existe en la norma en estudio. Si desde el momento de constitución de la relación jurídica de préstamo, o bien durante el tiempo de vigencia de tal relación, las partes convinieron —tácitamente pero, desde luego, convinieron—, que el mutuario resultaba obligado a pagar intereses —¿en una cuantía tácitamente establecida o en virtud de un tipo de interés tácitamente fijado?—, cuando llegado el día predeterminado —¿tácitamente?—, para el pago no se realice ¿tendrá acción el prestamista para reclamar el cumplimiento de tal convenio tácito de pago de intereses? Si la respuesta fuese afirmativa, el Ordenamiento jurídico estaría brindando igual protección al acreedor de intereses en virtud de pacto expreso que tácito y, de otro lado, se estaría olvidando cuál es la razón por la que se exige que el pacto de intereses conste expresamente.

La Ley de 14 de marzo de 1856, que liberalizó el tipo de interés, por razones de orden público y en aras de la seguridad jurídica y de la

protección de la parte más débil en la relación contractual (23), exigió no sólo que el pacto de intereses fuese expreso sino que, además constase por escrito. El legislador de 1888-89 dispensó de la forma escrita, ahora bien no parece que en su intención estuviese permitir una deuda tácita de intereses, al contrario, la obligación de pago de los mismos sólo existe en virtud de pacto previamente establecido por las partes, según dispone el artículo 1.756. En consecuencia el Ordenamiento jurídico sólo concede acción para exigir el pago de aquellos réditos debidos en virtud de pacto expreso, pues sólo en tal caso existe deuda de intereses.

En conclusión, no creo que pueda admitirse en nuestro Derecho la existencia de tal deuda en virtud de un convenio tácito de pago de los mismos entre las partes. Además admitir el nacimiento de una deuda de intereses, en virtud de esta clase de convenio, puede acabar fortaleciendo la posición del acreedor, al hurtar del control de legalidad al pacto hasta el momento en que ha sido cumplido, en que se ha hecho expreso. Así, aquel que solicita ciertos bienes en mutuo, puede verse constreñido por el mutuante a aceptar condiciones absolutamente desfavorables para él antes de perfeccionar el contrato. La no prestación de su consentimiento respecto de ellas determinará su no perfección, y debe tenerse en cuenta que quien acude a solicitar la conclusión de un préstamo se encuentra en una especial situación de necesidad. Bastará no dejar constancia expresa de las circunstancias que rodean a la deuda de intereses, y tomar una sola precaución en el momento en que el mutuuario cumpla con su deber de restitución: que a una parte de lo entregado, aquella cantidad que en primer lugar reciba el acreedor, se le dé el nombre de intereses.

¿Cómo demostrar, entonces, que lo «voluntariamente» entregado por el deudor —pues aquello que entregó lo hizo, desde luego, voluntariamente dado que no le era exigible—, es resultado de un pulcro proceso coercitivo? El Derecho lo entenderá debido, la Doctrina también lo entenderá así y en virtud de un pacto tácito. Inducir el contenido de tal pacto no será tarea fácil y, en todo caso, conocido el tipo de intereses, tras las operaciones aritméticas pertinentes, resta contestar una cuestión ¿por qué razón entregó el mutuuario lo que no le era exigible?

Si fue por intimidación, violencia o dolo el convenio tácito, que resultará expreso por la entrega, será anulable y, el mutuuario, podrá solicitar la restitución de lo dado más los intereses, durante los cuatro

(23) No debe tampoco olvidarse que el contrato de mutuo es un contrato gratuito, de beneficencia; cuya conclusión se solicita por una persona en estado de carencia temporal de liquidez, para hacer frente a necesidades de consumo cuya regulación en toda la historia del contrato se encuentra presidida por la máxima *mutuum date nihil inde sperantes*.

años siguientes al día en que la violencia o la intimidación hubiesen cesado, o la de la consumación del contrato. Así pues sólo la acción de anulabilidad se constituye en el único medio de defensa que queda al prestatario que hizo entrega de intereses en la situación descrita.

De modo aislado en la Doctrina se sostuvo por Bonel (24) que el pago de los intereses no estipulados, podía ser entendido como una donación realizada por el mutuuario al prestamista. Para este autor los artículos 1755 y 1755 estarían relacionados «armónicamente», son, a su juicio, preceptos complementarios pues a la disposición contenida en el artículo 1755 «no pugna ni contradice en manera alguna el que el prestatario haya pagado intereses no estipulados al prestamista en agradecimiento del obsequio que del mismo cree recibir por el mero hecho del préstamo, sin que por esto se obligue en lo sucesivo a repetir el obsequio o hacer pagos análogos durante los demás años que tuviera en préstamo la cosa objeto del contrato cuando no hubiese estipulado interés alguno, por más que los ya pagados voluntariamente y sin obligación, no pueda reclamarlos, porque equivaliendo entonces a una verdadera donación y no pudiendo rescindirse éstas sino por justas causas, vendría con dicha reclamación a efectuarse una verdadera rescisión de la donación espontáneamente hecha y aceptada por el prestamista sin faltar a la Ley».

Esta interpretación del precepto ha sido, asimismo, objeto de crítica (25). En primer lugar, se señala lo ajenos que son al Derecho los motivos de conciencia, para que sean considerados como fundamento del precepto; en la hipótesis de la norma el prestatario habría dado intereses movido por un sentimiento de gratitud más, como escribe Manresa (26) «en tal hipótesis, no por ingeniosa más jurídica, se opone el texto mismo del artículo 1756 donde ni remotamente cabe la idea de donación...».

