

LÍNEAS HISTÓRICAS DE LA NOVACIÓN SUBJETIVA POR  
 CAMBIO DE DEUDOR CON ESPECIAL REFERENCIA  
 AL DERECHO CASTELLANO

ANTONIO GÁLVEZ CRIADO\*  
 Universidad de Málaga

RESUMEN

El Código Civil español, siguiendo en parte en este punto al Código civil francés (y al italiano de 1865, continuador de este último) regula el cambio de la persona del deudor como una de las posibles aplicaciones de la novación: la novación subjetiva por cambio de la persona del deudor, figura ésta de origen romano que, en este caso, significaría la extinción de una obligación con liberación de quien era su deudor y el nacimiento de otra nueva en su lugar a cargo del nuevo deudor; una y otra causalmente conectadas. El artículo 1156 del Código Civil español la recoge como uno de los posibles modos de extinción de las obligaciones, pero en la regulación más detallada de los artículos 1203 ss. aparece como un supuesto más bien de modificación que de extinción de obligaciones. Tal regulación y la tensión modificación-extinción que acompaña a este instituto es fruto de la evolución sufrida por el mismo desde el Derecho romano, sobre todo durante la Época Intermedia.

**PALABRAS CLAVE:** Extinción de obligaciones - Novación - Asunción de deuda - Delegación - Expromisión.

ABSTRACT

The Spanish Civil Code, partially following the French Civil Code (and the Italian one of 1865, which continued the code previously mentioned), regulates the change of the debtor's person as one of the possible applications of the novation: the subjective novation due to a change of the debtor's person, a concept having Roman origins, that, in this case, would mean the discharge of a liability with the release of the debtor and the emergence of a new liability taken over by the new debtor; one and the other casually related. Article 1156 of the Spanish Civil Code includes it as one of the possible ways of discharging liabilities, but in the more detailed regulation of articles 1203 et seq. appears rather as an assumption of modification than as a discharge of liabilities. Such a regulation and the modification-discharge tension which goes along with this institute is the product of the evolution undergone by it from the adoption of the Roman law on.

**KEY WORDS:** Discharge of liabilities - Novations - Debt assumption - Delegation - Expromissio.

---

\* Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Málaga. Dirección postal: Departamento de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad de Málaga, Campus de Teatinos, Boulevard Louis Pasteur 24, 28071 Málaga, España. No usa correo electrónico.

## I. INTRODUCCIÓN

El Código Civil español, siguiendo en parte en este punto al Código civil francés (y al italiano de 1865, continuador de este último), regula el cambio de la persona del deudor como una de las posibles aplicaciones de la novación: la novación subjetiva por cambio de la persona del deudor, figura ésta de origen romano que, en este caso, significaría la extinción de una obligación con liberación de quien era su deudor y el nacimiento de otra nueva en su lugar a cargo del nuevo deudor; una y otra causalmente conectadas. El artículo 1156 la recoge como uno de los posibles modos de extinción de las obligaciones, estableciéndose una regulación más detallada en la Sección sexta (*De la novación*) del capítulo 4º (*De la extinción de las obligaciones*) del título 1º del libro IV del *Código Civil* español.

A la novación subjetiva por cambio del deudor se refieren, según señala la doctrina<sup>1</sup>, los artículos 1203.2.º y del 1205 al 1208, siendo más dudosa la aplicabilidad del artículo 1204 que, en nuestra opinión, debe quedar para la novación objetiva (relativa al objeto o a las condiciones principales de la obligación, a tenor del artículo 1203.1.º). En concreto, el artículo 1203.2.º recoge el cambio de deudor como una de las posibles formas mediante las cuales “*las obligaciones pueden modificarse*”, el artículo 1205 se refiere a la necesidad de concurrencia del consentimiento del acreedor para que se produzca el cambio de deudor, el artículo 1206 recoge los posibles casos en que, si resultara insolvente el nuevo deudor, el acreedor podría dirigirse contra el que hasta entonces parecía liberado, el artículo 1207 establece el régimen jurídico de las obligaciones accesorias ante la novación y el artículo 1208, en fin, queda dedicado a los efectos que, sobre la nueva obligación, puede tener la nulidad de la antigua. Por su parte, la autonomía privada constituye el fundamento de una novación sin efectos liberatorios (novación cumulativa)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Detalladamente, ADAME MARTÍNEZ, Miguel Ángel, *Asunción de deuda en Derecho civil* (Granada, 1996), p. 16.

<sup>2</sup> El término “asunción cumulativa” quizás no sea el más apropiado para acoger aquella asunción en la que el primer deudor y el tercero quedan obligados conjuntamente y el cumplimiento de la obligación por cualquiera de ellos provoca su extinción para los dos. En este sentido, la doctrina romanística suele distinguir, en atención a los sujetos, entre obligaciones parciarias, cumulativas y solidarias. Frente a estas últimas, que se caracterizan por tener una pluralidad de sujetos y un objeto único (de ahí su nombre *in solidum*, por el total), en las obligaciones cumulativas en sentido propio hay varios sujetos (en nuestro caso, pasivos) que tienen que realizar una prestación igual, pero que no es la misma, sino que las obligaciones son independientes. Como ejemplos pueden referirse en el Derecho romano arcaico y clásico cuando varias personas conjuntamente cometen un daño, cada uno está obligado a repararlo por entero; lo mismo cuando se vendía una misma cosa a varias personas, en cuyo caso el vendedor debe la entera prestación a cada uno de ellos. Ambos ejemplos tienen en común la idea de sanción impuesta a quienes conjuntamente causan un daño o a quien promete la misma cosa a varios. Véase, al respecto, MIQUEL GONZÁLEZ, Juan, *Curso de Derecho romano* (Barcelona, 1987), pp. 341-344; IGLESIAS, Juan, *Derecho romano* (Barcelona, 1994), pp. 341-342 y KASER, Max, *Derecho romano privado* (trad. a cargo de José María Santa Cruz Teijeiro, 1982), p. 247. Sobre la evolución que sufrieron las obligaciones cumulativas propiamente dichas en el Derecho justinianeo en el sentido de evolucionar hasta su reconocimiento como obligaciones solidarias, Véase ALBERTARIO, Emilio,

La anterior regulación positiva de la novación por cambio de deudor, como un supuesto más bien de modificación que de extinción de obligaciones, fue el desencadenante en nuestro país de una fuerte polémica acerca del significado del término novación en Derecho español (novación extintiva para unos, novación modificativa para otros<sup>3</sup>). No obstante, esta polémica se encuentra hoy superada y el tratamiento de esta figura se viene centrando en el estudio de los efectos prácticos que produce<sup>4</sup>, para lo que resulta de interés el estudio de sus antecedentes históricos.

## II. LAS FORMAS QUE HACEN POSIBLE EL CAMBIO DE DEUDOR. EN EL DERECHO ROMANO

El punto de partida de nuestro estudio tiene que situarse necesariamente en el Derecho romano, y más particularmente, en la figura de la novación, institución

---

*Corso di Diritto romano. Le obbligazioni solidali* (Milano, 1948), pp. 11-22. Las obligaciones llamadas propiamente cumulativas se caracterizan, en lo esencial por el hecho de que cada uno de los obligados lo está a realizar el todo de la prestación, y además, que todos y cada uno de ellos deben realizar una prestación distinta a favor del acreedor, de forma que la satisfacción de éste se logra con la suma de todas ellas. Sólo así cabe hablar, en propiedad, de “acumulación” de prestaciones. Por tanto, el término “asunción cumulativa” será aquí utilizado para todos aquellos casos de no liberación del deudor antiguo, si bien aclarando que la acumulación no lo es de prestaciones sino de sujetos.

<sup>3</sup> La polémica giró sobre todo en torno a dos obras y dos autores: DE DIEGO, Felipe Clemente, *Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera. La transmisibilidad de las obligaciones* (Madrid, 1912) y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS, *La novación de las obligaciones* (Barcelona, 1964). El primero, al que después seguirían los anotadores de Enneccerus y que constituye la opinión mayoritaria actualmente, partidario de una novación llamada modificativa (novación subjetiva por cambio de deudor, en nuestro caso) con base en la regulación positiva de los arts. 1203 ss. de nuestro Código civil, de forma que el cambio de la persona del deudor no conllevaría necesariamente la extinción de la primera obligación y el nacimiento de otra nueva en su lugar. El segundo, en la línea de la genuina novación (siempre extintiva) del Derecho romano. Siguiendo a Giovanni Pacchioni, se ha criticado también que el uso de la palabra “transmisión” o “cesión” debe ir referida a un valor positivo, es decir, a un crédito y no a un valor negativo o “no valor” como es una deuda: ROCA SASTRE, Ramón María y PUIG BRUTAU, José, *La transmisión pasiva de obligaciones a título singular*, en *Estudios de Derecho Privado* (Madrid, 1948), pp. 297-300; CRISTÓBAL MONTES, Ángel, *La llamada novación modificativa en el Derecho civil español*, en *Temis, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza* 33-36 (1973-1974), pp. 745 ss.; también en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (1973), pp. 1162 ss. Sin embargo, aunque pueda hacerse esta crítica teórica al concepto o terminología utilizada, parece lo cierto, como se comprobará más adelante, que una deuda puede ser objeto de un contrato, y que de hecho lo es del que consiste en asumir una deuda ajena.

<sup>4</sup> Significativa es, al respecto, la opinión de DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial* (Madrid, 1996), II, p. 857: “El hecho de que esta sustitución se califique o no como “novación” y que se discuta si tal novación es extintiva o modificativa, no tiene por sí una trascendencia especial, como, en cambio, la tiene el decidir su alcance y efectos, que es seguramente el centro de la cuestión. Se trata de saber en qué medida juegan en favor y en contra del nuevo deudor las consecuencias dimanantes de la relación jurídica anterior y del sistema de organización de intereses que en él se encontraba establecido”. De ahí que este autor prefiera hablar “de una modificación simple con pervivencia de efectos y de una modificación extintiva con total sustitución de la reglamentación o del sistema de organización de intereses establecido por las partes” (p. 800).

a cuyo través este Ordenamiento Jurídico articuló el cambio de un deudor por otro en una relación obligatoria. Más concretamente, nos situaremos en una etapa avanzada del Derecho romano en la que la obligación es un vínculo jurídico entre personas, que no material o físico, y en cuya virtud una queda obligada frente a otra a realizar una determinada prestación o deber de conducta. Más incluso, partimos de un momento histórico en el que la figura de la *sponsio* ha evolucionado hacia la *stipulatio* como genuina forma de contraer obligaciones, llamadas verbales, mediante el sistema pregunta-respuesta acompañado de determinadas formalidades<sup>5</sup>.

A pesar de la etapa algo más avanzada de la que partimos, José Arias Ramos y Juan Antonio Arias Bonet exponen con claridad el lastre que la primitiva concepción de la obligación como vínculo personal supone para su evolución, de manera que los romanos no lograron hacer compatible la posibilidad de un cambio en los sujetos, activo o pasivo, de una relación obligatoria con el mantenimiento y supervivencia de la misma<sup>6</sup>.

El cambio de un deudor por otro se produce en el Derecho romano mediante una *stipulatio*, llamada *stipulatio novatoria* o novación, que en realidad, supone la extinción de una obligación y el nacimiento de otra nueva en su lugar, reafirmando así la intransmisibilidad activa y pasiva *inter vivos* de las obligaciones en este Ordenamiento Jurídico. Junto a esta figura principal, la mayor parte de la doctrina romanística admite, para determinadas etapas del desarrollo de este Derecho, otra figura con el mismo efecto, que se perfeccionaba mediante un contrato literal o escrito y que recibió el nombre de *nomina transcripticia*. Al fin, el sentido práctico de la mentalidad romana y las necesidades del comercio lograron desarrollar otros medios indirectos para lograr el mismo resultado práctico que el cambio de deudor; entre estos medios destaca la figura que se conoce con el nombre de *cognitor* o *procurator in rem suam*<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Debe tenerse en cuenta la apreciación de D'ORS, Álvaro, *Las declaraciones jurídicas en el Derecho romano*, en *AHDE*. 34 (1964), pp. 565-566, sobre la concepción romana de las declaraciones de voluntad, que tiene especial interés para esta etapa inicial de su evolución: "Ante todo, no pertenece a la genuina mentalidad romana la consideración de la voluntad como elemento principal de los actos jurídicos. Porque tal consideración es fruto de una actitud moral que sólo con el Cristianismo llega a prevalecer, y el derecho romano propiamente dicho, no como tradición europea encauzada en la Edad Media, sino como realidad histórica concretamente delimitada, es un derecho precristiano. La búsqueda de la volunta aparece en un momento tardío, y como efecto precisamente de la actitud cristiana que se entroniza en la legislación imperial postconstantiniana y en las especulaciones de las escuelas bizantinas (...). En los negocios convencionales, no es la volunta personal lo que interesa, sino el acto que efectivamente se ha realizado, el *quid actum sit*, aunque se acuda al contraste con la voluntad cuando la forma declarada es ambigua, según los recursos de la Retórica".

