

La condonación de la deuda en el Código civil (Estructura y objeto del negocio remisivo)

Carles Enric Florensa Tomás

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

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

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tesisenxarxa.net) service has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized neither its spreading and availability from a site foreign to the TDX service. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service is not authorized (framing). This rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.

**LA CONDONACIÓN DE LA DEUDA EN EL
CÓDIGO CIVIL
(ESTRUCTURA Y OBJETO DEL NEGOCIO
REMISIVO)**

**TESIS PRESENTADA, PARA LA COLACIÓN
DEL GRADO DE DOCTOR, POR**

Carles Enric FLORENSA i TOMAS

Dirigida por el Profesor Dr.D.

Alfonso HERNANDEZ MORENO

**(Catedrático de Derecho Civil de la
Universitat de Barcelona)**

LLEIDA, 1.987

I N D I C E

INTRODUCCION

1. Oportunidad del tema	2
2. Plan de trabajo	4

TITULO PRIMERO

LOS PRECEDENTES ROMANOS DE LA REMISION DE LA DEUDA

I. POTHIER: EL PUNTO DE REFERENCIA HISTORICO DE LA ACTUAL REMISION	14
II. EN ROMA NO EXISTIA UN TIPO GENERAL DE REMISION DE LA DEUDA: FIGURAS AFINES QUE PUEDEN CONSIDERARSE COMO PRECEDENTES DE LA MISMA	18
1. LA «ACCEPTILATIO»	22
2. LA «SOLUTIO PER AES ET LIBRAM»	30
3. EL «MUTUUS DISSENSUS» O «CONTRARIUS CONSENSUS»..	34
4. EL «PACTUM DE NON PETENDO»	39
III. RECAPITULACION	46
IV. ALGUNAS POSICIONES DOCTRINALES ACERCA DE LOS ORIGENES DE LA ACTUAL REMISION	53

1. BREVE REFERENCIA A LA DOCTRINA ITALIANA Y ALEMANA	53
2. LA DOCTRINA ESPAÑOLA	57
2.1. Anterior a la codificación	57
2.2. Posterior a la codificación	63
V. CONCLUSIONES	64

TÍTULO SEGUNDO

**LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD REMISIVA
Y SU ESTRUCTURA NEGOCIAL**

CAPÍTULO PRIMERO

**LA REMISIÓN DE LA DEUDA Y LA RENUNCIA AL
DERECHO DE CRÉDITO: ESTUDIO DOCTRINAL**

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	73
II. POSICIONES DOCTRINALES	76
1. LA DOCTRINA FRANCESA	78
1.1. POTHIER: la remisión es una donación, no una renuncia	78
1.2. La Escuela de la Exegesis: la remisión como renuncia liberal	80
1.2.1. época de formación (1.804-1.830) ...	80

1.2.2. época de apogeo (1.830-1.880)	81
1.2.3. época de decadencia (1.880-1.890) ..	84
1.2.4. Conclusiones sobre la doctrina de los exegetas	85
1.3. La doctrina francesa contemporánea	89
2. LA DOCTRINA ALEMANA	95
2.1. La Pandectística alemana: WINDSCHEID	95
2.2. La doctrina alemana posterior al B.G.B. ...	97
3. LA DOCTRINA ITALIANA	103
3.1. La doctrina italiana tras la publicación del Código civil de 1.865	103
3.1.1. Autores que identifican la remisión con la renuncia al derecho de crédito to	104
A) La renuncia (remisión) necesita ser aceptada	104
B) La remisión como renuncia liberal	105
C) La identificación total de la re- misión con la renuncia: no necesi- dad de aceptación	107
3.1.2. La remisión es bilateral y distinta a la renuncia al derecho de crédito	110
3.2. La doctrina italiana tras la publicación del Código civil de 1.942	112
3.2.1. La remisión es unilateral en tanto que considerada como renuncia	113

A) La receptividad como requisito de eficacia	113
B) La teoria de Salvatore ROMANO	116
3.2.2. La remisión como negocio jurídico bilateral	119
A) La remisión como una renuncia acep- tada	119
B) La remisión como una donación	120
C) La remisión como contrato	122
3.2.3. Teorías eclécticas o conciliadoras	124
3.3. La discusión doctrinal entre TILOCCA Y PER- LINGIERI	128
3.3.1. La tesis de TILOCCA	130
3.3.2. La tesis de PERLINGIERI	132
4. LA DOCTRINA ESPAÑOLA	140
4.1. La doctrina española del siglo XIX, an- terior al Código civil	141
4.1.1. Obras de carácter general	142
4.1.2. Las obras de texto articulado	144
A) Pablo GOROSABEL	145
B) Mario NAVARRO AMANDI	150
4.2. Proyectos de Código civil	152
4.2.1. Proyecto de Código civil, 1.836	152
4.2.2. El proyecto de 1.851	153
4.3. La doctrina española posterior a la pu- blicación del Código civil	155
4.3.1. La unilateralidad defendida desde la	

identidad entre remisión y renuncia al derecho de crédito	158
4.3.2. La remisión como negocio jurídico bilateral	159
A) La renuncia bilateralizada	159
B) La bilateralidad de la condonación como consecuencia de la remisión del art. 1.187 C.c. a las formas de la donación	160
C) Otros autores que no fundamentan su posición	162
4.3.3. La remisión puede asumir tanto la estructura unilateral como la bi- lateral	162
4.3.4. La opinión de PUIG BRUTAU sobre el problema de la estructura de la re- misión	164
III. A MODO DE CONCLUSIÓN	166

CAPÍTULO SEGUNDO

LA AUTONOMÍA DEL NEGOCIO REMISIVO

I. LA LEY DE BASES DE 11 DE MAYO DE 1.883	170
II. EL EFECTO TÍPICO DE LA REMISIÓN DE LA DEUDA	182

1. LA ABDICACIÓN COMO EFECTO TÍPICO DE LA RENUN- CIA	183
1.1. La renuncia no es traslativa	186
1.2. La renuncia no es esencialmente extintiva .	198
1.2.1. La renuncia en el ámbito de dere- chos reales	200
1.2.2. La renuncia en el ámbito del Dere- cho de obligaciones	205
2. LA EXTINCIÓN DE LA DEUDA Y DE LA OBLIGACIÓN COMO EFECTO TÍPICO, MEDIATO E INMEDIATO, DE LA REMISIÓN	211
3. RENUNCIA Y REMISIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL EFECTO: A MODO DE CONCLUSIÓN	217
3.1. La renuncia y la remisión en la cotitulari- dad solidaria del crédito	223
III. RECAPITULACIÓN	229

CAPÍTULO TERCERO

LA REMISIÓN DE LA DEUDA ES UNILATERAL

I. PLANTEAMIENTO DE NUESTRA ARGUMENTACIÓN	236
II. CRÍTICA A LAS DIFERENTES POSICIONES DOCTRINALES ...	239

1. CRÍTICA A LAS JUSTIFICACIONES DE LA UNILATERALIDAD	239
2. CRÍTICA A LAS JUSTIFICACIONES DE LA BILATERALIDAD	243
2.1. La llamada «renuncia liberal»	243
2.2. La bilateralidad derivada de doble declaración de voluntad	246
2.2.1. La bilateralidad basada en la identificación de remisión y donación ..	246
A) La referencia del art. 1.187,2 a las formas de la donación	247
2.2.2. Las razones sociales de decoro	249
2.2.3. El derecho de consignación del deudor	252
2.3. Respecto de otras justificaciones doctrinales de la bilateralidad	252
2.3.1. Crítica a la opinión de SANCHO REBULLIDA	253
2.3.2. Crítica a la opinión de PUIG BRUTAU	255
III. LA REMISIÓN ES UN NEGOCIO JURÍDICO ESENCIALMENTE UNILATERAL	258
1. LA AUTONOMIA PRIVADA Y EL PODER DE DISPOSICIÓN DEL ACREEDOR SOBRE LA OBLIGACIÓN	259
1.1. Aspectos generales de la autonomía privada	259
1.2. Manifestaciones del poder de disposición	

del acreedor sobre la obligación	268
1.2.1. El poder de disposición del acreedor sobre su posición jurídica activa	269
A) La renuncia al derecho de crédito .	259
B) La cesión del crédito (art. 1.526 C.c.)	269
1.2.2. El poder de disposición del acreedor sobre la posición jurídica pasiva	271
A) El supuesto de la delegación (art. 1.206 C.c.)	271
B) La expromisión (art. 1.205 C.c.) ..	272
1.3. El Art. 1.143,1 C.c. como manifestación del poder de disposición del acreedor sobre la obligación	276
2. ¿TIENE EL DEUDOR «DERECHO» A (SOBRE) LA OBLIGACIÓN?	284
2.1. La máxima «invito beneficium non datur» no es aplicable a la condonación	285
2.2. El deudor no tiene «derecho» al cumplimiento de la obligación	287
3. EL PROBLEMA DE LA REVOCABILIDAD: LA REMISIÓN ES RECEPTECIA	292
3.1. Breve referencia al estado de la doctrina	293
3.2. La receptividad de la declaración del	

acreedor	297
4. CONCLUSIÓN	305

CAPITULO CUARTO

LA FORMA EN LA CONDONACIÓN EXPRESA.

LA CONDONACIÓN TÁCITA.

1. EL PRINCIPIO GENERAL ES EL DE LA LIBERTAD DE FORMA.	308
2. EL SIGNIFICADO DE LA REMISIÓN A LAS FORMAS DE LA DONACIÓN	309
2.1. No significa identidad de instituciones	310
2.2. La aplicación de las formas de la donación hay que referirla a la declaración del condonante	312
2.3. La remisión a las formas de la donación hay que entenderla respecto a los artículos 632 y 633: forma «ad solemnitatem»	315
3. ¿CÓMO SE APLICAN A LA CONDONACIÓN LAS FORMALIDADES DE LA DONACIÓN?	316
3.1. El problema deviene de la falta de carácter atributivo (en sentido estricto) de la donación	316
3.2. Primera solución: la consideración del deber	

de prestación como punto de referencia de la aplicación de las formas de la donación	318
3.3. Segunda solución: el objeto del deber de prestación como referencia de la aplicación de las formas de la donación	319
3.4. Tercera solución: la singularidad o pluralidad de deudas como referencia para la aplicación de las formas de la donación	320
3.4.1. Supuesto de singularidad: una sola deuda. Aplicación del art. 632 C.c. ..	321
3.4.2. Supuesto de pluralidad de deudas: aplicación del art. 633 C.c.	323
4. LA FORMA COMO LÍMITE A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DEL ACREEDOR	324
5. LAS FORMAS DE LA CONDONACIÓN EXPRESA Y LA CONDONACIÓN TÁCITA	330

TÍTULO TERCERO

EL OBJETO DE LA DECLARACIÓN REMISIVA

CAPÍTULO PRIMERO

LA POSICIÓN JURÍDICO-DEUDORA COMO

OBJETO DE LA DECLARACIÓN REMISIVA

I.	INTRODUCCIÓN	339
	1. OBJETO Y CONTENIDO DE LA CONDONACIÓN	339
	2. PRESENTACIÓN DEL TEMA	343
II.	EL OBJETO DE LA DECLARACIÓN REMISIVA RECAE EN LA ESFERA PASIVA DE LA OBLIGACIÓN: ARGUMENTOS	345
	1. ARGUMENTO DOCTRINAL	345
	1.1. POTHIER: la distinción entre remisión real y personal	345
	1.2. Doctrina contemporánea	350
	2. LA EXPRESIÓN LEGAL: CONDONACIÓN DE LA DEUDA ...	355
	2.1. Criterio sistemático	355
	2.2. Criterio gramatical	358
	3. CONCLUSIONES	364
	3.1. La deuda como substrato de la relación obligatoria: idoneidad de la remisión de la deuda para extinguir la obligación	364
	3.2. Deuda equivale a posición jurídico-deudora: la diversidad de objeto de la remisión ...	372

CAPÍTULO SEGUNDO

LA CONDONACIÓN REAL

1.	LA CONDONACIÓN REAL TOTAL	378
1.1.	Declaración de voluntad	378
1.1.1.	Formas de exteriorización	378
1.1.2.	La voluntariedad	384
	A) Desde el punto de vista subjetivo	384
	B) Desde el punto de vista objetivo	387
1.2.	Capacidad	388
1.2.1.	Legitimación activa	388
1.2.2.	Legitimación pasiva	393
1.3.	Requisitos objetivos	395
1.4.	La condonación de la deuda como negocio sujeto a condición: vinculación y eficacia	397
1.5.	Contenido efectual de la condonación real total	403
1.5.1.	El artículo 1.190 C.c.	405
	A) Condonación de intereses y cláusula pe- nal	408
	B) Extinción de la hipoteca, por condona- ción de la obligación garantizada	409
1.5.2.	El artículo 1.143 C.c.	415
	A) Cotitularidad solidaria del crédito ...	416
	A.1. La teoría romana	418
	A.2. La teoría francesa	424
	A.3. Teoría acogida por el Código civil	

	español	430
	B) Solidaridad pasiva	437
2.	LA CONDONACION REAL PARCIAL	451
2.1.	Admisibilidad de la figura	451
2.1.1.	Argumento doctrinal	452
2.1.2.	Argumento legal: el art. 1.146 C.c. ...	456
2.2.	El objeto de la declaración constitutiva de la remisión parcial	459
2.3.	El efecto de la remisión parcial	464
2.4.	Régimen jurídico en la solidaridad pasiva	470

CAPÍTULO TERCIERO

LA CONDONACION PERSONAL

1.	EL OBJETO DE LA DECLARACION DE VOLUNTAD	484
2.	EFFECTOS DE LA CONDONACION PERSONAL	488
2.1.	El artículo 1.850 C.c.: la liberación del co- fiador	491
2.1.1.	La liberación del cofiador en el Pro- yecto de 1.851	491
2.1.2.	La liberación del cofiador en el Código civil	495
2.2.	El artículo 1.146 C.c. contempla, también, la condonación personal	502

3.	LA CONDONACION PERSONAL NO ES CONDONACION, SEGUN EL	
	C.C.	507

CAPÍTULO CUARTO

**EL ART. 1.146 C.c. COMO SUPUESTO LEGAL DE
COEXISTENCIA DE LA CONDONACION REAL PARCIAL
Y LA CONDONACION PERSONAL**

1.	SUPUESTO DE HECHO	512
2.	RÉGIMEN JURÍDICO.....	518
	2.1. Acreedor condonante-deudor condonado	519
	2.2. Acreedor condonante-deudor no condonado	521
	2.3. Deudor condonado-deudor no condonado	528
3.	LA RESPONSABILIDAD EN EL CUBRIMIENTO DE INSOLVEN- CIAS	534
	3.1. Perdón más condonación parcial	535
	3.2. Perdón sin condonación parcial	538

CAPÍTULO QUINTO

EL «PACTUM DE NON PETENDO IN PERPETUUM»

1.	JUSTIFICACIÓN DE SU ESTUDIO: GENERALIDADES	541
2.	EL «PACTUM DE NON PETENDO» EN LA DOCTRINA DEL DERECHO INTERMEDIO	543
2.1.	Primera época: del «pactum de non petendo» sólo deriva una excepción	546
2.2.	Etaqa evolucionada del «p. de n. p.»	551
3.	EL «PACTUM DE NON PETENDO» EN EL DERECHO CASTELLANO	556
4.	EL «PACTUM DE NON PETENDO» EN LA DOCTRINA Y EN LOS TEXTOS LEGALES DEL SIGLO XIX	562
5.	UNA NUEVA VISIÓN SOBRE EL «PACTO O PROMESA DE NO PEDIR»	572
5.1.	Generalidades	572
5.2.	Naturaleza jurídica	574
5.3.	El pacto de no pedir no es necesariamente bilateral	577
5.4.	Objeto y efecto del pacto o promesa de no pedir	582
5.5.	Régimen jurídico	588
5.5.1.	Aspectos sustantivos del pacto de no	

pedir	588
5.5.2. El «pactum de non petendo» y la solida- ridad	598
5.6. El «pactum de non petendo» y otras figuras si- milares	603
5.6.1. La «quita» previa al concurso de acree- dores	603
A) La quita y la condonación parcial: dis- tinción	603
B) La quita judicial como «pactum de non petendo» desde el punto de vista del efecto	608
5.6.2. El «pactum de non petendo» y la pres- cripción	614
5.6.3. El «pactum de non petendo» y la obliga- ción natural	618
6. RECAPITULACIÓN	623
6.1. «Pactum de non petendo» y condonación de la deuda	623
6.2. Su ubicación en el ámbito de la condonación personal	624

CAPÍTULO SEXTO

LA REMISIÓN DE LA SOLIDARIDAD

I.	INTRODUCCIÓN	629
II.	LA REMISIÓN DE LA SOLIDARIDAD EN EL DERECHO FRANCÉS	630
	1. POTHIER: EL PUNTO DE PARTIDA	630
	2. EL CODE NAPOLÉON	639
	3. LA ESCUELA DE LA EXÉGESIS	644
III.	LA REMISIÓN DE LA SOLIDARIDAD EN LOS CÓDIGOS ITALIANOS	650
	1. EL CODICE DE 1.865	650
	2. LA DOCTRINA ITALIANA POSTERIOR A LA PUBLICACIÓN DEL CÓDIGO DE 1.865	652
	3. EL CONTINUISMO DEL CÓDIGO ITALIANO DE 1.942	657
IV.	LA REMISIÓN DE LA SOLIDARIDAD EN EL PROYECTO DE 1.851	659
V.	CONCLUSIONES PROVISIONALES	664
VI.	LA VERDADERA REMISIÓN DE LA SOLIDARIDAD	667
	1. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA SOLIDARIDAD ...	667
	2. NATURALEZA JURÍDICA	673
	3. RÉGIMEN JURÍDICO	676
	3.1. Remisión ilimitada de la solidaridad	676

3.2. Remisión limitada de la solidaridad	677
3.2.1. Dedución de la parte del deudor li- berado	678
3.2.2. ¿Quién debe soportar la posible in- solvencia de alguno de los restantes codeudores?	680
VI. EL LLAMADO «BENEFICIUM DIVISIONIS»	684
1. NATURALEZA JURÍDICA	684
2. RÉGIMEN JURÍDICO	688
2.1. Concesión ilimitada del beneficio de divi- sión	690
2.2. Concesión limitada del beneficio de divi- sión	691
3. LA CONSIDERACIÓN DEL BENEFICIO DE DIVISIÓN COMO CONSTITUTIVO DE UN «PACTUM DE NON PETENDO» PAR- CIAL	692
CONCLUSIONES	696
BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA	728

INTRODUCCI6N

1. Oportunidad del tema.

No es precisamente la condonación de la deuda un tema del que se haya ocupado la doctrina española de este siglo. Seguramente, esto ha llevado a su falta de delimitación conceptual.

Porque si bien es verdad que el Código civil español la regula en Sección propia (Sección Tercera del Capítulo IV, Título I, Libro IV) y, propiamente, en los artículos 1.187 y siguientes, no es menos cierto que los datos ofrecidos por estas normas no son los suficientes para conocer su verdadera naturaleza jurídica. Como dice FALCÓN, «nuestro Código sólo se ocupa de las formas como pueden hacerse las condonaciones y de los efectos que producen»¹, esto es, no dice qué sea, cuál es su régimen jurídico.

Tradicionalmente, además, la condonación de la deuda ha sido privada de autonomía y especificidad propias. Unas veces se le ha identificado con la donación, afirmando que no se trata más que de una «donación liberatoria»² y en otras, la mayoría, se ha identificado con la renuncia al derecho de crédito.

¹ Modesto FALCÓN, *Código Civil Español*, IV, Madrid, 1.889, pág. 60.

² Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, entre otros, califica a la condonación de «donación *in liberando*» (Donación, condición y conversión jurídica material, en «Estudios sobre donaciones», Madrid, 1.978, pág. 349.

Respecto a la asimilación con la donación, nada parece haber llamado la atención el hecho de que se trate de una institución extintiva de la obligación (art. 1.156 C.c.) y no atributiva o transmisiva. Respecto a la renuncia al derecho de crédito, nada parece significar la propia denominación de la institución: condonación de la deuda.

Y es que, además, la única doctrina sobre el tema se encuentra en los manuales al uso y demás obras de carácter general, si exceptuamos la única contribución al estudio de su naturaleza, que nosotros conocemos, realizada por SANCHO REBULLIDA³, a diferencia de lo que ha sucedido en la doctrina italiana, con dos monografías relativamente recientes⁴.

La multivocidad para designarla tampoco contribuye a su esclarecimiento y delimitación conceptual. En efecto, son múltiples los términos utilizados por el propio Código civil para, supuestamente, indicar un mismo negocio: condonación (arts. 1.187 y 1.190 C.c.), renuncia de la acción (art. 1.188 C.c.), remisión (art. 1.191, 1.143 y 1.146 C.c.), quita (art. 1.146 C.c.), liberación (art. 1.850 C.c.).

La parquedad y ligera dispersión (arts. 1.143, 1.146, 1.850) de las normas reguladoras en el Código civil, la escasez de precedentes doctrinales, su confusión con otras instituciones afines, todo ello unido, hace que, efectivamente, se

³ SANCHO REBULLIDA, Fco. de Asís, *Notas sobre la naturaleza jurídica de la condonación de las obligaciones*, en Revista de Derecho Privado, XXXIX, febrero de 1.955 y en Estudios de Derecho civil, I, Pamplona, 1.978.

⁴ Como mínimo, se cuenta en Italia con dos sendas monografías: la de Ernesto TILOCCA (*La remissione del debito*, Padova, 1.955) y la de Pietro PERLINGIERI (*Remissione del debito e rinuncia al credito*, Napoli, 1.968). Sin olvidar la más antigua de Renato CERCIELLO (*La rimessione del debito nel diritto civile positivo*, Roma, 1.923).

comprenda la oportunidad del estudio de la condonación o remisión de la deuda. Si, además, permite tratar, siquiera tangencialmente, multitud de figuras o instituciones distintas (cotitularidad solidaria del crédito y de la deuda, fianza, derecho subjetivo, donación, renuncia, etc.), se entenderá mejor tal oportunidad.

No se oculta, tampoco, el interés de la Cátedra de Derecho civil de la Facultad de Derecho de Lleida en hacer del Derecho de obligaciones objetivo prioritario en el estudio del Derecho civil.

2. Plan del trabajo.

El presente trabajo persigue, ante todo y principalmente, dos objetivos. El primero, demostrar la autonomía del negocio remisivo, fundamentalmente frente a la renuncia al derecho de crédito, a pesar de la identidad de estructuras de las respectivas declaraciones de voluntad. En segundo lugar, y no precisamente por orden de importancia, cuál es el verdadero objeto de la declaración de voluntad remisiva.

No se busque, pues, en esta tesis, los efectos y consecuencias del negocio remisivo (lucratividad), sino la estructura del mismo: la declaración de voluntad constitutiva del negocio de remisión y su objeto.

Para ello, se ha dividido el trabajo en tres Títulos. El primero trata de los precedentes romanos de la remisión de la deuda, que permite adentrarnos en dos figuras cuyas

peculiaridades van a ser recogidas para conformar la actual versatilidad de la declaración remisiva del acreedor: la *acceptilatio* y el *pactum de non petendo*.