En segundo lugar, si el sentido del precepto es decir que aquellos intereses que resultan entregados por el prestatario sin estar estipulados son transmitidos en virtud de donación, y que la irrepitibilidad de la entrega es efecto de la irrevocabilidad de las donaciones, el legislador muy bien podría no haber introducido el precepto, la mera aplicación de las normas de este contrato darían lugar a la misma consecuencia prevista en el artículo.

En tercer lugar, de ser entendido que tal atribución en concepto de intereses se realizó *donandi causa*, vendría afectada por todos aque-

(24) Bonel y Sánchez, L., *Código Civil español*, T. IV, Barcelona, 1891, pp. 771 y 772.

(25) Vid. Manresa y Navarro, J. M., *op. cit.*, p. 623, quien argumenta en contra de la interpretación de Bonel reproduciendo las razones con que Laurent la rebate en su obra *Principes...*, *cit.*, n.º 522.

(26) *Op. et loc. cit.*

llos casos en que la donación resulte revocable o bien reducible, lo cual se encuentra en contradicción con la irrepetibilidad de la entrega proclamada en el artículo.

Finalmente, Díez-Picazo (27) entiende que en el artículo 1756 se contiene una norma interpretativa de la voluntad de las partes, interpretación que, a su juicio, se realiza a través de la vía de una presunción de voluntad. Así si en virtud del artículo 1755 no se deben intereses sino cuando expresamente se hubiesen pactado, esta regla quedaría limitada por el precepto siguiente, en el cual se dispone que los intereses también se deben cuando, aún sin pacto expreso, el deudor los paga. En consecuencia, y desde el punto de vista de la exigibilidad del pago, sólo podrán ser reclamados por el mutuante los intereses debidos en virtud de pacto expreso, mientras que aquéllos a que se refiere el artículo 1756 no podrán ser reclamados en caso alguno, mas la ley presume, cuando el mutuuario los ha pagado voluntariamente, la existencia del pacto.

8. INTERPRETACION DEL PRECEPTO QUE SE PROPONE

Entiendo que, de los preceptos que han sido objeto del presente estudio, cabe ofrecer una explicación distinta de las hasta el momento expuestas. Considero que cada una de las normas hace referencia a un modo diverso de constitución de la deuda de intereses: Así mientras en el artículo 1755 se contempla la forma que el Codificador entendió como aquélla a través de la que, propiamente, debe constituirse la obligación de pago de intereses. Consiguientemente, al tiempo de convenir las condiciones del contrato de mutuo o, en todo caso, antes de la fecha señalada para la devolución por el mutuuario del objeto del préstamo, las partes han acordado los contenidos de las cláusulas del pacto anejo de intereses. La relación obligatoria ha surgido, consecuencia de lo cual el prestamista-creedor del pago de unos intereses, tendrá derecho a que le sean entregados en el día señalado o, de no serle entregados, podrá exigir coactivamente al deudor que cumpla con su deber de prestación mediante el ejercicio de la acción personal ante la Jurisdicción.

En el artículo 1756 se previene una norma que tendrá aplicación cuando la deuda de intereses se constituya de forma distinta a como se establece en el precepto anterior. El supuesto de hecho, que da pie a la norma, deberá ser el siguiente: Las partes ni en el momento de la celebración del contrato de préstamo, ni en un momento anterior al día en que el mutuuario debe cumplir con su obligación de restituir

(27) *Fundamentos...*, cit., p. 350.

ción, han estipulado, ni expresa, ni tácitamente, nada relativo al pago de intereses. El préstamo, por tanto, se ha constituido de forma gratuita —que tal es uno de los caracteres básicos del contrato en nuestras Leyes del Derecho privado, aun cuando resulte paradójico—. Llegado el día del cumplimiento, el prestatario comunica al prestamista que ha decidido entregarle o bien que le entrega, además de aquéllo que le debía restituir, cierta cantidad de bienes en concepto de intereses —la calidad en virtud de la cual realiza la entrega es, desde luego, determinante para la aplicación de los efectos previstos en el precepto— y le ofrece su entrega o se los entrega efectiva y simultáneamente.

Ante el ofrecimiento o la entrega el mutuante puede rechazarlos, oponiéndose a la entrega o devolviéndolos, esto es, no prestando su consentimiento ni respecto de la *datio*, ni respecto del concepto en virtud del cual se pretende realizar o se ha realizado la atribución patrimonial. En segundo lugar, puede aceptar aquello que se le entrega y se le llama intereses, es decir puede prestar su consentimiento respecto de la cosa que se le oferta y la causa en virtud de la cual se realiza la atribución patrimonial, y de este modo queda perfecto «desde luego» el convenio, cuya ejecución se confunde temporalmente con el mismo momento de la perfección.

El consentimiento, y éste sí, puede ser prestado tanto de modo expreso como *per facta concludentiae*; así será bastante para entender que la obligación de pago existió y que los intereses recibidos por el prestatario lo fueron en virtud de una deuda que se satisfizo con la entrega, siempre que el prestatario no los reciba con oposición o bien no los devuelva. Así lo entiende y presume la norma *iuris et de iure* y, consiguientemente, dispone, como para cualquier pago regular —y éste lo es, dado que el deudor entrega la cantidad que estima justa, y que no le era exigible, y en virtud del concepto que él declara como justificativo de su conducta—, el efecto de la irrepetibilidad propio de todo pago no erróneo.

De este modo, y entendida así la norma, considero que puede ser deshecha la antinomia que, aparentemente, parece existir entre los artículos 1755 y 1756 de nuestro Código Civil.