<sup>6</sup> ARIAS RAMOS, José y ARIAS BONET, Juan Antonio, *Derecho romano* (Madrid, 1986), II, pp. 703-706; DE DIEGO, Felipe Clemente, cit., pp. 209 ss.

<sup>7</sup> En realidad, todos los señalados son medios indirectos para lograr un efecto análogo a la transmisibilidad de las obligaciones: ARIAS RAMOS, José y ARIAS BONET, Juan Antonio, cit., p. 703; VOLTERRA, Eduardo, *Instituciones de Derecho Privado romano* (Madrid, 1986), pp. 583-586; FUENTESECA, Pablo, *Derecho Privado romano* (1978), p. 191.

1. *La estipulación novatoria: “delegatio” y “expromissio”.*

La novación, o lo que es lo mismo, la extinción de una obligación y el nacimiento de otra nueva en su lugar, es ante todo un modo de extinción de las obligaciones (*solutio*) de los llamados *ipso iure* (en oposición a los modos *ope exceptionis*), es decir, extinguen la obligación de modo total, definitivo y respecto de todos los obligados<sup>8</sup>. Pero al mismo tiempo, supone también un acto de creación o nacimiento de otra obligación nueva. Esta dicotomía de funciones, que parece insoluble en la novación, planteó no pocos problemas al Derecho romano, algunos de los cuales serán objeto de estudio. Empezaremos por tratar la relación de la novación con dos figuras como son la *delegatio* y la *expromissio*.

Junto a la novación, el Derecho romano conoció la figura de la *delegatio* (*delegare*), con una diversidad de significados en las fuentes y que tenía una utilidad mucho más amplia que la que ahora nos ocupa, es decir, permitir a un tercero hacerse cargo de una deuda ajena mediante novación. En las fuentes encontramos una definición que se ajusta a esta utilidad y que nos facilita Ulpiano en D. 46, 2, 11: “Delegar es dar al acreedor, o a aquel para quien se hace la autorización, otro deudor en lugar de uno mismo. La delegación se hace por medio de una estipulación o por la litiscontestación”<sup>9</sup>, aunque, sin duda, es más correcta y ajustada al Derecho romano la que exponen José Arias Ramos y Juan Antonio Arias Bonet: “En general, hay *delegatio* siempre que una persona (delegado) por encargo o invitación de otra (delegante), accede a hacer a un tercero (delegatario) una promesa o a realizar en su favor una prestación por cuenta del delegante”<sup>10</sup>. El encargo o invitación sería, en este caso, que el delegado se haga cargo de la deuda que hasta entonces recaía en el delegante, quedando éste libre de la misma en cuanto se obtenga la anuencia del delegatario. Como consecuencia de ello, queda extinguida la primera obligación y surge otra nueva en su lugar a cargo del

<sup>8</sup> Véase, a modo de ejemplo, ARIAS RAMOS, José y ARIAS BONET, Juan Antonio, cit., pp. 708-709; FUENTESECA, Pablo, cit., pp. 193-194; IGLESIAS, Juan, cit., p. 448; KASER, Max, cit., p. 242; DAZA MARTÍNEZ, Jesús y RODRÍGUEZ ENNES, Luis, *Instituciones de Derecho Privado romano* (Madrid, 1997), pp. 283-284. También es frecuente la clasificación de la novación como una de las formas de asumir las obligaciones en interés de un tercero o de intercesión: KASER, Max, cit., p. 241; DAZA MARTÍNEZ, Jesús y RODRÍGUEZ ENNES, Luis, cit., p. 277, que distinguen los tres sujetos: acreedor, intercesor e intercedido.

<sup>9</sup> D. 46, 2, 11, 1. Casi todas las referencias a la delegación las encontramos en el libro XLVI, título 2º, del Digesto, bajo la denominación “*Sobre las novaciones y las delegaciones*”, donde se habla de delegación en relación a la novación (expresamente a la delegación tan sólo se refieren las leyes 4, 11-13, 17, 19 y 33, de un total de treinta y cuatro que componen este título). Alguna otra referencia muy breve se encuentra en las *Instituciones* de Gayo (Gai. 3, 130) y en las de Justiniano (Inst. 3, 29). Pero no hay verdadera novación en la llamada novación necesaria (D. 46, 2, 29; Paul., 24 *quaest.*), es decir, el efecto de la *litis-contestatio* consistente en sustituir la relación obligatoria por la relación procesal: Véase D’ORS, Álvaro, *Derecho Privado romano* (Pamplona, 1991) § 440, pp. 495-496, y más tajantemente en el rechazo a tal asimilación, BONIFACIO, Franco, *La novazione nel diritto romano* (Napoli, 1959), pp. 74-78, con la conclusión de que las obligaciones se extinguen fuera del proceso. Sí entienden que se puede hablar de efecto novatorio TORRENT, Armando, *Manual de Derecho Privado romano* (Madrid, 1993), p. 375 y GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, *Derecho Privado romano* (Madrid, 1985), p. 137.

<sup>10</sup> ARIAS RAMOS, José y ARIAS BONET, Juan Antonio, cit., p. 714.

delegado, todo ello consecuencia de la estipulación novatoria.

Para el Derecho romano, la distinción más importante respecto a la delegación es la que discrimina entre *delegatio dandi* (o *solvendi*) y *promittendi*. Mediante la primera, la delegación es un negocio de ejecución o translativo mediante el cual el delegado simplemente se obliga frente al delegante a pagar al delegatario (delegación de pago); en la segunda, la delegación es un negocio promisorio mediante el cual el delegado se obliga a cumplir frente al delegatario en lugar del delegante (delegación de deuda o novatoria). En el supuesto más frecuente de delegación, el delegado suele ser, a su vez, deudor del delegante, razón por la cual acepta la orden, indicación o autorización de éste para hacerse cargo de la deuda frente al acreedor, es decir, asume *solvendi causa*, aunque es igualmente admisible la asunción de la deuda por delegación *credendi causa* o *donandi causa*, aunque también suele distinguirse entre delegación activa, o de crédito, y pasiva o de deuda<sup>11</sup>. Encuentran así significado las palabras de Sohm: “La delegación, más que una específica modalidad de la novación, es un concepto de alcance general y consiste en encargar a otro que haga efectiva una prestación –sea un *dare*, un *promittere* o un *liberare*– a un tercero”<sup>12</sup>.

Es ajeno el Derecho romano al concepto de expromisión tal y como se configuró posteriormente por los Glosadores y los Comentaristas (y como lo conocemos hoy), es decir, como un acuerdo entre el acreedor y un tercero para que éste sustituya al deudor. Dice Luis Díez-Picazo<sup>13</sup> que en el Derecho romano se utilizaban los términos *expromissio* o *expromittere* para aludir a una promesa hecha por persona distinta al anterior promitente o a persona distinta del beneficiario de una promesa anterior, lo que podía conllevar tanto un cambio de deudor como de acreedor, aunque también se utilizaba en supuestos distintos; en sentido parecido, Antonio Masi<sup>14</sup>, aunque matizando que los términos utilizados en las fuentes son *expromittere* y *expromissor* (no *expromissio*), siendo utilizado para designar indistintamente la novación subjetiva y la objetiva, mientras otros autores entienden

<sup>11</sup> Sobre las clasificaciones de la delegación y otras utilidades o significados de la misma en las fuentes, Véase SACCONI, Giuseppina, *Ricerche sulla delegazione in Diritto romano* (Milano, 1971), que dedica íntegramente el primer capítulo a la *delegatio dandi* (pp. 1-52) y el segundo a la *delegatio promittendi* (pp. 53-127); TALAMANCA, Mario, voz *Delegazione (dir. rom.)*, en *Enciclopedia del Diritto* (1962) XI, p. 919, aunque se muestra en contra de la segunda de las distinciones establecidas (delegación activa-delegación pasiva); KASER, Max, cit., pp. 243-246; DE RUGGIERO, Roberto, *La delegazione in Diritto romano*, en *Archivio Giuridico* 62-63 (1899), pp. 211-217 (las pp. 214-217, bajo el epígrafe “Significato ed uso delle parole delegare, delegatio”); LAGUNA IBÁÑEZ, Fernando, *La delegación en el Derecho Civil español*, en *Temis, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza* 3 (1958), p. 158 (este artículo es un resumen de su tesis doctoral defendida el 10 de julio de 1957, que no hemos podido consultar); DAZA MARTÍNEZ, Jesús y RODRÍGUEZ ENNES, Luis, cit., pp. 281-282.

<sup>12</sup> SHOM, Rudolph, *Instituciones de Derecho privado romano* (Madrid, 1928), p. 445.

<sup>13</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis, cit., p. 850. Prueba de la noción de expromisión para el Derecho romano es que MIQUEL GONZÁLEZ, Juan, cit., p. 427, distinga dos formas de producirse la novación subjetiva: cambiando al acreedor, a la que denomina *delegatio nominis*, o cambiando al deudor, a la que nombra como *expromissio* (en realidad, como sinónimo de *delegatio debiti*).

<sup>14</sup> MASI, Antonio, voz *Expromissio*, en *Novissimo Digesto Italiano* 6 (1981), p. 1092.

que señala genéricamente a quien asume una deuda ajena<sup>15</sup>.

Modernamente, la expromisión se caracteriza, frente a los otros negocios jurídicos admitidos tradicionalmente para producir la asunción de una deuda ajena por un tercero, por tratarse de un acuerdo bilateral entre el acreedor y el tercero-asumente, es decir, sin intervención del deudor antiguo, lo que separa a esta figura de la delegación. Todo ello no significa que en el Derecho romano no fuera posible la novación por cambio de deudor mediante este acuerdo directo entre el acreedor y un tercero, tal y como admite señaladamente D. 46, 2, 8, 5 (Ulp., 46 *Sab.*)<sup>16</sup>, pero también D. 46, 3, 91 (Labeo, 6 *pithanon a Paulo epitom.*), D. 46, 4, 13, 10 (Ulp., 50 *Sab.*) y Gayo 3, 176<sup>17</sup>.

a) La novación en el derecho clásico. Parece razonable iniciar el estudio histórico en este período, aunque Franco Bonifacio, uno de los autores que más profundamente ha tratado la novación en el Derecho romano en su clásica monografía sobre el tema, explique la novación en el Derecho romano clásico como la culminación de un proceso que encuentra su gestación en la época republicana o preclásica, y más concretamente, en la época de Servio Sulpicio, que es donde realmente principia su estudio<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Así, QUAGLIARIELLO, Gaetano, *L'expromissione* (Napoli, 1953), pp. 6 y 7, que recoge algunos ejemplos de este uso de la palabra "expromisión", que ahora llamamos "no técnico"; GIARDINA, Camillo, *Studi sulla novazione nella dottrina del Diritto Intermedio* (Milano, 1952), p. 56. No parece, por ello, aceptable la afirmación de FUENTESECA, Margarita, *El problema de la relación entre novatio y delegatio desde Roma hasta las codificaciones europeas* (Madrid, 2000), p. 38, queriendo distinguir entre *delegatio* y *expromissio* en el Derecho romano así: "El instrumento formal de la transmisión más frecuentemente utilizado fue la stipulatio, que permitía cambiar de sujeto activo (*creditor* o *stipulator*), operación denominada *delegatio*, o bien un cambio de sujeto pasivo (*expromissio*). [...] Tanto la *delegatio* como la *expromissio* constituyen cambios de los sujetos activo y pasivo, respectivamente [...]".

<sup>16</sup> GARCÍA AMIGO, Manuel, *La cesión de contratos en el Derecho español* (Madrid, 1964), p. 100, también distingue en el Derecho romano, aunque sólo sea estructuralmente, entre una novación producida mediante un negocio trilateral y otra fruto de la celebración de uno bilateral. QUAGLIARIELLO, Gaetano, cit., pp. 7 y 8, también mantiene esta distinción sobre la base de las fuentes, llegando en un caso concreto (aplicación del senadoconsulto Velejano, que prohibía que la mujer pudiera estipular para tercero) a defender una distinción de régimen jurídico entre expromisión, entendida en este caso en sentido técnico, y delegación.

<sup>17</sup> BONIFACIO, Franco, cit., pp. 156-160, recoge estos pasajes.

<sup>18</sup> BONIFACIO, Franco, cit., pp. 20 ss.: a partir básicamente de las referencias que las Instituciones de Gayo hacen de la novación (III, 176-179), este autor deduce la existencia en la época preclásica de un concepto de novación donde no parece existir la perfecta correspondencia entre extinción de una obligación y nacimiento de otra nueva en su lugar. En concreto, se centra en las llamadas estipulaciones inútiles, es decir, las que extinguen una obligación, pero no producen el nacimiento de otra nueva en su lugar (a saber, la *promissio* o promesa *post mortem* y la *promissio* del pupilo y la mujer sin la *auctoritas* del tutor, a las que hay que añadir la estipulación condicional, la del esclavo y la del peregrino). En estos casos, continúa, la extinción se produce en virtud de un negocio formal, en el que la nueva *sponsio* contiene, solemnemente expresado, una renuncia a su derecho por parte del acreedor, al aceptar al nuevo deudor. El problema está en determinar, como añade este autor, si estas estipulaciones inútiles para crear que presenta Gayo, son excepciones a una regulación de la novación de una etapa anterior a la clásica o si lo son a una nueva regulación de la novación (Véase pp. 36 ss.). En su opinión, esa evolución se ha producido, y lo ha sido debido a la labor de la jurisprudencia durante el Principado, que nos presenta en la época clásica una novación evolucionada.

