

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

SECCION DE DERECHO ROMANO

E HISTORIA DEL DERECHO

**Estudio Histórico - Comparativo
de la Novación**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

GUSTAVO ORTIZ TORRES

México, D. F.

1967



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A mis Padres

**Sr. GUSTAVO ORTIZ OJEDA
Sra. CLOTILDE TORRES DE ORTIZ.**

Con profunda admiración y respeto.

A mis hermanas:

ROSA ELENA

ALICIA

A LA MEMORIA DE MI TIO

SR. LIC. RICARDO ZAVALA ZAVALA
quien fué mi guía durante mis estudios
profesionales.

MI AGRADECIMIENTO AL SR. DR.
GUILLERMO FLORIS MARGADANT.
A QUIEN DEBO LA DIRECCION -
GENERAL DE ESTE TRABAJO.

CAPITULADO

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO:

La Definición de Ulpiano y los Requisitos de la Novación en tiempos clásicos.

CAPITULO SEGUNDO:

La Forma de la Novación y Restricciones a la Facultad de Novar.

CAPITULO TERCERO:

La Regla de que la Novatio debe ir de menor a mayor.

CAPITULO CUARTO:

La Novación de Obligaciones Inválidas y Naturales.

CAPITULO QUINTO:

Animus Novandi.

CAPITULO SEXTO:

La Novatio y los Derechos Accesorios.

CAPITULO SEPTIMO:

Novación en Relación con Obligaciones Bajo Condición o Término.

CAPITULO OCTAVO:

Novatio Purgat Moram.

CAPITULO NOVENO:

Novación y Delegación.

CAPITULO DECIMO:

Novación y Alternatividad o Solidaridad.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

Concepto, nombre y varias de las reglas básicas del funcionamiento de la novación se deben al derecho romano, donde esta figura jurídica se encontraba clasificada dentro de los modos de extinción de las obligaciones.

Los principales códigos civiles del mundo neoromanista, casi todos contienen disposiciones sobre la novación. (CC francés: arts. 1271-1281; CC austriaco, arts. 1376-1379; C. suizo de obligaciones, arts. 116-47; CC italiano, arts. 1230-1235; CC del D. y TT. FF., en México: arts. 2213-2223). La única excepción importante parece ser el CC alemán, algo que es sorprendente, ya que a través de la tradición del Usus Modernus Pandectarum, la Escuela Histórica y la Pandectística Alemana, Alemania sufrió el impacto del derecho romano más intensamente que otros países europeos. Es verdad que el art. 305 BGB habla del "cambio del contenido de una obligación, mediante contrato", pero esto es distinto de la novación, que implica el cambio de una obligación por otra. Este silencio del Código queda corregido por una amplia jurisprudencia sobre la novación ("Schuldumschaffung"), cosa natural en un país cuyos juristas estaban tan imbuidos del derecho romano. Sin embargo, en caso de duda, la preferencia debe otorgarse al "cambio de contenido" del art. 305 BGB, y no a la novación (de manera que los derechos accesorios sobreviven: RG JW 38.1391).

En esta tesis analizaremos las citas más importantes del Corpus Juris relativas a la novación. Encontramos la "sedes materiae" en D.46.2, y, posteriormente, en el Codex (Ed. Mommsen) 8.4.2.; las Basílicas, que acabaron con la división entre instituta, Digesto, Codex y Novellae, reuniendo todo lo que se refería a una sola materia, ubica nuestro objeto de estudio en 26.4.35 y 55, pero desgraciadamente no tenemos en la biblioteca la traducción de las Basílicas por Fabrotius, de manera que no ha sido posible traer a colación las Escolios (glosas) de las Basílicas, que quizá contienen datos importantes sobre la novación (una lástima, ya que los autores de estas glosas tenían a menudo obras clásicas a la vista que para nosotros ya se han perdido; por lo tanto son importantes sus glosas, porque auxilian para la debida explicación de varias citas difíciles que figuran en el Corpus Juris).

El resultado de la investigación se distribuirá sistemáticamente sobre diversos capítulos, en los cuales hemos insertado las referencias más relevantes a los códigos modernos.

CAPITULO I

LA DEFINICION DE ULPIANO Y LOS REQUISITOS DE LA NOVACION EN TIEMPOS CLASICOS.

El vocablo "novación" tiene su origen en la expresión latina "novatio" y fué definido por el jurisconsulto Ulpiano en los siguientes términos: "Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem, transfusio atque translatio; hoc est, cum ex procedinti causa ita nova constituitur ut prior perimatur; "novatio" enim a "novo" nomen accepit, et a nova obligatione". (D.46.2.1), o sea:

" La novación es una transfusión y translación de una deuda anterior a otra obligación, civil o natural; ésto sucede, cuando por virtud de otra causa precedente se constituye una nueva obligación de modo que se extinga la primera; la novación recibe su nombre de la palabra "nueva" a causa de la obligación nueva...." (1)

Según ésta definición de Ulpiano, la novación es la transmisión ("transfusio atque translatio") del contenido de una obligación antigua en una obligación nueva, extinguiéndose la obligación original.

Los términos "transfusio atque translatio" son traducidos por varios comentaristas del Derecho Romano por la palabra "transformación"; no es completamen

(1) Generalmente debe rechazarse, como pedantismo, en trabajos como este, que se hagan largas citas en latín, idioma tan difícil para el autor como para el lector promedio. Si me aparto un momento de este principio, sólo es a causa de la importancia de esta cita para nuestro tema y por la frecuencia con que la encontramos citada en la literatura.

te exacta esta traducción porque la antigua obligación no toma una nueva forma, (subsistiendo por lo tanto), sino que se extingue. En relación con derechos accesorios (prenda, pacto de réditos, etc.) esta distinción no es un ocioso, bizantino juego de palabras: es de gran importancia práctica.

En tal virtud estimamos más preciso y correcto el empleo de la palabra transmisión, que interpreta fielmente el sentido de la novación. La anterior aservación se confirma en la definición concebida por el maestro Guillermo Floris Margadant, quien al definir la novación, dice que por ella el contenido de una obligación se traspasa a otra nueva. (Derecho Privado Romano, Primera Edición 1960. Pág. 363).

Los requisitos de la novación en el derecho clásico eran, además de los generales de todo convenio (capacidad, licitud, consentimiento exento de vicios, forma debida, causa limpia):

1.- una válida obligación original, aunque fuera natural o expuesta a una válida exceptio (véase cap. cuarto de esta tesis). Si la obligación original es condicional, se presentan los problemas que trataremos en el capítulo séptimo de esta tesis;

2.- identidad de cosa, requisito que ya no subsiste en el derecho justiniano;

3.- una estipulación válida que pone en lugar de la primera obligación otra nueva (aunque fuera natural). Durante la "segunda vida del derecho ro

mano", el formalismo de la stipulatio perdió toda importancia para nuestro tema;

4.- un elemento nuevo (si no, la nueva obligación no nace);

5.- el "animus novandi," que desde Justiniano no se presume; desde entonces debe ser expreso, o claramente intencionado (véase cap. quinto de esta tesis);

6.- un contenido más amplio en la obligación nueva que en la original: la novación debe ir de menor a mayor, regla ya no observada en los derechos neoromanistas modernos (véase cap. tercero de esta tesis).

CAPITULO II

LA FORMA DE LA NOVACION Y RESTRICCIONES A LA FACULTAD DE NOVAR.

Originalmente, el derecho romano exigía que la novación tomara la forma de una stipulatio (D.46.2.2 - "transire in verborum obligationem"); sin embargo, si la novación coincide con la delegación (véase capítulo IX) debemos admitir que en el derecho justiniano cualquier forma haya sido lícita o inclusive "nutu" (mediante un signo afirmativo de la cabeza) se podía novar-delegar (D.46.2.17).

Es probable que, antes del auge clásico, la novación también haya tomado la forma del contrato litteris, y que mediante transcripción contable "de persona a persona" una deuda haya podido novarse. Sin embargo, la literatura clásica raras veces se refiere a aquel antiguo contrato litteris, por estar conectado con un sistema de contabilidades medio sagradas, llevadas en cada domus, que ya en tiempos de Cicerón comenzaba a desvanecerse.

Una curiosa particularidad de la novación es que ella puede efectuarse por una persona a nombre de otra, mediante instrucciones de ésta, contrariamente al principio clásico de que "alteri stipulari non potest" (nadie puede celebrar un contrato en beneficio de otro, principio que sobrevive en el artículo 1119 del Código Civil Francés). Este principio, explicable a la luz de ideas mágicas de la fase pre

clásica y de una psicología muy especial de la Roma republicana (una especie de "machismo jurídico") ya no fué sentido como necesario en la plena fase clásica y en el derecho postclásico, de manera que el *Ius Honorarium* y el derecho imperial admitían cada vez más excepciones al mismo, excepciones de las cuales en relación con nuestro tema, D.46.2.20 (Ulpiano) presenta un ejemplo. El arcaísmo de Justiniano lo hizo dar una importancia formal excesiva a dicho principio de la invalidez de estipulaciones a favor de terceros, principio que coexiste en el *Corpus Iuris* con gran cantidad de excepciones (como la precitada); luego a través del prestigio de la codificación Justiniana, pese a la crítica jusnaturalista al respecto, este principio irracional fue transmitido a algunos derechos codificados. De todos modos, para ojos modernos, el principio de D.46.2.20, de que otra persona puede novar para nosotros, por instrucciones nuestras, no tiene nada de sorprendente.

Lo que sí es asombroso es el principio de D.46.2.16; generalmente, el esclavo tiene la libre administración de su peculio (un taller, un rancho, etc.); la vida económica de la antigua Roma en gran parte se encontraba entre las manos de esclavos. Resulta ahora de la mencionada cita, que, para una novación, relacionada con el peculio, el esclavo necesitaba una autorización expresa del dominus. Es curioso, ya que el esclavo sí tiene la facultad de celebrar sin consentimiento del dominus actos mucho más peligrosos que una simple novación. De D.46.2.23 vemos que el filiusfamilias sufre la misma restricción para novaciones relacionadas con su peculio. Y más sorprendente son D.46.2.16 y 23, si les comparamos con D.46.2.34, que parece decir todo lo contrario, cuando afirma que los esclavos e hijos pue

den novar "debita pecularia". Creo que la aparente contradicción puede resolverse si nos fijamos en la palabra "obligationem" en D.46.2.16 y "debita" en D.46.2.

34. El término de obligatio es uno de los más desafortunados del derecho; lo utilizamos para "vínculo jurídico", para "deber" y, a veces, para "derecho personal", y es precisamente en este último sentido que figura en D.46.2.16. En otras palabras, derechos del peculio de un esclavo (D.46.2.16) o hijo (D.46.2.23) no pueden novarse, pero deudas sí. Con esta interpretación, también resulta lógicamente explicable la mencionada restricción: Un crédito debe cobrarse a su vencimiento; cada desviación de este simple principio será probablemente un favor que el esclavo o hijo hace al deudor, y aunque esclavos y filiifamilias pueden administrar libremente su peculio, no pueden hacer favores en perjuicio del mismo; para ello necesitan el consentimiento del paterfamilias; en cambio, en caso de novarse una deuda del peculio, generalmente se trata de una modificación favorable al mismo, que el esclavo o filiusfamilias puede efectuar sin necesidad de autorización especial.

Una muy natural restricción a la novación, relacionada con el tema anterior, es que el tutor de un pupilo y el síndico de una quiebra sólo tienen la facultad de novar si objetivamente la novación conviene a los intereses que ellos deben defender (D.46.2.20.1), principio que D.46.2.34.1 confirma también para los curadores de locos y pródigos.

CAPITULO III

LA REGLA DE QUE LA NOVATIO DEBE IR DE MENOR A MAYOR.

En el derecho romano, la novación es como el traslado de leche de un recipiente a otro: sólo da resultados aconsejables si el segundo recipiente es más grande que el primero. Así el Corpus Juris repudia la novación de una primera obligación de más contenido, hacía una segunda de menos.