El Título segundo trata ya de la propia declaración de voluntad remisiva, con un doble propósito: afirmar su esencial unilateralidad y, al mismo tiempo, diferenciarla de otra declaración que, tradicionalmente, ha tomado su lugar: la renuncia al derecho de crédito. En este ámbito asumirán protagonismo propio la función de una y otra declaración: la renuncia, esencialmente abdicativa y la remisión, esencialmente extintiva.

También se verá, en el mismo Título, el significado de la aplicación de las formas - por formalidades - de la donación a una determinada condonación, la expresa, resaltando que al lado de ésta existe la posibilidad del acreedor de manifestar tácitamente su voluntad.

El Título tercero versa sobre el objeto de la declaración remisiva. Como decíamos anteriormente, nadie parece haber reparado en que la misma denominación de la institución señala cuál es su verdadero objeto, dónde encuentra su destino inmediato la declaración del acreedor: la condonación lo es de la deuda, y ésta, entendida como la totalidad de la posición jurídico-deudora, es el objeto de la remisión.

De ahí que el punto de referencia para estudiar toda clase de remisión deba ser la esfera pasiva de la obligación, justamente al contrario de lo que sucede en la renuncia, cuyo objeto se encuentra en la esfera activa (derecho de crédito, acción, etc.).

Y el hecho de que sea éste el objeto de la remisión permite al acreedor, de manera arbitraria, optar o escoger, individualizándola, cualquiera de las partes en que aquella posición deudora puede descomponerse - la persona del deudor, su deber de prestación o el objeto de ese mismo deber - dando lugar a tantas otras especies del negocio remisivo, que pueden resumirse en dos: la condonación real - que nos permitirá estudiar, brevemente, el régimen jurídico de la condonación tipificada en el Código civil - y la condonación personal, diferenciadas sensiblemente desde el punto de vista del contenido efectual (efecto real-extintivo y personal-liberatorio, respectivamente). Respecto a la última, veremos también dos de sus variantes: el *«pactum de non petendo in perpetuum»* y la remisión de la solidaridad.

Pero pudiendo recaer la declaración del acreedor sobre objetos distintos, no supone por ello que se traten, asimismo, de negocios distintos. El hecho de que exista un contenido mínimo en todas aquellas declaraciones permite hablar de un sólo negocio remisivo. Éste será siempre dispositivo, unilateral, abstracto, extintivo y que encuentra su objeto en la esfera pasiva de la obligación. La diversidad de objetos no alterará la uniformidad de contenido mínimo que permite calificar a ese negocio como remisivo.

En virtud de ese contenido mínimo puede explicarse, brevemente, por qué no se estudian algunas de las cuestiones clásicas al abordar la remisión de la deuda.

En primer lugar, el tema de la causa. Hemos dicho que el negocio es abstracto. La calificación - doctrinalmente pacífica - de la remisión como negocio dispositivo permite, junto a su función extintiva, afirmar que no necesita de causa para extinguir la deuda y, con ella, la obligación. Evidentemente no nos estamos refiriendo a la causa negocial, por cuanto todo negocio, dispositivo o no, cumple una función económico-social, que se confunde con su propio contenido o efecto.

Sólo requieren de causa, según el sistema español, los negocios productores de derechos de crédito y en sede de contratos (arts. 1.261 y 1.274 C.c.); por ello se habla de causa de la obligación. También existe acuerdo causal en tema de atribuciones patrimoniales, es decir, para la creación o transmisión de derechos de propiedad (art. 1.901 C.c.).

Però no existe ningún fundamento legal para afirmar que el ordenamiento exige causa para extinguir, lo cual, si bien es disponer, no es lo mismo que atribuir o transmitir. Así pues, para los negocios extintivos, si la ley no lo exige concretamente, no es necesario el acuerdo causal ya que éste sólo se exige para crear o transmitir derechos, mas no para extinguir obligaciones.

Ya la disposición convive mal con la causa* y sucede que la condonación, además de ser negocio dispositivo (de dis-

* «La mayoría de los negocios de disposición son abstractos» (Ludwig ENNECCERUS, *Derecho civil (Parte General)*, 15ª revisión por H.C. NIPPERDEY, trad. de la 3ª ed. y estudios e comparación y adaptación por Blas PEREZ GONZALEZ y José ALGUER, 3ª ed., al cuidado de A. HERNÁNDEZ MORENO y MA C. GETE-ALONSO, Tomo I, Volumen Segundo, Primera parte, Barcelona, 1.981, pág. 43.

disposición indirecta del derecho de crédito, por cuanto éste se extingue por efecto reflejo de la remisión) no es atributivo, en sentido estricto, sino extintivo.

Así, la condonación, siendo un negocio dispositivo que en su regulación típica (tipificada) extingue la deuda y, con ella, la obligación (arts. 1.143, 1, 1.156 y 1.190 C.c.), es suficiente para su existencia y validez, la declaración de voluntad (art. 1.187, 1 C.c.) y el objeto sobre la que recae (la deuda). La causa no es elemento estructural del negocio y éste, por lo tanto, hay que calificarlo como de abstracto⁶. De ahí que uno de los temas clásicos en el estudio de la remisión, su gratuidad u onerosidad, no sea objeto de nuestro estudio⁷.

No se nos diga que la condonación tiene causa gratuita en virtud de la remisión que hace el Código civil (art. 1.187, 2, primera parte) a las donaciones inoficiosas. En verdad, la inoficiosidad (reputada respecto al acreedor condonante) sólo indica el efecto económico del negocio remisivo, esto es, la

⁶ El que la condonación sea un negocio abstracto no sólo viene defendido en la doctrina alemana, sino también en la italiana. Respecto a la primera, Vid. Karl LARENZ, *Derecho de Obligaciones*, I, Madrid, 1.959, pág. 441 (en el mismo sentido, su traductor y anotador, Jaime SANTOS BRIZ, *Ibidem*), Andreas VON TUHR, *Tratado de las Obligaciones*, II, Madrid, 1.934, pág. 145. Respecto a la italiana, entre otros, Mario ALLARA (*Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1.952, págs. 256 ss.).

⁷ En verdad, su causa gratuita era sostenida por los que identificaban remisión de la deuda con donación. En Roma, tanto la *acceptilatio*, como el *pactum de non petendo* eran abstractos (Cfr. Biondo BIONDI, *Il concetto di donazione*, en *Scritti Giuridici*, III, Milano, 1.965, pág. 648, Alvaro D'ORS, *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1.977, § 170, pág. 220). Concretamente, para la consideración del *pactum de non petendo* como negocio abstracto en el derecho romano, Vid. Nicola DE CRESCENZIO y Contardo FERRINI, *Voz Obbligazione*, «Della rimessione del debito», en *Enciclopedia Giuridica Italiana*, XII-1, Milano, 1.900, págs. 831 ss.

Para una visión suficiente del tema y de las distintas opiniones doctrinales, puede verse el apartado dedicado al mismo por SANCHO REBULLIDA (*Gratuidad o posible onerosidad*), *Op. cit.*, pág. 205.

lucratividad (desde el punto de vista del deudor condonado)*.

En segundo lugar, tampoco se tratará en esta tesis de la problemática de la llamada «condonación presunta», ex art. 1.188 y 1.189 C.c. Ello se justifica con base en dos razones, principalmente:

a) Porque según la propia dicción del artículo, «la entrega del documento privado justificativo de un crédito, hecha voluntariamente por el acreedor al deudor, implica la renuncia de la acción que el primero tenía contra el segundo» (art. 1.188, 1 C.c.).

Fijémonos en que se habla de renuncia de la acción y ésta, como toda clase de renuncia, no es esencialmente extintiva, sino abdicativa que, además, agota sus efectos esenciales (típicos) en la esfera del acreedor. La condonación, no sólo recae sobre la esfera del deudor, sino que además su efecto típico (al menos, en la regulación que se le dispensa en sede de Sección), es el extintivo de la deuda y, con ella, de la obligación.

Por la renuncia de la acción no se extingue la obligación. El objeto de la renuncia es la acción, esto es, un bien que se encuentra en el patrimonio del acreedor. La condonación actúa directamente sobre la esfera del deudor.

* Es en este sentido que se manifiesta, implícitamente RIVERO HERNANDEZ (*Elementos de Derecho civil*, II-12, Barcelona, 1.985, § 39, nº 198, pág. 436), al decir que el C.c. considera a la condonación como un acto «objetivamente gratuito, aunque no haya ánimo de liberalidad en el condonante y sus móviles sean egoístas ... y ello pese a su carácter unilateral».

Expresamente en contra de la condonación como negocio abstracto se manifiesta José PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho civil*, I-22, Barcelona, 1.982, pág. 438).

b) Por el propio hecho de tratarse de una norma presuntiva. La ley deriva una determinada manifestación de voluntad de un hecho acaecido: esa manifestación de voluntad no es constitutiva de una condonación, sino de una renuncia de la acción, esto es, de un negocio de menor intensidad que no extingue la obligación, porque la ley no puede inferir, con seguridad, la voluntad extintiva del acreedor en el hecho de entregar el documento. Prueba de ello es que el Código civil le concede un contenido más reducido aunque, a efectos económicos, equivale a la extinción (incobrabilidad del crédito y, por lo tanto, inoficiosidad).

Fijémonos, además, que se permite probar que la entrega tuvo lugar en virtud del pago. Hasta tal punto la ley no está segura de que el acreedor había querido condonar con tal entrega que incluso concede una doble posibilidad al supuesto de la norma.

En definitiva, presumir la renuncia de la acción no es lo mismo que presumir la condonación de la deuda. Aquella no comporta, en absoluto y al contrario que ésta, la extinción de la obligación. El deudor que paga al acreedor que ha renunciado a su acción, paga bien. El deudor que paga al acreedor que ha condonado incurre en pago de lo indebido: he aquí la principal consecuencia de la diversidad de naturalezas entre uno y otro negocio.

Lo que no se explica es por qué el legislador modificó la naturaleza de ese comportamiento del acreedor que,

históricamente, desde Roma, había constituido una presunción de condonación y no de simple renuncia a la acción.

La única razón por la que se puede explicar la inclusión de una norma como la del art. 1.188 C.c. en la Sección de la «condonación de la deuda», es la equiparación de la renuncia de la acción y remisión desde el punto de vista de la consecuencia económica, es decir, por el efecto económico, que no jurídico, de ambos negocios: la inoficiosidad.

La lógica consecuencia de la exclusión de la llamada «condonación presunta» del ámbito de la condonación será afirmar que la remisión de la deuda es siempre un negocio jurídico, en tanto que declaración de voluntad, ya sea expresa o tácitamente manifestada.

Por último, tampoco se tratará del legado de perdón o liberación (arts. 870 a 872 C.c.). Las razones son obvias. El legado es un específico negocio *mortis causa*. La condonación es un negocio *inter vivos*. ¿Cómo explicar, por ejemplo, que el legado de perdón pueda hacerse tácitamente, ex art. 1.187, 1 C.c.? ¿Cómo congeniar la forma de las donaciones, a que debe someterse toda condonación expresa, con la propia estructura del legado? ¿Es el legado un acto de disposición o de destinación?

En definitiva, el legado de perdón o liberación es un propio y específico negocio jurídico que, si bien puede conseguir el mismo efecto que la condonación *inter vivos* (extinguir una deuda), no por ello llegan a identificarse.

Razonada la exclusión de estos temas de la presente tesis, veamos que sea el negocio remisivo: declaración de voluntad (estructura), forma (en la condonación expresa) y objeto (posición jurídico-deudora).

TÍTULO PRIMERO

**LOS PRECEDENTES ROMANOS DE LA
REMISIÓN DE LA DEUDA**

I. POTHIER: EL PUNTO DE REFERENCIA HISTÓRICO DE LA ACTUAL REMISIÓN.

POTHIER será nuestro punto de apoyo para iniciar el estudio de la condonación¹.

No es necesario insistir en la importancia de la literatura jurídica inmediatamente anterior al movimiento codificador y, entre ella, la magna obra de POTHIER. Su conocimiento del Derecho romano y su amplísima influencia en el Code francés y, a través del Proyecto de 1.851, en el actual Código civil español, al menos en materia de obligaciones, ha sido frecuentemente puesta de manifiesto por los autores.

POTHIER empieza su capítulo dedicado a la *remise de la dette* resaltando su carácter extintivo de la obligación, es decir, como efecto jurídico extintivo:

*«La remise que fait le créancier de la dette, est aussi une des manières dont s'éteignent les obligations; car elle libère de plein droit».*²

Presentando así a esta institución, podemos ya entrever cuál es el camino que POTHIER indica para que la obligación se

¹ POTHIER, Robert Joseph, *Traité des Obligations*, Partie III, Chapitre III, *De la remise d'une dette*, Tome Second, Paris, 1.825, §§ 606-622, págs. 80 ss. (se utiliza la reproducción mastática de Barcelona, 1.974).

² POTHIER, *Op. cit.*, § 606, pág. 80. En el § 493, bajo el rótulo «*Des manières dont s'éteignent les obligations, et des différentes fins de non-recevoir...*» también presenta a la remisión por su efecto extintivo, con mayor locuacidad que al principio de su capítulo: «*Les obligations peuvent s'éteindre de différentes manières, ou par le paiement réel, ou par la consignation, ou par la compensation, ou par la confusion, ou par la novation, ou par la remise de la dette, ou par l'extinction de la chose due*». Responde, en fin, a los mismos criterios que el actual art. 1.156 C.c.

extinga. Fijémonos en las últimas palabras que utiliza: «*car elle libère de plein droit*». Con ello no dice más que la obligación se extingue porque el deudor se ha visto liberado de la obligación. La liberación tiene sentido si la referimos a la condición de deudor; no si la referimos a la deuda: se libera al deudor de la deuda.

Asimismo, tal afirmación de POTHIER no responde más que al papel preponderante que el acreedor ocupa en la obligación, puesto que deja muy claro sobre quién recae el poder de remitir: «*La remise que fait le créancier de la dette ...*».

Pero dejemos estas cuestiones por ahora. Nos interesa en este momento remarcar que la verdadera revolución que POTHIER llevó a cabo, fue la de despojar a la remisión de la deuda del anquilosante formalismo en que se había visto sujeta hasta entonces.

Resulta interesante resaltar las últimas palabras del párrafo transcrito del autor, al decir que la remisión de la deuda «*libère de plein droit*». En Roma existían figuras que extinguían la obligación *ipso iure* y otras que lo hacían *ope exceptionis*.

Hasta POTHIER, la remisión continuaba ejerciéndose a través de los institutos romanos de la *acceptilatio* y del *pactum de non petendo*, principalmente. La primera, como veremos, extinguía *ipso iure* la obligación; el *pactum* lo hacía *ope exceptionis*. El mismo autor, refunde ambas instituciones en una sola - la *remise de la dette* -, que extinguirá la obligación *ipso iure* («*de plein droit*»), sin distinguir ya entre los dos negocios que, tradicionalmente desde Roma,

habían servido para conseguir el efecto extintivo de la obligación.

¿Quiere ello decir que la actual remisión - en esencia, la misma de la que nos habla POTHIER - proviene de la *acceptilatio*, única figura que extinguía *ipso iure* la obligación? No reponderemos ahora a esta pregunta.

Lo cierto es que POTHIER nos introduce en la remisión de la deuda recordando y, al mismo tiempo, engarzando con las figuras de Derecho romano citadas³.

Nos habla POTHIER de tres de esas figuras - *mutuus dissensus*, *acceptilatio* y *pactum de non petendo* -, aunque hay alguna otra. La razón por la cual este autor la omite se debe, seguramente, a que tan sólo las reseñadas tuvieron continuidad en el devenir del Derecho hasta llegar a su época. En efecto, el Derecho intermedio se ocupó sistemáticamente de la *acceptilatio* y del *pactum*, sin que en ningún momento se les despojara de ninguna de las características que tenían en Derecho romano⁴.

³ « 607. Selon les principes du droit romain, il y avoit sur ce point une différence entre les obligations civiles qui résultoient par le seul consentement des parties, et entre les autres obligations civiles qui résultoient des contrats réels, ou de la stipulation. A l'égard de celles qui se contractoient par le seul consentement des parties, la remise pouvoit s'en faire par une simple convention, par laquelle le créancier convenoit avec le débiteur de l'en tenir quitte; et cette convention étoit de plein droit l'obligation; l. 35, ff. de R.J. A l'égard des autres obligations civiles, pour que la remise que le créancier en faisoit au débiteur pût éteindre de plein droit l'obligation, il falloit avoir recours à la formalité de l'acceptilation, ou simple, si l'obligation résultoit d'une stipulation, ou Aquilienne, si elle résultoit d'un contrat réel; voyez tit. de acceptil. in Instit. et Pandect. La simple convention par laquelle le créancier étoit convenu avec le débiteur de le tenir quitte, n'éteignoit pas de plein droit ces obligations; mais elle donnoit seulement au débiteur une exception ou fin de non recevoir contre l'action du créancier qui auroit demandé le paiement de la dette, contre la foi de la convention» (POTHIER, *Op. cit.*, pág. 80).

⁴ Si no nombramos al *mutuus dissensus*, entre las figuras que tuvieron

LOS PRECEDENTES ROMANOS DE LA REMISIÓN

Resulta conveniente el estudio de estas figuras, en el bien entendido de que es este autor quien nos da cuenta de ellas como antecedentes de la actual remisión de la deuda.

POTHIER emerge así como punto de referencia obligado para el estudio del pasado de la remisión, así como para su futuro.

continuidad, es porque quedó subsumido en la figura del *pactum* desde que se otorgó al acuerdo de voluntades el poder de crear y, por tanto, extinguir las obligaciones, sin necesidad de ninguna otra formalidad. El *pactum* fue el vehículo utilizado y, por ello, habrá que diferenciarlo de la figura concreta del *pactum de non petendo*.

Otra de las figuras que quedaron tempranamente descartadas fue la *solutio per aes et libram*, como veremos.

II. EN ROMA NO EXISTÍA UN TIPO GENERAL DE REMISIÓN DE LA DEUDA: FIGURAS AFINES QUE PUEDE CONSIDERARSE COMO PRECEDENTES DE LA MISMA.

Aunque no queremos tratar el tema de los derechos históricos como compartimientos estancos, se impone aquí la necesidad de hacerlo, para entroncar, con POTHIER, con los antecedentes remotos de la condonación, lo que nos suministrará valiosos datos para un posterior tratamiento del instituto.

Ha sido usual la diversidad de puntos de vista sobre un tema tan controvertido en la doctrina - principalmente en la extranjera, aunque también puede encontrarse en algunos autores españoles* - como es el de averiguar el verdadero antecedente de la actual condonación.

Evidentemente, lo que hoy conocemos por condonación, no existía en Derecho romano. Conforme a los principios que informaban su sistema contractual, el Derecho romano no tenía, entre los modos que extinguían *ipso iure* las obligaciones, un tipo general de remisión de deuda. Ello no quiere decir, que no existieran figuras afines que puedan calificarse como antecedentes remotos de la condonación. Sin embargo, no todas

* En la doctrina española, entre otros: CERRILLO, Francisco, *Voz Condación* en Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo IV, Editorial Seix, S.A., Barcelona, 1.981, pág. 905; SANCHO REBULLIDA, Fcc. de Asis, *Notas sobre la naturaleza jurídica de la condonación de las obligaciones*, en Estudios de Derecho Civil, I, Pamplona, 1.978, págs.179-185; RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1.965, Pág.516. En la doctrina italiana, entre otros: RUSCELLO, Francesco, "*Pactum de non petendo*" e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio, en Riv. di Diritto Civile, Parte IIª, año 1.976, Padova, 1.976, págs. 198 ss.; SARGENTI, Manlio, "*Pactum de non petendo*" e remissione del debito, en Il Foro Padano, Parte Prima, 1.959, págs.299-306.

pueden calificarse así: el mismo POTHIER nos daba la pauta a seguir, aunque es cierto que todas, unas más que otras por la proximidad en el tiempo, pueden considerarse como antecedentes: a cuál de ellos corresponde la actual condonación de la deuda es tema que ha preocupado a los autores⁶.

Si nos remontamos a la época Arcaica del Derecho romano y, con ello, a las XII Tablas, podemos apreciar que ya existía una especie de pacto liberatorio que funcionaba en los procesos penales, adquiriendo la forma de *composición*, y que ponía fin al litigio. Una manifestación de ello se cree que existe en el pasaje del Digesto 2, 14, 7, §14, en el que al final ULPIANO dice "*et de furto pacisci lex permittit*"; esa referencia a la ley no puede ser otra que a la ley de las XII Tablas⁷.

⁶ Asimismo, FADDA y BENSA se hacen eco de esta preocupación: "*È quindi una delle non insolite questioni oziose quella che tanto preoccupa i moderni pandettisti ... di stabilire, cioè, a quale fra le tre figure liberatorie romane (se refiere al mutuus dissensus, acceptilatio y pactum de non petendo) corrisponda l'attuale remissione di debito*"; para terminar afirmando que "*Trattasi di istituti completamente e per l'essenza loro diversi*"; WINDSCHEID, Bernardo, *Diritto delle Pandette, Note e riferimenti al Diritto Civile Italiano iniziate dai professori Carlo FADDA e Paolo Emilio BENSA e continuate da Pietro BONFANTE*, Volume Quarto, Torino, 1.930, pág. 399.

⁷ Este es el parecer de DE CRESCENZIO, Nicola y FERRINI, Contardo, cuando hablan de la extinción de las obligaciones (Capítulo IV, *Della rimessione del debito*, en el Volumen XII, Parte I de la *Enciclopedia Giuridica Italiana*, Voz "*Obbligazione*", que comprende la totalidad del volumen, Milano, 1.900, pág. 832, § 488). También D'ORS, A. y otros (*El Digesto de Justiniano*, Tomo I, Pamplona, 1.968) en el mismo D. 2, 14, 7 §14, final, introduce entre corchetes agudos la referencia a las XII Tablas, con lo que según el prólogo de los traductores de esta obra, significa que no pertenece al texto: "*... Así pues, en todas las demás cosas pertenecientes al edicto del pretor que no se refieren a un perjuicio público, sino que afectan al propio patrimonio, es lícito pactar, pues también permite la ley <de las XII Tablas> pactar respecto al hurto*". Asimismo KUNKEL, Wolfgang (*Historia del Derecho Romano*, traducción de la 4ª ed. alemana por

Tradicionalmente, en los manuales de Derecho Romano, se suele distinguir entre modos que extinguían *ipso iure* las obligaciones y otros que lo hacían *ope exceptionis*. Los primeros extinguían verdaderamente la obligación, el vínculo obligacional y, los segundos, concedían una excepción al deudor para paralizar la pretensión del acreedor.

Entre los primeros, ya en la época clásica alta, GAYO nos informa de la *acceptilatio* y de la *solutio per aes et libram*. A estos dos, debe unírseles el *mutuus dissensus*.

Entre los segundos adquiere relevancia especial, como paradigma, el *pactum de non petendo*.