En general, existe acuerdo en la doctrina, con una muy significativa excepción a la que dedicaremos atención más adelante, sobre los elementos que configuran la novación clásica. Estos elementos pueden extraerse de la conocida definición que de la misma nos presenta Ulpiano en D. 46, 2, 1, 1 y que, aunque aparece recogida en el título 2º del Digesto (“Sobre las novaciones y las delegaciones”), responde a la concepción de la novación en la época clásica: “*Novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem, vel naturalem, transfusio atque translatio: hoc est, cum praedenti causa, ita nova constituitur, ut prior perimatur. Novatio enim a novo nomen accepit, et a nova obligatione*”<sup>19</sup>. Los elementos son<sup>20</sup>:

i) La existencia de una obligación anterior (*prior obligatio*). La regla es que cualquier obligación es en principio novable, siempre que sea válida, según D. 46, 2, 1, 1 (Ulp., 46 *Sab.*). Así, esta obligación puede ser natural, civil o pretoria, futura, a término o condicional, y también parece admitirse la novación de la obligación nacida de *legatum per damnationem*<sup>21</sup>.

ii) La obligación nueva que sustituye a la anterior (*nova obligatio*). La regla en materia de capacidad o legitimación está establecida en D. 46, 2, 10 (Paul., 11 *Sab.*): “*Cui recte solvitur is etiam novare potest*”, aunque, como afirma Franco Bonifacio, la regla no es totalmente cierta, puesto que el autorizado para recibir el pago (*adiectus solutionis causa*) no está legitimado para novar<sup>22</sup>. No obstante, es claro que la nueva obligación no surgía, a pesar de la extinción de la anterior, en el caso de las llamadas estipulaciones inútiles<sup>23</sup>.

iii) Los requisitos de *idem debitum* y *aliquid novi*. El *idem debitum* impone que el objeto de la nueva obligación y de la anterior sea el mismo, es decir, ambas obligaciones deben referirse a la misma realidad, pues en caso contrario, una no sustituiría a la otra, sino que ambas se sumarían (si acaso, la segunda daría lugar a una obligación de garantía) y no se produciría extinción alguna. Como el objeto de ambas es el mismo, la segunda o *nova obligatio* sustituye a la *prior obligatio*.

Pero, junto a éste, se exige otro requisito que sólo aparentemente parece contradecirlo: el *aliquid novi*. Es preciso que la segunda obligación contenga

<sup>19</sup> “La novación es la transformación y conversión de una deuda anterior en otra obligación civil o natural, es decir, cuando se crea una obligación nueva de otra anterior que se extingue. “Novación” viene de nuevo: de la nueva obligación”

<sup>20</sup> BONIFACIO, Franco, cit., dedica los capítulos tercero a sexto a estudiar estos elementos así como los efectos que produce el instituto. Véase también D’ORS, Álvaro, *DPR*, cit., § 438, pp. 493-494; ARIAS RAMOS, José y ARIAS BONET, Juan Antonio, cit., pp. 713-714; TORRENT, Armando, cit., p. 375; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, cit., pp. 60 ss.; LOZANO BERRUEZO, *La novación* (Barcelona, 1963), pp. 9 ss.; FUENTESECA, Margarita, cit., pp. 43 ss.

<sup>21</sup> Existían controversias jurisprudenciales acerca de si era o no posible la novación de la obligación perpetuada de la mora (*perpetuatio obligationis*), que nos refiere BONIFACIO, Franco, cit., pp. 100 ss.

<sup>22</sup> BONIFACIO, Franco, cit., pp. 149-151.

<sup>23</sup> Conforme a Gayo, 3, 176, aunque en D. 46, 2, 1, pr.-1 se apunta una solución distinta, esto es, que daban lugar al nacimiento de una obligación natural. BONIFACIO, Franco, cit., pp. 108-109 resuelve la controversia entre los textos a favor del primero, por cuanto el segundo debe entenderse interpolado por los compiladores, que acogieron esta solución de conformidad con el nuevo concepto que para el Derecho justiniano tiene la obligación natural.

algún elemento nuevo, aún referido al mismo objeto, que la anterior, pues en caso contrario la segunda estipulación sería inútil en cuanto vendría a ratificar la ya existente. Este elemento nuevo puede ser de muy diversa índole: en la llamada novación entre las mismas personas o sujetos (*novatio inter easdem personas*), es decir, entre el deudor y el acreedor, este nuevo elemento tiene que ser necesariamente de tipo objetivo (el tiempo, el lugar, la ejecución de la prestación etc.), mientras que en la novación entre diversas o distintas personas (*novatio inter diversas personas*), el elemento nuevo lo es de tipo subjetivo, activo o pasivo (en nuestra novación subjetiva por cambio de deudor, éste representa precisamente el *aliquid novi*<sup>24</sup>).

Así las cosas, cumplidos los anteriores requisitos, la novación se producía de forma automática o *ipso iure*, configurándose como el resultado de un acto formal en el que es irrelevante, en este sentido, la voluntad o intención de los contratantes. De ahí que no se admitiera en el Derecho romano clásico la novación parcial ni la posibilidad de que el objeto de una obligación pudiera ser más amplio que el de la otra, merced a las imposiciones rígidas del *idem debitum*. Dicho de otra forma, el requisito central de la novación en el derecho postclásico en orden a determinar el alcance y efectos de la novación, el *animus novandi* o voluntad de las partes, es totalmente irrelevante en la época clásica<sup>25</sup>.

El problema en la época clásica está en que la nueva obligación que está llamada a sustituir a la anterior se produce por medio de la genuina forma de contratar romana, la estipulación (*stipulatio*), por la que mediante un acto oral y solemne en el que el estipulante hace una pregunta al promitente y éste responde congruentemente (la forma más antigua era “*spondes?-spondeo*”, pero en el derecho clásico se admite también “*promittis?-promitto*”, “*dabis?-dabo*” o “*facies?-facio*”<sup>26</sup>) se da lugar al nacimiento de una obligación unilateral, verbal y abstracta a cargo de este último<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> IGLESIAS, Juan, cit., p. 454.

<sup>25</sup> No obstante ello, SCHULZ, Fritz, *Derecho romano clásico* (trad. directa de la edición inglesa por José María Cruz Teijeiro, Barcelona, 1960), p. 464 nos refiere dos mitigaciones que los juristas clásicos introdujeron a la doctrina de Servio Sulpicio según la cual la antigua obligación quedaba extinguida aunque no naciera ninguna otra en su lugar. Estas mitigaciones eran dos: a) si la estipulación celebrada era una *stipulatio non existens* (por ejemplo, por no haberse observado los requisitos de forma), subsistía la *prior obligatio*, y b) en el caso de la promesa realizada por la mujer o el pupilo sin la *auctoritas tutoris*, la anterior obligación se extinguía y la nueva no era catalogada como *stipulatio non existans*, aunque fuere nula (sobre estipulaciones inválidas puede verse, de forma muy completa, GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, cit., pp. 337-341).

<sup>26</sup> D'ORS, Álvaro, *DPR*, cit., § 425, p. 477.

<sup>27</sup> Sobre los requisitos de la *stipulatio* (unilateralidad, oralidad, formalidad y unidad de acto), Véase, por el detenido tratamiento que realiza, GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, cit., pp. 325-328, y en menor medida, TORRENT, Armando, cit., pp. 403-404 y SCHULZ, Fritz, cit., pp. 453-454. En cuanto a la acción nacida de la *stipulatio*, suele denominársele genéricamente *actio ex stipulatu* (con la notable excepción de SCHULZ, Fritz, cit., p. 457, que opina que tal término es “un absurdo uso bizantino” y por ello prefiere la denominación *actio ex stipulatione*, a simples efectos didácticos). Cuando lo prometido era *certum* la acción que procedía en el procedimiento formulario suele conocerse como *condictio certae rei* (para reclamar cosas ciertas) y la *condictio certae pecuniae* (para reclamar una cantidad de dinero cierta), aunque no es segura esta

Pero esta obligación abstracta que surge es, por sí misma, insuficiente para producir la novación, ya que en su formulación no existe, en principio, referencia alguna a la obligación preexistente, por lo que la segunda estipulación daría lugar al nacimiento de otra obligación nueva, pero que mal puede extinguir a la primera. Tal dificultad la salva la doctrina mayoritaria en el momento del acto novatorio mismo, mediante lo que se denomina titulación de la estipulación novatoria. Es decir, la fórmula de esta estipulación, aunque no la conozcamos con exactitud, tenía que hacer referencia de forma necesaria a la obligación precedente, aunque otros autores entienden que esta labor ya la realiza el *idem debitum*<sup>28</sup>. En cualquier caso, y con uno u otro fundamento, la doctrina es conforme sobre que los enumerados son los elementos de la novación clásica.

Frente a esta generalizada opinión debe situarse la de Pasquale Voci, expuesta en un amplio artículo<sup>29</sup>. El problema es el mismo, esto es, encontrar el modo de dar relevancia jurídica al acuerdo novatorio a través de la *stipulatio* y solventar así la dificultad de explicar el nacimiento de una nueva obligación en sustitución de la anterior o previa. Partiendo de dos pasajes (el primero, CI. 8, 41, 8, Iust. ad Senatium, donde el emperador hace referencia a ciertas ambigüedades y problemas que plantearon algunas presunciones de novación admitidas en la época postclásica, y el segundo, Inst. 3, 29, 3a, que atribuye dos reglas al régimen clásico de la novación: Que ésta se fundaba en el *animus novandi* y que para demostrarlo se admitían presunciones<sup>30</sup>), que la doctrina atribuye al régimen justinianeo de la novación, este autor plantea que para resolver este problema no se puede acudir a lo que se denomina *stipulatio* titulada (referencia en la *stipulatio* a la obligación previa), pues ésta es ante todo abstracta. La solución está en reconocer relevancia

---

terminología. Posteriormente también era posible prometer un *incertum* a través de la *condictio incerti*, aunque tampoco hay acuerdo en la doctrina sobre el momento histórico preciso en que ello ocurrió (para TORRENT, Armando, cit., pp. 405-406, fue en la época clásica; para SCHULZ, Fritz, cit., p. 456, en la postclásica)

<sup>28</sup> BONIFACIO, Franco, cit., pp. 60-61, defiende abiertamente la titulación de la estipulación y expone algunos ejemplos de ello en las fuentes (D. 46, 2, 27; 45, 1, 47 y 46, 2, 8, 2). La mayor crítica que hace este autor a la opinión contraria (Véase pp. 58-59 y 126-127, donde cita en contrario a Bonfante y De Martino, apoyadas en el *idem debitum* y en la imposibilidad de existencia de dos obligaciones con el mismo objeto y entre los mismos sujetos) es la imposibilidad de distinguir, en otro caso, una estipulación novatoria de otra de garantía y refuerzo de la primera, e incluso de una estipulación que dé lugar a una obligación principal y solidaria con la primera. En la misma línea que Franco Bonifacio, KASER, Max, cit., p. 241, que entiende que la estipulación novatoria tiene un carácter causal porque expresa que su contenido es lo debido por causa de la obligación anterior (lo que exige la existencia de la deuda previa), aunque admite que si la estipulación es concebida abstractamente dependerá del acuerdo de las partes que la obligación anterior se extinga o subsista conjuntamente con la nueva; ELEFANTE, Agostino, voz *Novazione (diritto romano)*, en *Novissimo Digesto Italiano* 11 (1982), p. 427, para quien el *idem debitum* en el derecho clásico no es suficiente para provocar la novación porque este requisito también se da en la *sponsio* y en la estipulación correal o solidaria. Por eso, lo principal no es el *idem debitum*, sino el acto novatorio, es decir, la *transfusio* unida al acto solemne y a la formalidad.

<sup>29</sup> VOCI, Pasquale, *Per la storia della novazione*, en *Bullettino dell'istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja* 68 (1965), pp. 147-193.

<sup>30</sup> VOCI, Pasquale, cit., pp. 147-149.

al *animus novandi*, esto es, a la voluntad de novar, pero no de forma aislada, sino unido a la formalidad de la *stipulatio* y a la relación *idem debitum-aliquid novi*. Todo ello unido hace que la *stipulatio*, que por sí misma no puede explicar la novación, la explique tomada como mero indicio de voluntad y la relación *idem debitum-aliquid novi* sería un requisito arbitrario y artificioso si no se entiende como circunstancia que objetivamente provoca la sustitución de las prestaciones.