Si tengo el derecho de paso en la forma máxima del ius actus (derecho de pasar a pie, con ganado, con carros, materiales) no puedo novarlo hacía el ius itineris (derecho de pasar a pie); lo inverso sí sería factible. De la misma manera, por novación no puede transformarse un derecho de usufructo en un derecho de uso (véase D.46.2.9.2) Muchas veces, la comparación de los dos contenidos en juego era difícil, y para ver si la novación vale, era necesario buscar el equivalente monetario de ambos. A este respecto debe haber ayudado el principio romano (todavía vigente en el Código Civil del Distrito Federal de 1884, artículo 1306, fracción II) de que toda obligación debe tener un contenido monetariamente valorizable.

Sin embargo, parece que la escuela clásica no tomaba muy en serio este principio. A pesar de que D.46.2.9.2. se expresa muy drásticamente respecto

de la nulidad de la novación de mayor a menor ("nihil agit": el que hace ésto "no hace nada", desde el punto de vista del derecho), encontramos también la cita D.46.2.32, en la que Neracio admite como válida una transformación novatoria de (1) una obligación en la que A debe a, y (2) otra obligación en virtud de la que B debe b, en (3) una nueva obligación en la que A debe "a o b". Es evidente que "a o b" es menos que "a y b": sin embargo, Neracio, en la segunda mitad del segundo siglo d.Cr., admite la validez de esta novación. Paulo, una generación después, está de acuerdo con esta opinión, pero parece no tener la conciencia muy tranquila y se siente obligado a justificarla con el argumento (no muy acertado) de que en realidad la nueva obligación no contiene menos que las primeras, ya que los objetos de ambas obligaciones originales han entrado en la nueva obligación. Se trata de un evidente quasi-argumento, indigno de un jurista como Paulo, precisamente famoso por ser más original y agudo que su colega Ulpiano. Me hubiera gustado ver la reacción de Paulo si yo le debiera a y b, y le contara como buena noticia que yo iba a entregarle "a o b" (a elección mía, además...). Que Neracio ya haya violado el mencionado principio, y que Paulo no encuentre una mejor defensa que este argumento tan débil, indica que en la segunda mitad de la escuela clásica la citada regla general ya estuvo en decadencia. (1)

(1) En derechos modernos, no se encontró ninguna regla en relación con este principio.

CAPITULO IV

LA NOVACION DE OBLIGACIONES INVALIDAS Y NATURALES.

Para una novación válida, es necesario que ésta relacione una obligación que vale (y que se extingue por la novación) con otra obligación que también vale, y que nazca como consecuencia del convenio novatorio. Así, si la primera obligación es inválida, de la novación no podrá nacer una nueva obligación válida, ya que esto sería como el truco del presdigitador, que del sombrero vacío saca un conejito. La "nada" jurídica no puede, por novación, convertirse en substancia. (1)

También puede presentarse el caso de que la primera obligación sea válida, mientras que la segunda sufra de algún defecto.

(1) Desde luego, este problema sigue presentándose en el derecho moderno. Austria nos presenta, en su jurisprudencia, la solución más sencilla: si la primera obligación no valía, ¡aunque fuera por falta de forma!, la segunda obligación tampoco valdrá (Jurisprudencia desde 25.7.1877). Tampoco valdrá la segunda obligación si la primera nació de un contrato ilícito o de una deuda de juego (Jurisprudencia, respectivamente desde 3.11.1910 y 15.1.1868). Más detallada es la solución italiana del art. 1234 del CC: La inexistencia de la primera obligación provoca la inexistencia de la segunda; en cambio la simple anulabilidad de la primera obligación, conocida por el deudor, no produce una anulabilidad de la segunda. Sin embargo, la más atractiva solución que hemos encontrado, se halla en el derecho alemán; allí se distinguen tres casos: (1) la primera obligación es inexistente, y la segunda obligación es causal; entonces la segunda también es inexistente; (2) la primera es inexistente, y la segunda es abstracta; entonces la segunda no es inexistente, pero se puede pedir su anulación por vía del argumento de enriquecimiento ilegítimo (que puede ser utilizado como base para una acción o una excepción: Art. 812-II, art. 821 BGB); (3) Si la

En tal caso la novación no procede, y la obligación original sobrevive, como ilustraremos inmediatamente con un ejemplo. (2)

Como ya hemos visto, la novación en el derecho romano normalmente se realizaba mediante una stipulatio. Tal stipulatio era un contrato "verbis", rigurosamente formal (pregunta, contestación, utilización del mismo verbo en ambas frases), de estricto derecho. Pero no bastaba que la novación stipulatoria tuviese la forma debida; repito que, además, debía ligar una obligación original válida (que se extinguía) con otra obligación nueva válida (que nacía).

Es verdad que, según Gayo (Inst. 3.176), si por razones técnicas la nueva obligación no vale, de todos modos la antigua obligación se extingue (siempre

primera obligación es anulable, la anulabilidad no se traslada por novación hacia la segunda obligación, independientemente del concimiento o no conocimiento que el deudor haya tenido de la anulabilidad; lo último constituye una diferencia con la solución italiana, como hemos visto.

¿Cuál es ahora el mérito de la añadidura u omisión de esta restricción italiana al principio general?. En mi opinión, la conservación de la anulabilidad, a pesar de la novación, a favor de aquellos deudores que no se dieron cuenta de tal anulabilidad, es una concesión a la "ignorantia iuris"; el sistema italiano, por lo tanto, corresponde mejor al principio del "favor debitoris", el principio de que debe ayudarse a los deudores; en cambio, el sistema alemán es más rígido, y corresponde mejor al principio de que cada uno debe conocer el derecho y vigilar sus propios intereses.

- (2) También en la jurisprudencia moderna francesa encontramos el renacimiento de la obligación novada en caso de anulación de la obligación novatoria (jurisprudencia del 14 de marzo de 1939).

que la stipulatio novatoria fuese impecable en cuanto a su forma). Sin embargo, esta ruda solución sólo se refiere al *ius Civile*; el *ius Honorarium* no podía admitir una aplicación tan mecánica y sorda de los principios del viejo derecho romano. Así vemos que el famoso Salvio Juliano, viviendo una generación antes del oscuro y modesto Gayo, a pesar de lo cual es a menudo ignorado por éste, llega con una solución mucho más satisfactoria en D.16.1.14. Esta opinión de Salvio Juliano, empero, es visiblemente ajena al *ius Civile* (la materia que predomina en las Inst. de Gayo) y es un producto del *ius Honorarium*. Esto es visible por dos detalles. En primer lugar, Salvio Juliano dice "Aequum est" (es equitativo) y la equidad es precisamente lo que el pretor introduce en el *ius Civile* mediante medidas que forman, poco a poco, el *ius Honorarium*. Además, Salvio Juliano recomienda que se llegue a una solución equitativa mediante la "restitutio" o sea la in integrum restitutio, medio por el cual el pretor suele anular situaciones jurídicas, surgidas en forma injusta del *ius Civile*, para restablecer constelaciones jurídicas anteriores.

El problema a que se refiere Salvio Juliano es el siguiente: un *Sc. Velleyano*, del año de 46 d.Cr., prohibía a las mujeres tomar responsabilidades jurídicas para favorecer a otras personas, o sea, sin referencia directa con el patrimonio propio de la mujer. Tales "intercessiones" de mujeres no eran inválidas ipso iure, pero en caso que la mujer fuese demandada en relación con tal acto de amabilidad, ella podía oponer la exceptio SC. Velleyani, paralizando así el efecto de la acción; inclusive, después de que ella hubiere cumplido con la obligación contraída, aún

podía arrepentirse y reclamar la devolución de lo que hubiera pagado; por lo tanto, la "intercessio" de la mujer ni siquiera daba lugar a una "obligación natural" común y corriente, con su famosa consecuencia de la retentio soluti. No siempre, empero, la mujer podía aprovechar la protección del citado SC, y D.16.1, en una fina casuística, intenta trazar la línea divisoria entre los casos de procedencia de la exceptio SC Velleiani y los casos en los que la mujer no podía servirse de este medio.

Es en este título del Digesto que encontramos el caso, arriba enunciado. A debe dinero a B, y los fiadores C y D garantizan el pago. Luego viene la mujer F y mediante una Stipulatio novatoria acepta toda la responsabilidad por A. La novación extingue las fianzas, como veremos en el Capítulo VI; luego, B demanda a F, y se encuentra con la exceptio SC Velleiani.

Para el *ius Civile*, no le queda más remedio que el de resignarse.

Pero el Pretor, dentro del *ius Honorarium*, le ofrece la in integrum restitutio, el renacimiento de la situación original; A volverá a ser su deudor, y C y D sus fiadores. ¿Es justo esto?.

A primera vista, ¡la in integrum restitutio está devolviéndole más de lo que el Sc. Velleiano le había quitado! Este SC le priva de una deudora; pues bien, ¡que el pretor le devuelva entonces un deudor! Sin embargo, como mediante la Stipulatio novatoria, un deudor con fiadores fué canjeado contra una deudora sin fiadores, el acreedor ya había renunciado voluntariamente a la ventaja de las

fianzas. Hubiera podido exigir también de la mujer que presentara a algunos buenos fiadores. No lo hizo. Esta renuncia voluntaria a las fianzas no tuvo nada que ver con el SC Velleiano. La restitutio in integrum debe devolver al acreedor lo que dicho SC le había quitado, ¡pero no más! Así critica el fino romanista francés re-nacentista, Antonio Favre, en sus "Rationalia ad Pandectas", en el comentario a D.16.1.14, bajo sus "rationes dubitandi", esta cita de Salvio Juliano. Pero luego, en sus "rationes decidendi" (siguiendo la tradición medieval del "Sic et non" de Abelardo, con su gracioso ritmo de críticas destructivas y defensas gloriosas de cada cita del Corpus Iuris) el mismo Favre defiende con éxito la opinión de Salvio Juliano, diciendo: lo que queda anulado por la in integrum restitutio, es la stipulatio novatoria, que cambió un crédito valioso por un mero espejismo; es precisamente a causa de esta novación que desaparecieron las fianzas, y anulando la causa de la desaparición, debe anularse la desaparición misma, o sea, deben reaparecer las fianzas. Y, efectivamente, visto a la luz del sentido común, la solución es justa; si el acreedor no pidió fiadores de la mujer, es que, probablemente, la situación patrimonial de la nueva deudora, F, le inspiraba más confianza que la situación de A; por lo tanto, su renuncia a las fianzas no debe interpretarse como a una renuncia a fiadores de A, sino sólo a fiadores de F. Por consiguiente, cuando F cede su posición de nuevo a A, es justo que A sea acompañado, como antes, de sus fiadores.

Ahora bien: Si una válida obligación entre A, acreedor, y D, deudor, es novada por una stipulatio entre A y E, siendo E un esclavo de T, un tercero, ¿cuál situación jurídica surge? ¿vale la nueva obligación? ¿Puede un esclavo obli

garse? . No dentro del *lus Civile*, pero sí dentro del *lus Honorarium*, donde el *Pre*tor siempre dará acción al acreedor de un esclavo que se haya obligado contractualmente en relación con el peculio que su amo le haya confiado (por ejm., una carpintería), o por instrucciones del amo, o con ventaja para el amo (de hecho, repetimos, la vida económica de la antigua Roma se encontraba entre las manos de esclavos, y descansaba en contratos celebrados por éstos). La nueva obligación, con *E*, por lo tanto, es mejor que una simple obligación natural; es una obligación del *lus Honorarium*. Como la novación de civil a natural es válida (D.46.2.1 pr.), a fortiori vale la novación de civil a honorario. Por lo tanto, la novación vale, pero con una restricción: que haya cabido dentro de la competencia jurídica del esclavo, o sea que este haya obedecido a órdenes del amo, o que su peculio se haya aprovechado de este acto, o, cuando menos, el amo no haya sufrido perjuicio. Si el peculio de *E* debía dinero a *A*, y como una especie de pago de esta deuda, *E* se había hecho responsable por la existente deuda de *D* a *A*, entonces todo está en regla y la novación vale. *A* canjeó un crédito civilmente válido contra otro honorariamente válido, algo que significa ninguna rebaja económica de sus perspectivas (a veces es mejor tener un crédito que vale dentro del *lus Honorarium* que sólo dentro del *lus Civile*).