Antes de examinar individualmente los modos de extinción de las obligaciones, es preciso recordar que en Derecho romano se seguía la siguiente máxima recogida en el Digesto:

D. 50, 17, 35. (Ulpianus, libro XLVIII ad Sabinum). - *Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est; ideo verborum obligatio verbis tollitur, nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur.*^{*}

Juan MIQUEL, Barcelona, 1.982, pág. 38) nos da cuenta de ello: «... En cambio, en caso de lesiones corporales graves, que inutilizaran un miembro importante, la ley, esencialmente, sólo admitía una venganza que acarrearía un daño físico equivalente (talio), claro que sólo bajo el presupuesto de que las partes no se pusieran de acuerdo sobre una composición y con ello pusieran fin al litigio haciendo las paces (pactum)».

* Asimismo, en D. 50, 17, 153 de reg. jur.: «*Fere quibuscumque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur*».

SOLAZZI (*L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*², Vol. I, Napoli, 1.935, pág. 18) también incide sobre este punto al decir que «ogni categoria di contratti cominciò con l'averne la sua particolare solutio, dipendente dalle modalità dell'atto di costituzione» (citado por TOESCA DI CASTELLAZZO, *Voz Rimessione del debito*, en *Nuovo Digesto Italiano*, T. XI, pág. 696).

Naturalmente estamos de acuerdo, por obvio, con el pensar de GIORGI, (GIORGI, Giorgio, *Teoría de las Obligaciones en el derecho moderno*, traducida de la 7ª edición italiana por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 2ª edición revisada, Volumen VII, Madrid,

Es decir, cada manera de contraer una obligación, tenía su particular forma de extinción, formando un binomio homogéneo, creación-extinción, en cuanto a la respectiva forma exigida. Si la obligación se había contraído verbalmente, debía extinguirse verbalmente; si se había contraído por el mero consenso, también debía extinguirse de igual manera. Y vemos, además, que la correspondencia entre el modo de concluir y el de extinguir la obligación, radicaba ya de antiguo.

Este principio, que se conoce bajo el nombre de «*contrarius actus*»⁹, se seguía en el *ius civile*, no así en el *ius honorarium*.

1.930, pág.401): «Pero este medio de extinguir la obligación, que Ulpiano encontró tan natural, o no se ha hecho para la práctica de los negocios, o ha permanecido siempre en la infancia, porque en las primeras páginas de cualquier Código y de cualquier tratado se encuentra que el modo más natural de extinguir las obligaciones es el pago... los contratos y las obligaciones ... se estipulan ... para obtener o para dar dinero ... Por lo tanto, para conceder a lo dicho por Ulpiano el valor que merece, es necesario no leer en él otra cosa más que una observación sobre la forma como se puede disolver un contrato, desde cuyo punto de vista es natural que por consentimiento se desate lo que por consentimiento se hizo».

⁹ Rodolfo SOHM (*Instituciones de Derecho privado Romano*⁷, traducción de W. ROCES, Madrid, 1.928, pág. 436) lo expone así: «En Derecho civil antiguo exigese, para extinguir la deuda, un acto de cancelación formal. No basta que el acreedor obtenga materialmente lo que se le debe: la solutio o simple pago del *ius gentium* no disuelve el "vínculo", la responsabilidad. En esta época, para crear obligaciones jurídicamente válidas, se requiere, a más del acto obligatorio sustantivo, una forma especial que se le incorpore y angendre responsabilidad; de igual modo, son precisos dos requisitos para cancelarlas: el cumplimiento efectivo de la prestación y una forma civil liberatoria, inversamente análoga al acto que dio base a la responsabilidad, que revoque y destruya sus efectos: tal es el principio del *contrarius actus*. ... El pago, para ser formalmente válido, ha de reunir estas dos condiciones: cumplir la obligación y revelar solemnemente que el deudor queda libre».

1. LA ACCEPTILATIO.

GAYO califica a la Acceptilatio, de *imaginaria solutio*:

" 169. *Item per acceptillationem tollitur obligatio. Acceptilatio autem est veluti imaginaria solutio; quod enim ex verborum obligatione tibi debeam, id si velis mihi remittere, poterit sic fieri, ut patiaris haec verba me dicere: QUOD EGO TIBI PROMISI, HABESNE ACCEPTUM? et tu respondeas: HABEO*".¹⁰

Como vemos, la *acceptilatio* se aplicaba a las obligaciones verbales y, fundamentalmente, a las que nacían por estipulación, es decir, a las *verborum obligationes*, ratificando la máxima anteriormente apuntada¹¹.

Al lado de la forma verbal, parece que también existía la literal, para las obligaciones contraídas *litteris* (*expensilatio*), pero nada se sabe sobre su forma, coincidiendo su abandono con el del contrato literal, aunque se le debieron aplicar los mismos principios de la *acceptilatio* verbal¹².

¹⁰ GAYO, *Instituciones*, III, 169. Utilizamos el texto de la Editorial Civitas, edición bilingüe, con traducciones de ABELLAN, ARIAS BONET, IGLESIAS-REDONDO y ROSET, con la coordinación general y prólogo de Francisco HERNANDEZ-TEJERO, Madrid, 1.985.

¹¹ D. 46, 4, 8 §3: " *Acceptum fieri non potest, nisi quod verbis colligatum est; acceptilatio enim verborum obligationem tollit, quia et ipsa verbis fit; neque enim potest verbis tolli, quod non verbis contractum est*".

¹² Sobre la duda se expresa NATALUCCI (Voz *Acceptilatio*, en «*Nuovo Digesto Italiano*», Tomo I, Torino, 1.937, pág. 63) diciendo que «*dalle fonti del diritto non rileviamo quale fosse il modo fittizio di estinguere le obbligazioni contratte litteris ossia per expensilationem, ma tutto induce a ritenere che la imaginaria solutio in questa specie di obbligazioni consistesse nella contraria expensilatio, ossia nell'annotamento delle somme dovute fatto nel registro del debitore col consenso del creditore*».

Cfr. SOHM (*Op. cit.*, pág. 438, nota 1), el cual comenta que la verbal es anterior a la literal, por la mayor antigüedad del contrato estipulatorio;

Conforme al formalismo de la época clásica del Derecho romano, la *acceptilatio verbal* «constituía una de las solemnidades con las cuales debía efectuarse el pago efectivo»¹³, consistiendo en una pregunta del deudor y la consiguiente respuesta del acreedor, en la forma anteriormente vista en el párrafo reproducido de las Instituciones de Gayo. El pago no era liberatorio más que cuando se le acompañaba de formas correlativas a las empleadas para la conclusión del contrato o de la obligación. Sin embargo, con la decadencia del formalismo y «dada la plena eficacia del pago, no representaba desde hacía mucho tiempo sino un acto solemne de remisión»¹⁴ o mejor, como dice SOHM¹⁵, «una especie de recibí estipulado». En el Digesto aparece ya como un pago ficticio:

" D. 46, 4 (De Acceptilatione), 1. Modestinus libro II. Regularum. *Acceptilatio est liberatio per mutuum interrogationem, qua utriusque contingit ab eodem nexu absolutio*",

ARANGIO RUIZ, Vincenzo, *Istituzioni di Diritto Romano*¹⁶, Nápoles, 1.976, pág. 395. En el mismo sentido, TOESCA DI CASTELLAZZO, *op. cit.*, pág. 696.

¹³ BONFANTE, Pedro, *Instituciones de Derecho Romano*, trad. de la 8ª ed. italiana por Luis BACCI y Andrés LARROSA, revisada por Fernando CAMPUZANO, 3ª ed., Madrid, 1.965, pág. 430. No nos extraña que el clásico Gayo, la califique ya de *imaginaria solutio*, pues seguramente ya antes del Imperio devino en una forma abstracta de pago. Recordemos que Gayo pertenece a la época clásica alta: sus Instituciones surgen hacia el año 161 d.C.

¹⁴ *Ibidem*, pág. 423. Asimismo SANCHO, (*op. cit.*, págs. 180-181): " Pero desde el momento en que los dos elementos que la componían - la *acceptilatio* - (pago y liberación) no tuvieron que estar necesariamente unidos, no podía estar lejano el día en que también al otro elemento se le reconociese plena eficacia, lo cual acaece en la época imperial con la decadencia del formalismo, en la que sólo servía, la *acceptilatio* para la remisión de las deudas". La decadencia del formalismo también puede apreciarse en las dudas de GAYO acerca de la posibilidad de una aceptación por partes, que ya vino resuelta por Paulo en sentido afirmativo: Cfr. GAYO, *Instituciones*, III, 172 y PAULUS, libro XII ad *Sabinum* en D. 46, 4, 9, de *Acceptil.*

¹⁵ SOHM, Rodolfo, *Instituciones de Derecho Privado Romano*¹⁷, traducción de V. ROCES, Madrid, 1.928, pág. 439.

es decir, dirigida a la disolución del vínculo obligacional, como modo extintivo *ipso iure* que era.

Sin embargo, la utilización de la *acceptilatio* para disolver obligaciones no verbales tenía su trascendencia: aunque no podía disolver aquella obligación, se producía la ficción de que valía como pacto; es decir, que la aceptilación inútil contenía un pacto de no pedir. PAULO fue claro al respecto:

«Si acceptilatio inutilis fuit, tacita pactione id actum videtur, ne peteretur.»^{1*}

La jurisprudencia se encargó de acomodar, este medio de extinción *ipso iure*, a obligaciones incluso no verbales. Debió ser la simplicidad de su formalismo la que llevó a los juristas a extender el campo de aplicación de este modo de extinción. Con el devenir del tiempo, la jurisprudencia clásica introduce la *acceptilatio* para extinguir no sólo las contraídas verbalmente, sino toda clase de obligaciones: a través del instituto de la novación, sin necesidad ya de acudir al pacto de no pedir contenido en la *acceptilatio* inútil.

^{1*} PAULUS, libro III. ad Edictum, § 9, l. 27, ff. de pact. (2, 14). Como dicen DE CRESCENZIO y FERRINI (Op. cit., § 491, págs. 837) aquí la *acceptilatio* no vale «sua natura» sino «potestate conventionis», es decir, en virtud de la convención que tácitamente en ella se contiene.

Asimismo ULPIANO, l. 8 ff. de acceptil. (46, 4): «An inutilis acceptilatio utile habeat pactum, quaeritur; et nisi in hoc quoque contra sensum est, habet pactum. Dicit aliquis: potest ergo non esse consensus; cur non possit? Fingamus, eum, qui accepto ferebat, scientem prudentemque, nullius esse momenti acceptilationem, sic accepto tulisse, quis dubitat non esse pactum, quum consensum paciscendi non habuerit?».

Cfr. NATALUCCI (Op. cit., pág. 64) y el ejemplo que suministra respecto a la aceptilación hecha en el seno de una compraventa: JULIANO, l. 5, D. de rescindenda venditione, 18, 5.

GAYO se hizo eco de esta posibilidad¹⁷:

" 170. Quo genere, ut diximus, tolluntur illae obligationes quae in proprietate verborum stant, non etiam ceterae; consentaneum enim visum est verbis factam obligationem posse aliis verbis dissolvi. Sed id quod ex alia causa debeat, potest in stipulationem deduci et per acceptilationem dissolvi".

La posibilidad de novar toda clase de obligaciones a través de la *stipulatio* también es recogida en el *Digesto*:

*" ... qualiscunque igitur obligatio sit, quae praecessit, novari verbis potest, dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat, aut naturaliter, ..."*¹⁸

y, más concretamente,

*"Omnes res transire in novationem possunt; quodcunque enim sive verbis contractum est, sive non verbis, novari potest, et transire in verborum obligationem ..."*¹⁹

Uno de los mecanismos más generales para llevar a cabo esta novación de las obligaciones que no procedían de contratos verbales (es decir, las que procedían de contratos reales, consensuales, de delito, etc.), era la llamada *stipulatio Aquiliana*²⁰, es decir, la conversión en una nueva

¹⁷ GAYO, *Institutiones*, III, 170.

¹⁸ ULPIANO, D. 46, 2, 1, §1.

¹⁹ Idem, D. 46, 2, 2.

²⁰ El nombre de *Stipulatio Aquiliana* se debe al que fuera pretor hacia el año 66 a.C. (Cfr. KUNKEL, V., *op. cit.*, pág. 111) CAYO AQUILIO GALO, "qui erat J.C. peritissimus, & singularis in concipiendis formulis", como dice URCEOLUS, *Josephus (Tractatus de Transactionibus, Pars Prima, Venetiis, 1.709, pág. 33)*. Nos sorprende cómo GAYO no se hace eco de esta particular y efficacísima estipulación novatoria en sus *Institutiones*, máxime cuando este autor es posterior a Aquilio GAYO, aunque es justo re-

obligación verbal de esa previa obligación u obligaciones, para así poder aplicar la *acceptilatio* en orden a su extinción²¹. O mejor, como dice D'ORS²², "*si se quiere cancelar obligaciones que tienen otra causa - es decir, las no nacidas verbis - es necesario hacer una previa estipulación novatoria que las refunda todas en una única obligación cancelable por aceptilación (stipulatio Aquiliana)*". ULPIANO, representante de la época clásica tardía del derecho Romano, recoge la vigencia de este particular mecanismo novatorio:

*"Aquiliana stipulatio omnimodo omnes praecedentes obligationes novat, et perimit; ipsa que perimitur per acceptilationem: et hoc jure utimur. ..."*²³

JUSTINIANO también dejó constancia, en sus *Instituta*, de la realidad y fórmula de esta estipulación novatoria²⁴:

"Est prodita stipulatio, quae vulgo Aquiliana appellatur, per quam stipulationem contingit, ut omnium rerum obligatio in stipulatum deducatur, et ea per acceptilationem tollatur. Stipulatio enim Aquiliana novat omnes obligationes, et a Gallo Aquilio ita composita est: < quidquid te mihi ex

conocer que si se hizo eco de la posibilidad novatoria a través de la *stipulatio*: Vid. texto.

²¹ HEINECCIUS también dejó constancia de esta institución en sus *Elementa Juris Civilis secundum Ordinem Institutionum* (T. II, Venetiis, 1.819, §1027, pág. 134 y 135): "*Illa in eo consistit, quod obligatio primum per stipulationem in verborum obligationem deducitur, v.c. Titius interrogat Sempronium. Quidquid te mihi ex mutuo (empto, chirographo, etc.), dare oportet, tantam pecuniam tu mihi dare spondes? Respondet Sempronius: spondeo. Deinde nova haec verborum obligatio nova stipulatione tollitur, dum interrogat Sempronius: Quod tibi jam me datarum spondi, id habesne a me acceptum? Respondet Titius: Habeo a te acceptum. Eo facto, acceptilatione sublata est obligatio etiam realis, litteralis, consensualis, ad quas alioquin non pertinet acceptilatio*".

²² D'ORS, Alvaro, *Elementos de Derecho privado romano*², Pamplona 1.975, pág.221, § 426.

²³ ULPIANO, 46. Sab., D. 2, 15, 4, de *Transact.*

²⁴ *Instituta*, III, 30, §2, *Quibus modis obligatio tollitur*. Igualmente, en FLORENTINUS libro VIII, *Institutionum* D. 46, 4, 18, §1.

quacunq̄ue causa dare facere oportet oportebit, praesens in diemve, quarumq̄ue rerum mihi tecum actio, quaeq̄ue adversus te petitio, vel adversus te persecutio est eritve, quodve tu meum habes tenes possides, dolove malo fecisti, quo minus possideas; quanti quaeq̄ue earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, sponndit Numerius Negidius.> Item ex diverso Numerius Negidius interrogavit Aulum Agerium: <quidquid tibi hodierno die per Aquilianam stipulationem sponndi, id omne habesne acceptum?> respondit Aulus Agerius: <habeo acceptumq̄ue tuli>”.

Así pues, la *stipulatio Aquiliana* consistía en dos actos diferentes: el primero, novativo, que convertía la obligación de que se tratara en verbal; el segundo, la aceptilación sobre la nueva obligación²⁵.

La *acceptilatio*, habiendo empezado por ser, dentro del más puro formalismo romano, como la solemnidad por la que debía realizarse el pago debido de las obligaciones nacidas verbalmente, se convirtió en aquella especie de recibí estipulado, cancelador de cualquier obligación, a través de la *stipulatio Aquiliana*²⁶.

²⁵ HEINECCIUS (*Op. cit.*, nota al § 1.027) así lo recoge expresamente: «Ergo tota stipulatio AQUILIANA consistit in duobus actibus. Primo enim debitum novatur per stipulationem, deinde novata ista obligatio tollitur per acceptilationem».

²⁶ La razón por la que se inventó la *stipulatio Aquiliana* nos la da CYNUS PISTORIENSIS (*In Codicem et aliquot titulos primi pandectorum tomi, id est, digesti veteris Doctissima Commentaria*, Tomo II, Francoforti, 1.578, In librum Octavum Codicis, pág. 515, Rubrica XLIIII De acceptilationibus [Reproducción anastática, Torino, 1.964]): «...Quae fuit ratio inveniendi Aquilianam stipulationem? Ratio fuit, quia omnis res debet dissolvi eo genere, quo ligata est,... Sed quae est ratio, quod stipulatio tollit contractum iurisgentium, sed non acceptilatio ... Respondeo ratio est, quia habenti Symbolum & convenientiam, facilius est transitus. Unde cum prima tendat obligationem, & secunda similiter, conveniunt, quia obligatio & obligatio. Sed acceptilatio tendit ad liberationem, & obligatio & liberatio sunt contraria ...».

Naturalmente, y a pesar de esta «degeneración», tenía que guardar alguna semejanza con el pago. Y así es. La *acceptilatio* extingue *ipso iure*, al igual que el pago, la obligación. Pero donde más se puede apreciar la similitud con el pago - recordemos aquí que GAYO la llamó *imaginaria solutio* -, es en las obligaciones pluripersonales: de ello nos ilustra ULPIANO, a través de un fragmento del Digesto:

*«Si ex pluribus obligatis uni accepto feratur, non ipse solus liberatur, sed et hi, qui secum obligantur; nam quum ex duobus pluribusque eiusdem obligationis participibus uni accepto fertur, ceteri quoque liberantur, non quoniam ipsis accepto latum est, sed quoniam velut solvisse videtur is, qui acceptilatione solutus est».*²⁷

Sin embargo, dejamos para cuando hablemos de la condonación personal y la real, el estudio más pormenorizado del régimen de la *acceptilatio* en las obligaciones pluripersonales. Por ahora nos bastará afirmar que, a pesar de la pluralidad de personas en una o ambas partes de la obligación, por *acceptilatio* se extingue la totalidad de aquella, aunque solamente se hubiere celebrado con uno de los codeudores o por uno de los coacreedores: se asemeja, por su efecto, al pago, a la *solutio* romana.

Para terminar, por el momento, con la *acceptilatio* diremos que normalmente se trataba de liberar al deudor, a través de este pago imaginario, en el que tomaban parte acree-

²⁷ ULPIANUS, libro VII *Disputationum*, en D. 46, 4, 16. También en su libro *XLIII ad Sabinum* puede verse una manifestación fehaciente de lo que decimos: D. 34, 3, 7 §1: " ... Et Iulianus scribit, actionem ex testamento in hoc esse videri, ut debitor accepto liberetur; quae res utique debitorem et in decem liberabit, quia acceptilatio solutioni comparatur; ...".

dor y deudor mediante fórmula interrogatoria, respecto a una obligación unilateral, entroncando con el binomio *obligatio/actio in personam* (en relación al deudor y acreedor, respectivamente); es decir, en lo que hoy llamamos contratos unilaterales: un acreedor y un deudor. En principio no regía para los contratos sinalagmáticos:

«Si ego tibi acceptum feci, nihilo magis ego a te liberatus sum»,

aunque, posteriormente fue censurado por PAULO - y recogido por LABEON -, utilizando la regla presuntiva:

«Paulus: imo quum locatio conductio, emptio venditio conventionem facta est, et nondum res intercessit, utrinque per acceptilationem, tametsi ab alterutra parte duntaxat intercessit, liberantur obligatione».²⁹

Decimos que utilizó la presunción, porque no se deduce de ninguna regla romana que a la aceptación de una parte, deba seguirle la de la otra, en los contratos sinalagmáticos. La presunción, en todo caso, va referida a la voluntad de las partes contratantes en el sentido de que, a pesar de que sólo medie aceptación por una de las partes, hubo la intención de desistir recíprocamente del contrato²⁹.

²⁸ LABEON libro V. *Pithanon a Paulo epitomatorum*, en D. 46, 4, 23.

²⁹ Así anota POTHIER, R.J., este fragmento de LABEON insertado en el Digesto en *Le Pandette di Giustiniano, versione italiana, per cura di Antonio BAZZARINI, Volume VI, Venezia, 1.835, pág. 259, nota 1.*

2. LA SOLUTIO PER AES ET LIBRAM.

GAYO también nos habla, en sus Instituciones, de esta forma de extinguir las obligaciones, calificándola, como a la *acceptilatio*, de *alia species imaginariae solutionis*. Era un modo de extinguir las obligaciones *ipso iure*, al igual que el anterior:

«173. Est et alia species imaginariae solutionis, per aes et libram. Quod et ipsum genus certis ex causis receptum est, veluti si quid eo nomine debeatur quod per aes et libram gestum sit, sive quid ex iudicati causa debeatur.

174. Adhibentur non minus quam quinque testes et libripens. Deinde is qui liberatur, ita oportet loquatur: QUOD EGO TIBI TOT MILIBUS SESTERTIUM IUDICIO CONDEMNATUS SUM, ME EO NOMINE A TE SOLVO LIBEROQUE HOC AERE AENEAQUE LIBRA, HANC TIBI LIBRAM PRIMAM POSTREMANQUE EXPENDO <SECUNDUM> LEGEM PUBLICAM. Deinde asse percutit libram eumque dat ei a quo liberatur, veluti solvendi causa».²⁰

De los actos formales que iban comprendidos en el concepto originario de *solutio*, la *solutio per aes et libram* es el más antiguo²¹.

En los primeros tiempos, cuando todavía no existía la moneda acuñada, era ciertamente un pago real²², y el metal con el que se pagaba era efectivamente pesado. Parece ser que este modo de extinción de las obligaciones proviene de las XII Tablas. En esa época existía, como dice KUNKEL²³, «una modali-

²⁰ GAIUS, *Instituciones*, III, 173 y 174.

²¹ Así lo cree ARANGIO RUIZ, Vincenzo (*Istituzioni di Diritto Romano*, Napoli, 1.976, pág. 394). También SOHM (*Op. cit.*, pág. 437).