La novación se reconduce a la voluntad de novar y la voluntad de novar se induce de elementos de forma (*stipulatio*) y de sustancia (*idem debitum-aliquid novi*), todo lo cual implica una presunción de novación. Este autor explica así y atribuye los dos pasajes anteriormente citados al Derecho clásico, donde la voluntad no podía ser reconocida directamente sino a través de la estipulación. No existe pues un negocio novatorio, sino una estipulación con función novatoria y por ello se estipula o promete *novandi causa* o *animo novandi*, todo lo cual fue obra de la jurisprudencia, según dice.

b) La novación en el Derecho postclásico y justiniano. A través de los pasajes justinianos (CI. 8, 41, 8, pr e Inst. 3, 29, 3a<sup>31</sup>), en los que se recoge la reforma de que fue objeto la novación por Justiniano en agosto del año 530, conocemos los cambios sufridos por esta institución en el Derecho postclásico. Estos pasajes refieren las dudas e inseguridad (*veteris iuris ambiguitates*, se dice) que había creado el sistema postclásico de presunciones de novación, de donde claramente se deduce que el *animus novandi* o la *voluntas* es ahora la columna vertebral de la novación, en detrimento del *idem debitum*, y que en la búsqueda de esa voluntad se admitió la novación tácita y las presunciones<sup>32</sup>.

Nos parece especialmente clara y exacta en cuanto al alcance de esta evolución en la época postclásica la exposición de Antonio Masi: los juristas posteriores a Gayo dan relevancia a los fines del efecto novatorio a la voluntad de las partes no manifestada en la estipulación o de ella no deducible<sup>33</sup>. Esta supremacía de la voluntad desemboca en un nuevo concepto de novación: remisión de la antigua obligación y creación de una nueva obligación, con un trato unitario constituido por el hecho de que la primera es condición de la segunda, porque tal es el *ani-*

<sup>31</sup> CI. 8, 41, 8, pr: “*Novationum nocentia corrigentes volumina et veteris iuris ambiguitates resecantes sancimus, si quis vel aliam personam adhibuerit vel mutaverit [...] ex quo veteris iuris conditores introducebant novationes, nihil petitus priori cautela innovari, sed anteriora stare et posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint*” (Imp. Iustinianus A. ad senatum); Inst. 3, 29, 3a: “*Sed cum hoc quidem inter veteres constabat tunc fieri novationem, cum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat: per hoc autem dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri et quasdam de hoc praesumptiones alii in aliis casibus introducebant: ideo nostra processit constitutio, quae apertissime definiuit tunc solum fieri novationem, quotiens hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt, alioquin manere et pristinam obligationem et secundam ei accedere, ut maneat ex utraque causa obligatio secundum nostrae constitutionis definitiones, quas licet ex ipsius lectione apertius cognoscere*”.

<sup>32</sup> BONIFACIO, Franco, cit., pp. 175-177. Sobre las distintas posiciones doctrinales en torno al *animus novandi*, Véase FUENTESECA, Margarita, cit., pp. 128-142.

<sup>33</sup> MASI, Antonio, voz *Novazione* (dir. civ.), en *Enciclopedia del Diritto* (1978), XXVIII, p. 769.

*mus* de las partes<sup>34</sup>. Por ello, ya no tiene sentido la no admisión de la novación parcial.

El motor de este cambio ha sido, sin duda, la evolución sufrida por la propia *stipulatio*. La formalidad y la abstracción son esenciales en ella, pero también la importancia de la voluntad o el consensualismo y la causa es cada vez mayor<sup>35</sup>. La última etapa de la jurisprudencia clásica y el Derecho postclásico no convierten a la voluntad en requisito de la estipulación, pero las palabras pronunciadas son el medio para dotar de eficacia jurídica a la voluntad de las partes; la forma sirve a la voluntad. Esta evolución encuentra reconocimiento legislativo en una Ley del emperador León del año 472, según la cual se admite la eficacia de la *stipulatio* con independencia de las palabras con que haya sido concluida (*quibuscumque verbis*), siempre que esa sea la voluntad de las partes (*pro consensu contrahentium*). Justiniano, ampliando el contenido de esta Ley, termina diciendo que, según ella, quedó abolida toda solemnidad o formalidad<sup>36</sup>.

Por otro lado, la oralidad, requisito de la *stipulatio*, sufre un empuje paralelo a manos de la escritura y el documento<sup>37</sup>. Ursicino Álvarez Suárez<sup>38</sup> nos presenta así esta evolución: Era frecuente recoger por escrito, a modo de prueba, la celebración de una estipulación en un documento (*cautio stipulationis*), pero en el desarrollo del Derecho clásico, debido a la influencia del *ius gentium*, empiezan a invertirse los términos con una práctica según la cual primero se redacta el documento estipulatorio y luego se celebra la estipulación oral (D. 45, 1, 140), de forma que ambos, *stipulatio* y documento, forman una unidad<sup>39</sup>. Pero, como la *stipulatio*

<sup>34</sup> ELEFANTE, Agostino, cit., p. 431.

<sup>35</sup> Sobre esta evolución, BIONDI, Biondo, *Contratto e stipulatio* (Milano, 1953), pp. 286-291; PASTORI, Franco, *Appunti in tema di sponsio e stipulatio* (Milano, 1961), pp. 217 ss.; CASTRESANA, Amelia, *La estipulación, en Derecho romano de obligaciones, Homenaje al profesor José Luis Murga Gener* (Madrid, 1994), pp. 442-447; GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, cit., pp. 332-334, en lo que denomina evolución de la *stipulatio* sobre la causa; TORRENT, Armando, cit., p. 404; GROSSO, Giuseppe, voz *Contratto (dir. rom.)*, en *Enciclopedia del Diritto* (1961), IX, p. 757.

<sup>36</sup> C. 8, 37(38), 10: “*Omnes stipulationes, etiamsi non sollemnibus vel directis, sed quibuscumque verbis pro consensu contrahentium compositae sint, legibus cognitae suma habeant firmitatem*”; I. 3. 15, 1: “*sed haec sollemnia verba olim quidem in usu fuerunt: postea autem Leoniana constitutio lata est, quae sollemnitate verborum sublata sensum et consonantem intellectum ab utraque parte desiderat, licet quibuscumque verbis expressum est*”. Como dice BIONDI, Biondo, *Contratto*, cit., p. 289, Justiniano ha invertido los términos: “*mentre prima i verba sono manifestazione di consenso, ora il consenso si manifesta nei verba*”.

<sup>37</sup> También el requisito de la presencia de las partes (*unitas actus*) se ve afectado por esta evolución, con la admisión de presunciones sobre la presencia de las partes, sobre todo para reafirmar la validez jurídica de la estipulaciones celebradas por medio de esclavos: BIONDI, Biondo, *Contratto*, cit., pp. 289-290.

<sup>38</sup> ÁLVAREZ SUÁREZ, Ursicino, *Los orígenes de la contratación escrita*, en *Annales de la Academia Matritense del Notariado* 4, pp. 78 ss. De forma idéntica, GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, cit., p. 332, a la que llama evolución de la *stipulatio* sobre la forma.

<sup>39</sup> La influencia de la escritura procedente de la escuela postclásica oriental es decisiva, lo que se recoge en la máxima “Roma habla, Egipto escribe”, con la que se habían querido significar las diferencias entre el Derecho de la parte occidental y la oriental: Véase ÁLVAREZ SUÁREZ, Ursicino, cit., p. 75.

era lo que daba validez al negocio, llegó a incluirse su fórmula, precisamente para evitar su nulidad y a modo de cláusula de estilo, en todo tipo de negocios (a veces y absurdamente, en los propios testamentos)<sup>40</sup>. Un paso más adelante en esta evolución, en la que la *stipulatio* se convierte en un acto escrito y el documento cobra valor constitutivo, está representada por una cita de las Sentencias de Paulo (PS. 5, 7, 2), donde se asegura que se presumen *iuris et de iure* como pronunciadas las palabras de la *stipulatio*; el punto final de la evolución lo constituyen la anteriormente citada Ley del emperador León y la Constitución de Justiniano del año 521 (CI. 4, 21, 17) en la que se reconoce el valor del documento para crear obligaciones y sus requisitos.

La incidencia de esta evolución sufrida por la *stipulatio*, en consecuencia también por la *stipulatio* novatoria, quedó establecida antes en el Derecho postclásico con la preeminencia del *animus novandi*, la novación tácita y las presunciones de novación<sup>41</sup>. Este sistema de presunciones debió dar lugar a una gran inseguridad jurídica (*veteris iuris ambiguitates*, dirá Justiniano), lo que llevó a este emperador a la reforma del sistema anterior en una constitución del año 530 (CI. 8, 41, 8a, también referida por Inst. 3, 29, 3a), cuyo alcance ha sido objeto de discusión, siendo generalizada la idea de que Justiniano exige una expresa manifestación de la voluntad de novar<sup>42</sup>, aunque parece mucho más meditada y ajustada la opinión de Franco Bonifacio<sup>43</sup>, que expresa su alcance así: a) La novación no se produce por el sólo hecho de que no venga expresada una voluntad en contrario, pues lo natural en el negocio es la falta de efecto novatorio (en otras palabras, que la novación no se presume), y b) Que la novación se produce sólo si las partes tienen la voluntad de producirla, porque es esta voluntad la que da lugar a la extinción de la *prior obligatio*. Por tanto, preeminencia absoluta del *animus novandi*, pero éste no puede presumirse.

## 2. El contrato literal: “*Transcriptio a persona in personam*”

Es dudoso que el Derecho romano admitiera el cambio de deudor a través de un contrato literal, en una muy concreta aplicación del mismo. José Arias Ramos y Juan Antonio Arias Bonet<sup>44</sup> nos lo exponen de forma muy clara: Era costumbre del *paterfamilias* anotar en un libro de caja (*codex accepti et expensi*) las entradas y salidas de numerario<sup>45</sup>. Estas inscripciones no generaban obligaciones

<sup>40</sup> CASTRESANA, Amelia, cit., p. 444, expone, siguiendo a Gneist, las consecuencias de la inserción de la *stipulatio* en el documento caucional: primero, la estipulación se convierte en una simple cláusula de estilo; segundo, la trascendencia jurídica de la misma radica ahora en el uso de las palabras *dare* y *spondes* y no en la congruencia entre pregunta y respuesta; y tercero, la oralidad se reduce a la promesa verbal de lo que se ha escrito en el documento.

<sup>41</sup> BONIFACIO, Franco, cit., pp. 178 ss.

<sup>42</sup> MASI, Antonio, *Novazione*, cit., pp. 771 y 772.

<sup>43</sup> BONIFACIO, Franco, cit., pp. 182-183. En el mismo sentido, ELEFANTE, Agostino, cit., p. 431.

<sup>44</sup> ARIAS RAMOS, José y ARIAS BONET, Juan Antonio, cit., pp. 620-621.

<sup>45</sup> Esta anotación suele denominarse *transcriptio nominum* (también *expensilatio*), o más usualmente y en plural, *nomina transcripticia*, por cuanto *nomen* es un sustantivo que hace referencia al hecho de aparecer el nombre del deudor de la cantidad anotada, que parece encabezaba

(no constituían contratos literales) y únicamente tenían un valor probatorio. El verdadero contrato literal surgía cuando se verificaban dos anotaciones ficticias, de la siguiente forma: Si Ticio debía a Cayo una cantidad de dinero nacida de una obligación anterior y se quería convertir a esta obligación en abstracta y literal, se anotaba en el *acceptum* la cantidad adeudada con lo que se daba por satisfecha aquella deuda, y a continuación, se anotaba en el *expensum* la misma cantidad como entregada a Ticio, con lo que éste la debía ahora a consecuencia de un contrato literal, que se denominaba *transcriptio a re in personam*.

Pero también era posible que Cayo y Ticio estuvieran de acuerdo en que la obligación de éste quedara ahora a cargo de Sempronio (de ordinario, deudor de Ticio). En este caso, la operación será como sigue: Cayo anotará en el *acceptum* entregada por Ticio la cantidad que éste adeudaba y después, en el *expensum*, anotará esa misma cantidad como tomada por Sempronio, que queda así como el nuevo deudor a todos los efectos, lo que se conocía con el nombre de *transcriptio a persona in personam*<sup>46</sup>. La *transcriptio* era un contrato formal y literal, abstracto, unilateral y de Derecho estricto, que tenía que ir referido a una cantidad determinada y que no admitía el sometimiento a término o condición<sup>47</sup>. La acción nacida de ella está amparada por la *actio certae creditae pecuniae*<sup>48</sup>.