Pero también es posible que *E* se interpuso simplemente por amistad con *D*, en cuyo caso el peculio de *E* no se aprovecha, y puede salir perjudicado. En tal caso, el generoso esclavo ha celebrado un acto que no vale, ni dentro del *lus Civile*, ni tampoco dentro del *lus Honorarium*, de manera que, a pesar de la per

fección formal de la stipulatio, el pretor concederá al dueño (T) del esclavo E una excepción en caso de que A reclamara el dinero de E; es más probablemente, incluso, que el Pretor ni siquiera dará entrada a la acción de A. En tales supuestos volverá a entrar en vigor la antigua relación entre A y D, de acuerdo con el ius Civile; véase al respecto Gayo, Inst. 3.176, in fine.

De paso queremos señalar que las Inst. de Gayo se refieren sobre todo al ius Civile, y, por lo tanto, en Inst. 3.176 encontramos que la stipulatio celebrada con el esclavo no vale. En cambio, la obra de Gayo a que se debe la cita D.2.14.30 se refiere al derecho honorario (es un comentario al Edicto Provincial), de manera que allí se reconoce la validez de tal stipulatio. También de paso queremos llamar la atención sobre el hecho de que en D.2.14.30 Gayo se refiere expresamente a Salvio Juliano, el ídolo de los juristas de la generación inmediatamente anterior. En muchos casos, empero, Gayo parece ignorar las obras de Salvio Juliano, y ésto ha sido utilizado precisamente como argumento para atribuir a Gayo una vida en algún lugar de provincia.

D.2.14.30 levanta otro problema ¿Hasta qué grado puede D considerarse como liberado por el pacto celebrado entre A y E?. Cuyacio dedica un amplio comentario a esta cuestión (Tomo II, pág. 755 de la ed. de Praga, 1859), y es combatido al respecto por Faber en sus Rat. ad Pand., comentario a D.2.14.30.

Acabamos de decir que la "nada" no puede convertirse en una obligación válida, mediante una novación. Sin embargo, D.46.2.13 parece desmentirnos

al respecto. En una delegación, en la que -como siempre- un nuevo deudor, con consentimiento del acreedor, se sustituye al antiguo deudor, resulta que deudor I debe dinero al acreedor; deudor II dice deber dinero a deudor I; así, a petición del deudor I (delegante), deudor II (delegado) promete pagar al acreedor (quien consiente) lo que deudor I debía a éste. Asumiendo que la deuda de deudor II a deudor I es igual a la deuda de deudor I al acreedor, así se matan dos pájaros con una piedra; una situación triangular se simplifica y dos deudas quedan reducidas a una. Sin embargo, hubo un molesto detalle en el caso concreto de D.46.2.13; ¡deudor II, en realidad, no debía nada al deudor I.....!

¿Vale ahora la novación de la "deuda" que existió entre deudor I y deudor II (o, mejor dicho, que no existió) mediante el establecimiento de la nueva deuda entre deudor II y el acreedor? . ¿Puede una "no-deuda" convertirse por novación en deuda? Como principio general, ésto no es posible, como hemos visto, pero en este caso el Digesto decide muy justamente, que la novación vale; por el hecho de colaborar con esta delegación, el deudor II se convirtió de "deudor" en deudor, y si sufre perjuicios deberá dirigirse, para la indemnización, al deudor I, en vez de negarse a pagar al acreedor. En realidad, estamos en presencia de una simulación; la fachada sugiere que hay una novación, una delegación (para la relación entre estos dos conceptos, véase el capítulo IX); pero, detrás de esta fachada, detrás de éste acto simulado, se esconde un negocio distinto, un negocio disimulado: un mandato, ya que un amigo del deudor I, simulando deber dinero al deudor I, y a petición de éste, se hace responsable de lo que deudor I debe, y así, de "no-deudor" se con_

vierte en deudor.

Ahora otro problema: si deudor II debe dinero a deudor I, pero en caso de ser demandado, podría defenderse mediante una válida exceptio, y si luego deudor II asume la posición de deudor I en relación con el acreedor de deudor I, ¿vale la novación? ¿Una deuda no muy bien reclamable, puede, por novación, convertirse en una deuda rigurosamente reclamable? Una cita de Paulo, D.46.2.12, se refiere a éste problema, y la solución consagrada por el Digesto es que, si deudor II colabora con esta novación (delegación), está renunciando a su exceptio; Paulo equipara esta renuncia a una donación que deudor II hace a deudor I. Si, por lo tanto, deudor I se comporta luego con ingratitud, deudor II podrá revocar esta donación; no, desde luego, en perjuicio del acreedor, sino reclamando a deudor I lo que él (o sea deudor II) haya pagado o deba al acreedor. ¿Y si deudor II entra en esta combinación por ignorancia? Entonces debemos ver si se trata de una forma de ignorancia que el derecho reconoce como fuente de argumentos a favor del "ignorans". Un error de hecho es más fácilmente perdonable, al respecto, que la ignorantia iuris; sin embargo, también ésta se perdona a mujeres, campesinos, militares..... En tal caso, la defensa del deudor II no debe perjudicar al acreedor; éste sigue autorizado para cobrar al deudor II, pero deudor II podrá reclamar un reembolso al deudor I.

El requisito de la novatio, de que se pase de una obligación válida a otra válida, ¿quizás impide el traslado de una obligación civil a otra natural? ¿O de una obligación natural a otra civil? D.46.2.1 pr. y 1 contesta que no hay nin

gún inconveniente en una novación que transforme obligaciones naturales en civiles, o viceversa (de esta última posibilidad encontramos un ejemplo en la novación celebrada por un pupilo sin autorización del tutor, en cuyo caso puede suceder que una obligación civil quedara transformada en otra natural).

¿Cuál sería la actitud del derecho moderno frente a éste problema?

Carbonier opina (3) que la obligación natural todavía puede novarse y transformarse así en civil, aunque considera que, dogmáticamente hablando, es mejor no construir ésta transformación como una novación, sino más bien como la creación de una obligación civil para lo cual la antigua obligación natural sirve de "causa".

(3) Droit Civil, II, párr. 85.

CAPITULO V

ANIMUS NOVANDI

En el derecho postclásico, probablemente bajo la influencia de las escuelas de derecho en Bizancio, Alejandría, Berito y Roma, encontramos una mayor preocupación por el elemento subjetivo en los convenios, el "animus". Constantemente encontramos referencias al "animus donandi", "animus possidendi", etc. Muchas veces, el término de "animus" debe considerarse como un indicio de interpolación, aunque los investigadores modernos exageran quizás al respecto (véase Guarneri Citati, *Indice delle parole, frasi e costrutti, ritenuti indizio di interpolazione nei testi giuridice romani*, Milan, 1927, pág. 10).

Especialmente delicado es el tema del animus novandi. Desde la época clásica encontramos éste requisito para una válida novación; si falta, la nueva obligación se junta a la original en vez de sustituirse a ella.

Un claro ejemplo de la importancia de este tema. Un tercero me promete una dote que normalmente mi futura esposa me debería; luego, ella también promete una dote del mismo valor. Si hubo, en su promesa, un animus novandi, su obligación extingue la del tercero. Sin tal animus -o en caso de duda- las dos obligaciones subsisten paralelamente: D. 46.2.8.5.

Pero aquí no termina el problema de esta cita. Si ambas obligaciones subsisten, ¿podré reclamar dos dotes?. Ulpiano considera que no; puede ser que el tercero no hubiera prometido nada, en caso de haber sabido que la futura esposa también prometió una dote, y viceversa. En tal caso, ambas obligaciones valen, pero por cumplimiento con la primera se extingue la segunda, y viceversa.

Esta solución es de las más curiosas. Surge así una correalidad (podré reclamar la dote a cualquiera de dos deudores, a mi elección, pero no sucesivamente a ambos), y estamos en presencia del caso anómalo de que una correalidad surge por dos actos independientes, algo que va en contra de toda la dogmática en materia de correalidad.

Así recibimos la impresión de que, en el derecho justiniano, la coincidencia de dos obligaciones sobre un mismo objeto (dote para matrimonio determinado) puede producir un efecto novatorio, o puede dar lugar a dos obligaciones conjuntas o a una correalidad pasiva, según la intención de las partes.

Es evidente que esta situación se presta fácilmente a controversias, de manera que Justiniano decidió en C.8.41.8 (530 d. Cr.) que el animus novandi debe ser evidente; si no, ambas obligaciones valdrán. (1)

(1) En nuestro derecho mexicano, en el artículo 2215 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales el animus novandi debe ser expreso; si no, la novación no vale. De acuerdo con dicho artículo, la novación nunca se presume, sino que debe constar expresamente.

Es discutible si, según el Corpus Iuris, el animus novandi debe ser expreso (como parece exigir C.8.41.8), o simplemente evidente.

De D.46.2.2. recibimos la impresión de que el Digesto se contenta con un animus novandi evidente, aunque no sea expreso, y el hecho de que Justiniano, tres años después de su precitada constitutio de C.8.41.8 hizo añadir esta cita al Digesto, sin modificarla mediante alguna interpolación, podría ser un argumento para afirmar que él no se apegó ciegamente a aquel requisito de formulación expresa (2).

Un problema que no es tratado en el Corpus Iuris, pero que ha llegado a tener una enorme importancia en el derecho moderno, es el de saber si, a falta de una expresión del animus novandi, la entrega de títulos de crédito debe considerarse como novación. El CC austríaco lo niega claramente en su art. 1379; Francia sigue el mismo camino respecto de cheques (art. 62 de la Ley sobre Cheques, de 1935) y respecto de letras de cambio (jurisprudencia, 28.IV.1877), y Suiza consagra la misma solución en su art. 116 del Código de Oblig., respecto de letras de cambio. Pa

(2) Nota: En Alemania, de acuerdo con la jurisprudencia, el animus novandi debe ser evidente, pero no hay necesidad de que sea expreso: RG 119.24. Austria llega por disposición expresa del art. 1379, in fine, de su Cód. Civil a la misma conclusión, añadiendo que, en caso de duda, no se presupone una novación de manera que ambas obligaciones existan (y no sólo la segunda, en sustitución de la primera). El CC francés, en su art. 1273 declara que el animus novandi no se presume, pero no exige que tal animus sea expressis verbis declarada. También el CC italiano se contenta con un animus novandi "non equivoco" pero no necesariamente expreso (art. 1230).

ra la absorción de una deuda en una cuenta corriente, véase art. 356-1 del Cód. de Com. alemán, y art. 117 del Cód. de Obligaciones suizo (que dispone que garantías especiales de una deuda, absorbida en una cuenta corriente, sobreviven inclusive al reconocimiento del saldo).

La jurisprudencia austríaca ha decidido que no debe considerarse que hay *animus novandi* en la añadidura posterior de una reserva de dominio, la capitalización de réditos e incorporación en la deuda principal, el permiso posterior de pagar en abonos, o el convenio, posteriormente añadido, de liquidar una deuda en otra moneda. Para este último punto, hay jurisprudencia francesa en este mismo sentido, desde 17.XII.1928.

Por novación, un deudor original queda a menudo sustituido por un nuevo deudor. ¿Es necesario, ahora, que en éste animus novandi participe también el deudor eliminado, o podemos hacer la novación a espaldas de él?. A primera vista, el deudor original tendrá que colaborar, ya que "a nadie se le hace un beneficio sin su voluntad": (Invito beneficium non datur, D.50.17.69). Sin embargo, esta regla encuentra una excepción en caso de novación; de D.46.2.8.5. resulta claramente que "liberat autem me is qui, quod debeo, promittit, etiam si nolim" : la persona que promete lo que yo debo, me libera, inclusive en los casos en los que no estoy de acuerdo.

Unas ilustraciones más de la importancia de este tema. Hay un pro

ceso entre A y B, y A quiere hacerse representar por un procurador. Para evitar toda discusión respecto de la cuestión de saber quién podrá ser demandado por la ejecución de la eventual condena, el antiguo derecho procesal preveía para tales casos una declaración de A de que pagará la condena que eventualmente se pronunciará. Luego, después de la condena, A alega que debe, no por condena sino por novación, en virtud de esta promesa. La diferencia práctica es importante: la ejecución de una condena es rápida, mientras que la ejecución de una promesa es más dilatada. El argumento de A, empero, queda derrotado por la consideración de que no hubo animus novandi en su promesa de cumplir con la condena, de manera que B conserva una actio iudicati en contra de A, después de la condena: vease D.46.2.8.3.