²² SOHM lo describe así: «La *solutio per aes et libram* empieza siendo un verdadero pago. El deudor se libera entregando al acreedor el trozo de cobre - aes - pesado por el libripens, en presencia de los cinco testigos, y expresando en forma - mediante certa verba - la disolución del vínculo» (*Op. cit.*, pág. 438).

dad despiadada de contrato obligatorio, en la cual el mutuuario, al recibir el dinero, que se pesaba ante testigos, pasaba literalmente a poder del acreedor (de ahí que se llamara este negocio *nexum*, "encadenamiento"). Si el deudor no podía liberarse a tiempo pagando lo que debía, caía en la esclavitud por deudas, sin que fuera necesaria una condena judicial». Así, y conforme a esta época arcaica, la fórmula utilizada por el acreedor era la siguiente:

" *Ego me a te solvo liberoque*",

es decir, liberando a la persona del deudor (*nexi liberatio*), conforme a los orígenes de la *ob-ligatio*. En el año 326 a.C., la *lex Poetelia Papiria de nexis*, suprimió la esclavitud voluntaria por deudas²⁴, desplazándose el objeto de la *solutio per aes et libram* del deudor, a su deuda. Así pues, parece que este especial modo liberatorio surgió para extinguir las obligaciones nacidas *nexum*²⁵.

Después, al introducirse la acuñación de la moneda y en

²³ KUNKEL, W., *Op. cit.*, pág. 35.

²⁴ *Idem*, pág. 40.

²⁵ Existe duda, sin embargo, en saber sobre qué tipo de obligaciones recaía la *solutio per aes et libram*, no ya en la época Arcaica, sino en la clásica. La duda se plantea a los estudiosos en virtud de un párrafo de GAYO, (*Instituciones*, III, 175), en el cual añade que por el mismo mecanismo puede liberar el legatario al heredero de un legado que ha sido dejado *per damnationem*. Ello ha hecho surgir la pregunta de si la mención del legado *per damnationem* es la determinación del genérico "*quod per aes et libram gestum est*", o si esta expresión se está refiriendo a un negocio distinto y, en tal caso, al *nexum*. SOHM parece tenerlo claro al afirmar que «en tiempo de Gayo solamente se aplica ya a las obligaciones de los iudicati y a los legados damnatorios» (*Op. cit.*, pág. 437)

De cualquier manera, y como dice TOESCA DI CASTELLAZZO (*Op. cit.*, pág. 696), «è opinione quasi concorde che inizialmente la *solutio per aes et libram* si applicasse alle obbligazioni da *nexum*, e fosse in quel periodo arcaico l'unico mezzo per la loro estinzione».

plena época clásica, el acto del pesaje deviene ficticio y se operó la escisión entre el pesaje y el acto solemne extintivo, a través del cual derivó en esa *species imaginariae solutio- nis*, a semejanza de lo que ocurrió con la *acceptilatio*, produciéndose la extinción de la obligación aunque no hubiere mediado el pago efectivo²⁶. La forma solemne seguía utilizándose, aunque a los efectos de pago ficticio, ya que, como decíamos anteriormente, el pago fictivo fue ganando terreno, acabando por utilizarse este particular modo de extinción, precisamente, para liberar al deudor cuando no había mediado pago real satisfactivo y extintivo, tal como hoy lo conocemos.

Así, la *solutio per aes et libram*, además de pago efectivo, es una forma de remisión de deuda. El mero hecho de proclamar en forma la liberación - acto al cual se da el nombre de *solutio* - surte ahora los efectos jurídicos que originariamente sólo podía producir combinándose con el pago real²⁷.

Este medio de extinción *ipso iure* de la obligación, también respondía a un particular e igual modo de contraer una obligación, es decir, a aquella que había sido concluida a través del bronce y de la balanza, tal como nos dice GAYO²⁸: "*quod per aes et libram gestum sit*".

²⁶ En palabras de SOHM, «degenera en una simple forma desnuda de realidad, que es menester incorporar al pago - ajeno ahora a este acto - para liberar al deudor, siendo, además, suficiente de por sí para extinguir las obligaciones nacidas de «nexo» y las demás deudas pecuniarias de derecho estricto a ella equiparadas» (Op. cit., pág. 438).

²⁷ SOHM, Op. cit., pág. 438.

²⁸ También el mismo GAYO nos indica que este medio de extinguir *ipso iure* se podía utilizar para liberarse de una deuda surgida por causa de una sentencia: Vid. § 173, final, en el texto.

Si la *acceptilatio* la habíamos calificado de acto formal, la *solutio* era pura solemnidad, ya que se necesitaba de, al menos, cinco testigos y el *libripens*, o portador de la balanza, además de la ya tradicional fórmula verbal. Por último, el deudor debía golpear la balanza con la moneda, quedando liberado de su obligación. Lo ficticio coexistía con lo solemne.

Este modo extintivo no tuvo la expansión que conoció la *acceptilatio* y ya en el Bajo Imperio no subsiste. Y las razones son claras. A pesar de que deviniera, al igual que la *acceptilatio*, como acto abstracto, no se le puede comparar con ésta, que tuvo un éxito rotundo, no ya sólo por su mayor simplicidad en cuanto a las solemnidades exigidas, sino al mayor campo de aplicación: prácticamente para todo tipo de obligaciones, desde la creación de la *stipulatio Aquiliana*.

Prueba de lo dicho es que JUSTINIANO no la recoge en sus Instituciones, al hablar de los modos de extinción de las obligaciones, ya que su lugar había sido ocupado, desde hacía tiempo, por la *acceptilatio*²⁹.

²⁹ Recordemos que en la época imperial, con la decadencia del formalismo, la *acceptilatio* sólo servía ya para la remisión de las deudas (BONFANTE, Pietro, *Instituciones de Derecho Romano*, Traducción de la 8ª edición italiana por Luis BACCI y Andrés LARROSA, revisada por Fernando CAMPUZANO, Tercera edición, Madrid, 1.965, pág.423), aunque la voluntad de remitir la obligación no aparece de forma directa, sino inserta en el concepto y expresión de la confesión de haber recibido la prestación debida (DE CRESCENZIO, N., y FERRINI, C., *Op. cit.*, pág. 837, § 491). Cfr. Bernardo WINDSCHEID (*Diritto delle Pandette*, Traduzione dei professori Carlo FADDA e Paolo Emilio BENSÀ, Volume secondo, Torino, 1.930, pág. 388, nota 5), que califica a la *acceptilatio* de «confesión convencional de recibos».

3. EL MUTUUS DISSENSUS O CONTRARIUS CONSENSUS.

GAYO no nos habla de este modo de extinción. Y podría resultar lógico, puesto que no se trata tanto de un modo de extinción de las obligaciones, como de extinción o resolución contractual⁴⁰. Sin embargo, no es esta la razón por la que no lo nombra. No es que en la época clásica tardía, a la que pertenece GAYO, no se conociese el modo de concluir contratos por el solo *consensus*⁴¹; sencillamente no debió considerar oportuno tratar de esta figura extintiva al hablar de la extinción de obligaciones recíprocas simultáneamente.

Volvemos a encontrarnos con aquel binomio homogéneo entre acto creador y acto extintivo de las obligaciones. Hemos visto cómo las obligaciones nacidas de *stipulatio*, debían ser extinguidas por su *contrarius actus*, es decir, por la *acceptilatio*; las obligaciones nacidas en virtud del bronce y la balanza o a causa de una sentencia, se extinguían a través de la *solutio per aes et libram*, conforme también a aquella doctrina del acto contrario.

⁴⁰ Sobre este punto no hay unanimidad en la doctrina. Por ejemplo, TOESCA DI CASTELLAZZO (*Op. cit.*, pág. 696, nota 11) dice: "Si osserva infatti con ragione che il *contrarius consensus* non estingue soltanto le obbligazioni, ma scioglie lo stesso contratto che le origina. Questa considerazione però, che ci persuade ad escludere il *mutuo dissenso* dalla trattazione della rimessione per diritto civile, non ci pare ... parimente decisiva per diritto romano".

⁴¹ Eran, los contratos consensuales, cuatro, a saber: la *emptio venditio*, la *locatio conductio*, la *societas* y el *mandatum*. En su origen, el *contractus* era el *negotium* productivo de obligaciones por la sola voluntad de las partes y se distinguía de los otros por ser reconocido por el *ius civile*. Ello tiene lugar en el derecho clásico. Ya GAYO nos informa de ello (*Instituciones*, III, § 135e.): «135. *Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis. 136. Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quia neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos qui negotium gerunt consensisse ...*».

Pues bien, las obligaciones civiles que nacían de contratos consensuales y que se concluían por la sola voluntad de las partes, también se extinguían por su *contrarius actus*, es decir, por el *contrarius consensus*⁴².

Parece que la regla sólo era usada, por los juristas clásicos, respecto a la compraventa⁴³: tal es la idea, entre otros, de PEROZZI que viene criticada por GROSSO⁴⁴, en el sentido de que aquel autor no prejuzga la teórica aplicabilidad a todos los contratos consensuales del *contrarius consensus*. Sin embargo, es cierto que en los textos aparece más frecuentemente aplicada a la compraventa: así, D. 18, 5, 3⁴⁵; 2, 14, 27 §2⁴⁶. Respecto al párrafo D. 2, 14, 58, se cree que es fruto de interpolación justiniana⁴⁷ la refe-

⁴² «La consensualidad de estos contratos permitía, no sólo que los pactos se substantivaran para determinar su contenido, y que se considerara como tácitamente convenido todo aquello que es costumbre en un determinado tipo contractual, sino que la obligatio pudiera extinguirse por el mismo consentimiento resolutorio (*contrarius consensus*), y que pudiera pactarse previamente, supeditada a una condición o término, la resolución unilateral (*dissensus*), la cual, en algunos determinados contratos, es posible incluso sin previo pacto. Cuando, en estos casos, el contrato produjo algunos efectos, y, por ejemplo, se hizo entrega de algo, el contrato subsiste para que se puedan exigir las restituciones, pues el efecto resolutorio es puramente personal y hay que proceder a las retransmisiones: no se da una revocación de la propiedad» (D'ORS, Alvaro, *Elementos de derecho privado romano*, Pamplona, 1.975, pág. 236, § 461). Cfr. SANCHO REBULLIDA, Fco. de Asis, *Op. cit.*, pág. 182.

⁴³ Así lo afirma BONFANTE, *Op. cit.*, pág. 431, §135, citando el párrafo del Digesto 2, 14, 58 (Nerat. 3 membr.), de Pact. También PEROZZI, *Il contracto consensuale classico* en los *Studi per Schupfer*, 1.893, pág. 125 ss.

⁴⁴ GROSSO, Giuseppe, *Il sistema romano dei contratti*, terza edizione, Torino, 1.963, pag. 160.

⁴⁵ «D. 18, 5, 3. Paul. 33 ed. *Emtio et venditio, sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta. ...*».

⁴⁶ «D. 2, 14, 27 §2. Paul. 3 ed. ... *Idem dicemus et in bonae fidei contractibus, si pactum conventum totam obligationem sustulerit, veluti emti*».

⁴⁷ Así lo cree PEROZZI (*Op. cit.*) citado por GROSSO (*Op. cit.*, pág. 160).

«D. 2, 14, 58. Nerat. 3 membr. *Ab emtione, venditione, locatione,*

rencia al arrendamiento y la enunciación general para todos los contratos consensuales. Sin embargo, hay otro párrafo del Digesto, recogido del libro 4 *ad Quint. Muc.* de POMPONIO, representante de la época clásica alta, en que se hace una enunciación del principio general de correspondencia entre el modo de conclusión y el modo de extinción del vínculo, en el que también se incluye al arrendamiento entre los contratos que se pueden extinguir por el *dissensu contrario*, tal y como reza el párrafo a que aludimos:

D. 46, 3, 80 (Pomp. 4 ad. Quint. Muc.). Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet, verbis veluti cum acceptum promissori fit, re, veluti cum solvit quod promisit. aeque cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nuda contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest.⁴⁰

De cualquier manera que sea, lo cierto es que la correspondencia entre conclusión y extinción de las obligaciones radicaba ya de antiguo en el derecho romano, como ya habíamos dicho, si bien, en lo que concierne al llamado *contrarius consensus*, su aplicación generalizada para todos

conductione, ceterisque similibus obligationibus, quin integris omnibus consensu eorum, qui inter se obligati sint, recedi possit, dubium non est. ...».

⁴⁰ Parece que se trata de un párrafo manifiestamente interpolado; al menos así lo entiende TOESCA DI CASTELLAZZO, *Op. cit.*, pág. 696, nota 10.

Respecto a los otros dos contratos consensuales, mandato y sociedad, OURLIAC, Paul y DE MALAFOSSE, J. (*Derecho Romano y Francés Histórico*, traducción de Manuel FAIREN, Tomo I, Derecho de Obligaciones, Barcelona, 1.960, pág. 374) comentan que por la importancia que en estos dos contratos tiene el *intuitus personae*, pueden resolverse no ya por el desacuerdo, sino también por la voluntad unilateral de una de sus partes: «D. 17, 2, 65 §3. *Diximus, dissensu solvi societatem; hoc ita est, si om-*

los contratos contraídos por consenso, liberando así las dudas acerca del arrendamiento, entre otros, no tuvo lugar hasta la época justiniana, como así lo recoge JUSTINIANO en sus Instituciones:

III, 29, §4. Hoc amplius, eae obligationes, quae consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur. Nam si Titius et Seius inter se consenserint, ut fundum Tusculanum emptum Seius haberet centum aureorum, deinde, re nondum secuta, id est neque pretio soluto neque fundo tradito, placuerit inter eos, ut discederetur ab ea emptione et venditione, invicem liberantur. Idem est in conductione et locatione et in omnibus contractibus, qui ex consensu descendunt, sicut iam dictum est.

JUSTINIANO se limita a recoger lo que era ya normal en la época postclásica: como quiera que todos los contratos bilaterales eran ya de naturaleza consensual, se podían extinguir a través del *contrarius consensus*, el cual no presenta ninguna solemnidad, ni siquiera atenuada, a diferencia de los otros modos de extinción de las obligaciones, respetando, como en aquellos, el principio de congruencia entre constitución y extinción de las obligaciones.

La eficacia del *contrarius consensus* estaba subordinada al requisito de la *re adhuc integra*, es decir, que no se hayan cumplido ninguna de las prestaciones por parte de ninguno de los contratantes antes de extinguirse el contrato⁴⁹.

nes dissentiunt; quid ergo, si unus renuntiet? Cassius scripsit, eum, qui renuntiaverit societati, a se quidem liberare socios suos, se autem ab illis non liberare. ...».

⁴⁹ Para conocer la razón de la exigencia de la *re adhuc integra*, vid. GROSSO, G., *Op. cit.*, pág. 160s.

El *mutuus dissensus* o *contrarius consensus*, para producir la extinción *ipso iure*, debe referirse a la totalidad de obligaciones que surgen de ese contrato, de modo que la relación obligatoria quede sin efecto como si nunca hubiera existido. Se suele decir que el *contrarius consensus* no extingue el contrato como hecho, sino el contrato en su eficacia jurídica, esto es, la relación obligatoria dimanante del contrato⁸⁰, aunque hay quien también sostiene que no se extingue sólo las obligaciones, sino que anula el mismo contrato que las origina⁸¹.

Sin embargo, no creamos que el Derecho Romano conoció este modo de disolver o extinguir contratos con un nombre técnico, lo que haría reconocer que se trata de una categoría técnica desarrollada, sino que se trataba de una posibilidad, frente al modo normal de extinción que era el pago. Lo que hacen las fuentes romanas es hablar indistintamente de *contrarius consensus*, *contraria voluntas*, *dissensu contrario*, etc., es decir, se enuncia el principio sustancial de correspondencia entre el modo de concluir y el modo de extinguir la obligación.

⁸⁰ Así anota, al tratar del *contrarius consensus*, ENNECCERUS, Ludwig, *Derecho de Obligaciones*, Volumen primero, Undécima revisión por Henrich LEHMANN, traducción de la 35ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas PEREZ GONZALEZ y José ALGUER, Segunda edición al cuidado de José PUIG BRUTAU, Barcelona, 1.954, Pág. 362, nota 6; del *Tratado de Derecho Civil* de ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, Segundo Tomo. Asimismo SANCHO REBULLIDA, Fco. de Asís, *Op. cit.*, pág. 182, en referencia a PACCHIONI, *Manual de Derecho Romano*, trad. española MARTÍN y REVERTE, Valladolid, 1.942, II, pág. 94.

⁸¹ TOESCA DI CASTELLAZZO, C., *Op. cit.*, pág. 696, nota 11. También GROSSO, G., *Op. cit.*, pág. 159, § 5.

4. EL PACTUM DE NON PETENDO.

Recordemos ahora la tradicional clasificación de las causas de extinción de las obligaciones en Roma: causas de extinción *ipso iure* y *ope exceptionis*. Las primeras extinguen verdaderamente la obligación, con todas las relaciones accesorias que conlleven; inciden en el *vinculum iuris*, destruyéndolo. En cambio, las segundas se limitan a atribuir una excepción para paralizar la acción.

El principio *nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem* es clásico⁸². El fin del pacto es precisamente el de evitar la agresión procesal, por ello su efecto es el defensivo de proporcionar una *exceptio*, y no el agresivo de la *actio*.

Ya hemos dicho que las raíces del término *pactum* se remontan a las XII Tablas⁸³, en donde, según el pensar de JHERING⁸⁴, tenía el significado de evitar la venganza legal

⁸² GROSSO, G., *Op. cit.*, pág. 171.

⁸³ XII Tablas 8, 2. *Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto* (D'ORS, Alvaro, *Derecho Privado Romano*, Tercera edición revisada, Pamplona, 1.977, pág. 136, § 98). Vid. pág. 19.

⁸⁴ Fue JHERING quien «descubrió» el origen del significado de la palabra *pactum*: «Le montant de la composition, point n'est besoin de le dire, variait suivant les cas. La fortune des deux parties, leur position, leur rapports antérieurs, l'ardeur de la soif de vengeance d'un côté, le degré d'opiniâtreté de l'autre, l'intercession de personnes amies, une foule d'autres considérations, devaient exercer sur ce point une influence déterminante. ... L'opinion publique et les usages exerçaient aussi leur influence dans ces cas. ... Nous devons ici nous représenter à l'esprit une scène de marché, où les deux parties débattaient leurs prétentions respectives jusqu'à ce qu'elles fussent tombées d'accord. L'expression usitée pour cette négociation était *pacere*, *pacisci*, *depecisci*; l'accord lui-même s'appelait *pactum*. La signification originale de *pactum* n'est donc point celle d'une convention, mais celle de *pax* *paix*, c'est-à-dire, l'apaisement des hostilités: l'accord met fin à la discorde» (JHERING, Rudolf Von, *L'Esprit du Droit Romain dans les diverses phases de son développement*, traducción francesa de O. de MEULENAERE, 3ª ed., Tome Premier, Bologna, 1.969, pág. 137 y 138, § 12).

del talión («ojo por ojo, diente por diente»), es decir, el de hacer las paces (la llamada «composición»). Aunque sobre todo, adquiere el significado del *pacta conventa servabo* del edicto pretorio, del que deriva la *exceptio pacti conventi*.

Si bien, como dice GROSSO²², en el uso común, el término *pactum* o *pactio* asume el significado más general de convención, viniendo a indicar el acuerdo no formal. Así nos lo reflejan estos pasajes del Digesto:

D. 2, 14, 1 § 2.- Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus. (Ulpianus libro IV. ad Edictum).

D. 50, 12, 3 pr.- Pactum est duorum consensus atque conventio; pollicitatio vero offerentis solius promissum. ... (Ulpianus libro IV. Disputationum).

En este significado más general fue absorbido el específico *pactum conventum* tutelado en general por el pretor, que viene llamado con el término más específico de *pactum de non petendo*. Y fue entonces cuando se afirmó el principio de «*nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*, que *ex nudo pacto actio non nascitur*»; es decir, la eficacia jurídica general del *pactum* era solamente aquella sanción negativa del pretor, por la que el *pactum* paralizaba la acción.

GAYO también nos habla del *pactum de non petendo* como productor de una *exceptio*, mas no como extintivo de la obligación, al tratar de las excepciones:

²² *Op. cit.*, pág. 172.

Institutiones, IV, 116 b. Item si pactus fuero tecum, ne id quod mihi debeas a te petam, nihilo minus id ipsum a te petere possum dari mihi oportere, quia obligatio pacto convento non tollitur; sed placet debere me petentem per exceptionem pacti conventi repelle.

Así pues, el Derecho romano conoció, entre los modos de extinguir las obligaciones *ope exceptionis*, el *pactum de non petendo*, dotado por el pretor de una *exceptio pacti conventi*, por el cual el acreedor promete no pedir al deudor la prestación y, en caso contrario, el deudor se ve protegido por aquella excepción. Por ello se dice que se trata de un modo de extinción *ope exceptionis*.

En razón a la intervención del Pretor respecto al *pactum*, éste opera en el campo del derecho pretorio que, como sabemos, evolucionaba en pos de una mayor flexibilidad, frente a la rigidez y formalismo del *ius civile*. Por ello, el *pactum de non petendo* podía concluirse expresa o tácitamente, excluida toda formalidad, suponiendo un simple acuerdo de voluntades y determinando, en el derecho clásico, una causa de extinción pretoria, aunque *ope exceptionis*, de la deuda. Piénsese en que podía aplicarse a cualquier tipo de obligación y su adaptabilidad, por la ausencia de requisitos de forma, lo hicieron muy común en la práctica; sobre todo desde la intervención del pretor - a finales de la República -, puesto que antes no tenía eficacia alguna²⁶.

²⁶ «D. 2, 14, 7, §7 (ULPIANUS libro IV. ad edictum). Ait Praetor: Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo».

El *pactum de non petendo* supone una transgresión del principio general aducido tantas veces sobre la correspondencia entre el modo de conclusión y extinción de la obligación. Por ello, a la amplitud de sus condiciones de validez le corresponde una eficacia jurídica reducida; tan sólo da lugar a una excepción, sin que la obligación venga extinguida.

Prueba de que no extingue la obligación, la tenemos en que puede reestablecerse de nuevo, sobre la misma deuda, un pacto de pedir, sin necesidad de formalizar ningún nuevo contrato; es decir, continúa existiendo la misma deuda y, para facilitar la pretensión del acreedor se le concede una *replicatio pacti ut petere liceat*⁸⁷, sobre el fundamento del nuevo acuerdo de pedir. Asimismo, como dice la doctrina, aunque sea opuesta la excepción, la obligación puede sobrevivir con respecto a otros coobligados, como pueden sobrevivir las obligaciones accesorias y las garantías⁸⁸.

A la ausencia de formalidades, se le une la diversa

⁸⁷ GAYO, *Instituciones*, IV, 126. *Interdum evenit, ut exceptio qua prima facie iusta videatur, inique noceat actori. Quod cum accidat, alia adiectione opus est adiuuandi actoris gratia; quae adiectio replicatio vocatur, quia per eam replicatur atque resolvitur vis exceptionis. Nam si verbi gratia pactus sum tecum, ne pecuniam quam mihi debes a te peterem, deinde postea in contrarium pacti sumus, id est ut petere mihi liceat, et, si agam tecum, excipias tu, ut ita demum mihi condemneris, si non convenerit ne eam pecuniam peterem, nocet mihi exceptio pacti conventi; namque nihilo minus hoc verum manet, etiamsi postea in contrarium pacti sumus; sed quia iniquum est me excludi exceptione, replicatio mihi datur ex posteriore pacto hoc modo: AUT SI POSTEA CONVENIT UT MIHI EAM PECUNIAM PETERE LICERET.* Asimismo fue recogido en el D. 2, 14, 27 § 2, según extracto de PAULUS libro III. ad Edictum.