El problema está en la casi falta total de referencias en las fuentes acerca de esta figura, de la que sólo conocemos imprecisas referencias a través de Gayo (3, 38; 3, 128-133; 3, 134<sup>49</sup>). Aun así, la tesis de las anotaciones ficticias, la expuesta, es la más seguida en la doctrina, que se muestra vacilante entre los autores que manifiestan sus dudas y los que la admiten abiertamente en la forma antes expresada<sup>50</sup>.

la inscripción. Sin embargo, IGLESIAS, Juan, cit., pp. 395-396, y CREMADES, Ignacio, *El contrato literal*, en *Derecho romano de obligaciones* (homenaje al profesor José Luis Murga Gener, Madrid, 1994), pp. 420 ss., prefieren utilizar el término *nomen transcripticium* o *transcriptio*. En cuanto a la utilización práctica que se hizo de este *codex*, normalmente referido al *paterfamilias*, GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, cit., pp. 335-336, lo refiere como más frecuentemente utilizado por los banqueros [al respecto, BUONAMICI, Francesco, *Sulle literarum obligationes dell'atiko Diritto romano*, en *Archivio Giuridico* 16 (1876), pp. 55-59].

<sup>46</sup> Nada impide que al contrato literal se haya llegado mediante una *delegatio*: Véase SACCONI, Giuseppina, cit., pp. 135 ss., aunque no sea fácil compartir la tesis de este autor que explica la *transcriptio a persona in personam* como momento de tránsito entre la *delegatio dandi* y la *promittendi* y como el más antiguo negocio ejecutivo de esta última, por medio del cual el delegado prometía restituir la suma ficticiamente entregada (pp. 177 ss).

<sup>47</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, Juan, cit., pp. 383-385; GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, cit., p. 335.

<sup>48</sup> IGLESIAS, Juan, cit., p. 396; GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, cit., p. 336.

<sup>49</sup> Gayo, 3, 128-130 es una de las citas más significativas: “*La obligación por los documentos escritos surge, por ejemplo, con las transferencias de créditos. La transferencia de créditos se hace de dos maneras, o de cosa a persona, o de persona a persona (128). La transferencia de cosa a persona se hace, por ejemplo, cuando te acredito como pagado aquello que tú me debes por motivo de compra o de arrendamiento o de sociedad (129). La transferencia de persona a persona se hace, por ejemplo, cuando acredito como pagado por ti aquello que Ticio me debe, es decir, como si Ticio te hubiera encomendado pagarme a mí (130)*” [trad. coordinada por HERNÁNDEZ-TEJERO (Madrid, 1985), p. 263].

<sup>50</sup> Las reticencias, comprensibles por otro lado, proceden, por ejemplo, de SCHULZ, Fritz, cit., p. 465, donde dice que es posible pero no seguro que a través de este contrato se pudiera

Por contra, sí existe acuerdo sobre la escasa vigencia en el tiempo que, en todo caso, hubo de tener este supuesto contrato literal. Según Juan Iglesias afirma: “Surgida y desenvuelta en los últimos siglos de la República, la *transcriptio* es, probablemente, un residuo histórico, ajeno a la práctica, en la época clásica, por más que Gayo hable de ella como de institución vigente. En todo caso, el Derecho justinianeo no da acogida a la *obligatio litteris*, de la que queda un lejano recuerdo”, y en sentido parecido se pronuncian José Arias Ramos y Juan Antonio Arias Bonet, así como Ignacio Cremades<sup>51</sup>. Nada tiene que ver este contrato literal con la división en cuatro grupos que, de las obligaciones contractuales, nos presenta Justiniano en un intento de rescatar la división gayana: *verbis, litteris, re y consensu*. Para el Derecho justinianeo, la obligación nacida de un contrato literal es aquella que nace como consecuencia de recogerse en un documento una cantidad de dinero supuestamente entregada, que realmente no lo ha sido, pero contra la que no cabe ejercitar la *querella (exceptio) non numeratae pecuniae* porque esta acción ya ha prescrito (en la época clásica el plazo era de un año y subsistió con la *exceptio doli*, no sujeta a plazo alguno; con Diocleciano el plazo era de 5 años y con Justiniano se redujo a dos y se fundió con la *exceptio doli*<sup>52</sup>), con lo que se decía que la obligación nacía del documento o que era una obligación literal<sup>53</sup>.

### 3. El nombramiento de “cognitor” o “procurator in rem suma” como recurso procesal para lograr el cambio de deudor.

El *cognitor* o *procurator in rem suam*<sup>54</sup> es un representante nombrado por el deudor para que sea demandado judicialmente por el acreedor, de forma que sobre él recaigan la sentencia y su ejecución. De esta forma se logra como resultado práctico el cambio de la persona del deudor, al menos a efectos procesales, aunque más frecuentemente este mecanismo era utilizado para provocar, también indirectamente, un cambio en la persona del acreedor (buscando los efectos prácticos de la cesión de créditos). La parte negativa de la figura está constituida por sus propias limitaciones, aparte el peligro que supone siempre la posibilidad de revocación unilateral: Por un lado, el deudor no queda liberado y no puede

---

producir una novación, y pp. 483-484, donde definitivamente renuncia a pronunciarse, dadas las deficiencias de las fuentes, sobre la teoría que centra su admisión en el *codex accepti et expensi*: “Esta doctrina no puede ser probada por deficiencias de las fuentes, pero es muy posible que corresponda a la verdad”. También CREMADES, Ignacio, cit., pp. 419 ss., donde centra sus dudas e hipótesis ante todo en el alcance y eficacia de estas anotaciones respecto al deudor, que de alguna forma debió tener participación en ellas (en este sentido, Véase también ARIAS RAMOS, José y ARIAS BONET, Juan Antonio, cit., p. 621).

Como autores más favorables, aunque también conscientes de las dificultades que la deficiencia de las fuentes conservadas representa, a admitir esta forma de contraer obligaciones en el Derecho romano cabe citar: IGLESIAS, Juan, cit., pp. 395-396; KASER, Max, cit., p. 187; MIQUEL GONZÁLEZ, Juan, cit., pp. 383-384; GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa, *Derecho Privado romano* (Valencia, 1999), p. 425.

<sup>51</sup> IGLESIAS, Juan, cit., p. 396; ARIAS RAMOS, José y ARIAS BONET, Juan Antonio, cit., p. 622; CREMADES, Ignacio, cit., pp. 447-448.

<sup>52</sup> SCHULZ, Fritz, cit., p. 460.

<sup>53</sup> Sobre la evolución de estos medios procesales, CASTRESANA, Amelia, cit., pp. 446-447.

<sup>54</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, Juan cit., p. 430 le denomina *mandatum ad agendum*.

forzar a su *procurator* a ser parte en el proceso que el acreedor emprenda (sólo le quedaría en tal caso al deudor una acción de reembolso contra su representante)<sup>55</sup>, y por otro, el acreedor no está obligado a aceptar el juicio ni puede obligar a tomar parte en él al *procurator*<sup>56</sup>.

### III. EVOLUCIÓN DURANTE LA ÉPOCA INTERMEDIA

#### 1. *La evolución de la novación.*

a) La novación según los Glosadores. En la época Intermedia la oscuridad se cierne, en general, sobre el Derecho, y a esta realidad no es ajena la llamada novación subjetiva por cambio de deudor. La Glosa recibe, básicamente a través del título 2º del libro 46 del Digesto (*De novationibus et delegationibus*), una noción y concepto de novación que era la imperante, tras la evolución antes estudiada, en el Derecho justinianeo. Es, por tanto, una novación basada esencialmente en el *animus novandi*, y que era entendida como el *effectus iuris* de un negocio jurídico en relación a otro preexistente<sup>57</sup>. Camilo Giardina, referencia obligada en esta sede, es tajante cuando dice que los Glosadores (también los Comentaristas) no conocen el problema del *idem debitum* porque, ignorantes de la evolución histórica del Derecho romano y de las interpolaciones justinianas, los unos y los otros, interpretando literalmente los textos, no podían imaginar que, en una época precedente, requisito fundamental de la novación fuese el *idem debitum*<sup>58</sup>.

Exigen los Glosadores, de acuerdo con la reforma justiniana del año 530, que el *animus novandi* sea expreso. Sin embargo, la realidad práctica exigía admitir el efecto novatorio en frecuentes supuestos en los que la voluntad de los contratantes era producir la liberación del deudor (novación), pero no se hacía constar ello expresamente. Se admitió, precisamente para cubrir estos casos, una excepción a esta forma de interpretar la reforma justiniana: La novación tácita, pero se impone al deudor liberado la carga de la prueba. Funciona, de nuevo, el sistema de presunciones postclásicas.

Para no violentar la letra del Digesto con la admisión de la novación tácita se acudió a un pasaje del mismo (Ulp., 1 *resp.*, D. 46, 5, 10<sup>59</sup>) para fundamentar una distinción de efectos (*ipso iure y ope exceptionis*) de la novación, dependiendo de que la manifestación del *animus novandi* fuere expresa o tácita<sup>60</sup>. Es célebre, en este sentido, la triple división que hace Accursius<sup>61</sup>: i) si el *animus novandi*

<sup>55</sup> KASER, Max, cit., p. 246.

<sup>56</sup> IGLESIAS, Juan, cit., p. 461.

<sup>57</sup> GIARDINA, Camillo, cit., p. 101.

<sup>58</sup> Literalmente, GIARDINA, Camillo, cit., p. 143.

<sup>59</sup> [trad. d'Ors]: "Respondió a Valeriano: si el gobernador de la provincia, que había dispuesto se diera caución por tres años, ordenó luego que se diera caución por un plazo más largo, puesto que había querido abandonar totalmente la estipulación anterior, se considera nacida una excepción a favor de los obligados por aquella primera estipulación"

<sup>60</sup> GIARDINA, Camillo, cit., pp. 162-163.

<sup>61</sup> ACCURSIVS, *Glossa voluerit*, D. 46, 5, 10. La cita la hemos tomado de GIARDINA, Camillo, cit., nota 12, p. 163.

(la voluntad de extinguir la precedente obligación) se declara expresamente, la novación se produce *ipso iure*; ii) si no se manifiesta ni expresa ni tácitamente, no se da lugar a la novación; y iii) si se hace en forma tácita, la novación lo será *ope exceptionis*<sup>62</sup>. Debe advertirse, no obstante, que en buena medida, esta exposición de los Glosadores acerca de la expresión o no del *animus novandi* obedece al esquema de la novación objetiva<sup>63</sup>, pues respecto a la subjetiva, y más particularmente por cambio de la persona del deudor, la cuestión se desenvuelve en el binomio liberación-acumulación, teniendo en cuenta que, a estos efectos, la admisión de la novación tácita se hace sobre la base de no presumir la liberación del anterior deudor.

Concluimos este somero repaso a la evolución experimentada por los requisitos de la novación en esta época diciendo que para los Glosadores, lo mismo que para los Comentaristas y la Escuela Culta, la *stipulatio* es la forma propia de la novación.

Estudio separado merecen las figuras de la *delegatio* y la *expromissio*. La atemporalidad con la que los Glosadores se enfrentan a los textos romanos les hace cometer un error histórico respecto a la *delegatio*: Su identificación o asimilación a la novación. Para el Derecho romano, la novación es una de las posibles aplicaciones de la delegación, pero es claro que una y otra son entendidas como realidades jurídicas distintas, por más que se reunieran bajo el mismo título en el Digesto. No obstante ello, Accursius, interpretando el pasaje *in fine* en el que Ulpiano define la delegación ("*Fit delegatio vel per stipulationem vel per litis contestationem*": D. 46, 2, 11), llega a la conclusión contraria, esto es, que la delegación es uno de los modos de realizarse la novación y que en toda delegación hay una novación (*novatio fit per delegationem*), estableciendo entre ambas una relación género-especie. De aquí se derivan las máximas que sustentan este error: "*In delegatione semper inest novatio*" y "*Delegatio est solutio*"<sup>64</sup>.

Sobre la misma cuestión: ACCURSIUS, glosa *Novatio*, ad D. 46, 2, 1 (*Ulp. 46 Sap.*), en *Digestum Novum seu Pandectarum iuris civilis, ex Pandectis florentinis, commentariis Accursii, scholiis Contii et Dionysii Gothofredi lucubrationibus ad Accursium illustratus*, (Lugduni, 1627), III, columna 1122 [tomado de *Corpus Iuris Civilis Iustiniani*, (studio et opera Ioannis Fehi, reimpressio phototypica editionis 1627, III, Osnabrück, 1966)].

<sup>62</sup> GIARDINA, Camillo, cit p. 168, nos refiere otros dos casos de novación con eficacia *ope exceptionis* para la Glosa: primero, cuando la primera obligación se transfiera a la segunda y se funda con ella, y segundo, cuando expresamente se hubiere estipulado que no fuere liberado el primer deudor *ipso iure*.

<sup>63</sup> Claramente en ella se está pensando cuando GIARDINA, Camillo, cit., p. 149) nos presenta, literalmente expuesto, el pensamiento de la Glosa acerca del requisito del *aliquid novi*: si la nueva obligación es idéntica a la primera o su objeto es parte de la precedente, no se puede verificar novación, faltando el *aliquid novi*, si no aparece expreso el *animus novandi*, en cuyo caso la segunda obligación tiene eficacia novativa.