Muy refinado es el ejemplo de D.46.2.6. pr. A debe dinero a B, y B estipula de C, que C le pague todo lo que él (B) no reclame a A. ¿Hay ahora una novación? -es decir: ¿Ya se extingue la obligación entre A y B?.

Probablemente no; este convenio deja libre a B, para reclamar todo a A, parte del adeudo, o nada; y C sólo responderá de lo que B no reclame a A. Si hubiera novación, nada podría reclamarse a A, y debería reclamarse todo a C; pero con este curioso convenio, B podrá repartir su reclamación entre A y C según su capricho, y esta solución sería imposible si admitiéramos que el nuevo convenio implicara una novación. Por tanto, por faltar un animus novandi ("hoc non agitur ut novetur"), el segundo convenio no extingue, por novación, el primero. Sería muy distinto, si se hubiera convenido con C: "¿Me prometes que me pagarás todo lo que

A me debe en este momento?".

Otra ilustración práctica de la importancia de éste concepto del animus novandi. En el derecho romano, el pupilo tenía un pignus tacitum sobre los bienes del tutor, para todo lo que con la tutela se relacionara. Ahora bien: rindiendo las cuentas, el ex-tutor explica al ex-pupilo que no puede pagarle todo lo que le debe. Bondadosamente, el ex-pupilo le permite pagar en abonos, añadiéndose réditos. Después de cierto tiempo, el ex-tutor incurre en concurso. ¿El ex-pupilo puede hacer valer todavía su derecho de preferencia sobre los demás acreedores?. Estos, desde luego, alegan que hubo una novación, de manera que las garantías especiales de un crédito del pupilo contra el tutor ya se esfumaron. Pero de D.46.2.9 junto con D.26.7.44.1 vemos claramente que el pupilo conserva la antigua preferencia, ya que no hubo un animus novandi. Uno puede dudar, empero, si esta preferencia respecto de la suma principal, también se extiende a los intereses. En mi opinión, para éstos el pupilo es simplemente un acreedor concurrente.

Unos ejemplos modernos al respecto. Un neoyorkino va a Puerto Rico y pierde allí en un juego, lícito en Puerto Rico, pero ilícito en Nueva York, \$12,000.- Dls. Paga \$3,000.00 por cheque, firma pagarés por \$9,000.- Dls., bloquea rápidamente el cheque mediante un telegrama a su banquero, y finalmente es demandado.

Su defensa es evidente: deudas de juegos ilícitos en Nueva York sólo

BIBLIOTECA GENERAL
U. N. A. M.

son naturales, allí. ¿No fracasa este argumento a la luz de la novación que hubo (expedición de cheque, de pagarés)?.

En mi opinión, no, ya que faltaba el animus novandi expreso o cuando menos evidente. El casino finalmente ganó, pero por razones ajenas al argumento de la novación (véase Time Magazine, de 27 de Noviembre de 1964, pág. 57).

Hay un caso, empero, en el que vale la novación, según el Corpus Iuris, aún en ausencia de un animus novandi: es el caso muy especial, casi impropio, de la novación necesaria, consecuencia de la litis contestatio. Allí la novación de D.46.2.29. opera en virtud de la ley, sin necesidad de un animus novandi expreso o evidente. Esta "novación" trae consigo todavía otros rasgos excepcionales (la no eliminación de los derechos accesorios; la no eliminación de los efectos de la mora). (2)

Con este tema se relaciona una famosa controversia. Un convenio de transacción, ¿implica una novación, aun en casos en los que no exista claramente un animus novandi? El Cardenal de Mantica parece inclinarse hacia una contestación afirmativa, cuando dice que "transactionis titulus alios novat et perimit" (Detac. et amig. convent. 26.7.10). Un siglo después, el Cardenal de Luca (De Feudis, Disc. 115,9) anuncia la opinión, según creo más concordante con las fuentes justinianeas y con el carácter, tanto de la novación como de la transacción, de que

(2) El derecho moderno no se ha inspirado en esta curiosa figura, a veces, inclusive, la encontramos rechazada en forma expresa, como en la jurisprudencia austriaca SZ25.74.

la transacción "non importat novum jus, sed comprehensionem et corroborationem status antiqui"; uno se pregunta, empero, si esta frase se relaciona con el caso tan especial sobre el que versa el dictamen (controversia sobre títulos nobilitarios) o si tiene un alcance general. En el derecho moderno mexicano, en mi opinión, la palabra "reconoce" del art. 2961 CC, y el requisito del animus novandi expresó, en art. 2215 CC, nos impide considerar que la transacción implique una novación, de manera que, después de la transacción, una deuda queda acompañada de los mismos elementos accesorios como antes (pacto de intereses, prenda, fianza, hipoteca, etc.)

CAPITULO VI

LA NOVATIO Y LOS DERECHOS ACCESORIOS.

"Lo accesorio sigue lo principal"; una regla tan sencilla, y ¡cuántas jaquecas nos cuesta!

En la novación, la obligación original se extingue; por lo tanto, también se extinguen las relaciones accesorias de la obligación original: el fiador queda libre, la prenda debe devolverse, la hipoteca debe cancelarse. (1)

Veamos a cuales problemas da lugar éste principio. D.46.2.6.1.

nos cuenta que un mutuante entrega un préstamo al mutuario; se trata de un contrato real, que se perfecciona por la entrega del dinero. Antes de esta entrega (siempre que no haya una promesa de contrato) hubo dos personas ligadas por un compromiso quizás moral, nada más; pero la entrega les convierte en deudor y acreedor. El

(1) El Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, en el art. 2,220 nos dice que por la novación se extingue la obligación principal, así como las obligaciones accesorias, pero deja una válvula de escape, al decir que por reserva expresa del acreedor puede impedir la extinción de las obligaciones accesorias para que pasen a la nueva.

Continúa este tema en su art. 2221 que dispone que no puede reservarse el acreedor el derecho de prenda o hipoteca perteneciente a la antigua obligación, si los bienes dados en prenda o hipoteca pertenecieren a terceros que no hubieren tenido parte en la novación; la fianza tampoco puede trasladarse a la nueva obligación sin consentimiento del fiador.

acreedor quería tener a un fiador, y momentos después del mutuo un amigo del deudor otorgó la fianza mediante, por ejm., un fideiussio. Luego el acreedor, desconfiado, quiere mejorar aún su posición, exigiendo del deudor una stipulatio formal de que el dinero será devuelto en determinada fecha. ¿No se le pasa ahora la mano? ¿No se queda ahora con una posición precisamente más débil? ¿No debemos decir, con Mies von Rohde, que "más es menos"? El peligro es evidente; por la stipulatio que sigue al mutuo, se puede decir que hubo una novatio y que la fianza, que dió más garantía al mutuante, desapareció cuando el mutuo fue sustituido por una relación stipulatoria. Sin embargo, Ulpiano no quiere ir tan lejos y en D.46.2.6.1 nos dice que, si la stipulatio viene "ex continenti", inmediatamente después del mutuo, no se debe anular la fianza por la mencionada razón. Sin embargo, a contrario sensu debemos decir que, si la stipulatio hubiera intervenido un día después, el acreedor habría perdido la ventaja de la fianza.

Pomponio (D.46.2.7) habla del mismo problema y nos pregunta si la fianza, añadida a un préstamo stipulatorio, se pierde si al día siguiente el dinero previsto en dicha stipulatio es entregado por el acreedor al deudor. ¿No podemos decir entonces que la stipulatio queda novada por un mutuo, de manera que la fianza se esfuma en la novatio? No, opina Pomponio, ya que la entrega del dinero, al día siguiente, no constituye una entrega de que nazca un nuevo contrato, un mutuo, sino que sólo es la consecuencia obligatoria de la stipulatio del día anterior: se hace "implendae stipulationis gratia", con el fin de "completar la stipulatio", ¿Cómo in

terpretaremos esto?. Creo que Pomponio quiere decir que la stipulatio debe tener una causa, y ésta queda añadida al contrato stipulatorio del miércoles por la entrega del dinero que se efectúa el jueves. Pero, ¿no es la stipulatio un contrato abstracto, que precisamente valdrá independientemente de la existencia de una causa?. Si, efectivamente, de manera que ésta idea de que ciertos contratos valen por su simple forma externa, independientemente de su causa, parece estar en quiebra en la fase madura del clasicismo, algo que queda confirmado por otras manifestaciones clásicas.

La otra interpretación posible de la cita sería la de traducir "implere" por "cumplir". Pero esto nos colocaría ante otro problema; de la stipulatio nace una obligación unilateral, sólo a cargo del deudor, de manera que la entrega de la suma del préstamo no puede ser, por parte del acreedor, un "cumplimiento con la stipulatio". De todos modos, independientemente de la dudosa justificación dogmática, Pomponio llega a la conclusión, muy aceptable para la práctica, de que no hay novación, en este caso, de manera que la fianza subsiste.

No sólo la fianza, sino también otras garantías y ventajas para el acreedor se pierden en la novación, por ej. la prenda, la hipoteca y el derecho a réditos. En cuanto a este último punto: el mutuo, por ser contrato stricti iuris, y el préstamo stipulatorio, por la misma razón, no admiten un simple "pacto adyecto" de réditos: el convenio informal de réditos es un simple pacto nudo, que no se incorpora en el contrato civil del préstamo, y de tal pacto nudo sólo nace una obligación natural. El acreedor que quiere tener acción procesal para poder reclamar los inte

reses deberá, por lo tanto, formalizar el pacto de réditos mediante otra stipulatio, paralela al contrato de préstamo. Si luego hay una novación respecto del préstamo, ¿qué sucede con el derecho a los réditos?. Como la stipulatio paralela es un contrato accesorio, la extinción del contrato principal al que se refiere, causa también la extinción de éste contrato accesorio, de manera que los intereses pactados : de pronto ya no se deben después de la novación ! . Desde luego, los intereses ya causados antes de la novación y aún no liquidados, podrán reclamarse. Véase D.46.2.18.

En una situación semejante se encuentra la stipulatio de una pena convencional. Se trata de un contrato accesorio, cuyos efectos se extinguen en la novación del contrato principal. ¿Y si, por incumplimiento con el contrato original principal la pena ya se debe?. También entonces el acreedor quedará con las manos vacías, ya que "la novación purga la mora", como demostraremos en el Capítulo VIII. Véase D.46.2.15. Uno podría preguntarse si la novación de obligación 1 (sin pena convencional) hacia obligación 2 (con pena convencional) es posible a la luz del principio de que la novación debe ir, siempre, de menor a mayor. La pena convencional, ¿no puede ser una limitación de la facultad del acreedor de pedir daños y perjuicios?. Y entonces ¿no será una novatio de mayor a menor?. No, ya que, en el derecho romano, como en varios derechos modernos (por ej. el suizo) la pena convencional no excluye la facultad del acreedor decepcionado de reclamar daños y perjuicios excedentes, comprobando en tal caso el exceso de los daños y per

juicios realmente sufridos por encima de la pena estipulada. Por lo tanto, la añadi
dura de una pena convencional siempre mejora la posición del acreedor, siempre aña
de material al contenido de la obligación, de manera que la novatio, en este caso,
siempre será de menor a mayor.

Otro caso en que, por imprudentes novaciones, el acreedor puede re
bajar, sin darse cuenta, su posición jurídica, es el de los privilegios. El pupilo
tiene, para su crédito, derivado de la administración de la tutela, una hipoteca táci
ta sobre los bienes del tutor. Llegado a la pubertad, el ex-pupilo permite la nova
ción de este crédito mediante una stipulatio. ¿Pierde, entonces, la hipoteca táci
ta?. Véase Capítulo V. De todos modos, si podrá hacer probable que el ex tutor
aprovechó su falta de experiencia, obtendrá una in integrum restitutio.

Otro ejemplo: el ex-marido que tiene que devolver la dote después
de que el matrimonio se haya disuelto sin culpa de él, tiene el privilegio de poder
devolver el importe de los bienes genéricos recibidos por concepto de dote (sobre to
do: dinero) en tres abonos, uno venciendo en el momento del divorcio, y los otros
uno, respectivamente dos años después. Imaginémonos que hay una duda respecto
del valor exacto que debe devolver, y que se trata de restablecer la claridad en és
ta situación nebulosa, mediante una stipulatio. En ella, el ex-marido pierde, en
tonces, aquel privilegio de la devolución en abonos, ya que, desde tal stipulatio ya
no debe en virtud de las normas sobre la dote sino en virtud de una stipulatio común
y corriente.