⁸⁸ Así, BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho Romano*, traducción de la octava edición italiana por Luis BACCI y Andres LARROSA, revisada por Fernando CAMPUZANO, Tercera edición, Madrid, 1.965, pág. 422; DE VILLA, Vittorio, "Pactum de non petendo", Voz en el *Nuovo Digesto Italiano*, Torino, 1.939, pág. 408 ss.

funcionalidad según la voluntad del que realiza el pacto. En efecto, se distingue entre el *pactum in perpetuum* y el *pactum ad tempus*, según el acreedor prometa no pedir jamás la deuda al deudor o solamente durante cierto tiempo; es decir, una eficacia liberatoria, aunque sea a través de la excepción, y una eficacia dilatoria, respectivamente. A nosotros nos interesa el primero de ellos.

Por otra parte, el *pactum* podía ser *in rem* o *in personam*. En el primero, el pacto tenía una eficacia general, frente a todos los obligados, herederos, fiadores y, en general, a todos aquellos que venían beneficiados con ese pacto; en cambio, en el *pactum de non petendo in personam* la eficacia viene limitada a la persona con quien se ha concluido ese pacto, sin que se beneficie de él nadie más. Cuando estaremos frente a un pacto real o personal es algo que depende de la voluntad de los contratantes.

En el derecho clásico, el *pactum* no tenía eficacia más que entre las partes contratantes: no podía ser opuesto ni por el codeudor solidario ni por el heredero, salvo mención especial - *mentio heredis* -; sin embargo, si favorecía al fiador, ya que éste contaba con el recurso de la acción de regreso⁵⁹. Según la opinión de DE VILLA y BONFANTE también beneficiaba el pacto al codeudor solidario cuando ambos eran socios⁶⁰. En definitiva, y fuera como fuere, según la denominación justinianea, el *pactum de non petendo in personam* era

⁵⁹ Aunque no es así si afianzó con ánimo de donar; Cfr. D. 2, 14, 32; D. 2, 14, 27 §§ 1 y 2.

⁶⁰ Cfr. DE VILLA, V., *Op. cit.*, pág. 409; BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano*, Vol. IV *Le Obbligazioni*, Milano, 1.979, pág. 99 ss.

la regla general en la época clásica, es decir, con eficacia solamente con quien se había concluido el pacto.

Fue precisamente en el derecho justinianeo cuando se hace manifiesta la diferencia entre el *pactum in rem - ne petam* - y el *pactum in personam - ne a te petam* -, mutando la regla general del derecho clásico en beneficio del *pactum de non petendo in rem*, con eficacia objetiva; había que estar, ya lo hemos dicho, a la voluntad del que hacía el pacto⁶¹, aunque en caso de duda, el pacto se presumía real, a menos de que se manifestare aquella voluntad de una manera inequívoca y explícita.

Desprendidos ya del corsé del estrecho formalismo, se llega a afirmar, tanto por PAULO como por ULPIANO, que una aceptilación inútil vale como pacto de no pedir⁶².

Sin embargo, en el derecho justinianeo el *pactum de non petendo* sigue actuando todavía por vía de excepción, contraponiéndose a otros negocios extintivos con eficacia *ipso iure*⁶³. No obstante, la antítesis que entre los clásicos existía respecto al *ius civile* y el *ius honorarium* pierde su

⁶¹ D. 2, 14, 7 §8: ULPIANUS libro IV. ad edictum. - *Factorum quaedam in rem sunt, quaedam in personam. In rem sunt, quoties generaliter paciscor, ne petam; in personam, quoties, ne a persona petam, id est, ne a Lucio Titio petam. Utrum autem in rem, an in personam pactum factum est, non minus ex verbis, quam ex mente convenientium aestimandum est; plerumque enim, ut et Pedius ait, persona pacto inseritur, non ut personale pactum fiat, sed ut demonstretur, cum quo pactum factum est.*

⁶² D. 2, 14, 27 §9: PAULUS libro III. ad Edictum. - *Si acceptilatio inutilis fuit, tacita pactione id actum videtur, ne peteretur.*

D. 46, 4, 8 pr.: ULPIANUS libro XLVIII. ad Sabinum. - *An inutilis acceptilatio utile habeat pactum, quaeritur; et nisi in hoc quoque contra sensum est, habet pactum. Dicet aliquis: potest ergo non esse consensus; cur non possit? Fingamus, eum, qui accepto ferebat, acientem prudentemque, nullius esse momenti acceptilationem, sic accepto tulisse, quis dubitat non esse pactum, quum consensum paciscendi non habuerit?*

⁶³ DE VILLA, Vittorio, Op. cit., pág. 410.

valor y si la diferencia entre los dos modos extintivos se mantiene en el plano formal, no es menos cierto que en cuanto al contenido no existe, al menos con la rigidez de la época clásica.

En definitiva, y como dice POTHIER, el que,

«mediante la nuda convención no se hace liberación sino de aquellas obligaciones que se contraerón con el nudo consenso, pertenece a la sutileza del Derecho. Que si consideramos no el Derecho, sino el efecto. cualquier obligación se suprime mediante el pacto DE NO PEDIR; es decir, mediante la excepción perpetua que este pacto produce»⁶⁴.

Evidentemente se debe estar refiriendo al pacto de no pedir perpetuo, que era el usual para producir el efecto que nos expresa dicho autor.

⁶⁴ POTHIER, R.J., *Le Pandette di Giustiniano disposte in nuovo ordine*, Versión italiana de Antonio BAZZARINI, Volume VI, Venezia, 1.835, pág. 176. El subrayado es nuestro

III. RECAPITULACION.

Hemos estudiado, someramente, las cuatro figuras que, de algún modo, pueden considerarse como antecedentes de la actual condonación de la deuda.

Cada una de ellas, a su manera y según el punto de vista desde el que se mire, puede ser el auténtico precedente romano de la actual remisión.

Sin embargo, lo cierto es que POTHIER⁶⁵ sólo nos habla de dos de ellas, como auténticos precedentes: la *acceptilatio* y el *pactum de non petendo*. La razón de ello no es difícil de revelar, aunque él no lo diga. A lo largo de la breve exposición de las características de cada una de ellas, ya hemos desvelado en parte el por qué de esta omisión.

Por lo que respecta al *mutuus dissensus*, su campo de aplicación no era el de las obligaciones, individualmente consideradas, sino el contrato como tal, es decir, como negocio jurídico comprensivo de pluralidad de obligaciones respectivas a ambas partes contratantes. Su ámbito se reducía a los contratos consensuales y no a las obligaciones. Por ello, este modo de extinción no puede predicarse como antecedente de la condonación de la deuda⁶⁶, máxime cuando se

⁶⁵ POTHIER, Robert Joseph, *Traité des Obligations*, §§ 607 ss.

⁶⁶ A no ser que se sostenga que en el *contrarius consensus* lo único que existe son mutuas remisiones de las obligaciones contractuales, lo cual nos parece indefendible además de que no era ese el espíritu que informaba al pasaje del Digesto 46, 3, 80, reproducido al hablar de este modo de extinguir los contratos. En todo caso, además de la liberación voluntaria no satisfactoria de las obligaciones contractuales, en este modo extintivo del *contrarius consensus* existía, asimismo, una extinción del contrato que las había generado. Es en este sentido que TOESCA DI CASTELLAZZO (*Op. cit.*, § 2, pág. 696) habla de que «*per questa ragione appunto non rite-*

trataba de la disolución consensual del contrato concluido consensualmente⁶⁷.

A pesar de ello, hay quien sigue hablando del *contrarius consensus* como válido antecedente de la actual remisión, aunque el principal argumento aducido reposa sobre la base de una pretendida característica general imputable a todas las figuras remisivas: la convencionalidad⁶⁸. Por contra, parece claro que esto no es así. Como dice SRAFFA⁶⁹,

niamo il contrarius consensus profondamente diverso, almeno originariamente, dall'acceptilatio».

⁶⁷ Además, como dice WINDSCHEID (*Diritto delle Pandette*, Traduzione dei professori Carlo FADDA e Paolo Emilio BENSA, Volume Secondo, Torino, 1.930, § 357, pág. 390, nota 9), el *contrarius consensus* solamente era aplicable a las obligaciones derivadas de contratos consensuales y ni siquiera en estos si el contrato estaba ya parcialmente cumplido. A pesar de que este autor hable de «obligaciones», no quiere decir que el objeto del mutuo disenso sean éstas, sino el mismo contrato, como se encarga de exponer en otro lugar: «*Il contrarius consensus nella sua espressione tende alla revocazione del contratto, ...*» p. cit., § 357, pág. 389, nota 5). Véase, sin embargo, la nota siguiente.

⁶⁸ El mismo WINDSCHEID (*Op. cit.*, § 357, pág. 389), a pesar de ser consciente de que esta figura «*tende alla revocazione del contratto*», insiste en proclamarla como antecedente de la actual remisión, de conformidad a su planteamiento previo: la remisión sólo es eficaz como contrato de remisión. Así puede decir que «*un'altra forma romana del contratto diretto de remissione è il c. d. contrarius consensus, cioè l'accordo delle parti senza formalità, che un bonae fidei contractus fra esse concluso abbia ad essere revocato. ... Il contrarius consensus nella sua espressione tende alla revocazione del contratto, e perciò non meno in sostanza alla revocazione del diritto di credito costituito col contratto (o dei diritti di credito costituiti col contratto)*». En definitiva, su razonamiento es claro: aunque es cierto que se tiende, con esta figura, a la total resolución contractual, no es menos cierto que con ella se extinguen los derechos de crédito existentes; como la remisión no es más que «*l'estinzione del diritto di credito per la volontà del creditore senz'altro*» (*Op. cit.*, § 357, pág. 387), el *contrarius consensus* romano era figura romana de remisión.

⁶⁹ SRAFFA, Angelo, *Mutuo dissenso e rimessione del debito*, (Nota a la S. 4 aprile 1.916 de la Corte di Cassazione di Torino) en «*Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*», Volume XIV, Parte Seconda, Milano, 1.916, pág. 426. Añade el autor que «*il mutuo dissenso è qualcosa di più della vicendevole rimessione perchè non si limita a togliere di mezzo i reciproci diritti sorti in forza dell'atto ma porta all'assoluta distruzione del medesimo e se non si potrà chiamare tutto ciò rimessione del debito perchè questa non può essere che a titolo gratuito e per atto unilaterale la diremo liberazione reciproca delle parti per effetto della concordata risoluzione del contratto e l'effetto rimane lo*

al poner en frente a la remisión y al mutuo disenso, cuando se disuelve un contrato de común acuerdo, es natural que no pueda hablarse de remisión por acto unilateral de una parte en favor de otra; habrá, en ciertos casos, una mutua remisión en el sentido de que una remite a la otra para que esta otra también remita, pero ésta, indudablemente, no es la remisión unilateral incompatible con el concepto del *mutuo dissenso*. El mismo concepto del mutuo disenso, además, debe despejar cualquier duda sobre la cuestión planteada: el *mutuus dissensus* o *contrarius consensus* es una causa de resolución de los contratos y precisamente una causa consensual, que constituye un nuevo contrato por el cual las partes convienen en disolver la relación jurídica resultante del contrato precedente⁷⁰. Según ello, su campo de aplicación es netamente diferente al de la *acceptilatio* o el *pactum*.

En lo referente a la *solutio per aes et libram* la cuestión es diferente. Aquí sí que se trataba de extinguir una obligación, individualmente considerada. Sin embargo, y a pesar de ser considerada como *species imaginariae solutionis* desde que el pago efectivo fue ganando terreno, su futuro no

stesso» (Op. cit., pág. 427). Se refiere, al decir que el efecto es el mismo, a la liberación, que no a la identidad de las figuras, lo cual distingue taxativamente como hemos visto.

FADDA (Carlo) y BENZA (Paolo Emilio) (*Note e Riferimenti al Diritto Civile Italiano del Diritto delle Pandette* de Bernard WINDSCHEID, Volume Quarto, Notas al Libro Segundo, número 25, pág. 398) son todavía más taxativos en cuanto a la hipotética identidad entre la *acceptilatio* y el *mutuus dissensus*, al decir: «Nel *mutuus dissensus* no si tratta già di una disposizione, che altri eserciti sul proprio diritto, ma di annientamento di un contratto bilaterale consensuale già costituito, per modo che il contratto si considera come non mai esistito. Non vi è qui vicendevole remissione, la quale porterebbe solo a tòr di mezzo i reciproci diritti sorti in forza dell'atto, ma assoluta distruzione».

⁷⁰ SRAFFA, Angelo, Op. cit., pág. 426.

era esperanzador. La razón de ello - ya lo hemos anticipado - residía en que existía otra figura que la eclipsaba: la *acceptilatio*.

En efecto, la *acceptilatio* absorbió la más amplia gama de obligaciones sobre las que podía recaer. Desde la posibilidad de extinguir, previa *stipulatio* novativa de la obligación que se tratara (*stipulatio Aquiliana*), cualquier obligación a través de la *acceptilatio*, se diluyó la razón de ser de la *solutio per aes et libram* que, recordemos, desde la eficacia de pago efectivo, sólo servía como medio para remitir deudas. Las formalidades que se exigían para la *acceptilatio* eran menores que las exigidas a la *solutio per aes et libram*. La menor formalidad y el mayor campo de aplicación fueron suficientes factores determinantes como para que ya JUSTINIANO no incluyera en sus Instituciones, entre las formas disolutivas de las obligaciones, a la *solutio per aes et libram*⁷¹.

Descartados pues ambos modos, aunque por distintas razones, nos quedan la *acceptilatio* y el *pactum de non petendo*, precisamente los dos modos citados por POTHIER⁷². Y

⁷¹ Vid. comentario sobre la *solutio per aes et libram* en páginas 30 a 33.

⁷² El otro máximo representante de la literatura jurídica inmediatamente anterior al movimiento codificador, Jean DOMAT, no trata sistemáticamente a la remisión de la deuda, debiéndolo tener en cuenta en las posibles referencias a él. Para DOMAT, la remisión de la deuda (ya que utiliza esta expresión) es una donación, aunque no podemos extraer otras consecuencias, es decir, si lo es sólo en cuanto a la forma o, también, en cuanto al fondo. De todos modos, su afirmación es clara: «*On peut donner toutes les choses qui sont en commerce, meubles, immeubles, dettes, droits, actions, & même des biens à venir, & généralement tout ce qui peut passer d'une personne à une autre & lui être acquis. Et c'est aussi une donation, lorsque le créancier remet la dette à son débiteur*» (DOMAT, Jean, *Les Loix Civiles dans leur Ordre Naturel*, Paris, 1.777; Tome Premier, Liv. I, Tit. X, Sect. I «De la nature des donations entre-vifs», § 33, pág. 175).

De todos modos, DOMAT ya había desechado, al igual que más tarde lo haría POTHIER, las formalidades del Derecho romano y, aunque sus citas

es lógico que sean estos dos los que el autor cita.

Desde Roma, *acceptilatio* y *pactum* han ido indisolublemente unidos al hablar de la remisión de la deuda. La *acceptilatio*, como asimilado al pago, de efectos extintivos inmediatos; el *pactum de non petendo*, como válvula de escape que dió el Pretor a la rigidez del formalismo, posibilitando y aumentando el haz de facultades de quien quiere, objetivamente, liberar al deudor de su obligación.

Pocas son, pues, las consecuencias que podemos extraer del estudio hasta ahora realizado sobre las diversas modalidades de remitir la deuda en Roma; entre ellas, las siguientes:

1.- El Derecho romano no conoció una fórmula general de remisión de la deuda.

2.- Que las formas de extinción *ipso iure* de la obligación participaban, como regla general, de la naturaleza del negocio que la había generado, en virtud del principio del *contrarius actus* que informó el Derecho romano⁷⁹.

están basadas, principalmente, en pasajes del Digesto, omite en el texto cualquier referencia no ya al *mutuo disenso* o a la *solutio per aes et libram* (lógicamente), sino incluso a la *acceptilatio* y al *pactum de non petendo*.

⁷⁹ Como dice SANCHO REBULLIDA (*Op. cit.*, pág. 184) «la universalidad de este principio se halla en crisis en algún sector de la doctrina romanista» y para ello cita a PEROZZI: «la *acceptilatio verbal* no es necesariamente un acto inverso de la obligación verbal, ya que en la *dotis dictio*, y en el juramento del liberto, habla una sola de las partes, mientras que en la *acceptilatio* hablan las dos; y la *solutio per aes et libram* se aplica a la *actio iudicati*, donde no interviene el cobre ni la balanza. Por ello - añade SANCHO -, califica de superficial y de probable origen bizantino la observación de que las obligaciones se resuelven me-

3.- La *acceptilatio* era la figura que, según el principio citado, extinguía *ipso iure* las obligaciones verbales, y todas las demás a través de la llamada *stipulatio Aquiliana*. La esencial formalidad, en forma de pregunta del deudor y respuesta del acreedor, dándose por recibido, era su principal característica

4.- Existía, sin embargo, un modo general de extinción de la obligación, derivado del derecho pretorio y, por ello, *ope exceptionis*, que era el *pactum de non petendo*, de naturaleza más versátil que la *acceptilatio*, al estar exento de formalidades.

5.- Que solamente la *acceptilatio* y el *pactum de non petendo* pueden constituir los verdaderos antecedentes romanos de la actual remisión de la deuda y, de hecho, son las únicas instituciones que perduraron a lo largo del Derecho intermedio.

Hay quien suele añadir otra consecuencia, a saber, la de calificar a la remisión de bilateral o consensual, dándole a la cuestión la máxima importancia⁷⁴. Para nosotros, la im-

diante un acto inverso, pero del mismo grado que aquel del que dixeran».

⁷⁴ Por ejemplo, SANCHO REBULLIDA (Op. cit., pág. 184); VIEDSCHEID (Op. cit., § 357, pág. 388). Sin embargo, el mismo SANCHO, después de afirmar esta regla genérica, cita a LONGO (*Diritto delle obbligazioni*, Torino, 1.950, págs. 239 ss.) para explicar que «algunos datos textuales inducen a una interpretación distinta».

FADDA y BENSÀ, a pesar de afirmar genéricamente diciendo que «nessun dubbio che per diritto romano la remissione era sempre convenzionale», y añadiendo a continuación «benchè non manchino tracce di un'efficacia estintiva attribuita alla mera volontà del creditore in alcuni passi delle fonti, i quali però a rigore offrono appiglio anche a diversa interpretazione (cfr. fr. 18 § 2, fr. 28 de m. c. don. 39, 6; fr. 41 de tur. 12, 2; fr. 4 § 1 de peculio 15, 1 ...)» (Op. cit., núm. 25, pág. 398), también cuestionan la regla genérica de la consensualidad en las distintas figuras

portancia es relativa, máxime cuando tal afirmación ha recibido críticas autorizadas. Las reglas genéricas que nosotros hemos enumerado acaso sean las únicas que no resistan ninguna objeción.

Lo que sí es importante para nuestro estudio es haber visto que la facultad del acreedor para liberar al deudor y/o extinguir la deuda puede tener su cauce en varios negocios, cada uno con sus particularidades y todos bajo el concepto de remisión.

La naturaleza del *pactum* y de la *acceptilatio*, aún pudiendo coincidir, normalmente se aplican a supuestos diferentes. Esta es directamente extintiva del *vinculum iuris*; el *pactum* otorga al acreedor no sólo la posibilidad de dirigir su declaración de voluntad hacia el vínculo (*in rem*), sino también de dirigirse hacia la persona del deudor (*in personam*).

En definitiva: bajo el concepto de *remisión*, se conoce en Derecho romano tanto la extinción de la obligación como la liberación del deudor; distintos objetos de la declaración remisiva; la deuda o el deudor.

A partir de aquí se abre un capítulo polémico entre los autores, que es el de calificar cuál de aquellas dos figuras se asemeja más a la actual remisión de la deuda.

liberatorias del derecho romano; sobre todo respecto al *pactum de non petendo*, al apoyarse en lo que ellos denominan «un'altra geniale congettura messa innanzi dallo JHERING» y su teoría sobre el verdadero significado del *pactum*. Así manifiestan que «quale fosse la vera ragione per cui anche qui (en el *pactum*) era necessario l'accordo, non appare evidente ... Orbene, muovendo dal concetto di un accordo amichevole per definire una lite iniziata o probabile, ossia, di una transazione, la bilateralità del negozio non ha più bisogno di giustificazione» (FADDA y BENZA, *Op. cit.*, número 25, pág. 398 y 399). El subrayado es nuestro.

IV. ALGUNAS POSICIONES DOCTRINALES ACERCA DE LOS ORIGENES DE LA ACTUAL REMISIÓN.

1. BREVE REFERENCIA A LA DOCTRINA ITALIANA Y ALEMANA.

Las referencias van a ser breves, necesariamente. Tan sólo tendremos en cuenta algunos autores, entre los más destacados, que, según nuestro parecer, resultan útiles para este fin.

En principio, habría que tener en cuenta lo que dijeron los anotadores de WINDSCHEID⁷⁵, acerca de la preocupación por establecer cuál de las figuras liberatorias romanas corresponde a la actual remisión de la deuda. Ellos lo califican de *«questioni oziose»* dado que *«trattasi di istituti completamente e per l'essenza loro diversi»*.

TOESCA⁷⁶, por ejemplo, piensa que el *pactum de non petendo*, por su aplicabilidad a todas las especies de obligaciones y por su falta de requisitos de forma, se asemeja

⁷⁵ FADDA, Carlo y BENZA, Paolo Emilio, *Diritto delle Pandette* de Bernardo WINDSCHEID, Volume Quarto, Torino, 1.930, Notas al Libro Segundo, «sul §69», número 25, pág. 399. Los anotadores dicen textualmente: *«è quindi una delle non insolite questioni oziose quella che tanto preoccupa i moderni pandettisti di stabilire, cioè, a quale fra le tre figure liberatorie romane corrisponda l'attuale remissione di debito. Trattasi di istituti completamente e per l'essenza loro diversi»*. Se refiere, exclusivamente, a la *acceptilatio*, *pactum de non petendo*, y al *mutuus dissensus*, obviando cualquier mención sobre la *solutio per aes et libram*.

⁷⁶ TOESCA DI CASTELLAZZO, Carlo, *Op. cit.*, § 2, pág. 697: *«Questa è - se refiere al pactum de non petendo -, senza dubbio, rispetto alle altre forme di remissione, in particolare rispetto all'acceptilatio, un'inferiorità, ma essa era compensata dai vantaggi che procuravano l'applicabilità a tutte le specie di obbligazioni e l'adattabilità, per la mancanza di requisiti di forma, alle diverse esigenze pratiche delle parti. Ciò avvicina il pactum de non petendo, più che non l'acceptilatio, alla remissione moderna»*.

más a la actual remisión que la *acceptilatio*.

WINDSCHEID ya advierte, después de afirmar que para ser eficaz la remisión necesita de la aceptación del deudor, que su contenido es variado, ya se dirija hacia la directa extinción del derecho de crédito, ya sea obligándose el acreedor a no exigirlo⁷⁷. Es decir, en Derecho romano no sólo se puede hablar de remisión respecto a la *acceptilatio*, sino también respecto al *pactum de non petendo*, aunque se traten de dos figuras distintas.