<sup>64</sup> ACCURSIUS, glosa *Delegare*, ad D. 46, 2, 11 (*Ulp. 27 ed.*), en *Digestum Novum*, III, cit., columna 1128. Refieren esta misma doctrina: GIARDINA, Camillo, cit., pp. 221-222; MAFFEI, Domenico, voz *Delegazione (dir. interm.)*, en *Enciclopedia del Diritto* (1962), XI, pp. 925-926; FUENTESECA, Margarita, cit., pp. 178 ss.; LAGUNA IBÁÑEZ, Fernando, cit., pp. 161-162.

Sobre si la delegación equivale o no a pago es interesante el artículo de BIONDI, Biondo, *Delegatio non est solutio*, en *Scritti Giuridici* (Milano, 1965), IV, pp. 419-430 [Véase también

Las consecuencias de lo anterior las expone de forma muy clara Ángel Cristóbal Montes: los casos de delegación que no producen novación (extinción de la obligación anterior), sino una acumulación de las dos obligaciones por ser esta la voluntad de los contratantes (ausencia de *animus novandi*), se establecen como casos de delegación impropia, por entenderse como delegación propia los que sí producen este efecto. Esto es un error, aunque como dice este autor, es relativamente grave puesto que se está llamando delegación (aunque *impropiamente* impropia) a lo que realmente lo es. El error más grave sucede cuando a estos mismos casos de acumulación y no de extinción de obligaciones se les denomina también como novación impropia, “resultando evidente que tal situación es imposible encajarla dentro del concepto romano de novación”<sup>65</sup>.

En cuanto a la expromisión, debe resaltarse, siguiendo a Camillo Giardina, que el Derecho de la época Intermedia, a partir de la elaboración de Accursius, empieza, aunque tímidamente, a abrirse paso la idea de una novación sin necesidad de delegación, lo que constituirá en la evolución posterior la base para acoger la palabra *expromissio* para referirse a aquella novación por cambio de la persona del deudor que se lleva a cabo por iniciativa de un tercero y sin que exista delegación por parte del anterior deudor (y aún contra la voluntad de éste), separándose así del concepto amplio y sinónimo de delegación que manejaban los juristas romanos. Este concepto más preciso y estrecho será el que con posterioridad conoceremos como expromisión en sentido técnico y el que quedará como tal plasmado en algunos de los modernos códigos civiles<sup>66</sup>. Interesa resaltar en este sentido la vinculación que se manejó frecuentemente entre expromisión y gestión de negocios ajenos<sup>67</sup>.

b) La novación según los Postglosadores o Comentaristas. Debe advertirse que, en general, los Comentaristas siguen las prescripciones, anterior-

BIONDI, Biondo, *Appunti intorno agli effetti estintivi della delegazione nel diritto romano*, en *Scritti Giuridici* (Milano, 1965), III, pp. 291-300], donde expone precisamente, al hilo del artículo 1268 del Codice, la amplitud de esta figura en el Derecho romano, que tanto puede significar la extinción (*solutio*, no por pago sino por novación) de la obligación previa (“*Delegatio est solutio*” y “*solvit et qui reum delegat*”) como su mantenimiento (“*Delegatio non est solutio*”), dependiendo de que la delegación sea novatoria (concurriendo el consentimiento del acreedor, por supuesto) o no (equivalente a la moderna distinción entre delegación de deuda y delegación de pago).

<sup>65</sup> CRISTÓBAL MONTES, Ángel, cit., pp. 734-735. Debe también tenerse en cuenta que algunos autores del Derecho Intermedio denominaban también como novación impropia (con efecto cumulativo) aquellos casos en los que el delegado no era deudor del delegante, por entender que éste era un requisito de la delegación (propia) romana, que producía así la extinción *ipso iure* de la obligación delegante-delegado y delegante-delegatario; al respecto, Véase GIARDINA, Camillo, cit., pp. 224 ss., y ANDREOLI, Marcello, *La delegazione* (Padova, 1937), pp. 65-67.

<sup>66</sup> GIARDINA, Camillo, cit., pp. 153 ss.; QUAGLIARIELLO, Gaetano, cit., pp. 30 ss., en una elaboración que alcanza hasta Donellus y que tiende a diferenciar esta figura de la delegación en atención a si la iniciativa es del deudor (delegación) o de un tercero (expromisión).

<sup>67</sup> Aunque GIARDINA, Camillo, cit., pp. 155-156, expone que existían opiniones divergentes sobre si el expromitente debería ser considerado en tal caso un gestor de negocios ajenos, criticando el hecho de que se cite a Accursius como favorable a esta posibilidad. También QUAGLIARIELLO, Gaetano, cit., p. 32, cita a los comentaristas Bartolus de Saxoferrato y a Cinus de Sighibuldis (Cino da Pistoia) favorables a reconocer al expromitente la *actio negotiorum gestorum*.

mente expuestas, que habían marcado los Glosadores. Resaltaremos aquí únicamente las novedades más sobresalientes que en algunos aspectos de la novación introducen estos últimos:

i) La novación tácita. Los Comentaristas se dividen entre los que exigen que el *animus novandi* sea manifestado expresamente y los que siguen la línea diseñada por la Glosa, más tolerante y conforme con la realidad práctica. Deben resaltarse las opiniones de Bartolus de Saxoferrato y Baldus de Ubaldis, que exigen la manifestación expresa de la intención de novar como requisito esencial de la novación, pero admiten la novación tácita con efecto *ope exceptionis* en los casos en que con anterioridad a Justiniano se presumía (por ejemplo, cuando se hubiere estipulado que no fuere liberado el primer deudor *ipso iure*)<sup>68</sup>.

También resulta interesante resaltar que Paolus de Castro da un paso más en el reconocimiento de eficacia *ipso iure* a la novación. En concreto y nuevamente sobre la base de D. 46, 5, 10, en su opinión, solamente la novación necesaria (se refiere a la derivada del efecto consuntivo de la *litis-contestatio*) produce efecto *ope exceptionis*, mientras que la novación convencional, sea expresa o tácita, produce efecto *ipso iure*. No obstante, su opinión debe ser matizada por cuanto, respecto a la novación tácita deducible mediante presunciones, este autor mantenía (también Juan de Imola) que tales presunciones tenían que fundarse en conjeturas “verosímiles y vehementes”<sup>69</sup>.

De entre estas presunciones de novación, la más relevante para nosotros, desde Bartolus de Saxoferrato y seguida por los Comentaristas, aunque con destacadas excepciones, es aquella que consiste en la intervención de una nueva persona en la segunda obligación<sup>70</sup>.

ii) La admisión de la novación mediante pactos o acuerdos (*pacta*). Con carácter previo debe tenerse presente la evolución, desde la formalidad a la consensualidad, desde la abstracción a la causalidad y desde la oralidad a la escritura, que había sufrido la *stipulatio* en las últimas etapas del Derecho romano. Por tanto, este es el concepto de *stipulatio* que había aparecido ante los Glosadores<sup>71</sup>.

No obstante, no es menos cierto que la Glosa también se tuvo que enfrentar a la posible eficacia de los simples pactos o promesas (en contraposición a los contratos, nominados o innominados, como figuras típicas que cuentan con la tutela de las acciones), lógica consecuencia de la evolución estipulatoria. El problema, en general, debe situarse como un antagonismo entre lo que parece extraerse de las normas y principios romanos (“*nudum pactum non parit obligationem*”, esto es, que no dan lugar a acción, aunque sí a excepción: D. 2, 14, 4<sup>72</sup>) y las exigencias de la práctica, sobre todo mercantil, que necesitaba dotar de eficacia jurídica a tales

<sup>68</sup> GIARDINA, Camillo, cit., pp. 165-168.

<sup>69</sup> GIARDINA, Camillo, cit., pp. 169-170.

<sup>70</sup> GIARDINA, Camillo, cit., pp. 173-179.

<sup>71</sup> GIARDINA, Camillo, cit., pp. 190-193; BUSSI, Emilio, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel Diritto comune* (Padova, 1937), pp. 247-251.

<sup>72</sup> [trad. d’Ors]: “Asimismo, puesto que las convenciones valen incluso tácitamente, se estima que en las viviendas urbanas arrendadas los muebles y semovientes introducidos en ellas quedan en prenda para el arrendador, aunque nada expresamente se hubiere convenido [...]”.

acuerdos o pactos<sup>73</sup>. El camino previo que ya habían iniciado en este sentido los Glosadores discurre por dos vías: i) la distinción entre pactos vestidos, que sí dan lugar a acción y se equiparan a los contratos, y los pactos desnudos (*nuda pacta*), que siguen los principios de las fuentes romanas<sup>74</sup>; ii) la constante reducción de lo que debe entenderse por pactos desnudos.

Así las cosas, Bartolus de Saxoferrato admite la novación por pacto, pero siempre que el *animus novandi* se manifestara en este caso expresamente (en realidad, tal expresión conllevaba la “vestimenta” del pacto). Esta opinión es seguida por los Comentaristas, que comparten la novación mediante pactos vestidos, aunque se muestran en desacuerdo en cuanto a la novación mediante *constitutum* (en general se mantiene que no hay novación por introducirse una nueva persona *in constituto*, salvo que el *animus novandi* sea expreso)<sup>75</sup>.

c) La novación según la Escuela Culta. En la llamada Escuela Culta, o simplemente Humanistas, debe resaltarse la opinión de su figura más destacada, Cujacius, acerca de la novación. La opinión de éste supone una vuelta a la novación romana, a veces justinianea, a veces clásica, pero en todo caso desechando la evolución que esta figura había experimentado en manos de Glosadores y Comentaristas. Así, para Cujacius, los requisitos de *idem debitum* (en contra, Donellus, más apegado a doctrinas anteriores) y *aliquid novi* son esenciales a la novación, no se admite la novación tácita y la *stipulatio* es defendida como la forma exclusiva de la novación, no admitiéndose tal eficacia ni al *constitutum* ni a los pactos (también Donellus)<sup>76</sup>. Otros Humanistas difieren, no obstante, de esta opinión en algunos puntos<sup>77</sup>.

---

<sup>73</sup> Sobre la práctica mercantil y la admisión de la eficacia de los simples pactos o pactos desnudos entre los comerciantes. Véase BUSSI, Emilio, cit., pp. 235-237. También debe resaltarse la influencia procedente del Derecho canónico, que dotaba de eficacia jurídica (otorgando acción) a los pactos desnudos mediante la admisión del reconocimiento o confesión extrajudicial de una deuda (*confessio extrajudicialis*), siempre y cuando se mencionara su causa: Véase BUSSI, Emilio, cit., pp. 260 ss.; AGUILAR ROS, Paloma y HERRERA BRAVO, Ramón, *Derecho romano y Derecho canónico. Elementos formativos de las instituciones jurídicas europeas* (Granada, 1994), pp. 48-50. En contra de la efectividad real de esta pretendida influencia se sitúa ASTUTI, Guido, voz *Contratto (dir. interm.)*, en *Enciclopedia del Diritto* (1961), IX, pp. 764-765, más partidario de afirmar una influencia de la práctica, y concretamente, de la escritura.

<sup>74</sup> Generalmente se atribuye a Azo esta distinción: MELILLO, Generoso, voz *Patti (storia)*, en *Enciclopedia del Diritto* (1982), XXXII, p. 494 y ASTUTI, Guido, cit., pp. 770-771.

<sup>75</sup> GIARDINA, Camillo, cit., pp. 184-187, y p. 179 sobre la no presunción de novación en el caso de intervención de una nueva persona.

<sup>76</sup> CUJACIUS, ad I. 29 (*Quod modis obligatio tollitur*), en J. Cujacii J. C. notae et scholia in lib. I., *Institutionum D. Justiniani PP. A. in procemium*, en *Opera* (Prati, 1859), II, parte segunda, columnas 271-274 y notas 8-15; CUJACIUS, ad D. 46,2 (*De novationibus et delegationibus*), en *Paratitla in libros quinquaginta Digestorum seu Pandectarum Imperatoris Justiniani*, en *Opera*, II, cit., parte tercera, columna 507.

La opinión de Cujacius también es recogida en diversos sitios por GIARDINA, Camillo, cit., pp. 148, 152, 180 y 183.

<sup>77</sup> Así, GIARDINA, Camillo, cit., pp. 180-181 cita a Antoine Favre, Arnold Vinnius y Johannes Voet como partidarios de la novación tácita siempre que esté fundada en presunciones de voluntad serias y precisas. Véase Voet, Johannes, *Commento alle Pandette* (Venezia, 1852), V, pp. 804-805.

La Escuela Culta, con los dos autores anteriores a la cabeza, consume totalmente la asimilación entre delegación y novación hasta tal punto que la delegación es considerada un acto preparatorio de la novación y no se concibe otra utilidad de ella que no esté indisolublemente unida a la intención o voluntad de novar (así, cambiando la persona del deudor).