Un ejemplo más: el que promete una donación y luego no cumple, podrá ser demandado, desde luego, pero goza al respecto del beneficium competentiae o sea: no podrá ser condenado más allá de lo que puede pagar sin caer en la vil miseria. Ahora bien: A debe una donación prometida a B. B debe un valor más o menos equivalente a C. Para simplificar esta situación, B hace la delegación de A a C, y, como es debido, A colabora en esta delegación mediante una stipulatio. En su relación con B (o sea el decepcionado "donatario"), A (o sea el incumplido donante) gozaba del mencionado beneficio, pero en su relación con C, el nuevo acreedor de A, éste ya no puede alegar su derecho a la citada reducción de la condena: por su colaboración con la delegación perdió el beneficium competentiae. Véase D. 46.2.33. Si lo hizo así sabiendas, se considerará ésto como una donación (en éste caso una donación a B, ya que C no mejora su crédito por lo que sucedió, y B sí obtiene una mejor posición patrimonial). Si lo hizo por ignorancia de derecho, A no podrá reclamar una indemnización por la desventaja sufrida, ya que a nadie le aprovecha su ignorantia iuris. Sin embargo, esta regla sufre muchas excepciones (a favor de mujeres, campesinos, soldados, etc.) y si A es una persona exceptuada al respecto, podrá reclamar el valor financiero que el beneficium competentiae (ya perdido) hubiera tenido para él. Esta reclamación, desde luego, debería dirigirse a B. Finalmente, si se trataba de un error justificable de hecho (algo que difícilmente sucedería en este ejemplo). A tendrá derecho a reclamar a B el valor del beneficium competentiae perdido, pero C podrá reclamar de A todo el valor de su stipulatio, sin encontrar el obstáculo del beneficium competentiae. Para todo lo anterior, D.46.2.12 indica el camino.

CAPITULO VII

NOVACION EN RELACION CON OBLIGACIONES BAJO CONDICION O TERMINO .

Para la novación clásica y bizantina, la novación sólo vale si una obligación eficaz queda sustituida por otra eficaz (1). Así, la novación de una obligación condicional, por una obligación pura y simple, sólo vale desde el momento en que estemos seguros de que la primera obligación realmente hubiera tenido eficacia, o sea, desde el momento de la realización de la condición. (2) Por lo tanto, la novación de una obligación bajo condición suspensiva, por otra obligación pura y simple, es una novación bajo la misma condición suspensiva que afectaba aquella primera obligación; el carácter "puro y simple" de la nueva obligación no se manifiesta en la práctica, ya que solo podrá reclamarse la segunda obligación después de realizarse la condición bajo la que existía la primera. Todo esto se desprende claramente de D.46.2.14.1.

(1) El art. 2217 del Código Civil del D. y TT.FF. nos dice que si la primera obligación ya se hubiere extinguido al tiempo de la novación, ésta quedará sin efecto. Luego el art. 2218 del C.C. del D. y TT.FF. dice que la novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad solamente pueda ser invocada por el deudor, o que la novación pudiera interpretarse como una ratificación que convalidara los actos nulos en su origen.

Si la novación fuere nula, subsistirá la antigua obligación; art. 2219 C.C. del D y TT.FF.

(2) En el derecho mexicano, cuando la primitiva obligación esté subordinada a una condición suspensiva, solamente quedará dependiente la novación del cumplimiento de aquella si así se hubiere estipulado.

Esto se desprende claramente del art.2216 del CC. del D y TT.FF.

De la misma manera, una novación de una obligación pura y simple, por otra condicional, solo valdrá si la nueva obligación resulte tener eficacia, o sea desde el momento de la realización de la condición suspensiva. Hasta aquel momento, no hay novación y sobrevive la antigua obligación, aunque el acreedor, si trata de aprovechar este tecnicismo, reclamando el pago antes del cumplimiento de la condición, se encontrará con un obstáculo en la exceptio pacti conventi que seguramente el Pretor otorgará al demandado. D.46.2.8.1 nos confirma este principio. En caso de que resultara ser definitivamente imposible que jamás se realice la condición añadida a la segunda obligación, la novación no valdrá y la primera obligación es lo único que queda de esta situación jurídica, pudiendo el acreedor reclamar ahora su pago, sin temor a la exceptio pacti conventi.

D.46.2.24 nos presenta otro ejemplo. Sempronio me debe dinero, y, con animus novandi, exijo de Titio, bajo condición, lo que Sempronio me debe. Luego Titio se muere, y después se realiza la condición. El heredero de Titio es un heres extraneus, que debe hacer la aditio; si no, no podrá ser considerado como heredero.

La aditio tiene sus efectos retroactivos, y como se efectúa posteriormente a la realización de la condición, Pomponio se pregunta si, acaso, el heredero de Titio recibe la herencia en el estado en el cual se encontraba antes de realizarse la condición, de manera que la novación no surtiría efectos, y Sempronio continuaría debiendo. Pero luego rechaza esta opinión; es verdad que el heredero recibe la

herencia en el estado en que se encontraba en el momento de la muerte de Titio, pero tal estado incluía, en germen, la posibilidad de una actualización del deber eventual de Titio de pagarme lo que Sempronio me debía, y como luego esta eventualidad había sido transformada en realidad efectiva, por la realización de la condición, la novación vale, y el heredero me debe lo que Sempronio me debía.

Un curioso rompecabezas se nos presenta, en D.46.2.8.2. A hace declarar por B que éste le pagará lo que C deberá a A. Más tarde, C llega a deber cierta cantidad a A. ¿Hay novación?. Puede novarse de antemano, entre A y B una deuda de C que todavía no existe?. Se puede decir que B contrajo en relación con A una deuda condicional, una deuda sujeta, en cuanto a su existencia y contenido, al nacimiento de una eventual, futura, deuda de C. Como acabamos de ver, en tal caso, la misma novación es condicional. Ahora bien: la deuda eventual de C realmente llega a existir; se cumple, por lo tanto, la condición para la existencia de la novación, y para la existencia de la deuda de B (siempre que en el arreglo original entre A y B hubiera un animus novandi, algo que D.46.2.8.2 confirma expresamente en este caso). Pero por la novación, en el segundo mismo en el cual C llega a deber algo, ¡ya no debe nada!. Y si no debe nada, no se ha realizado la condición para la novación. En otras palabras, si admitimos que la deuda de C y la novación coinciden exactamente en el tiempo, estamos en presencia de un círculo vicioso; debe admitirse que el nacimiento de la deuda de C es una fracción de un segundo anterior a su efecto jurídico, o sea a la novación por la cual dicha deuda se esfuma

de nuevo. Esto ha sido, efectivamente, la opinión de Celso y de Ulpiano, confirmada por los compiladores justinianos mediante la solemne añadidura sancionadora: "eoque iure utimur".

Todo ésto es muy distinto, desde luego, en caso de obligaciones bajo término suspensivo. Como el término seguramente llegará, se sabe de antemano que la obligación bajo término tendrá eficacia.

Así, la novación de una obligación pura y simple por otra bajo término suspensivo, es inmediatamente válida, de manera que la obligación original se extingue inmediatamente; y, viceversa, la novación de una obligación bajo término suspensivo por otra pura y simple surte inmediatamente sus efectos.

A ésta última conclusión se opone, empero, D.46.2.5, que dice que, en caso de novarse una obligación que existía bajo término suspensivo, por otra pura y simple, la segunda sólo podrá reclamarse después de cumplirse el término suspensivo, previsto para la primera. Es criticable esta solución. No hay razón para trasladar así el término suspensivo de obligación A hacia obligación B. Tratándose de condiciones, hemos visto que sí es lógico trasladar la condición suspensiva de obligación A hacia obligación B, en el supuesto análogo; es lógico, ya que antes de cumplirse la condición, no podemos saber si obligación A realmente tendría eficacia, y una válida novación requiere que el primer término, la obligación original, tenga una eficacia tan indiscutible como el segundo, la obligación nueva. Pero este prin

cipio, que vimos ilustrado en D.46.2.14, no debe transplantarse del campo de las condiciones al de los términos. De la eficacia práctica de una obligación bajo condición suspensiva no podemos estar seguros; en cambio, una obligación bajo término suspensivo es de una eficacia suspendida, pero segura. Sustituyendo "sed non" por "et", en D.46.2.5, esta cita armonizaría de pronto con las demás, pero no me atrevo a afirmar que tal haya sido su formulación original: es evidente que dentro de la escuela clásica hubo muchas discrepancias de opiniones y es posible que esta cita, de Ulpiano, corresponde realmente a su forma original, aunque también es cierto que no corresponde al sistema bizantino general. Es una lástima que los compiladores justinianos no se hayan dado cuenta de esta circunstancia, y que no hayan coordinado estas citas mediante unas interpolaciones más.

Para terminar este capítulo, quiero llamar la atención sobre un problema que surge en D.46.2.14.1, in fine. La condición parece haber tenido efectos retroactivos en el derecho clásico, exactamente como los tiene en el derecho moderno del D.F. (Art. 1941 C.C.). Lo anterior se desprende de D.23.3.9.1, in fine, aunque muchos autores opinan que se trata de un lugar interpolado.

Por otra parte, D.12.1.8 parece contradecir el efecto retroactivo del cumplimiento de la condición; y ahora, también D.46.2.14.1 se coloca del lado de las citas que niegan este efecto: (3) si "pendente conditione" el promitente es depor

(3) Sobre el complicado problema del posible efecto retroactivo de la condición en el derecho clásico, véase la literatura mencionada con Kaser, Römisches Privarecht, I. par. 61, nota 21.

tado o deja de ser persona por alguna otra causa, y si luego la condición se realiza, deberíamos decir que la promesa valdrá, si la teoría del efecto retroactivo es correcta. Pero Marcelo nos dice en D.46.2.14.1 algo muy distinto: una obligación condicional es novada mediante otra obligación pura y simple; hemos visto que esta segunda obligación sólo entra en vigor en el momento en que la original obligación hubiera surtido sus efectos, o sea en el momento del cumplimiento de la condición; si el promitente es deportado, y después se cumple la condición, según Marcelo, la nueva obligación (pura y simple) carecerá de efecto, solución contraria a la que hubiéramos encontrado con base en el principio de la retroactividad de los efectos del cumplimiento de una condición.

CAPITULO VIII

"NOVATIO PURGAT MORAM"

Como la novación es un modo de extinción de las obligaciones, sirve como equivalente de pago, y de la misma manera de que la solutio (el pago) suprime los efectos de la mora, también la datio in solutum (entrega de un nuevo objeto en vez del objeto originariamente convenido) y la novatio ("entrega" de un crédito en vez del objeto originariamente convenido) eliminan los efectos de la mora.

Este principio parece evidente, y la primera cita en D.46.2. que se refiere al mismo nos da la impresión de que, efectivamente, se trata de una regla muy simple. Esta cita es D.46.2.8 pr. Un deudor me debe un esclavo, Stico. Como Stico no me es entregado en el momento convenido, el deudor incurre en mora debitoris. Luego, Stico se muere, por caso fortuito. Normalmente aplicaríamos el principio de que "res perit creditori", pero a causa de la mora, el deudor me debe ahora el valor de Stico. Variando el ejemplo, ahora nos imaginamos que el deudor, después de incurrir en mora, celebra conmigo una novación, que, en éste caso, sustituye la fecha prevista para la entrega, ya vencida, por otro nueva. Antes de éste nuevo vencimiento, Stico se muere por caso fortuito, y ahora si podemos aplicar el principio de que "res perit creditori".

Sin embargo el problema no termina aquí: las otras citas que D.46.2. contiene sobre este tema, nos muestran que el citado principio puede dar lugar a terribles complicaciones. Veamos lo que D.46.2.14 pr. tiene que contarnos al respecto.