GIORGI⁷⁸, también se muestra cauteloso ante este problema y, en verdad, no entra en su discusión. Sin embargo, podemos entrever que opta por el *pactum de non petendo* cuando dice, al hablar de los efectos de la remisión, que

«es sabido con cuanta seguridad las escuelas antiguas habían distinguido la acceptilatio, que extinguía la deuda ipso iure, y los pacta conventa, o ne petatur, por los que se verificaba la extinción ope exceptionis; y los pactos liberatorios reales, de los pactos liberatorios meramente personales. El Derecho moderno no conoce más que esta última distinción; ...».

⁷⁷ WINDSCHEID (*Op. cit.*, § 357, págs. 388 y 389) entiende que la remisión en el Derecho romano sólo es eficaz como contrato de remisión, con lo que excluye a la remisión por acto de última voluntad. Respecto al doble contenido de la remisión, afirma que para el caso en que se quiera extinguir directamente el derecho de crédito, se conseguiría a través de la *acceptilatio*. El segundo de los contenidos que le atribuye a la remisión en derecho romano se conseguiría a través del *pactum de non petendo*, cuando *«il diritto de credito deve in sé e per sé restar sussistente, ma il creditore si obbliga a non esperirlo, per modo che se egli ciò non ostante lo esperisce, è fondata una eccezione contro di lui»*.Cuál sea efectivamente el contenido del contrato de remisión en cada caso, hay que resolverlo por vía de la interpretación; *«nel dubbio però, ove la volontà delle parti sia rivolta ad un paralizzamento dell'effetto del diritto di credito sotto ogni rapporto, è da ritenere che esse abbiano voluta la estinzione diretta»*.

⁷⁸ GIORGI, Giorgio, *Op. cit.*, § 326, pág. 389-391.

Este autor nos introduce ya en la nueva directriz histórica de la remisión. En efecto, y como veremos más adelante, esa distinción entre pactos liberatorios reales y personales es la que otorgará a POTHIER la base suficiente para prescindir de la excesiva carga de formalidad que hasta entonces había envuelto a la remisión de la deuda y, dotarle así, de una nueva configuración⁷⁹. Ello no conlleva prescindir de la *acceptilatio* y sus efectos asimilados al pago, puesto que éste será el efecto típico de la remisión.

En esta línea se mostraron DE CRESCENZIO y FERRINI⁸⁰, al referirse al *pactum de non petendo* y su modo de operar que, según ellos, es el mismo que la actual remisión.

Sin embargo, tradicionalmente distinguen los autores entre la *acceptilatio* y el *pactum de non petendo* diciendo que aquélla extinguía de pleno derecho la obligación, mientras que éste se limitaba a una renuncia de la acción o a una obligación de no exigir la deuda, sin que ésta venga extinguida. De tal diferencia derivan la inoportunidad de asimilar ambas figuras⁸¹.

ENNECCERUS⁸² sienta el verdadero significado del *pactum*

⁷⁹ Fueron, principalmente, los autores del llamado método racionalista los que incidieron en mayor grado en esa distinción, desde VESENBECIUS hasta llegar a POTHIER, como colofón del método (se sigue, en cuanto al estudio de los autores de Derecho intermedio y su ubicación, a BADOSA COLL, Ferran, *Memoria de Derecho civil*, Barcelona, 1.978, inédita).

⁸⁰ *Op. cit.*, § 494, pág.840: «Come il pactum de non petendo ora operava in rem ed ora in personam, così l'attuale rimessione».

⁸¹ Así, entre otros, BARASSI, Lodovico, *La teoria generale delle obbligazioni*, Vol. III «L'attuazione», Milano, 1.964, § 278, pág. 187.

⁸² ENNECCERUS, Ludwig, *Derecho de obligaciones*, 11ª revisión por Henrich LEHMANN, trad. de la 35ª edición alemana con anotaciones de Blas PEREZ GONZALEZ y José ALGUER, Vol.12 (2ª ed. de José PUIG BRUTAU), Barcelona, 1.954, § 74, pág.361, nota 4 (Tomo II del *Tratado de Derecho Civil de ENNECCERUS-KIPP-WOLFF*).

en Derecho romano al manifestar algo que los demás suelen obviar: además de prometer el acreedor al deudor que no hará valer su crédito, promete también que ni siquiera lo alegará, pudiendo el deudor, por tanto, repetir lo pagado por error. Es decir, su eficacia iba más allá de la simple renuncia, ya que al otorgarse una excepción perpetua a través del *pactum*, sus efectos llegaban a asimilarse a los de la *acceptilatio*. El acreedor, por su propia voluntad, se colocaba en una situación muy parecida a la que tendría si hubiere hecho *acceptilatio*; sobre la certeza de que la obligación siga existiendo, también puede haber duda razonable, desde el momento en que si el deudor paga, puede repetir por error:

*«Qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest. ...»*³³.

*«Si pactus fuerit patronus cum liberto, ne operae ab eo petantur, quidquid postea solutum fuerit a liberto, repeti potest»*³⁴.

Definitivamente vemos cómo el *pactum de non petendo*³⁵, incluso en cuanto a sus efectos, se asemeja a la *acceptilatio*, y de ahí la conexión entre ambas figuras.

Tengamos en cuenta, como decíamos más arriba, que una *acceptilatio* inútil podía contener un *pactum de non petendo*. A pesar de las diferencias que les separaban, desde sus respectivas fuentes hasta el posible diverso contenido efec-

³³ MARCIANUS libro III. *Regularum*, l. 40, ff. de cond. ind. (12, 6).

³⁴ MARCIANUS libro III. *Regularum*, l. 40 § 2, ff. de cond. ind. (12, 6).

³⁵ Nos referimos siempre, y es ahora momento de recordarlo, al *pactum de non petendo in perpetuum*, único que puede ser objeto de estudio al hablar de la remisión de la deuda.

tual - puesto en entredicho a través de estos dos pasajes del Digesto y de la autoridad de los autores mencionados -, pasando por las cuestiones de forma, no cabe duda que *acceptilatio* y *pactum de non petendo* fueron íntimamente unidos en el devenir histórico de la remisión.

2. LA DOCTRINA ESPAÑOLA.

2.1. Anterior a la codificación.

A fuerza de ser repetitivos, hemos de hacer referencia a algunos de los autores que ya citábamos cuando examinábamos esta misma época con ocasión del tema de la unilateralidad de la remisión.

Como sabemos, existe una constante en los autores españoles del siglo XIX, que es la de fundamentar sus aseveraciones en la doctrina de las Partidas. Por ello, no es difícil afirmar que traen la doctrina romana sobre la remisión, aunque sin los formalismos que caracterizaban a aquella.

Podemos decir que el desarrollo de la institución de la remisión en el derecho español tuvo un filtro muy importante, que determinaría su posterior conceptualización, llegando incluso hasta el Código civil de 1.889: las Partidas.

Cuando los autores de la precodificación nombran a la *acceptilatio* o al *pactum de non petendo* acuden, a diferencia de lo que ocurre en la doctrina extranjera, a las Partidas, sin necesidad de remontarse hasta las fuentes del Derecho

romano. No les es necesario, por cuanto era opinión común que aquéllas recogían, en el denominado «quitamiento», los dos negocios característicos de la *acceptilatio* y *pactum*.

Resulta pues necesario, volver a reproducir la ley que habla del quitamiento para corroborar lo que estamos afirmando:

*L.1, Tit. XIV, Part.V. «...E quitamiento es, cuando fazen pleyto al debdor, de nunca demandar lo quel devia, e le quitan el debdo aquellos que lo pueden fazer».*⁶⁶

Nadie puede negar que, unificándose el concepto de remisión, no parezca prevalecer en esta ley de Partidas la figura del *pactum de non petendo in perpetuum*, si bien en la expresión «... e le quitan el debdo ...», ya LÓPEZ glosaba que «sea o no bajo la forma de la *acceptilación*; pues el quitamiento se equipara al pago»⁶⁷.

En definitiva, caben las dos formas de realizar la remisión: con la *acceptilación* y con el pacto de no pedir. Son dos maneras de conseguir el efecto remisivo, pues la incobrabilidad perpetua derivada del pacto se asemeja mucho al efecto propiamente extintivo. Y así será asumido por la doctrina posterior, hasta llegar a la inmediatamente anterior a la codificación.

Cabe hacer, ahora, una precisión de máxima importancia para entender el desarrollo del pacto de no pedir, sin perjui-

⁶⁶ Las Siete Partidas, con la glosa de G. LÓPEZ y vertida al castellano por SANPONS, MARTÍ DE EIXALA Y FERRER, Barcelona, 1.843, III, pág. 347.

⁶⁷ Op. cit., pág. 347, nota 2 a la ley.

cio de tratarlo con más profundidad al estudiar esta figura.

Hay que distinguir el pacto de no pedir y el pacto liberatorio o de remisión de que hablan los autores del Derecho intermedio. Éste hace referencia al acuerdo de voluntades entre acreedor y deudor que, desde la ley única del Título XVI del Ordenamiento de Alcalá, es válido por el mismo para conseguir tanto la creación como la extinción de una obligación y al que ya hemos hecho referencia en el sentido de admitirlo al lado de la remisión unilateral del Código civil.

Queremos resaltar, pues, que el pacto de no pedir que hoy conocemos, no es lo mismo que el pacto liberatorio. Aquél no extingue la obligación, aunque se deducen consecuencias casi similares. Y es este pacto liberatorio el que quedó, con la ley de Partidas, subsumido en un único concepto de remisión, el *quitamiento*, operable por dos vías: la remisión, propiamente dicha (de efectos idénticos a la *acceptilatio*), y el pacto de no pedir, de efectos equivalentes.

A modo de ejemplo, citaremos a tres autores.

Empezaremos por SALA que, a pesar de ser anterior al siglo XIX, nos permite enlazar con la doctrina española anterior a la codificación.

Parece considerar que el *quitamiento* de las Partidas sólo recoja la institución del *pactum*, al decir que «*in Hispania inter modos quibus obligatio tollitur, enumeratur sub nomine quitamiento pactum de nunquam petendo*», aunque más adelante reconoce que también la *acceptilación* se halla en el

concepto de remisión, recogiendo el parecer de LÓPEZ, pues «*containeri quoque acceptilationem*»⁸⁸.

GARCÍA GOYENA puede parecer partidario de la *acceptilatio* como único antecedente de la actual remisión. Al comentar el artículo 1.061 del Proyecto de Código civil de 1.851, dice que «... y la aceptación era la quita o remisión»⁸⁹.

Sin embargo, en la sección «De la quita o perdón de la deuda» (arts. 1.141-1.144), hace constantes referencias a los pasajes del Digesto que recogen el *pactum de non petendo*.

La anterior afirmación, pues, hay que entenderla en el contexto en que se incardina - el de la llamada solidaridad activa -, y según la consideración de la remisión como pago, en cuanto a sus efectos.

Por último, GUTIÉRREZ. Este autor define a la remisión como sigue:

«Las obligaciones se extinguen por la remisión, la cual se define: condonación o perdón que el acreedor hace al deudor de todo o parte de la deuda»,⁹⁰

para, a continuación, mostrarnos claramente que acoge en el concepto, tanto la aceptación como el pacto de no pedir:

⁸⁸ Joannes SALA, *Institutiones Romae-Hispaniae*, II, Matriti, 1.824, pág. 296 s.

⁸⁹ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español*, Tomo III, Madrid, 1.852, reproducción anastática, Barcelona, 1.973, pág. 95.

⁹⁰ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, IV, Madrid, 1.871, pág. 160.

«Puede ser expresa o tácita ... La primera tiene lugar por compromiso formal que contraen los interesados, obligándose el acreedor a no pedir la deuda o dándose por satisfecho de ella, aunque no la haya recibido».⁹¹

Se confirma pues lo que decíamos. Se distinguen formas o negocios distintos para actuar la remisión, aunque no se conociera por este nombre. La tradición notarial del siglo XIX nos enseñará que no existen formularios con el nombre de remisión o condonación, sino de *pactos o promesas de no pedir*.

La razón, como decíamos, no es otra que, en España, la remisión fue conocida hasta la nueva codificación, con el nombre de «pacto o promesa de no pedir». No es que a éste se le diera ambivalencia, sino que fue el rótulo que englobó tanto el pacto o promesa de no pedir que hoy conocemos, no extintivo de la obligación, y lo que hoy conocemos como remisión, de efectos extintivos, conocido por las fuentes con el nombre de *acceptilatio*^{91bis}.

La *acceptilatio* dejó de utilizarse con el triunfo de la consensualidad, como hemos dicho, y así fue como la figura del pacto o promesa de no pedir se erigió en representante de la forma expresa de remisión; también, en cuanto a la tácita, a través de la entrega o cancelación del documento privado (como paradigma de ese modo de remitir). En Roma era indubitado que tales actos constituían un pacto tácito de no pedir.

Los autores también utilizarán en ocasiones el término

⁹¹ *Ibidem*.

^{91bis} Para conocer cuál fue la evolución del *pactum de non petendo*, vid. el Capítulo quinto del Título Tercero de este trabajo.

de pacto liberatorio y, en este caso, comprenderá tanto el *pactum de non petendo* como la remisión propiamente dicha, en virtud de la fuerza de la única voluntad como fuente creadora y extintiva de las obligaciones, dando a entender que la remisión acontece por el acuerdo de voluntades, independientemente del negocio utilizado. Es decir, cuando los autores hablan de *pacto liberatorio* siempre se refieren a la remisión concluida bilateralmente, tanto si es por pacto de no pedir como si es a través de remisión *stricto sensu*.

También habíamos hecho mención a la inversión de términos para designar y definir el concepto de remisión.

Recordemos que GOROSÁBEL decía que la remisión ocurre «cuando el acreedor promete al deudor no pedirle nunca lo que le debe, remitiéndoselo»², suponiendo que el pacto era el «genus» y la remisión la especie.

Los términos, en otras ocasiones, se invertían en el sentido de que la remisión será el género y el pacto la especie, como en la ley de Partidas, en que bajo el término «quitamiento» se comprendía tanto el efecto de la aceptilación (extintivo) como seguramente el del pacto de no pedir en sentido estricto (no extintivo), según la voluntad del acreedor.

² Código civil de España, Tolosa, 1.846, Art. 920, pág. 172.

2.2. Posterior a la codificación.

Aunque hay alguno más, tan sólo citaremos a dos autores, ya que el problema es normalmente omitido por la doctrina española posterior a la publicación del Código de 1.889.

SANCHO REBULLIDA hace un amplio estudio (respecto a los de los demás) de los antecedentes de la actual remisión para terminar diciendo que no puede *«asegurarse cuál de las figuras utilizables en Derecho romano para la remisión se asemeja más a la condonación de los Códigos vigentes»*⁹³.

GONZALEZ PORRAS sí se decanta en favor de una de las figuras: el pacto de no pedir. Dice que *«posiblemente sea el "pactum de non petendo" la [figura] que se acerca más a la condonación o remisión de la deuda»*⁹⁴, apoyando erróneamente su criterio en la opinión de SANCHO pues éste, como hemos visto, no se pronuncia sobre la cuestión.

La doctrina española, en fin, acoge tanto el efecto extintivo de la *acceptilatio*, como el *pactum de non petendo*, en el concepto de remisión.

⁹³ Op. cit., pág. 185

⁹⁴ Op. cit., Com. art. 1.187, pág. 322.

V. CONCLUSIONES.

Razones asisten a cada una de las dos figuras para considerarlas como antecedentes históricos de la remisión.

En cuanto a la *acceptilatio*:

1. La primera y más importante es la consideración de la *acceptilatio* como *imaginaria solutio*, es decir, de efectos idénticos al pago. Por ello, cabe pensar que la actual remisión, concebida como modo extintivo de la obligación, tiene su origen en aquella (Cfr. arts. 1.143, 1 y 1.156 C.c.).

2. La *acceptilatio* extinguía la obligación porque disolvía el *vinculum iuris*. El efecto típico de la actual remisión, insistimos, es la extinción de la deuda y, consecuentemente, de la obligación, disolviéndose aquel vínculo.

3. Fue el primer medio de amplia utilización para conseguir el efecto remisivo, debido a lo asequible de su formalidad y a la posterior aparición de la *stipulatio Aquiliana*.

Respecto al *pactum de non petendo*:

1. Esta figura no producía la extinción *ipso iure* de la obligación, aunque otorgaba una excepción perpetua para

repeler la reclamación del acreedor, por lo que sus efectos, si no idénticos, si eran semejantes a la *acceptilatio* en cuanto a la incobrabilidad del débito.

2. No disolvía el *vinculum iuris*, ya que se trataba de un medio de extinción *ope exceptionis*. Sin embargo, hemos visto cómo no era indubitado que el deudor no pudiera repetir lo pagado cuando le asistía una excepción perpetua.

3. Este procedimiento no requería ni de solemnidades ni de congruencia entre la constitución y la extinción de la obligación, pudiéndose ajustar perfectamente a la voluntad de las partes. Podía concluirse expresa o tácitamente, conectando con la actual posibilidad de actuar una remisión tácita. Incluso las presunciones de remisión en Derecho romano incidían sobre declaraciones tácitas de voluntad, como así hoy está recogido en el Código civil español⁹⁰.

4. El *pactum* explica la posibilidad actual de la remisión personal, es decir, aquella remisión que va dirigida a la liberación de un deudor cuando existe solidaridad pasiva. No sería posible explicarlo basándonos en la *acceptilatio*, de efectos extintivos e ilimitados. El *pactum* es el cauce adecuado para dirigir la declaración de voluntad sobre la persona del deudor⁹¹.

⁹⁰ Cfr. art. 1.188 C.c., aunque no contemple una condonación, sino una renuncia a la acción de consecuencias lucrativas (efecto económico).

⁹¹ Si bien es cierto que la compilación justiniana distinguió entre el *pactum in personam* y el *pactum in rem*, este último de efectos asimismo ilimitados.

La casi unanimidad de autores no se pronuncia eligiendo el hipotético único antecedente de la actual remisión²⁷.

La diferente manera de actuar, sobre la obligación, de la *acceptilatio* y del *pactum de non petendo* la podemos ver cuando ambas figuras son interpuestas por un coacreedor solidario. En el caso de la *acceptilatio*, la obligación viene extinguida respecto a los demás coacreedores y, por supuesto, respecto al deudor o deudores; así, viene recogido en la l. 2, ff. de duob. reis const. (45, 2), este pasaje de IAVOLENUS libro III. ex Plautio: «*Quum duo eandem pecuniam aut promiserin, aut stipulati sunt, ipso iure et singulis in solidum debetur, et singuli debent; ideoque partitione, acceptilatione unius tota solvitur obligatio*».

En cambio, en el caso del *pactum de non petendo* y como dice DE VILLA (Op. cit., pág. 410) «quanto alle obbligazioni solidali attive è da ritenere che tanto per diritto classico che per diritto giustiniano il patto concluso dal debitore con uno dei creditori avesse sempre efficacia limitata al creditore che lo aveva consentito non solo se concepito in personam ma anche in rem, pero l'ovvia ragione che il creditore paciscente non poteva validamente promettere il patto degli altri concreditori, né era acconsentito accordare al patto l'esorbitante efficacia di vincolare la volontà dei terzi e di pregiudicarne i loro diritti».

Pero no sólo se trata de una opinión doctrinal, sino que ésta encuentra su respaldo en varios pasajes del Digesto, como el que reproducimos de ULPIANUS libro XXIII. ad Sabinum que, aunque en tema de legado de liberación de deuda, nos sirve para demostrar la diversidad efectual de ambos institutos: § 3, l. 3, ff de liberat. legat. (34, 3): «... et si quidem mihi liberatio sit relicta, quum solus sim debitor, sive a me petatur, exceptione uti possum, sive non petatur, possum agere, ut liberer per acceptilationem. Sed etsi cum alio sim debitor, puta duo rei fuimus promittendi, et mihi soli testator consultum voluit, agendo consequar, non ut accepto liberer, ne etiam correus meus, liberetur contra testatoris voluntatem, sed pacto liberabor. ...».

En el mismo sentido, y aunque sin mencionarlo, se deduce de las palabras de MEDICES († 1.595) al decir «inter pactum nudum gratuitum, & acceptilationem est differentia; nam acceptilatio unius ex pluribus reis porrigitur ad omnes» (MEDICES, Sebastianus, De Acceptilationibus recens editio, en «Tractatus Illustrium in utraque tum pontificii, tum cæsarei», «De contractibus licitis», Tom. VI, Pars II, Venetiis, 1.584, pág. 400 (v), c. 1).

²⁷ Ningún autor se define optando por la *acceptilatio*. Pero si existe quien opta por el *pactum de non petendo*, atribuyéndole la responsabilidad de ser el único antecedente de la actual remisión.

Así lo piensa SARGENTI diciendo que, «se un precedente storico della remissione può essere rinvenuto nel diritto romano, va cercato proprio nel pactum de non petendo, nel quale, al di fuori di ogni forma, si realizza la pura e semplice volontà di non far valere la ragione creditoria» (SARGENTI, Mani'ò, «Pactum de non petendo» e remissione del debito, en Il Foro Padano, Parte Prima, 1.959, col. 300). Para tal afirmación se apoya en la distinción justiniana entre *pactum in rem* y *pactum in personam*, añadiendo que «il pactum de non petendo giustiniano è il vero precedente storico della moderna remissione del debito e concreta sostanzialmente, quando non è espressamente limitato alla persona, la estinzione del vincolo obbligatorio, anche se formalmente resti vero, per il perdurante influsso delle tradizionali forme elaborate nel diritto classico, che il

Su preocupación consiste, por contra, en encontrar las fuentes de aquélla a través, principalmente, de las tres instituciones estudiadas hasta ahora, sin optar por ninguna de ellas: *acceptilatio*, *pactum de non petendo* y *mutuus dissensus*, dejando ya de lado, por las razones repetidamente expuestas, a la *solutio per aes et libram*. Nosotros también hemos excluido al *contrarius consensus*^{97b1a}.

Pero, al igual que los autores, tampoco vamos a optar por una de las dos figuras que restan. La razón es la misma que debió asistir a la mayoría de ellos y se adivina claramente: **ambas constituyen, con sus propias características, el antecedente de la actual remisión de la deuda.**

La *acceptilatio* lo será respecto a los efectos directamente extintivos de la actual remisión y, por ello, continúa asimilada al pago, como aquélla: si la remisión tiene por objeto la total extinción de la obligación, sus efectos serán iguales a los del pago o cumplimiento, calificándola, desde este punto de vista, como subrogado del pago⁹⁸.

En cambio, el *pactum de non petendo* será el antecedente

*patto genera solo una eccezione e se nessuna costruzione dommatica di carattere generale si incontri, in tal senso, neppure nel diritto giustiniano» (Op. cit., col. 302). Nosotros preferimos entender, como forzosamente lo reconoce SARGENTI, que si el vínculo continúa existiendo, no podemos hablar de remisión stricto sensu. Por ello, mal podría hablarse del *pactum in rem* como antecedente de la remisión extintiva, máxime cuando existió la *acceptilatio*.*

^{97b1a} Vid. *supra*, págs. 47 y 48.