## 2. *El cambio de deudor en el Derecho germánico.*

Asegura Hans Planitz que originariamente el Derecho germánico permitía que un no deudor pudiera asumir una deuda ajena mediante una promesa solemne, aunque debido al entendimiento personal e intransmisible de las deudas, tal hecho daba lugar al nacimiento de otra deuda nueva y a la extinción de la anterior. Sin embargo –continúa diciendo este autor– la temprana Edad Media introdujo un importante cambio consistente en la admisión de que la promesa del tercero pudiera hacer nacer a favor del acreedor un derecho con idéntico contenido al anterior, siempre que éste lo aceptara, pues hasta entonces tal promesa sólo tendría efectos entre ambos deudores. La aceptación del acreedor podía ir seguida o no de la liberación del antiguo deudor. También según Planitz, esta asunción de deuda así configurada se mantuvo incluso tras la Recepción del Derecho romano<sup>78</sup>.

Junto a la anterior, también debe significarse la aparición en los países germánicos (también en los Países Bajos) de una figura, que se conoce como *assignatio* o “Anweisung”, y que suele traducirse por indicación de pago por ser este su efecto característico: El asignante emite una declaración de voluntad por escrito por la que autoriza al asignado para realizar el pago al asignatario, y a éste para recibirlo en nombre propio, aunque no nace vinculación alguna por ello entre asignatario y asignado ni queda liberado el asignante. Tras la Recepción del Derecho romano, y en atención a los efectos que produce, quedará asimilada a la delegación de pago o delegación imperfecta y se hará célebre la máxima que resume sus efectos (“Anweisung ist keine Zahlung”: “la indicación no es pago”), frente a la que pretende significar los efectos de la delegación propia o novatoria (“*delegatio est solutio*”)<sup>79</sup>.

<sup>78</sup> PLANITZ, Hans, *Principios de Derecho Privado germánico* (trad. directa de la tercera edición alemana por Carlos Melón Infante, 1957), pp. 229-230.

<sup>79</sup> GARCÍA AMIGO, cit., pp. 112-113; BIONDI, Biondo, *Delegatio*, cit., pp. 420-421; DE DIEGO, Felipe Clemente, cit., pp. 224-225, que la presenta como uno de los expedientes ideados por la práctica para favorecer el traspaso de las deudas; LAGUNA IBÁÑEZ, Fernando, cit., p. 164; GARCÍA VALDECASAS, Guillermo, *La sucesión en las deudas a título singular*, en *Estudios de Derecho civil en Homenaje del profesor Castán Tobeñas* (Pamplona, 1969), p. 212; STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, José Gabriel, *Construcción jurídica de la asunción de deuda en el Derecho español*, en *La Ley* 4 (1987), p. 1106; Muy ampliamente, DONATI, Alberto, *Causalità ed astrattezza nella delegazione* (Padova, 1975), p. 42 ss.; ANDREOLI, Marcello, cit., pp. 39-41, 76-84 y 341-354 y BIGIARI, Walter, *La delegazione* (Padova, 1940), pp. 51 ss.

Se presenta a la *Anweisung* o *assignatio* como un medio nacido de la práctica, sobre todo en los países germánicos, para escapar del error del Derecho Intermedio que suponía la identificación entre delegación y novación (*delegatio est solutio* y *solvit et qui reum delegat*) y que quedaba identificada con la delegación de pago. Sin embargo y siguiendo algunas apreciaciones de SALPIUS,

### 3. *La influencia de la práctica.*

La búsqueda de soluciones prácticas alternativas al escaso margen de maniobra que dejaba la novación romana había sido una constante durante la Edad Media, e incluso en el propio Derecho romano. A esta idea respondía el expediente procesal romano de la *procuratio in rem suam*, que sirvió después de fundamento a la idea de que, en algunos supuestos de transmisión de bienes<sup>80</sup>, debía entenderse producida una cesión de acciones a favor del acreedor para cobrar del adquirente las deudas del transmitente (*cessio actionis pasivae*<sup>81</sup>), pero también deben recordarse en la misma línea la *delegatio imperfecta* y la figura conocida en el Derecho germánico como *Assignatio* o *Anweisung*.

Junto a ellas, la práctica del Derecho Intermedio ideó otros diversos procedimientos con objeto de producir la consecuencia jurídica consistente en que un tercero se hiciera cargo de una deuda ajena; en general, sin producir la liberación del deudor.

Sobresale entre todos, la figura desarrollada en Italia y denominada *accollatio* (o *accollatio simple*), que parece surgió vinculada a la enajenación de un fundo gravado con una carga (en general, un censo). Mediante ésta, el comprador, llamado *accollans*, asumía la obligación de pagar el importe de la deuda o carga en lugar del precio o de parte del mismo. Fue reconocida esta figura por la Sacra Rota romana, que la definió así en varias Decisiones: “*Accollatio est subrogatio in locum debitoris cum iisdem commodis et incommodis. Et est obligationis alienae in se ipsum susceptio*”<sup>82</sup>, y aunque no producía la liberación del deudor principal (esto es, se consideraba que no producía delegación y que la acción del acreedor contra el *accollans* no perjudicaba su acción contra éste), sin embargo se estableció que el acreedor sólo podía reclamar al deudor principal cuando el *accollans*, que era reputado deudor principal, no le satisfacía la deuda<sup>83</sup>. Manuel García Amigo

Botho von, [*Novation und Delegation nach römischen Rechts* (Berlín, 1864)], el último de los autores citados llega a entender que la “Anweisung” constituye un concepto de mayor alcance, que admite tanto una orden o delegación de pago (“Zahlungsanweisung” de los §§ 783 ss. BGB) como una orden de crédito o delegación de deuda (“Creditanweisung”).

<sup>80</sup> Véase ley 10, tít. 2 de la Partida III.

<sup>81</sup> OLEA, *Tractatus de cessione jurium et actionum* (Lugduni, 1740), III, tit. III, quaes. IX, pp. 149 ss., enumera algunos posibles supuestos de cesión de acciones unidos a la transmisión de ciertos bienes o conjuntos de bienes: la transmisión de un predio gravado con una pensión o un censo (respecto a la cesión contra el adquirente de las acciones para exigir el cumplimiento de esta carga), la donación o el usufructo de todos los bienes (respecto a las acciones de los acreedores del donante o del nudo propietario frente al donatario o al usufructuario) o la venta de herencia (respecto a las acciones de los acreedores hereditarios frente al comprador). En general, exige este autor que se produzca una cesión de acciones con ocasión de la transmisión del bien o conjunto de bienes: COVIELLO, Nicola, *Della successione nei debiti a titolo particolare*, en *Archivio Giuridico* 57 (1896), pp. 125-127; DE DIEGO, Felipe Clemente, cit., pp. 229-232.

<sup>82</sup> *Voz accollatio*, en *Sacrae Rotae Romanae. Decisiones recentiores in compendium redactae in quinque tomos* (1730), I, p. 12.

<sup>83</sup> Sobre la *accollatio*, según la Rota Romana, Véase, en una obra de dos volúmenes: DE LUCA, *Sacrae Rotae Romanae, decisiones et summorum pontificum constitutiones recentissimae, theatrum veritatis et justitiae* (Venetiis, 1707), I, libro V (de *usuris, cambiis, censibus et societatibus officiorum*), decis. XXIX, nn. 9-10, pp. 191-192; decis. XXX, nn. 10-11, pp. 192-193; decis.

también refiere, esta vez respecto a Francia, la existencia, entre los francos, de otra figura muy cercana a la *accollatio* y germen de la *stipulation pour autrui*, que consistía en un convenio entre los deudores a favor del acreedor, que una vez aceptado por éste, le da derecho a exigir el pago al nuevo deudor o sujeto que asume la deuda, sin por ello producir la liberación del primero<sup>84</sup>.

#### IV. EL DERECHO CASTELLANO

España se caracteriza, en la época anterior a la Recepción, por la escasa referencia que los textos normativos (Derecho de los Fueros) hacen de las obligaciones contractuales. La más interesante que tenemos en esta época nos la brinda el Fuero de Soria en su fragmento 434, que dice: “*Otrost el debdor diere a otro su debdor por mano quel pague quel debdo e el otro lo recibiere, non sea tenuto de responder le mas por este debdo, maguer que el otro non gelo pague*”. Compartimos la opinión de Manuel García Amigo, de quien hemos tomado el fragmento<sup>85</sup>, de que se trata de un supuesto de delegación de deuda liberatoria por cuanto señala el texto que “*non sea tenuto de responder le mas por este debdo*”. Sin embargo, no podemos estar de acuerdo con su apreciación de que se trata de un “rancio precedente” de “asunción de deudas de la más moderna técnica”, como lo califica el autor, basándose en la literalidad del texto (“*por mano que pague a quel debdo*”), pues no creemos que un simple argumento literal, extraído de un texto tan antiguo y tan falto de una adecuada técnica jurídica, nos pueda llevar a creer que sus redactores estaban pensando en una asunción de deuda en su sentido más técnico y como un negocio jurídico mediante el cual un tercero se “coloca”, en la relación obligatoria, en la misma situación en la que lo estaba hasta ahora el deudor, con consentimiento del acreedor por supuesto, y sin que ello suponga la extinción de esa relación jurídica y el nacimiento de otra nueva en su lugar. No hay que olvidar que la redacción de este fuero ha sido fechada por los historiadores entre los años 1190 y 1214, fechas que coinciden con el influjo del Derecho romano, y por tanto, de la novación.

Mayor detenimiento merece, en relación a nuestra materia, el código de las *Partidas* del rey D. Alfonso X el Sabio, y concretamente su partida 5ª relativa a las obligaciones, aunque existan dudas sobre la efectividad de su aplicación<sup>86</sup>.

XXXI, n.º 7, p. 194; libro VI (*de dote, lucris dotalibus et aliis dotis appenditiis*), decis. XVII, N.º 26, p. 243; II, libro X (*de fideicommissis, primogenituris et majoratibus*), decis. XCVII, n.º 18, p. 171. También, el mismo autor y en una obra de quince volúmenes: *Theatrum veritatis et iustitiae, sive decisivi discursus per materias seu titulos* [...] (Venetiis, 1706), IV, libro VIII (*de credito et debito, creditore et debitore*), disc. LV, nn. 9 y 14, pp. 105-106.

Sobre esta cuestión también puede verse: COVIELLO, Nicola, cit., pp. 121-124; DE DIEGO, Felipe Clemente, cit., pp. 228-229; Díez-PICAZO, Luis, cit., p. 851; GARCÍA AMIGO, Manuel, cit., pp. 113-114; BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones* (trad. y notas al español por José Luis de los Mozos, Madrid, 1970), II, pp. 303-304.

<sup>84</sup> GARCÍA AMIGO, Manuel, cit., p. 115.

<sup>85</sup> GARCÍA AMIGO, Manuel, cit., pp. 218-219.

<sup>86</sup> Hay que señalar que aunque de fecha bastante anterior, este código de leyes no se inserta oficialmente entre las fuentes del Derecho (y cuando lo hace lo es como fuente subsidiaria de segundo grado) hasta el Ordenamiento de Alcalá de 1348, cuyo título 28º, ley primera lleva

Aparte de la importancia que puedan tener la subrogación por pago (título 12º, ley 11) y la asignación de pago (título 14º: “[...]. *E aun dezimos, que se podria renouar en otra manera: el pleyto que fuesse fecho primeramente: assi como si el debdor que deuiesse alguna cosa a otro, renouasse el pleyto otra vez, dando otro debdor, o manero en su logar, a aquel a quien deuiesse la debda, a plazer del, diziendo abiertamente el debdor, que lo fazia con voluntad, que el primero fuesse desatado. E este debdor, o manero, que metieren en su logar de nueuo, que fincasse obligado por la debda, e el otro quito. Ca estonce valdria el segundo pleyto, e seria desatado el primero. E maguer este segundo que renouo el pleyto, sobre si viniessa a pobreza: de guisa que no ouesse de que pagar la debda, con todo eso, el que la deuia auer, no ha demanda ninguna, en esta razon, contra el primero debdor. Mas si las palabras sobredichas, no dixesse el debdor, quado renouasse el pleyto segudo: mas simplemete dixesse, que daua por debdor, o por manero, de aquella debda, a fulan, estonce por este renouamiento del pleyto, no se desataria el primero: ante dezimos que se afirmaria, e fincaria obligados por la debda, tabie el uno como el otro, como quier que pagado el uno dellos seria quitos de la obligacio principal*”<sup>87</sup>). Es la primera vez que en nuestras fuentes históricas se trata la institución romana de la novación (subjativa por cambio del deudor) con cierto detenimiento. Del texto transcrito creemos poder extraer los siguientes puntos de interés:

i) Sólo se hace referencia expresamente a una de las modalidades de cambio de deudor por novación, la delegación de deuda, aunque la figura de la expromisión se adivina implícitamente en la ley 3ª del título 11º y en la ley 19 del título 14º<sup>88</sup>.