El deudor me debe al esclavo Stico, pura y simplemente, e incurre en mora, de manera que responde del caso fortuito. Luego interviene una novación, en el sentido de que Stico me es debido condicionalmente. Antes del cumplimiento con esta condición suspensiva, Stico se muere por caso fortuito. Ahora se presentan dos posibles interpretaciones de la situación jurídica. (I) Como la nueva obligación ya no puede cumplirse, la novación no vale, y renace la obligación original, con su mora y todo, de manera que el deudor me debe el valor de Stico.

Sin embargo, Marcelo, aprobado al respecto por Justiniano, considera que, (II) efectivamente, renace la primera obligación, pero sin la mancha de la mora, ya que ningún deudor está obligado a lo imposible, y si Stico murió sin culpa del deudor, éste ya no debe nada.

La primera solución es la que corresponde a las frías reglas del juego jurídico; la segunda corresponde al sentido común, e inclusive tiene un matiz vulgarista. Se trata de dos opiniones opuestas, ambas defendibles, que surgen de dos actitudes psicológicas frente a la constelación jurídico-fáctica.

Al mismo problema se refiere D.46.2.31 pr. En este caso, empero,

manos postclásicas han estado interviniendo en la formulación de la cita, a tal punto que, en su forma actual, resulta incomprendible. Veamos: "Si he estipulado (sc. pura y simplemente) que se me entregue alguna cosa, y luego estipulo que se me entregue el mismo objeto bajo una condición (sc. suspensiva), con la intención de celebrar una novación, entonces, para que valga esta novación, es indispensable que la cosa exista aún en el momento del cumplimiento de la condición" hasta aquí, todo va bien, y estamos en concordancia con D.46.2.14, pero ahora sucede una desgracia, en la próxima frase que comienza con "nisi" (estas "frases con nisi" son famosas en el estudio romanista; gran parte de ellas son interpolaciones postclásicas, productos de autores que a veces no comprendían muy bien a que se refería el problema de la cita) "a no ser que dependiera del deudor no dar". ¡Vaya una bella restricción al principio, tan lógico, de la frase anterior! El deudor responde de la pérdida del objeto, "a no ser que la falta de entrega dependiera de él", o sea, "a no ser que tuviera la culpa"... Es evidente que el interpolador quiso decir precisamente lo contrario, con el fin de suavizar la triste situación del deudor, que nació de la frase inicial. Su idea era: si hay novación, y antes del cumplimiento con la condición suspensiva, el objeto se pierde, el deudor responde si tuvo alguna culpa en dicha pérdida, pero no responde si la pérdida fue fortuita. Se trata de una típica desviación postclásica de un severo principio clásico; los postclásicos, influenciados por el "favor debitoris" o sea por cierta sentimentalidad frente a los deudores, se sienten molestos por el hecho de que una pérdida fortuita del objeto de la deuda antigua y nueva, hiciera renacer las drásticas consecuencias de una mora, ya perdonada, y quieren ex

cluir estas consecuencias si se trata de una pérdida fortuita. Sin embargo, para formular esta idea correctamente, el interpolador hubiera debido intercalar una frase con tres negaciones: "a no ser que no dependiera del deudor que el objeto no pudiese entregarse", y esta formulación excedía sus fuerzas (no olvidemos que gran parte de los interpoladores postclásicos hablaban en la vida diaria el koine, el griego vulgar, y que, para ellos, el latín era un idioma extranjero); quizás también la mutilación del texto se debió a algún copiadore descuidado. Después de reconstruir, así, el texto en su forma debida, añadiendo una negación más, podemos continuar con la cita. "Así, si me debes un esclavo, e incurriste en mora, me respondes aunque él se muera (sc. por caso fortuito). Y si estipulo de ti aquel esclavo, antes de su muerte, pero ya después de iniciarse la mora, añadiendo una condición suspensiva al convenio; y luego el esclavo se muere (antes del cumplimiento de la condición, desde luego), como se me debe de todos modos este esclavo por stipulatio (sc. por la primera stipulatio), vale la novación". Casi hasta el final, la cita es aceptable, pero con las últimas tres palabras, una vez más interviene una calamidad: D.46.2.14 y el comienzo de esta cita, concuerdan para decir que la novación vale sólo si el objeto subsiste, y que la pérdida del objeto anula la novación y hace nacer la primera obligación, con su mora, de acuerdo con un principio clásico que los postclásicos han suavizado, diciendo que la primera obligación renace sin mora si el deudor es inocente, y con mora si el deudor tuvo la culpa de la pérdida del objeto. Por lo tanto, en caso de pérdida del objeto, la novación no vale ¡precisamente lo contrario de lo que, por sorpresa, nos comunica esta maltratada cita en sus últimas tres palabras!

Cuando ya estamos seguros de haber comprendido debidamente la cita, ¡surge de pronto una conclusión diametralmente opuesta a la que teníamos el derecho de esperar! ¿Otra interpolación, basada en el favor debitoris? ¿O simplemente un error de un copiadador? .

CAPITULO IX

NOVACION Y DELEGACION

La delegatio es una orden que da el "delegans" al delegado para que lo que el delegado debe al delegans, sea pagado a un delegatario, o para que el delegado se convierta en deudor del delegatario, sustituyendo al delegans frente al delegatario.

Así, si A es acreedor de B, pero deudor de C, puede indicar a B que pague a C. Y también puede, con consentimiento de C, hacerse sustituir por B como deudor de C, en cuyo último caso hay una novación; algunos autores hablan entonces de novación subjetiva (ya que un sujeto-deudor es sustituido por otro), a diferencia de la novación objetiva, en la cual el objeto de una obligación es sustituido.

La delegatio puede hacerse por stipulatio, y esta forma habrá sido, sin duda, la más corriente. Sin embargo, si en la litis contestatio A "acepta el litigio" para B, encontramos una delegación por litis contestatio. Otro ejemplo de delegación por litis contestatio podría presentarse en las acciones adjectitiae qualitatis, en las cuales el deudor es una persona distinta de la que, finalmente, será condenada en caso de éxito de la acción. Véase D.46.

2.11.1 o D.46.3.23 (1).

D.46.2.4 nos presenta al respecto el siguiente problema: A debe a B un usufructo sobre una casa. Como B debe algo a C, se arregla para que C, delegatario, reciba el usufructo de A, delegado. ¿Cuál es la situación jurídica que nace ahora?

Ulpiano niega que haya aquí una novación, y para justificar esta sorprendente opinión debemos recurrir al lus Civile. El usufructo es inherente a la persona del usufructuario; por lo tanto, el usufructo para B, no es el mismo usufructo como el concedido a C (consecuencia práctica: la duración del usufructo para B ya es independiente de la vida de A). Como hay ahora un cambio de objeto y un cambio de sujeto activo, este exceso de cambios impide hablar de una verdadera novación. Pero esto vale dentro del rigor del lus Civile, y vemos de esta misma cita que el lus Honorarium protegerá a A contra reclamaciones de B, basadas en la nulidad de esta novación. Si, por ejemplo, C muere antes que B, B no puede alegar que la concesión del usufructo a C haya sido nula, de manera que el usufructo debe continuar a favor de B, y Ulpiano justifica esta solución equitativa, recurriendo al principio de que "cuius commodum, eius etiam incommodum": si C hubiera vivido más tiempo que B, el

1.- Si el objeto de una obligación es distinto de una cantidad de dinero, (y en los casos de que se trate de dinero, pero al mismo tiempo de la actio de eo quod certo loco) la litis contestatio, en el sistema formulario implica una novación objetiva, a causa del carácter monetario de la condena).

concedente del usufructo hubiera salido perjudicado, de manera que es justo que salga beneficiado en el caso contrario. (2) Sin embargo, caben dudas respecto de lo anterior. Sabemos que desde fines de la fase clásica, el usufructo podía venderse (en cuyo caso su duración continuaría dependiente de la vida del vendedor). Soltándose así la liga íntima entre un usufructo y su titular original, uno debe preguntarse si Ulpiano no hubiera podido decir simplemente que "el mismo" usufructo se traslada hacia C, de manera que su duración queda dependiente de la vida de B, y hay una novación común y corriente, de la categoría de la novación subjetiva (mismo objeto, nuevo sujeto).

De todos modos, la cita es interesante, ya que ha sido punto de partida de la teoría de que deberes y derechos personalísimos no pueden ser objeto de delegación.

Un grave problema en materia de delegación de una deuda, es el de las excepciones que el delegado tenía en contra del delegante. ¿Podrá oponerlas también al delegatario?. A primera vista hay que contestar afirmativamente: no es justo que la posición del deudor llegue a ser peor, a causa de este cambio de acreedor. Pero estudiando la cuestión más detenidamente, quizás debería decirse que, por tratarse de una novación o delegación con pleno consentimiento del deudor o sea por el hecho de que el delegado consiente en la delegación, desaparece la injusticia de un deterioro de su posición jurídica.

2.- Véase Pothier, Pandectas, 46.2 número 16.

No se trata de una cesión de crédito; para esta figura jurídica, la actitud del deudor (cessus) es pasiva; allí no se necesita su consentimiento; nada más basta con notificarle unilateralmente la cesión. En cambio, en la delegación, el delegado no está obligado a acceder al cambio de acreedor, y si accede voluntariamente, asume también el riesgo de que su posición jurídica quede de pronto más débil que antes. ¿Cuál habrá sido la actitud del derecho romano-bizantino al respecto?.

El siglo pasado aceptó la existencia en el Corpus Juris de dos clases de delegación. En la "delegación titulada", el deudor, aún consintiendo en la delegación, no vió su posición jurídica afectada por ella; simplemente debía ahora a un acreedor distinto del original, pero todas las excepciones que hubieran podido favorecerle frente al creditor primus, quedaban en vigor frente al creditor secundus. En cambio, en la "delegación pura", las excepciones que hubiese podido oponer al acreedor original perdían su eficacia frente al nuevo acreedor. No hay inconvenientes contra esta distinción; lo único que es dudoso, y que fue muy controvertido entre los pandectistas alemanes del siglo pasado, es la cuestión de si los romanos hayan conocido la delegación pura. Que hayan conocido la delegación titulada resulta claramente de citas como D.46.2.27 (el delegatus - comprador - promete pagar al delegatario acreedor del vendedor - "quidquid ex vendito dare facere oportet" o sea "cuálquier cosa que resultase deber en virtud de determinada compraventa"; si la mercancía no servía, por ejemplo, el delegatus pagaría al delegatario menos

del precio originalmente pactado, o quizás nada). Sin embargo, de D.46.2.19 parece resultar que, en algunas ocasiones, el delegatus, por el hecho de consentir en la novación (delegación) renuncia a ciertas excepciones o defensas. La traducción de esa cita, de acuerdo con García del Corral, como tantas veces, es totalmente incomprensible. Por lo tanto, haremos una traducción nueva, añadiendo entre paréntesis todo lo necesario para la comprensión de este texto.

"La excepción de dolo, que (el delegado) podía oponer al delegante, deja de tener efecto respecto del delegatario. Y lo mismo puede decirse de otras excepciones semejantes, inclusive de la excepción del Senadoconsulto (macedoniano), en relación con el hijo de familia (que hubiera recibido un préstamo); en contra del delegatario, al cual el hijo de familia (delegado) hubiera sido delegado por el (delegante), que le hubiera prestado dinero en contravención del Senadoconsulto (Macedoniano), el (hijo de familia) delegado no podrá utilizar dicha excepción, ya que el hecho de celebrar una promesa (con el fin de novar la obligación que surgió entre el prestamista y el hijo de familia) no va en contra del Senadoconsulto Macedoniano. Y así es con más razón aún, por el hecho de que el hijo de familia no hubiera podido recuperar el dinero pagado (en caso de haber liquidado su deuda voluntariamente).