⁹⁸ Así lo hace DIEZ-PICAZO cuando estudia e incluye a la «remisión o condonación de la deuda» entre los supuestos típicos de subrogados del pago. Aprovechamos para insertar el concepto que este autor da sobre la cuestión: «Cabe ... que la satisfacción del interés del acreedor o la realización del sistema de intereses se opere por un modo diverso del programado inicialmente o bien que se produzca una diversificación entre satisfacción del acreedor y liberación del deudor, porque el acreedor vea satisfecho su interés aunque el deudor no haya realizado su deber ... , o

romano de la actual remisión cuando se trate, por ejemplo, de liberar a cierto codeudor en los casos de pluralidad de personas en la posición pasiva de la obligación; o cuando se hable de la condonación tácita, al enlazar con la libertad de forma que revestía al *pactum romano*; etc.

En definitiva, la máxima flexibilidad que asistía al *pactum de non petendo* romano servirá para demostrar que la actual remisión no se agota en su función extintiva, sino que también cabe que cumpla una función extintivo-liberatoria respecto a uno o varios sujetos, sin llegar a extinguir la total obligación. La *acceptilatio* servirá para demostrar que el efecto típico de la condonación de la deuda del Código civil español es el extintivo, sin más adjetivos²⁹.

La elección entre una u otra de estas instituciones hubiese reducido enormemente las facultades del acreedor en orden a la función que hoy cumple la remisión de la deuda, extintiva sí, pero antes y sobre todo, liberatoria.

viceversa, que el deudor actúe el contenido de la obligación y realice su interés en liberarse, sin que con ello logre la satisfacción del interés del acreedor. Aparecen así una serie de procedimientos, a los cuales la doctrina alemana ha llamado subrogados del cumplimiento (*Erfüllungssurrogate*) y que responden precisamente a esta idea, porque sustituyen o suplen al cumplimiento en sentido genuino. Tienen unas veces función exclusivamente satisfactiva. En otras ocasiones, cumplen una función exclusivamente liberatoria. Finalmente, es posible también que ambas funciones, la satisfactiva y la liberatoria confluyan, pero a través de un medio de obtención diverso del programado en el acto de constitución de la obligación.

La doctrina española ha denominado a este tipo de actos "formas especiales de pago", pero ... parece claro que no constituyen supuestos de pago que se lleven a cabo en forma especial, sino prestaciones que suplen al pago genuino" (DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. 12, Madrid, 1.979, § 117, nº 767, pág. 637).

Sin embargo, aún siendo cierto todo lo expuesto por el autor, hay que hacer notar que no encierra más que una visión parcial de la remisión, es decir, prescinde de cualquier otro efecto que no sea el absolutamente extintivo de la obligación.

²⁹ Vid. *infra*, Cap. II, Título III.

Si la facilidad para contraer un *pactum* fue introducida por el Pretor ante la rigidez del *ius civile*, creando con ello una doble vía para conseguir el efecto remisivo, los códigos que nacieron a raíz del movimiento codificador recogieron su espíritu para facilitar los deseos del acreedor, otorgándole un amplio abanico de posibilidades que, si sólo se hubiese recogido la *acceptilatio*, hubiese devenido imposible.

Como dicen OURLIAC y DE MALAFOSSE, con el pacto de remisión de deuda, que no es otra cosa el *pactum de non petendo*, (al menos en su esencia), «*vemos consagrado el triunfo del consensualismo sobre el formalismo*»¹⁰⁰, aunque nosotros mejor diríamos que se ve consagrado el triunfo de la declaración de la voluntad, en su consideración individual, como elemento suficiente para conseguir el resultado remisivo.

Acceptilatio y *pactum de non petendo* son ambos, conjuntamente, los antecedentes romanos de la actual remisión y, a través de su desarrollo de acuerdo con el pensar de los autores de Derecho intermedio, así como de la práctica notarial histórica, van a confluir en la literatura jurídica inmediatamente anterior al movimiento codificador: con POTHIER van a ahormarse en una sola institución, configurándose como un solo negocio jurídico; y no va a hablarse ya del efecto remisivo, como aquel que se puede conseguir a través de diferentes negocios, sino de negocio de remisión, de naturaleza autónoma e independiente que tiende, de acuerdo con

¹⁰⁰ OURLIAC, Paul y DE MALAFOSSE, J., *Derecho Romano y Francés Histórico*, traducción española de Manuel FAIRÉN, Tomo I, «Derecho de Obligaciones», Barcelona, 1.960, § 188, pág. 374.

aquellos precedentes, tanto a extinguir la obligación como a liberar al deudor.

Tengamos en cuenta que, respecto al ordenamiento civil español, las leyes de las Partidas ya hicieron en el siglo XIII parte de lo que hizo POTHIER en el siglo XVIII¹⁰¹: unificar en un solo concepto - *quitamiento* - la *acceptilatio* y el *pactum de non petendo*, si bien es cierto que el triunfo del consensualismo, entendido ahora como contrario al formalismo, no aconteció hasta la aparición del Ordenamiento de Alcalá y su ya citada ley única del título XVI.

Hasta aquí lo referente a los antecedentes romanistas de la actual remisión. El elemento histórico, en ningún momento desdeñable, nos ha ayudado a adentrarnos en el conocimiento de la institución, a la vez que nos resultará útil para el discurso posterior.¹⁰²

¹⁰¹ Si bien la categoría de POTHIER hace que, desde entonces, la remisión adquiera su solidez a través de la influencia de este autor en el movimiento codificador.

¹⁰² No olvidamos la recepción del Derecho romano en lo que luego sería el Estado español, sobre todo, en cuanto a las leyes de Las Partidas. No podría ser de otra manera en un tema como el de la condonación, en el que existen preceptos que no se pueden explicar sin acudir a aquéllas o al derecho histórico castellano. Tampoco preterimos el pensar de las distintas escuelas del llamado Derecho Intermedio, incluyendo a los autores castellanos y catalanes. Sin embargo, la exposición histórica, como compartimientos estancos, se agota aquí, con el Derecho romano. La razón ya ha sido comentada: resultaba necesario para internarnos en el tema de la heterogeneidad de la condonación, apuntando ya diversas ideas que más adelante irán siendo desarrolladas. El Derecho histórico, desde Roma a POTHIER, será tratado de un modo sincrónico, en el texto o en nota, según las exigencias de la exposición, procurando siempre no entorpecer el discurso sino, al contrario, incluyéndolo en aras de una mejor inteligencia.

Es menester exponer, aquí y ahora, que en lo referente al Derecho Intermedio se han tenido muy presentes las enseñanzas del Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Barcelona, Ferran BADOSA i COLL, no tan sólo en su *Memoria de Derecho civil*, sino también a través de su magisterio personal.

TITULO SEGUNDO

**LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD REMISIVA Y
SU ESTRUCTURA NEGOCIAL**

CAPÍTULO PRIMERO

**LA REMISIÓN DE LA DEUDA Y LA RENUNCIA
AL DERECHO DE CRÉDITO: ESTUDIO
DOCTRINAL**

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Es tradicional, al tratar de la condonación de la deuda, el estudio de la estructura de la misma, es decir, su supuesta unilateralidad o bilateralidad.

Sin embargo, para llegar a atribuir al negocio remisivo una estructura unilateral o bilateral, se suele acudir a la calificación previa del negocio y, de esto, se hace derivar, en primer lugar, su falta de autonomía como tal y, en segundo lugar, de manera irreversible y casi automática, la unilateralidad o bilateralidad de la remisión.

La discusión se centra, únicamente, en tratar de dilucidar si el negocio remisivo se agota en la denominada «renuncia al derecho de crédito»¹ y, si es así, de dicha calificación se hace derivar la necesaria unilateralidad del instituto². En definitiva, se trasladan al instituto de la remisión de la deuda, las soluciones dadas al tema de la renuncia. Se ha llegado a afirmar, en un exceso de dogmatismo, que la remisión de la deuda, no sólo entra en el ámbito de la renuncia, sino que constituye, sin más, el único esquema re-

¹ Además, como se irá viendo a lo largo de la exposición, tampoco los autores dedican muchas líneas al tema conformándose, casi sin entrar en la discusión, en dar por sentado que se trata de una renuncia al derecho de crédito.

² Se suele tratar casi como una operación aritmética: remisión=renuncia=unilateralidad; no se tiene en cuenta la especial idiosincrasia del instituto. Esta decisión doctrinal encuentra graves problemas a la hora de explicar la remisión hecha con ánimo de beneficiar al deudor, cayendo en los errores de la denominada «renuncia traslativa».

nunciativo en materia de derechos de crédito³.

Los que propugnan la bilateralidad entienden la remisión de la deuda como liberalidad (donación)⁴, incurriendo en el mismo defecto, es decir, la confusión entre estructura y función del negocio.

Si cualquiera de las dos posturas, que son las dominantes entre las que niegan la especificidad de la condonación, fuera cierta, la primera consecuencia, grave a nuestro entender, es que se impediría la autonomía del negocio remisivo. Ya hemos visto, con anterioridad, que ello no es cierto, aunque no hemos utilizado todos los argumentos disponibles; en particular, aparecerán de nuevo al distinguir la remisión de la renuncia.

Y no sólo se impediría la autonomía de la remisión, como específico negocio extintivo-liberatorio, sino que, además, se estaría recortando, injustamente, el poder que ostenta el acreedor sobre la obligación: poder de disponer de ella, como titular del crédito, esto es, posición de absoluta preeminencia en la obligación; en definitiva, se impediría el ejercicio de su autonomía privada de la voluntad, conforme a lo que exponemos más adelante⁵.

³ TILOCCA, Ernesto, *La remissione del debito*, Padova, 1.955, pág. 14. Añade que «*remissione del debito e rinuncia al diritto di credito sono termini perfettamente equivalenti: l'una indica ed esprime il fenomeno dal punto di vista del debitore e sotto cui il legislatore lo ha previsto e regolato; l'altra dal punto di vista del creditore, da cui il fenomeno nel suo complesso muove e su cui di per sé gravita*».

⁴ Ello presupone, es obvio, la naturaleza bilateral (contractual) de la donación, con la que nosotros tampoco estamos de acuerdo; se habla, así, de «donación liberatoria»

⁵ Vid. *infra*, Capítulo III; concretamente, págs. 257 ss.

Varias son las diferencias entre la renuncia y la remisión, no sólo respecto a su contenido, sino también en cuanto a su función y, consecuentemente, sus efectos.

Los autores no han querido o podido, en su inmensa mayoría, descifrar la misma denominación del instituto: remisión de la deuda. Tan sólo han pretendido demostrar el por qué de su unilateralidad o bilateralidad, o el por qué de su gratuidad u onerosidad, en base a ciertos apriorismos más o menos argumentados.

Ninguno se ha ocupado - raras son las excepciones - en tratar del objeto del negocio remisorio; cuál sea el punto de referencia del mismo. A nuestro entender, las consideraciones que a continuación se van a vertir iniciarán el verdadero camino a seguir para la correcta definición de este tan controvertido instituto que es la condonación de la deuda.

II. POSICIONES DOCTRINALES.

No podemos decir que la doctrina se halle muy dividida a la hora de elegir entre reconocer la especificidad del negocio remisivo o calificarlo de renuncia al derecho de crédito. Los que optan por esta última solución son la inmensa mayoría.

Ello, como es lógico, no es ajeno al devenir histórico de la remisión que, sucintamente, presentan OURLIAC Y DE MALAFOSSE de la siguiente manera:

«Los primeros romanistas aceptan el pacto de non petendo: éste, como todo pacto, da lugar a una excepción, suficiente para eludir el ejercicio de la acción del acreedor; se admite incluso que pueda existir el pacto liberatorio incluso (sic) sin voluntad expresa, ya cuando la solución sea equitativa en sí misma (aequum per se), ya cuando se refiera a un derecho odioso o constituya, por ejemplo, la renuncia a un proceso (Summa Trecensis, II, 3, 12).

*Esto era ya prelude de los desenvolvimientos subsiguientes. La teoría de la remisión de la deuda va a confundirse con la doctrina, igualmente importante para los glosadores, de la renuncia a un derecho; cuando es hecha ante el juez es plenamente válida, mientras que, si es hecha por pacto, atribuye al deudor la exceptio pacti conventi; pero la glosa admite también la renuncia unilateral que no es preciso sea aceptada por el deudor, pero que le atribuye una exceptio doli».*⁵

La inclusión de la remisión en el campo de las renunciaciones se produce de manera inversa a la actual, como decíamos cuando planteábamos la cuestión. Históricamente, el problema de la necesidad o no de aceptación del deudor es lo

⁵ *Op. cit.*, § 189, pág. 374 (el subrayado es nuestro). Aunque estos autores se refieren al derecho histórico francés, la solución es aplicable para todos los ordenamientos del *ius commune*.

que determina la naturaleza del negocio: su no necesidad hace que la remisión de la deuda caiga dentro del ámbito de la renuncia, viéndose amparado el deudor por la *exceptio doli*, ya que no por la *exceptio pacti conventi**.

Fuera como fuere, esto es, calificando antes al negocio de renuncia y derivando de él la unilateralidad (solución actual) o viceversa (explicación histórica), lo cierto es que, en la actualidad, la remisión de la deuda viene estudiada habitualmente como renuncia al derecho de crédito.

A continuación entramos en el estudio doctrinal acerca de la estructura (unilateralidad/bilateralidad) que los autores han venido dando al negocio remisivo. Principalmente veremos las soluciones dadas por la doctrina francesa, italiana, alemana y, finalmente, española.

Como veremos, el criterio prevalente será el de calificar a la remisión de renuncia al derecho de crédito que, en ocasiones - caso de la doctrina francesa - no impedirá el señalar su esencial bilateralidad.

* BARTOLUS A SAXOFERRATO da cuenta de ello: « ... quod sicut actio utilis datur in subsidium deficiente directa, ita in pactis liberatoriis datur in subsidium exceptio doli deficiente exceptione pacti » (In primam ff. Veteris Partem Commentaria, Augustae Taurinorum, 1.574, ad Lex XI, § Plerunque, pág. 84).

La misma posibilidad viene recogida en palabras de DE CRESCENZIO y FERRINI (Op. cit., § 494, pág. 839): « ... la tradizione giuridica conosce l'efficacia della dichiarazione unilaterale, che quindi non può figurare come pactum de non petendo, dà però vita ad una exceptio doli, che sostituisce la qui non ammissibile exceptio pacti ».

1. LA DOCTRINA FRANCESA.

1.1. POTHIER: la remisión es una donación, no una renuncia.

No se debió al influjo de POTHIER la identificación entre remisión y renuncia. Este autor calificó a la *remise de la dette* como donación⁷, optando por la bilateralidad del instituto, al exigir la aceptación del deudor. Sin embargo, tampoco desatendió la posibilidad de que pudiera realizarse de manera unilateral, al refutar la postura de BARBEYRAC en sus notas a PUFFENDORF. Aquél mantenía que la remisión podía hacerse por la sola voluntad del acreedor, a lo que POTHIER se opuso calificando esta posibilidad de «*cas métaphysique*»; si bien concluye el tema diciendo:

«*Quand même le principe de Barbeyrac devoit être suivi, ce ne pourroit être que lorsque la remise est pure et simple. Lorsqu'elle est faite sous certaines conditions, il est évident qu'elle ne peut avoir d'effet avant que le débiteur ait accepté les conditions*».*

Esta última reflexión de POTHIER será tenida en cuenta posteriormente, por los autores, para argumentar la unilateralidad de la remisión y definirla como renuncia.

Los discursos de los trabajos preparatorios del *Code* denotan la influencia de POTHIER, al que citan expresamente

⁷ POTHIER, Robert Joseph, *Traité des Obligations*, §§ 619 y 622, Paris, 1.825 (reproducción anastática, Barcelona, 1.974). Las afirmaciones son taxativas: «... la *remise* est une donation» y «la *remise* étant une donation...».

* *Op. cit.*, § 614. En honor a la verdad, no hemos encontrado la anotación de BARBEYRAC, en la edición que hemos utilizado de la obra de PUFFENDORF (*De iure naturae et gentium libri octo, cum integris commentariis* ... Jo. Nicolai HERTII, atque Joannis BARBEYRACI, recensuit & animadversionibus illustravit Gottfridus MASCOVIUS, Francofurti & Lipsiae, 1.759).

como doctrina a seguir, al menos, en su espíritu* y acogiendo la remisión como contrato de beneficencia¹⁰. La aparente fidelidad no será tanta cuando deduzcan consecuencias que él no citó. Así, entrarán en el tema de la renuncia a través de las presunciones de liberación del deudor por entrega del acreedor del documento privado justificativo de la deuda:

«Lorsque le titre n'est qu'un simple billet, la présomption est que le créancier qui s'en dessaisit, et qui par là s'ôte le moyen d'établir son action, a libéré le débiteur»,¹¹

y, más concretamente,

« ... l'opinion de POTHIER est la base de la disposition que la section présente¹². Dans la

* Existen referencias exactas respecto al influjo de POTHIER en la codificación francesa, a través de los discursos preparatorios.

Así, Felix Julien Jean BIGOT-PRÉAUMEU, al presentar el título del Código civil referente a *Des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général* al *Corps Législatif* dice: «La France met sous cet rapport au nombre des ouvrages les plus parfaits ceux de Domat et de Pothier» (en FENET, P. A., *Recueil complet des Travaux Préparatoires du Code Civil*, Tome Treizième, Réimp. de l'édition 1.827, Osnabrück, 1.968, pág. 217).

¹⁰ Las referencias son claras. BIGOT-PRÉAUMEU, en la misma presentación al *Corps Législatif* y en sede de remisión en la solidaridad activa afirma que «La remise de la dette es autre chose que l'exécution: c'est faire un contrat de bienfaisance d'un contrat intéressé. C'est un acte de libéralité personnel à celui qui fait la remise» (en FENET, *Op. cit.*, pág. 249). Y en la discusión ante el *Corps Législatif*, a través del discurso del tribuno MOURICAULT, se vuelve a repetir la idea: « ... la remise étant ... un acte de bienfaisance personnel ... » (en FENET, *Op. cit.*, pág. 426).

¹¹ Jean Jacques Régis CAMBACÉRÈS, en las discusiones del Consejo de Estado sobre la remisión de la deuda, art. 178 del proyecto presentado por BIGOT-PRÉAUMEU (en FENET, *Op. cit.*, pág. 85). El subrayado es nuestro.

¹² La disposición versa, no sobre la entrega del documento privado justificativo de la obligación, sino sobre la entrega de la denominada *grosse*, que no es más que la primera copia auténtica de la escritura notarial, de carácter ejecutivo (así, al menos, se traduce al italiano el término *grosse*: BAUDRY-LACANTINERIE, G. y BARDE, L., *Trattato Teorico-Pratico di Diritto Civile*, "Delle Obbligazioni", Vol. III, con addizione del Prof. Nicola STOLFI, tradotto sulla III edizione originale, Milano, 1.914, §§ 1776, 1780, págs. 103 y 105). La disposición del proyecto rezaba así:

doctrine de cet auteur, la remise d'une obligation sous seing privé est une preuve de libération, parce que le créancier, se dépouillant en entier du seul titre sur lequel il pût établir son action, renonce évidemment à l'exercer»¹³.

Notemos cómo se acoge la renuncia, aunque sea a la acción y no al derecho, en el tema de la remisión. Sin embargo, POTHIER nunca dijo que la entrega del documento privado justificativo del crédito, hecha por el acreedor al deudor, fuera una renuncia de la acción, sino al contrario, dijo que se trataba de una donación¹⁴.

1.2. La Escuela de la Exégesis: la remisión como renuncia liberal.

1.2.1. época de formación (1.804-1.830)¹⁵.

TOULLIER¹⁶, siguiendo a POTHIER, estima que la remisión de la deuda es una donación, aunque no sujeta a sus formalidades.

DELVINCOURT¹⁷ es de la misma opinión: « ... en un mot,

«Art. 178. La remise volontaire de la grosse du titre suffit pour faire présumer la remise de la dette ou le paiement.

La preuve que la remise a été volontaire est à la charge du débiteur». Corresponde al actual artículo 1.283 del Code.

¹³ TREILHARD, Jean Baptiste, en las discusiones del Consejo de Estado sobre el artículo 178 del proyecto presentado por BIGOT-PRAMENEU (en FENET, *Op. cit.*, pág. 83).

¹⁴ POTHIER, R.J., *Op. cit.*, § 609, pág. 82: « ... il y a un sujet suffisant de présumer la donation et remise de la dette, lorsque le créancier a remis le billet au débiteur».

¹⁵ Según BADOSA COLL, Ferran, *Memoria de Derecho civil*.

¹⁶ TOULLIER, C.B.M., *Le Droit Civil Français, suivant l'ordre du Code*, Tome Quatrième, Bruxelles, 1.848, § 321, pág. 117.

¹⁷ DELVINCOURT, C. S., *Cours de Code Civil, Tome Second, Notes et Expli-*

c'est une véritable donation, sinon quant à la forme, au moins quant au fonds».

ZACHARIAE¹⁹ trata de la remisión de la deuda dentro del título genérico de la renuncia en general, considerando a aquélla como una especie de ésta y necesitada de aceptación al venir hecha en favor del deudor.

1.2.2. época de apogeo (1.830-1.880).

AUBRY y RAU²⁰ parecen ser más explícitos en cuanto al tema, tratando de la remisión de la deuda dentro del título más genérico de «*De la renonciation en général, et de la remise de dette en particulier*», lo que ya permite entrever cuál es la opinión de estos autores. Opinión que no se hace de esperar, ya que al empezar la exposición afirman:

«La renonciation, dans le sens le plus large du mot, est un acte par lequel une personne abdique ou abandonne un droit qui lui appartient.

La renonciation qui s'applique à une créance prend plus particulièrement le nom de remise de dette».²⁰

Pero justo antes de terminar con el subepígrafe dedicado a la renuncia en general, dicen que «*une renonciation peut, en général, être retractée, tant qu'elle n'a pas été acceptée par celui au profit duquel elle a été faite ...*»²¹.

cations, Page 166, Paris, 1.819, pág. 784, nota 1.

¹⁹ *Corso di Diritto Civile Francese* di C. S. ZACHARIAE, Seconda edizione italiana, anotada por AUBRY y RAU, Volume Secondo, Napoli, 1.852, § 324, págs. 227-231. Evidentemente, ZACHARIAE no era francés, sino alemán.

²⁰ AUBRY, Charles y RAU, Frédéric Charles, *Cours de Droit Civil Français d'après la méthode de Zachariae*, Cinquième édition, Tome Quatrième, Paris, 1.902, § 323, pág. 331.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Op. cit.*, pág 334 y 335.