---

por encabezamiento: “*Como todos los pleytos se deben librar primeramente por las Leys deste Libro; et lo que por ellas non se pudiere librar, que se libre por los Fueros; et lo que por los Fueros non se pudiere librar, que se libre por las Partidas*”.

<sup>87</sup> *Las Siete Partidas* (glosadas por el Licenciado Gregorio López, edición facsimilar de la de Salamanca de 1555, Madrid, 1974), p. 102.

Aunque las referencias a esta regulación son, en general, muy breves y frecuentemente aparecen como antecedente del entonces Proyecto de Código civil de 1851, Véase JORDAN DE ASSO, Ignacio y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, Miguel, *Instituciones de Derecho civil de Castilla* (Madrid, 1792), p. 176; GARCÍA GOYENA, Florencio y AGUIRRE, Joaquín, *Febrero Novísimo* (Madrid, 1842), V, pp. 28-30; GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro, *De la novación del contrato*, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia* (1858), XII, pp. 646-649; DEL VISO, Salvador, *Lecciones elementales de Historia y Derecho civil, mercantil y penal de España* (Valencia, 1860), Parte segunda, Tratado tercero, pp. 161-166; GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBÁN, Juan Manuel, *Elementos de Derecho civil y penal de España* (Madrid, 1865), II, pp. 199-200; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español* (Madrid, 1869), V, pp. 159 y ss.; SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO, José, *El Derecho civil español en forma de Código* (Madrid, 1871), pp. 282-284; FERNÁNDEZ ELÍAS, Clemente, *Novísimo tratado histórico filosófico del Derecho civil español* (Madrid, 1873), pp. 584-585; DOMINGO DE MORATÓ, Domingo Ramón, *El Derecho Civil español con las correspondencias del romano* (Valladolid, 1877), II, pp. 495-496.

<sup>88</sup> La ley 3 del título 11º afirma: “*Queriendo un ome a otro obligarse por pagarle debda agena, embiandol prometer, o dezir por su carta firmada, o por su mensajero cierto, que el se obligaua a pagar le la debda, que le deuia fulano [...]*”, mientras que la ley 19 del título 14º recoge, entre otros, el caso en el que una persona se hace cargo de una deuda de quien erróneamente cree su deudor. En este caso, quien asumió la deuda y liberó al anterior deudor queda obligado frente al acreedor, pero dispone de una acción de reembolso frente a quien creyó su deudor para recuperar lo pagado y éste no puede excusarse de reembolsar diciendo “*que n le mado entrar manero, nin pagador de aqll debda*”.

La delegación es descrita como un ofrecimiento del nuevo deudor (después de haber aceptado la invitación o mandato del antiguo) al acreedor (que acepta) para quedar obligado frente a él, liberando con ello al anterior deudor (delegación liberatoria) o acumulándose ambos (delegación cumulativa).

ii) Para que la forma liberatoria acaezca es necesario que así lo diga expresamente el deudor. Esto se afirma en el texto tanto positiva (“*diziendo abiertamente el debdor, que lo fazia con voluntad que el primero fuesse desatado*”) como negativamente (“*mas si las palabras sobredichas, no dixesse el debdor, quado renouasse el pleyto segudo [...]*”).

iii) La liberación del deudor lleva consigo la extinción de la obligación primitiva y dará lugar al nacimiento de otra obligación *ex novo* que unirá a acreedor y nuevo deudor. Este es el efecto propio de la novación. No hay duda de que ello es así si nos fijamos en el texto: “*Ca estonce vadria el segundo pleyto, e seria desatado el primero*”. Las palabras espaciadas no se refieren a la liberación o no de los sujetos, cuestión que es tratada inmediatamente antes, sino a la relación jurídica, a la obligación. Además la mención expresa a *pleyto* no deja lugar a ninguna duda.

iv) Cuando no se produzca la liberación del deudor, se dará lugar a una suerte de acumulación de deudores de forma que el acreedor se podrá dirigir contra cualquiera de ellos indistintamente para el cobro del total de la deuda. El pago de cualquiera de ellos extingue la obligación para ambos.

En esta Ley no se prevé la aplicación, cuando proceda, de ningún mecanismo de nivelación entre ambos deudores cuando sólo uno de ellos ha pagado el total de la deuda o uno lo ha hecho en cuantía superior al otro. Pero, sin embargo, creemos que implícitamente se está pensando en ello cuando se dice: “[...] *como quier que pagado el uno dellos seria quitos de la obligacion principal*”. Parece estar diciéndose que aunque quedarían *quitos* de la obligación principal (en relación con el acreedor) eso no significa que también queden *quitos* respecto a las relaciones internas entre ambos, que deben regirse por los acuerdos o contratos a que se hayan comprometido atendiendo básicamente a cuál fue la causa por la que se obligó a pagar el nuevo deudor y a si efectivamente pagó<sup>89</sup>.

v) En todo caso de delegación de deuda es necesario el consentimiento del acreedor (*a plazer del*), que no parece que pueda presumirse nunca sino que debe aparecer indudablemente.

vi) Respecto al régimen jurídico de la figura, hay que resaltar una referencia a la irresponsabilidad del deudor antiguo liberado por la insolvencia (*vimiese a pobreza*)

---

<sup>89</sup> No creemos que sea gratuita la insistencia con que se refiere el texto a la “*obligacion principal*” (no hay que olvidar que también se menciona al principio). Muy al contrario, creemos que con ello se quieren despejar las mismas dudas que en Derecho romano, para dejar claro que sólo se produce la novación (extinción de la obligación, por tanto) cuando lo que se modifica es la obligación principal, bien en cuanto a su objeto, bien en lo que atañe a los sujetos, pero no hay lugar a esta institución cuando, por ejemplo, se añade un accesorio a la misma como puede ser una relación jurídica de fianza. Es el requisito del *idem debitum* en el Derecho romano clásico.

del nuevo<sup>90</sup> y la extinción de las obligaciones accesorias de la deuda extinguida; esto último, no recogido en el texto de la ley 15, pero a ella aplicable conforme a lo establecido genéricamente en el proemio del título 14<sup>o</sup> (“*Pagas e quitamientos son dos cosas que por cada una dellas se desatan las promissiones, e los pleytos, e las posturas: e los obligamientos de las fiaduras, e de los peños [...]*”).

## V. LA EVOLUCIÓN POSTERIOR HASTA LA CODIFICACIÓN

La evolución posterior del fenómeno del cambio de deudor está marcada por dos grandes líneas de influencia.

Por un lado está la tradición romana de la *novatio* y la *delegatio*, recogida por la Escuela del Derecho Natural racionalista en los siglos XVII y XVIII, como más conforme con el *ius naturae et gentium* los textos latinos que recogen el *ius civile* (en cuanto aquellas figuras emanan de la voluntad y, por tanto, de la razón): así Samuel Pufendorf o Jean Domat<sup>91</sup>, quienes encontrarán continuidad en Robert Joseph Pothier<sup>92</sup>. Sus exposiciones constituirán la base de los artículos 1271 a 1281 del *Code* francés y también del *Codice* italiano de 1865 (artículos 1267-1278).

En el lado opuesto se sitúa la doctrina germana y las soluciones de la pandectística alemana a partir de mediados del siglo XIX, que somete a una fuerte crítica y revisión el dogma de la intransmisibilidad pasiva de las obligaciones. Ante todo, fue Delbrück quien abordó más profundamente el estudio de este fenómeno y acuñó el término “*Übernahme*” o “*Schuldübernahme*”, a partir del cual se construyó la teoría de la “*Singularsuccession in Schulden*”<sup>93</sup>. La obra de este autor constituyó un intento de conciliar los principios romanos con la tradición

<sup>90</sup> En sentido parecido, la ley 16, título 20<sup>o</sup> (*De las deudas y de las pagas*) del libro III del Fuero Real: “*Si aquel que es tenuto de pagar algun deudo a otro, diere bestia, a otra cosa de quel otro sea pagado, vala la tal paga, e mas no gela pueda demandar. Otrosi, si él diere a otro su deudor por mañero quel pague aquel deudo, y el otro rescibiere del, no sea tenuto de responderle mas por este deudo, maguer que el otro no gelo pague*”.

<sup>91</sup> PUFENDORF, Samuel, *De Iure naturae et gentium* (Amstelodami, 1688), libro V, cap. 11<sup>o</sup>: *Quibus modis solvantur obligationes quae ex pactis oriuntur*, nn. 13 y 15, pp. 539-540 [en *The classics of International Law* (edited by James Brown Scott, I, London, 1934)]. En las páginas citadas se advierte ya claramente que no es preciso el consentimiento del deudor para llevar a cabo la novación, aunque —señala— es imprescindible el del acreedor, puesto que a éste no le es indiferente la persona de su deudor. DOMAT, Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, lib. IV, tít. 4<sup>o</sup> [en *Oeuvres complètes de [...]* (ed. J. Remy, Paris, Alex Gobelet Libraire, 1835), II, pp. 256-257], donde se aprecia ya claramente la distinción técnica entre *novatio*, *delegatio* y *expromissio*: “*Il s’ensuit de ces remarques de la nature dfe la novation etd e celle de la délégation, que toute délégation renferme une novation, puisque au lieu d’une première obligation on en substitue une nouvelle. Mais toute novation ne renferme pas une délégation, puisque le debiteur peut innover sa première obliogation para une nouvelle ou il s’oblige Seúl, sans autre nouveau débiteur*”. Ibidem, lib. IV, tít. 4<sup>o</sup>, sec. 1<sup>a</sup>, núm. 2 (p. 257): “*Il y a cette différence entre la novation et la délégation, qu’au lieu qu’un tires peut innover la dette du débiteur, sans qu’il y consente*”.

<sup>92</sup> POTHIER, Robert Joseph, *Traité des obligations* (edic. por Bernardi, Paris, 1805), II, nn. 546 ss., pp. 60 ss.

<sup>93</sup> DELBRÜCK, Ernst Luther Berthold, *Die Uebernahme fremder Schulden nach gemeinem und preussischen Rechte* (Berlín, 1853), aunque esta obra no la hemos podido consultar directamente.

germánica y las necesidades de la práctica y la construyó sobre la distinción entre la obligación, entendida como un vínculo entre personas y como tal intransmisible (clara influencia romana), y los elementos activo (crédito, “Forderung”) y pasivo (deuda, “Schuld”), que como cualquier otra cosa o bien serían susceptibles de enajenación; en el caso de la deuda, por la sola voluntad de los deudores sucesivos y sin la intervención del acreedor.

Felipe Clemente De Diego, a quien seguimos en esta exposición, muestra con toda claridad las contradicciones de semejante teoría: “Queriendo conciliar la intransmisibilidad de la obligación con la transmisibilidad de la deuda, cosas perfectamente inconciliables, partía de la sutilísima, artificiosa y arbitraria distinción entre la obligación y la deuda”, para añadir más adelante: “La contradicción subsiste cuando afirma que la aceptación de deuda de otro produce sucesión en la deuda pero no afecta a la obligación misma, y esto es tan imposible de concebir como aquella distinción de que queda hecho mérito “Singularsuccession in Schulden”, que se presentó como una originalidad germánica frente a la novación y la tradición romana, vino de la mano de Bernhard Windscheid<sup>94</sup> y se materializó en gran medida posteriormente en los §§ 414 ss. BGB y ha sido el espejo de referencia para los comentarios al ABGB y de los artículos 175-183 OR suizo de 1911, así como de códigos más recientes como los artículos 595-600 del nuevo portugués de 1966. Estas regulaciones distan, no obstante, de la doctrina pandectística más exaltada que llevó a sus últimas consecuencias esta teoría; así, al extremo de entender, tomando como referencia el lado activo de la relación obligatoria, que era posible un cambio en el lado pasivo mediante un acuerdo directo entre el asumente y el deudor sin contar con el consentimiento del acreedor, o a defender el mantenimiento absoluto de las obligaciones accesorias cuando tal cambio se producía<sup>95</sup>.

[Recibido el 22 de noviembre de 2005 y aprobado el 3 de julio de 2006].

---

<sup>94</sup> Dos títulos deben resaltarse de WINDSCHEID, Bernhard: *Die Singularsuccession in Obligationen und Zur Erinnerung an Berthold Delbrück* en *Kritische Übersicht der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1853), I, pp. 27-46 y (1868), X, pp. 287-295, respectivamente [texto y referencia tomados de Bernhard Windscheid, *Kleine Schriften, Reden und Rezensionen*, Teil I (1838-1858) y Teil II (1859-1892) (Leipzig, 1984), pp. 307-326 y 157-165, respectivamente].

<sup>95</sup> Las exposiciones más amplias y completas sobre la pandectística alemana se encuentran en DE DIEGO, Felipe Clemente, cit., pp. 235-255, y en ADAME MARTÍNEZ, Miguel Ángel, cit., pp. 55 ss. También Díez-PICAZO, Luis, cit., p. 853.