Pero distinto es el caso de la mujer que haya salido fiadora, en contravención del Senadoconsulto (Velleiano), ya que también su segunda promesa, (parte de la novación), implica una fianza (prohibida por dicho Senadoconsulto). Lo mismo sucede con el menor engañado, y luego delegado; si aún es menor (en el momento de la novación), se considera que es engañado de nuevo. Pero lo contrario sucede si (en el momento de la novación) (el delegado) ya pasó de la edad de 25 años. En tal caso podrá obtener la "integrum restitutio" en contra del acreedor original (el delegante); pero no podrá oponer excepciones contra el segundo acreedor (el delegatario) (en honor de la seguridad jurídica) ya que, tratándose de contratos (el delegatario) no puede saber fácilmente qué sucedió exactamente entre el delegado (o sea el deudor) y el delegante. (3)

Por lo anterior, justificadamente se rehusa (al delegado) toda excepción (contra las reclamaciones del delegatario), basada en circunstancias personales del deudor. (4)

- 3.- E inclusive, si lo supiera, debe fingir no saberlo, para no parecer un entrometido.
- 4.- El texto habla aquí de lo que sucedió entre el delegatus y el debitor. A primera vista, ésto es extraño, ya que el delegatus es precisamente el debitor. Probablemente no se trata de un error en el texto, sino que con "debitor" se designa aquí al delegante, ya que en la gran mayoría de los casos éste es precisamente el deudor del delegatario. La traducción sería, por lo tanto, "el delegatario no puede saber fácilmente lo que sucedió entre el delegatus y el deudor del delegatario, o sea, el delegatario no puede saber fácilmente qué sucedió entre el delegado y el delegante".

De esta cita se desprende lo siguiente: por el hecho de consentir en la novatio, el delegado suele perder sus excepciones contra el delegante (regla general). Sin embargo hay excepciones o aparentes excepciones.

Excepción 1.- Imaginémos que, para evitar que en la novación se perdiera la fianza, la mujer que indebidamente había salido fiadora, salga de nuevo fiadora mediante una promesa correspondiente, que forma parte de la novación. Cuando el acreedor cede mediante novatio su lugar a un delegatario. Se trata en este caso de una delegación, no triangular, sino cuadrangular; el deudor (delegatus) y la fiadora del deudor tienen que tomar, frente al delegatario, las responsabilidades que antes habían asumido frente al delegante. Este nuevo acto jurídico es, por lo que se refiere a la mujer, tan inválido como el anterior: una vez más ella tiene que salir fiadora, y es precisamente lo que prohíbe el SC Veleiano, sancionando dicha fianza mediante nulidad. Estrictamente hablando, no es así que la mujer conservara contra el delegatario la excepción que tenía contra el delegante; su excepción es consecuencia de una nueva fianza, tan inválida como la anterior. No es la misma excepción; es otra nueva, derivada del mismo Senadoconsulto.

Excepción 2.- El menor de edad, engañado, tiene en contra del acreedor que lo engañó, una excepción. Si, siendo menor de edad, participa en una novación, ésta no cura el vicio de origen de que padecía el crédito del delegante. El Digesto dice, que, haciéndolo colaborar en una novación

ción, se le engaña de nuevo, de manera que, también en este caso, no se trata tanto de una misma excepción que puede dirigirse ahora al nuevo acreedor, sino de una nueva excepción, que nació de un nuevo engaño.

Por lo tanto, es fácilmente explicable esta segunda excepción. Si, en el momento de la novación, el delegado ya es mayor de edad, no hay tal nuevo engaño, y entonces la excepción originalmente a la disposición del delegado, es ineficaz frente al delegatario. Lo único que puede hacer el delegado es dirigirse al delegante mediante una reclamación de *in integrum restitutio*, y resarcirse; ¡pero al delegatario habrá que pagarle! ¡Si el delegante es insolvente, el delegado tendrá que pagar el valor de su deuda con una mano, y tratar de cobrar con otra este mismo valor en moneda de quiebra!

Como se nota, en ambas "excepciones", no se trata de una sobrevivencia de los originales argumentos que tuvo el *delegatus* contra el delegante, sino de un nacimiento de nuevos argumentos.

La cita que acabamos de analizar quiere acentuar que un caso que tanto se parece a los dos anteriores, o sea el del *filiusfamilias* que recibía en préstamo en contravención del SC Macedoniano, no pertenece a estas "excepciones a la regla general". Y es justo; mientras que la obligación de la mujer fiadora es nula, así como la obligación del menor engañado, el *filiusfamilias* contrae, cuando menos, una deuda natural (de manera que, después de cumplir "por la buena" no puede alegar que tiene derecho de recuperar lo

indebidamente pagado).

Como consecuencia de este breve análisis podemos decir que existe, en el derecho romano, una regla, sin excepciones, de que los argumentos que tuviera el delegado contra el delegante no pueda oponerse al delegatario. Y las dos aparentes excepciones, mencionadas en la cita analizada, sólo son casos en los que por la novación misma nacen nuevos argumentos del delegado contra el delegatario, basados en una situación jurídica análoga a la que dió origen a los argumentos que antes de la novación el delegado podía oponer al delegante.

No toda delegación, empero, es novación. Si A debe dinero a B y B debe dinero a C, y si luego B pide a A que pague por cuenta de B a C, A es el delegado, B es el delegante y C es el delegatario. (5) Sin embargo, la relación obligacional entre A y B no queda novada, sustituida, por una nueva relación entre B y C. B tiene ahora el derecho de liberarse de su deuda, pagando a C, pero C no tiene el derecho de reclamar algo a A, ya que no hubo, en nuestro ejemplo, contrato alguno entre A y C. Así puede explicarse la cita D.46.2.21 (Pomponio): "si he ordenado a mi deudor que

5.- Esta posibilidad da lugar al problema de determinar si la delegación vale como cesión frente a terceros.

D1 debe dinero a A1, y delega a D1, como pago, a A2; D1 consiente; ahora A1 cede su crédito contra D1 a A3, cuya cesión es notificada al deudor. En caso de duplicidad de cesión, el moderno derecho francés da la preferencia a la primera cesión notificada, pero en este caso se equiparó la delegación consentida a una cesión notificada, de manera que A2 predominó sobre A3 (jurisprudencia de 19 de diciembre de 1923). La aplicación de la regla "Nemo Plus" hubiera dado el mismo resultado.

te pague, tu no puedes de una vez provocar por stipulatio una novación con mi deudor (aunque éste, pagando a tí, quede libre de sus deudas)". En otras palabras, mi deudor tiene derecho de pagarte, pero tu no tienes derecho de reclamarle algo, y por lo tanto no puedes novar una obligación que no existe. Toda novación requiere una obligación existente que quede sustituida por otra nueva, y aquí falta el requisito básico de una liga obligacional entre mi deudor y mi acreedor. (6)

6.- Véase al respecto también Cuyacio, Tomo 7 de la edición de Praga, 1864, Pág. 1438.

CAPITULO X

NOVACION Y ALTERNATIVIDAD O SOLIDARIDAD

D.46.2.31.1 nos coloca ante un nuevo problema: si un deudor debe a dos coacreedores correales, y uno de ellos celebra un pacto novatorio, ¿cuál situación surgirá? Venuleio considera que el deudor se libera del co acreedor con el cual no celebró este pacto, y sólo deberá al ex-coacreedor con quien novó. De la misma manera, si uno de los co-acreedores hizo la de legación del deudor común a un acreedor de aquél, y este acreedor celebró una stipulatio con el ex-deudor común, éste sólo deberá a su nuevo acreedor, y quedará liberado en relación con los dos ex-co-acreedores. En ambos ejem plos, por lo tanto, la novación ocupa el lugar de un verdadero pago, que ex tingue la correalidad (aunque, quizás, hace nacer una nueva obligación, "obli gación secundaria", entre el ex-co-acreedor que novó -deudor en dicha obli gación secundaria- y el ex-co-acreedor que no intervino en la novación -acree dor en esta obligación secundaria-, cuestión que sólo puede determinarse a la luz de los antecedentes financieros, "contables", de dicha correalidad original).

Lo anterior parece incompatible con D.46.2.10, que dice: "la persona a quien el deudor puede pagar válidamente, es también la persona con la que puede celebrarse una novación, con excepción del caso en el cual he estipulado a favor mío o a favor de Tito: entonces, aunque el pago a Tito val

dría, Tito no puede novar válidamente".

¿Cómo resolver esta contradicción entre D.46.2.31.1 y D.46.2.10?

Es evidente que la primera cita se refiere a una correalidad en la cual ambos co-acreedores tienen un interés propio en el pago, en cuyo caso ambos pueden novar, y el primero que cobra o celebra una novación, bloquea el camino al otro. En cambio, D.46.2.10 se refiere a una ad-stipulatio, en la que sólo uno de los co-acreedores tienen interés personal en el cobro, mientras que el otro ha sido añadido a la relación jurídica, sólo con el fin de efectuar el cobro en caso de que el verdadero acreedor estuviera impedido (¡recuérdese que el derecho romano tenía un sistema muy deficiente de representación jurídica). En este segundo supuesto, el co-acreedor sin interés personal puede cobrar -ésto sí- pero no puede novar. (1).

1.- El único Código moderno entre los que examiné, que trata detalladamente de esta cuestión, es el Italiano. En su artículo 1300 establece la regla general de que la novación entre el acreedor y uno de los codeudores libera a los demás (salvo el eventual surgimiento de una obligación secundaria entre el deudor que novó y los demás). Inclusive un derecho real de garantía, consistente en prenda o hipoteca sobre bienes y otros codeudores, se extingue (1233 C.C.). Sin embargo, (artículo 1300 C.C.) prevé la posibilidad de que la novación se restrinja expresamente a la cuota que le corresponde a un codeudor determinado: en tal caso, los demás codeudores sólo quedan liberados, por la novación, hasta por dicha cuota, y los derechos de prenda o hipoteca sobre sus bienes se reducen, pero no se extinguen.

Aunque el régimen de las obligaciones solidarias generalmente se aplica a las obligaciones indivisibles con varios deudores o varios acreedores (artículo 1317 C.C.) existe una excepción al respecto en relación con la

Pasemos ahora al supuesto de la alternatividad. D. 46.2.8.4 nos pregunta lo siguiente: Si A me debe 10, y B también me debe 10, y ahora estipulo de C que me pague los 10 que A me debe o los 10 que B me debe, ¿cuál situación jurídica nace?

Apliquemos las reglas generales de la alternatividad: C debe al ternativamente dos objetos: (1) la cantidad de 10 que lo convertiría en acreedor de A, o (2) la cantidad de 10 que lo convertiría en acreedor de B. Salvo pac to contrario, el deudor tiene el privilegio de la elección, de manera que C puede decidir si la cantidad de 10 que me pague, deberá considerarse como una subrogación en mis derechos para con A, o para con B. Por lo tanto, por el simple hecho de esta curiosa novación, ni A ni tampoco B pueden considerarse como liberados en relación conmigo, mientras que C no se decida: C está en el "driver's seat", como Ulplano señala claramente. Ahora bien: ¿puede C pagar 5 por cuenta de A y 5 por cuenta de B?. Desde luego que no (cuando menos, mientras que yo no consienta), ya que ningún acreedor está obligado a recibir

novación. Si hay varios acreedores de un solo objeto indivisible, debido por un deudor, la novación celebrada ante uno de los acreedores y el deudor, no perjudica a los demás acreedores. Ellos conservan el derecho de reclamar el objeto al deudor, indemnizándolo de las consecuencias de la novación (artículo 1320 C.C., relativo a la remisión, extendido a la no vación de acuerdo con su última frase).

El Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, en el Art. 2222 dispone que cuando la novación se efectúe entre el acreedor y algun deu dor solidario, los privilegios e hipotecas del antiguo crédito sólo pueden quedar reservados con relación a los bienes del deudor que contrae la nu va obligación.

El Art. 2223 del Código Civil del D. y TT. FF. nos dice que por la no vación efectuada entre el acreedor y alguno de los deudores solidarios, quedan exonerados todos los demás codeudores (Sin perjuicio de lo dis puesto en el art. 1999).

pagos parciales. Otro problema: si, entre tanto, yo cobro de A, ¿no estoy arrogándome el privilegio de la elección, obligando a C que realice su pago a mi por cuenta de B?. Sí, efectivamente; por razones de compensación, etc., C puede tener gran interés en efectuar su pago a mi por cuenta de A, y no por cuenta de B; por lo tanto, si yo hago ilusorio su derecho de efectuar el pago por cuenta de A (ya que yo mismo cobro de A), estoy violando un derecho de elección expresamente concedido a C. Tomemos un ejemplo: en el supuesto anterior, A es solvente, y B es insolvente. Estoy seguro, por lo tanto, que C pagará por cuenta de A, y me dejará con una reclamación dudosa frente a B. Para evitar esto, cobro rápidamente de A, para obligar a C que me pague por cuenta de B. Para aclarar la situación que ahora surge, creo que debemos distinguir entre dos situaciones: si el convenio con C ha sido notificado a A, éste se expone al peligro de tener que efectuar un segundo pago a C, después de haberme pagado a mi (teniendo luego en contra mía una condictio indebiti para recuperar el primer pago). En cambio, si A no supo nada de mi convenio con C, tendrá derecho de liquidarme su deuda en el momento en que yo la reclame, pero C, pagándome la cantidad de 10 que me prometió, y encontrándose en la imposibilidad de subrogarse en mi crédito contra A, (de manera que tendrá que contentarse con un crédito contra B, insolvente) tendrá derecho de reclamarme los daños y perjuicios que sufrió por el hecho de que yo utilicé una facultad de elegir que había otorgado a él.

El supuesto anterior es más complicado aún en D.46.2.26: Ti

cio me debe 10 y Seyo me debe 15. Ahora estipulo de Atio que me pague, sea lo que Ticio me debe o lo que Seyo me debe.

Depende, por lo tanto, de Atio si quiere subrogarse en mis derechos frente a Ticio o frente a Seyo; en otras palabras, depende de Atio si quiere pagarme 10 ó 15. Pero esta última frase nos lleva hacia una complicación: Si un deudor debe 10 ó 15, la obligación no es alternativa, sino que vale como una obligación por 10... (D.45.1.12).

Para resolver esta aparente contradicción, basta la siguiente consideración. Si una obligación alternativa tiene por objetos simplemente 10 ó 15, deja de ser una obligación alternativa y se convierte en obligación simple por 10; pero en nuestro ejemplo, no es la alternatividad de pagar 10 o de pagar 15, sino de subrogarse en mis derechos frente a Ticio (pagando 10) o de subrogarse en mis derechos frente a Seyo (pagando 15) y como la subrogación en relación con Ticio o en relación con Seyo puede producir efectos prácticos muy distintos (pensemos en insolvencia, compensación, etc.) en realidad subsiste una verdadera alternatividad.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Contrariamente al principio de que "el que puede más, puede menos", el esclavo o filiusfamilias, aunque podía celebrar actos mucho más delicados en relación con su peculio, no tenía la facultad de novar obligaciones, según D. 46.2.16 y 23, mientras que D. 46.2.34 le otorga el derecho de novar "debita pecuniaria". Esta aparente contradicción se desvanece si traducimos "obligatio" por "crédito", y "debita" por deuda. Hay más casos en los que "obligatio" se refiere al aspecto positivo del vínculo o sea el derecho de crédito (véase, por ej., D.44.7.3 pr.) una terminología que en el derecho moderno sobrevive en relación con aquellos títulos de crédito, que se califican como "obligaciones". Resultaría, si esta interpretación es correcta, que el esclavo o filiusfamilias no podría novar derechos del peculio, pero sí deberes del mismo.

SEGUNDA.- La prohibición de una novación de mayor a menor, que encontramos en la primera fase del derecho clásico, parece haber decaído en la segunda fase respectiva, y ha desaparecido completamente en los derechos neoromanistas (véase D. 46.2.32, que representa la fase transitoria entre dicha prohibición y la actual permisibilidad).

TERCERA.- El derecho romano no admite como válida una novación en la cual la primera obligación no valía, o una novación en la que la segunda no tenía validez. Sin embargo, admitía una novación que cambiara una obligación civil por otra natural y viceversa.

CUARTA.- En caso de invalidarse la segunda obligación a causa de una excepción, la primera renacía, en el derecho clásico, con todos sus accesorios. El caso de D. 16.1.14 parece, a primera vista, incompatible con el principio de que la restitutio in integrum no debe restituir al actor más de lo que hubiere perdido por el rigor del ius civile. Sin embargo, Favre, bajo sus "rationes decidendi", defiende con éxito la opinión de Salvio Juliano, al decirnos que lo que se anula por la in integrum restitutio, es precisamente la stipulatio novatoria, al cambiar un crédito que valía por otro dudoso, y al efectuar la novación desaparecieron las fianzas, de manera que anulándose la causa de la desaparición, debe anularse la desaparición misma, es decir, deben reaparecer las fianzas.

QUINTA.- El derecho moderno austriaco establece en su Jurisprudencia la solución siguiente: en el supuesto de que la primera obligación no valga aunque fuera por falta de forma, entonces también la segunda carecerá de validez. Tampoco valdrá la segunda si la primera noción de un contrato ilícito o de una deuda de juego.

Para el derecho italiano, la inexistencia de la primera obligación trae como consecuencia la inexistencia de la segunda; en cambio la simple anulabilidad de la primera obligación, siempre y cuando sea conocida por el deudor, no produce una anulabilidad en la segunda. A contrario sensu, la conservación de la anulabilidad, a pesar de la novación, favoreciendo a deudores que no se dieron cuenta de la anulabilidad, es una concesión a la "ignorantia iuris", el sistema italiano, por lo tanto, corresponde al principio del "favor debitoris" o sea que debe ayudarse a los deudores.

La más atractiva solución nos la da el derecho alemán, distinguiendo entre tres casos: (1) si la primera obligación es inexistente, y la segunda es causal, entonces la segunda también es inexistente; (2) si la primera es inexistente y la segunda es abstracta, la segunda no es inexistente, pero puede pedirse su anulación por vía del enriquecimiento ilegítimo; (3) si la primera obligación es anulable, esta anulabilidad no se traslada, por efecto de la novación, hacia la segunda obligación, sin tomar en cuenta si el deudor tuvo conocimiento o no de la anulabilidad. Esta última solución es diferente de la italiana; el derecho alemán es más rígido, correspondiendo al principio de que cada uno debe conocer el derecho y vigilar sus propios intereses.

SEXTA.- La regla de que por novación la "nada" no puede transformarse en obligación válida, parece ser contrariada por D.46.2.13, pero en

realidad se trata allí de un caso de simulación, un mandato (del cual nace la "nueva" obligación), disfrazado de novación.

SEPTIMA.- Por novación, una obligación invalidable mediante una exceptio pue de transformarse en una obligación no afectada por exceptio alguna; la novación implica, en tal caso, la renuncia a la exceptio original, tema que tiene especial importancia en relación con la delegación.

OCTAVA.- Si, en una delegación, el delegado pierde frente al delegatario la exceptio que hubiera tenido en relación con el delegante, y el delegado acepta con conocimiento de causa este empeoramiento de su situación jurídica, el derecho romano considera que hubo una donación, de manera que, en caso de ingratitud del delegante-donatario, el delegado-donante podría reclamarle el valor patrimonial de dicha renuncia. La situación del delegado en relación con el acreedor-delegatario de ninguna manera se vería afectada por tal revocación de la donación.

NOVENA.- La novación romana permite el traslado de obligaciones civiles a naturales y viceversa. En el derecho moderno parece más recomendable justificar el traslado del contenido de una obligación natural hacia otra civil, considerando la primera como "causa" de la segunda.

DECIMA.- En D.46,2.8.5 hallamos el curioso caso de una sola correalidad que

nació de dos negocios independientes, ya que la "causa" de uno de ellos es la creencia de que el otro no se hubiera celebrado y vice versa.

DECIMOPRIMERA.- En el derecho justiniano, el animus novandi debe ser evidente, pero no hay necesidad de que sea expreso. Alemania (jurisprudencia), Austria, Francia e Italia siguen este modelo. México se aparta de este principio, exigiendo una formulación expresa del animus novandi (art. 2215, CC. DF).

DECIMOSEGUNDA.- Aunque en el derecho renacentista hubo controversias sobre el carácter novatorio o no-novatorio de la transacción, en el derecho mexicano la transacción no implica una novación, de manera que los derechos accesorios sobreviven automáticamente a una transacción.

DECIMOTERCERA.- Mediante una novación, el acreedor pierde la ventaja de los derechos accesorios (garantías, pacto de intereses, pena convencional, pago en abonos, beneficium competentiae), siempre y cuando éstos no sean trasladados expressis verbis hacia la nueva obligación. En caso de que algún tercero esté involucrado en tales derechos accesorios (por ej. un fiador), tal traslado expreso requiere su consentimiento.

DECIMOCUARTA.- En el derecho romano, una novación "pura y simple" que,

por novación, viniera en el lugar de otra obligación bajo condición suspensiva, se convertía en la práctica también en obligación bajo condición suspensiva, ya que una novación de obligación A en obligación B sólo vale desde el momento en que veamos que obligación A es eficaz, o sea desde el momento de la realización de la condición. El derecho mexicano establece una mayor independencia entre ambas obligaciones, como se desprende del art. 2216, CC. DF.

DECIMOQUINTA.- En el derecho romano, una novación que diera lugar a una nueva obligación bajo condición suspensiva, sólo valía a partir de la realización de esta obligación; la imposibilidad de realización hacía renacer la antigua obligación.

DECIMOSEXTA.- En el caso de las dos conclusiones anteriores, un término sus pensivo en relación con la primera o con la segunda obligación, de ninguna manera suspende la eficacia de la novación en buena lógica jurídica, de manera que D. 46.2.14 constituye una cita incompatible con el sistema romano en general.

DECIMOSEPTIMA.- D. 46.2.14.1 nos habla del caso de una obligación condi cional, novada mediante una nueva obligación pura y simple que que da, por lo tanto, afectada por la condición original (véase concl.14). En el momento de cumplirse la condición, resulta que el promitente original ha sufrido una forma de "muerte civil". El efecto retroacu

tivo del cumplimiento de la condición nos coloca, para juzgar la va lidez de la primera obligación, en el momento de su celebración (antes de la muerte civil). Por lo tanto, deberíamos concluir que la primera obligación valía, y que por consiguiente, también la novación valía, de manera que la nueva obligación es válida. Marcelo niega este resultado, en D. 46.2.14.1, lo cual, una vez más, provoca dudas respecto de la cuestión de saber si los clásicos y bizantinos ha yan aceptado en forma general el principio de la retroactividad de los efectos de la condición.

DECIMOCTAVA.- La novación extingue los efectos de la mora, de manera que "res perit creditori".

DECIMONOVENA.- En la delegación pura, el delegado no puede aprovechar contra el delegatario las excepciones que hubiera tenido contra el delegante.

En la delegación titulada, el delegado conserva las excepciones que hubiera tenido frente al delegante.

La regla general del derecho romano-bizantino correspondió a la de legación pura. Las excepciones de esta regla que menciona la lite ratura romanista resultan ser aparentes.

VEINTEAVA.- La contradicción aparente entre D.46.2.31.1 y D.46.2.10 desa parece si suponemos que D. 46.2.31.1 se refiere a aquél caso de

correalidad activa en que ambos coacreedores tienen interés patrimonial propio, y D.46.2.10 al caso de aquella correalidad activa en el que uno de los coacreedores tiene, económicamente hablando, só lo una función de cobrador.

BIBLIOGRAFIA.

FUENTES.

Allgem. Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil austriaco), edición Kapfer, 1963, con jurisprudencia.

Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán), con comentarios de Palandt, 16a. ed., 1957.

Code Civil Francais (Código Civil francés), con jurisprudencia, Dalloz, 1953.

Codice Civile Italiano (Código Civil italiano) de 1942.

Código Civil del Distrito y Territorios Federales de 1928.

Corpus Juris Civilis, ed. Mommsen-Krueger-Schoell-Kroll, Berlin, 1965.

Gaius, Institutes, ed. Zulueta, Oxford, 1951.

COMENTARIOS GENERALES.

Carbonnier Jean, Droit Civil, París, 1962.

Cuyacio, Opera Omnia, Tomo VII, Praga, 1864.

Favre, Antoine (Antonius Faber), *Rationalia ad Pandectas*, Lyon, 1604.

Margadant, Guillermo F., *Derecho Privado Romano*, 2a. ed. 1964.

Pothier, R. J., *Pandectae*, ed. 1818.

Kaser, Max, *Römisches Privatrecht*, I y II, Munich, 1955 y 1959.

MONOGRAFIAS.

Gide, P., *Études sur la novation et le transfert des créances en droit romain*, Paris, 1879.

Rutsaert, P., *Étude sur la délégation en droit privé romain*,

Paris-Bruselas, 1929.