Para AUBRY y RAU no supone pues ningún problema el aseverar que la renuncia puede hacerse en beneficio de alguien, cosa muy distinta de que alguien se beneficie de la renuncia. Tal como ellos lo exponen, se renuncia «en favor de», llevando aparejada la necesidad de aceptación y eludiendo, de entrada, cualquier problema que pudiera surgir posteriormente al tratar de la remisión. Así, habiendo «salvado» la bilateralidad de la renuncia, no tienen ningún obstáculo para afirmar que *«les règles exposées ... sur la renonciation en général, s'appliquent, en particulier, à la remise volontaire de la dette. Ainsi, cette remise peut être retirée, tant qu'elle n'a pas été acceptée par le débiteur»*²². La bilateralidad de la remisión queda fundamentada con base en la renuncia general!

COLMET DE SANTERRE incurre en el mismo error: primero califica a la remisión de renuncia²³, abandono del crédito por el acreedor para, a continuación, aseverar que *«l'élément constitutif de la remise est la convention»*²⁴ y acabar diciendo que *«quant au fond, la remise doit être traitée comme une donation»* y que *«comme donation et comme convention, la remise doit être acceptée»*²⁵.

LAURENT²⁶ también define a la remisión como «une renon-

²² *Idem*, pág. 335.

²³ COLMET DE SANTERRE, E., *Cours Analytique del Code Napoleon* par A. M. DEMANTE, continué depuis l'article 980 par E. COLMET DE SANTERRE, Tome Cinquième (Art. 1.101-1.386), Paris, 1.865, § 230 ss. En concreto, el autor afirma que *«La remise de la dette, c'est la renonciation du créancier à ses droits, l'abandon de la créance par le créancier»*.

²⁴ *Op. cit.*, § 230 bis. I., pág. 432.

²⁵ *Op. cit.*, § 230 bis. IV., pág. 434.

²⁶ *Principes de Droit Civil*, Tome Dix-Huitième, Paris-Bruxelles, 1.876, §§ 333-378, págs. 358-403.

ciation que le créancier fait à ses droits au profit du débiteur»²⁷. La califica de liberalidad y la sujeta a las reglas de fondo de las donaciones y, de ahí, a la bilateralidad.

LAROMBIÈRE²⁸ sigue la misma línea, al decir que «la renonciation est le genre, et la remise est l'espèce»²⁹, además de considerar la necesidad de aceptarla y terminando por calificarla de donación. Sin embargo, al comentar el art. 1.285 Code, admite la posibilidad de que la aceptación no sea necesaria - lo que casaría correctamente con la naturaleza esencialmente unilateral de la renuncia -, cuando el acreedor

*«au lieu d'employer la forme expresse d'une décharge conventionnelle, emploie toute autre voie indirecte de libéralité, qui, loin d'offrir aucun caractère contractuel, se résume dans un fait unilatéral d'abdication et d'abandon absolu de son droit, lequel, pour être efficace, n'a pas besoin d'être accepté ...; la remise nous paraît devoir produire effet, bien que le débiteur n'ait pas pu l'accepter du vivant du créancier».*³⁰

Con ello, no hace otra cosa que describir de manera exacta el modo de operar de la renuncia. Lo descrito contiene su verdadera naturaleza, que no coincide con la que puede aparecer de la lectura de la remisión en los textos exegeticos.

Acaso sea MARCADÉ³¹ quien, apartándose de la opinión predominante, expuso mejor - por las posibilidades ofrecidas -

²⁷ *Idem*, § 333, pág. 358.

²⁸ *Théorie et Pratique des Obligations*, Tome Cinquième, Articles 1.271 à 1.321, Paris, 1.885, págs. 56-112.

²⁹ *Op. cit.*, pág. 57.

³⁰ *Op. cit.*, art. 1.285, nº 10, pág. 96.

³¹ *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, Cinquième édition, Tome Quatrième, Paris 1.852, §§ 660, 786-814, págs. 506, 597-617.

la doctrina de la remisión de la deuda.

Respecto a lo que él entiende por remisión, ya le otorga un papel predominante al elemento liberador: *«on ne l'entend que du cas où le créancier affranchit le débiteur sans qu'il y ait, de la part de celui-ci, ni payement, ni soumission à une obligation nouvelle»³².*

De todos modos, al comenzar la sección dedicada a la remisión de la deuda, la define como renuncia del acreedor a su crédito³³. Pero es el único autor de la exégesis que intenta conciliar las dos directrices en que se sigue, aún hoy, moviendo la remisión de la deuda: unilateralidad y bilateralidad. Dice este autor que *«toutes deux sont également vraies, et l'on devra, suivre tantôt l'une, tantôt l'autre, selon les cas et d'après une distinction de fait à rechercher dans les circonstances»*.

La unilateralidad de la remisión tendrá lugar cuando el acreedor renuncie, pura y simplemente, a su crédito, con la única intención de abandonarlo. Esta posibilidad la califica MARCADÉ de *«fort rare dans nos mœurs»³⁴*. La bilateralidad, en cambio, tendrá lugar siempre que el deudor haya abandonado su derecho por benevolencia hacia su deudor, procurándole una ventaja, en cuyo caso estaremos frente a una convención.

³² Op. cit., § 660, pág. 506. El subrayado es nuestro.

³³ Op. cit., § 786, pág. 597.

³⁴ Op. cit., § 789, pág. 599. Añade que sólo en este caso, junto con el caso de la liberación mediante testamento, tendrá lugar la remisión sin convención (Op. cit., § 790, pág. 599).

1.2.3. época de decadencia (1.880-1.890).

BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE²⁵ insisten en la confusión tantas veces manifestada por sus antecesores: califican de renuncia - total o parcial - a la remisión para, a continuación, afirmar que *«sauf dans le cas où elle est faite par testament, elle constitue ... une "décharge conventionnelle". Elle suppose donc une convention: or toute convention implique essentiellement le consentement des deux parties»*²⁶.

1.2.4. Conclusiones sobre la doctrina de los exégetas.

Pocas y claras consecuencias podemos derivar de esta breve exposición del sentir de algunos de los más destacados autores de la Escuela de la Exégesis.

No todos optan, a priori, por la calificación de renuncia²⁷, aunque sí lo hace la inmensa mayoría de los referenciados. Ello no debe ser ajeno a lo que hemos dicho al principio sobre la evolución histórica de la remisión y su ubicación dentro del plano de las renunciaciones.

Pero se nos ocurre que puede existir otra razón: la di-

²⁵ *Traité théorique et pratique de Droit Civil, «Des Obligations», troisième édition, Tome Troisième, Paris, 1.908, §§ 1.767-1.801, págs. 94-130.*

²⁶ *Op. cit.*, § 1.767, pág. 94.

²⁷ Entre los citados, TOULLIER (*Op. cit.*) no habla en ningún momento del concepto de renuncia, sino que de la mano de POTHIER, califica de donación a la remisión, defendiendo su bilateralidad. DELVINCOURT hace lo mismo, a pesar de que expresa, si bien con poca consistencia en sus manifestaciones y de una manera muy genérica, que *«il est de principe que, dans tout ce qui n'est pas d'ordre public, il est libre à chacun de renoncer à son droit»*. No pronuncia la palabra «renuncia» al aplicar este principio general a la remisión, a pesar de que a continuación de la frase transcrita añade: *«Si donc le créancier, ayant le libre exercice de ses droits, consent à remettre la dette, l'obligation est éteinte, et le débiteur libéré»* (*Op. cit.*, pág. 166). A salvo, la posición indistinta de MARCADE.

Entre los no citados, DEMOLOMBE, C. (*Traité des Contrats ou des obligations conventionnelles en général*, T. V, Paris,, § 370, pág. 268), que también siguiendo a POTHIER, define a la remisión como donación.

ficultad de argumentar y construir la remisión como figura autónoma, perfectamente diferenciada de la renuncia al derecho de crédito. Era mucho más fácil calificarla de renuncia y, así, aplicarle de forma automática toda la estructura y régimen de ésta, postergándose cualquier otra posibilidad.

Pero, a los autores franceses, esta actitud les llevaba a forzar, cuando menos, la misma naturaleza de la renuncia - de lo que nosotros conocemos por renuncia -, dándole un valor añadido a su estricta naturaleza: no es sólo renuncia, sino renuncia *in favorem*. Ésta es la única vía que utilizaron para conciliar la regulación dispensada por el Code a la remisión (bilateralidad)³⁰ y su calificación como renuncia³¹.

³⁰ El artículo 1.285 Code, habla de la *remise ou décharge conventionnelle*, utilizando ambos términos como sinónimos. Asimismo, el artículo 1.287 Code utiliza la misma expresión. Sobre ella y la pretendida equivalencia de los términos *remise* y *décharge conventionnelle*, también se manifiestan algunos autores.

Así, MARCADÉ sostiene que «*la remise peut se faire expressément ou tacitement; mais il faut se garder de dire, avec M. Demante, qu'elle ne peut résulter que d'une convention expresse ou tacite, et que le mot remise est synonyme de décharge conventionnelle. Sans doute la remise ou décharge sera souvent conventionnelle; mais elle ne le sera pas toujours. Et dehors même du cas d'abdication simple et absolue, ..., la remise peut fort bien résulter d'un testament ...; or, un testament ne constitue pas une convention*» (Op. cit., § 788, pág. 598).

COLMET DE SANTERRE, después de afirmar que la remisión es la renuncia del acreedor a sus derechos, sostiene que «*décharge conventionnelle ... signifie libération conventionnelle, expression qui a cet avantage de mettre en saillie cette idée première et principale que la remise se fait par convention*» (Op. cit., § 230 bis I, pág. 432). En la misma línea DEMOLOMBE argumenta que la remisión siempre es convencional y que «*cette doctrine est, dans notre Code, d'autant plus certaine, que les textes déclarent expressément la remise conventionnelle (1.285, 1.287)*» (Op. cit., § 375, pág. 270).

DELVINCOURT (Op. cit., pág. 166) y LAROMBIÈRE (Op. cit., art. 1.282, nº 2, pág. 58) creen que la expresión *décharge conventionnelle* sólo se refiere a la remisión expresa, no así a la remisión tácita. Igualmente ZACHARIAE (Op. cit., § 324, pág. 230, nota 29). Lo cual viene criticado por MARCADÉ (respecto a DELVINCOURT) ya que «*d'un côté la remise peut être expresse sans résulter d'une convention, puisqu'elle peut venir d'un testament où elle serait concédée de la manière la plus formelle; et d'autre part, la remise tacite sera tout aussi bien conventionnelle que la remise expresse, puisque les faits et circonstances dont elle résulte peu-*

Las conclusiones, en fin, a que podemos llegar de todo lo anteriormente dicho, podrían ser las siguientes:

1.- La inclusión de la remisión en el ámbito de las renunciaciones no es ajena al devenir histórico de aquélla.

2.- POTHIER no habló nunca de la remisión como renuncia al derecho de crédito. Si reconoció la posibilidad de que el acreedor, por su sola voluntad, pueda abdicar y abandonar su derecho de crédito - lo que calificó de *cas mé-*

vent tout aussi bien révéler l'accord du créancier et du débiteur que le ferait la clause la plus explicite» (Op. cit., § 788, pág. 598). BAUDRY-LACANTINIERIE y BARDE (Op. cit., § 1.767, pág. 94) si reconocen que hay que exceptuar el caso en que la remisión venga hecha por testamento, aunque una vez salvado, derivan la bilateralidad de la remisión de la expresión recogida en los artículos 1.285 y 1.287 *Code, décharge conventionnelle*.

A nuestro entender MARCADÉ tiene razón en casi todo lo que dice, aunque no estamos seguros que la crítica a DELVINCOURT sea justificada. Vayamos por partes:

a) Decimos que estamos de acuerdo en casi todo, porque el recurso a la remisión hecha a través de testamento, adquiere la forma de los legados y, por lo tanto, no se trata de una remisión inter vivos, siendo dos negocios distintos, de naturaleza y régimen diferentes.

b) Puede que la crítica a DELVINCOURT no esté del todo justificada, máxime cuando pone en boca de este autor afirmaciones que no ha hecho. DELVINCOURT sólo dice que la ley llama a la remisión expresa *conventionnelle*, no que únicamente la remisión expresa pueda ser convencional; el artículo 1.285 no habla de remisión expresa, sino de la *remise ou décharge conventionnelle*, sin hacer referencia al modo de exteriorización de la voluntad. Una cosa es que la ley llame a la remisión expresa, *conventionnelle* y otra es que se niegue este carácter a la remisión tácita, cuestión que no se excluye por DELVINCOURT ni los otros autores que sostienen su mismo punto de vista.

Lo que sí es claro es que todos los autores citados en la nota anterior abogan por la bilateralidad de la remisión y no todos califican de donación a la remisión, sino que la mayoría hablan de renuncia (Vid. *supra*, en el texto). Por ello tienen que acudir a la figura -extraña para nosotros- de la renuncia *in favorem*, que lleva, según ellos, a la necesidad de la aceptación.

Así, por ejemplo, cuando DEMOLOMBE critica la postura de LAROMBIÈRE, cuando éste hablaba de la posibilidad de realizar, por vía indirecta, una remisión sin necesidad de que fuese bilateral, dice textualmente que *«mais tel n'est pas, suivant nous, le caractère de la renonciation, que le créancier fait à son droit, même dans le cas d'une simple remise tacite. Non! ce n'est pas une abdication pure et simple, un abandon absolu ..., pro derelicto! C'est une renonciation relative, faite intuitu personae in favorem. En un mot, c'est une remise, faite par convention tacite!»* (Op. cit., § 375, pág. 271).

*taphysique*⁴⁰ -, aunque, en este caso, no estaríamos ante una remisión⁴¹.

3.- Para la totalidad de los autores mencionados, la remisión es un negocio bilateral, necesitado no sólo de la declaración de voluntad del acreedor, sino de aceptación de la misma por el deudor.

4.- Los exégetas utilizan dos figuras jurídicas distintas para definir la remisión que son, por naturaleza, contradictorias entre sí: renuncia al derecho de crédito y donación, que incluso llegan a confundir.

5.- Que el único exégeta que advierte la doble posibilidad diferenciada es MARCADÉ, dando a la renuncia su verdadero sentido, admitiendo al lado de la remisión convencional, la renuncia unilateral del derecho de crédito⁴².

⁴⁰ *Op. cit.*, § 614, pág. 85.

⁴¹ *Ibidem*. POTHIER contradice esta posibilidad alegando que «*lorsqu'un créancier déclare qu'il fait remise à son débiteur de sa dette, ce n'est pas cette volonté absolue d'abdiquer sa créance qu'on doit supposer en lui, mais plutôt la volonté d'en faire don à son débiteur*». El subrayado es nuestro.

⁴² Las opiniones de MARCADÉ en el tema de la remisión de la deuda se agradecen, al menos, por su apartamiento de la visión generalizada que tenían los demás exégetas. Es verdad que cuando lo hemos citado en el texto (Vid. pág. 7), dábamos por supuesto que para este autor la renuncia era un medio de actuar la remisión de la deuda. Aunque ahora es el momento de matizar tal afirmación, no hecha anteriormente para no entorpecer el discurso.

MARCADÉ no sólo distinguió perfectamente la naturaleza convencional de la remisión y la unilateral de la renuncia, sino que incluso se apartó una vez más de sus contemporáneos y antecesores, al afirmar que tampoco la remisión era una donación: «*Nous disons que la remise de dette n'est pas une donation*» (*Op. cit.*, § 787, pag. 598).

En cuanto al tema que ahora nos interesa, hemos de decir que a MARCADÉ sólo le faltó discernir el objeto de la declaración de voluntad remisiva, yz que de esta manera, la disociación entre renuncia y remisión le hubiera sido más fácil de realizar. A pesar de no hacerlo, sería injusto no reconocer que admitió la posibilidad de la renuncia del acreedor sobre su derecho de crédito, como negocio exclusivamente unilateral; esto es lo que le distingue de los demás: «*l'idée ... d'une abdication pure et simple,*

6.- Para salvar esta contradicción - aunque parece que a ellos no les preocupa - acuden a las figuras de la renuncia *intuitu personae* o a la renuncia *in favorem*, pudiendo así predicar la bilateralidad de la remisión, como si de la adjetivación de la renuncia se dedujera automática e inevitablemente la bilateralidad.

1.3. La doctrina francesa contemporánea.

No nos extenderemos en este apartado. La razón es simple. ¿Qué doctrina traen los autores franceses contemporáneos sobre la «*remise de la dette*»? Ni más ni menos que la ya consignada en el examen de la Escuela de la Exégesis. Parece que la doctrina se ha mantenido inmóvil en cuanto a la naturaleza del instituto de la remisión.

La estructura sigue siendo bilateral, aunque venga calificada como renuncia. Es decir, no ha llegado a la doctrina francesa lo que los italianos, desde FADDA y BENSA entre otros y como veremos, diseccionaron con notable claridad: la renuncia es esencialmente unilateral.

Y, así, caen en el error tantas veces consignado: la remisión de la deuda es una renuncia al derecho de crédito que

absolue, et faite par le créancier dans le seul but de se dépouiller de son droit, ne pourrait être admise qu'autant qu'elle se révélerait ou par une déclaration explicite du créancier à cet égard, ou par des circonstances particulières. Mais si cette déclaration ou ces circonstances existaient; si la pensée d'une abdication absolue, ..., était reconnue par le juge du fait, il est clair qu'il y aurait alors renonciation unilatérale, opérant son effet ipso facto, sans convention, à l'insu et même contre la volonté du débiteur» (Op. cit., § 789, pag. 599). El subrayado es nuestro.

necesita de la aceptación del deudor (bilateralidad entendida como contrato) y realizada con ánimo liberal.

Las enseñanzas de MARCADÉ parece que no tuvieron resonancia: los autores no aprovecharon el camino que inició. A través de su línea doctrinal, debidamente profundizada, podían haber llegado, al menos, a la conclusión de que la remisión puede realizarse bien unilateralmente, a través de la renuncia, bien bilateralmente, a través del acuerdo de voluntades entre acreedor y deudor.

No fue así. Los más importantes manuales de Derecho civil francés siguen enseñando lo que ya afirmaban los exegetas. Veamos algunos ejemplos.

Empezando por PLANIOL-RIPERT⁴³, es justo reconocer que se apartan un poco de los que a continuación se verán. No califican a la remisión de renuncia, lo cual bastaría para afirmar que son los únicos, entre los citados, que huyen de ese error dogmático. Afirman que *«no es un acto unilateral, lo que la distingue de la simple renuncia del acreedor»*⁴⁴. Hasta aquí, bien. Sin embargo, en nota añaden: *«La remisión de deuda sería solamente una especie particular de la renuncia de un acreedor a sus derechos, o sea, la renuncia convencional»*⁴⁵.

De todos modos, la estructura de la remisión, como para casi la totalidad de la doctrina francesa, la tienen por bilateral, aunque fundamentada, como por todos, en la gratuí-

⁴³ PLANIOL, M. y RIPERT, G., *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, traducción de M. DÍAZ, Tomo VII «Las Obligaciones (Segunda Parte)», La Habana, 1.940, §§ 1304-1313, págs. 640-651.

⁴⁴ *Op. cit.*, pág. 641.

⁴⁵ *Ibidem*, nota 1. Coincide, en esencia, con la definición que dan de la remisión, diciendo: *«La remisión de deuda consiste en que el acreedor abandona voluntariamente sus derechos»* (*Op. cit.*, § 1304, pág. 640).

dad y liberalidad: «por regla general es convencional y gratuita ... y constituye una liberalidad», aunque añaden que «no implica necesariamente y por sí sola la intención liberal»⁴⁶.

COLIN y CAPITANT⁴⁷ insisten también en todos y cada uno de los elementos apuntados ya en la doctrina de los autores de la Exégesis, aunque recalcan más la naturaleza bilateral y liberal del instituto que el hecho de que se trate de una renuncia⁴⁸.

MAZEAUD, MAZEAUD y MAZEAUD⁴⁹, asimismo, insisten en la misma teoría, definiendo a la remisión contemplada en los artículos 1.282 a 1.288 Code como una «convention par laquelle le créancier consent gratuitement au débiteur, qui l'accepte, l'abandon complet ou partiel de sa créance»⁵⁰. Respecto a su naturaleza jurídica, manifiesta que puede definirse como sigue:

«La remise de dette est une renonciation: la renonciation à un droit de créance.

La remise de dette est une convention: elle suppose l'accord des volontés du créancier et du débiteur. La volonté unilatérale du créancier, renonçant à sa créance, serait donc insuffisante

⁴⁶ Op. cit., § 1304, pág. 641.

⁴⁷ COLIN, A. y CAPITANT, H., *Curso Elemental de Derecho Civil*, traducción de la 2ª ed. francesa por la redacción de la Rvta. Gral. de Legis. y Jur., con notas sobre el Derecho español por Demófilo DE BUEN, 4ª ed. española por Manuel BATLLE, Tomo III «Teoría General de las Obligaciones», Madrid, 1.960.

⁴⁸ «La remisión de deuda es el abandono gratuito que el acreedor hace de sus derechos al deudor. ... La remisión de deuda es, pues, en principio, una liberalidad ...

... es indispensable que proceda del consentimiento de ambas partes, acreedor y deudor. La remisión de deuda no es acto unilateral. Sin duda para expresar esto los arts. 1.285 y 1.287 la califican de liberación convencional» (Op. cit., § 392, págs. 244 s.). El subrayado es nuestro.

⁴⁹ MAZEAUD, Henri et Léon/ MAZEAUD, Jean, *Leçons de Droit Civil*⁶, Tome Deuxième, Premier Volume «Obligations: Théorie Générale», Paris, 1.978.

⁵⁰ Op. cit., § 1195, pág. 1.186.

pour éteindre l'obligation: l'acceptation du débiteur est nécessaire»⁵¹,

Acaban afirmando que «*la remise de dette est un acte a titre gratuit*»⁵². En definitiva, se sitúan en la más pura línea exegética, ya que acaban por calificar a la remisión de donación⁵³.

CARBONNIER⁵⁴ entiende la remisión de la deuda, en sentido estricto, como la «*liberación del deudor por renuncia del acreedor (arts. 1.285-1.287)*»; aunque «*la extinción del derecho de crédito requiere un convenio entre acreedor y deudor*»⁵⁵, el cual se califica como un «*abandono sin contraprestación, equivalente a un acto gratuito o, más exactamente, a una donación indirecta*»⁵⁶.

Recientemente se ha defendido a la remisión considerándola como manifestación de una voluntad abdicativa, en forma

⁵¹ *Ibidem*. El subrayado es nuestro.

⁵² *Ibidem*. Este punto viene confirmado más adelante por los autores: Vid. nota siguiente.

⁵³ Lo hacen al final del estudio de la remisión, a modo de conclusión:

«*1207.- Conclusion.- Certains auteurs reprochent au droit positif français de voir dans la remise de dette une convention exigeant l'accord du créancier et du débiteur; ils considèrent que la remise de dette devrait pouvoir se réaliser para la volonté unilatérale du créancier. C'est oublier qu'une donation ne peut pas se réaliser par la seule volonté du donateur. Ainsi s'explique que les droits modernes aient conservé le caractère conventionnel de la remise de dette, déjà admis en droit romain (art. 397 B.G.G.; art. 115 Code suisse obligations; art. 208 projet Code franco-italien obligations)*» (*Op. cit.*, pág. 1.191). El subrayado es nuestro.

⁵⁴ CARBONNIER, Jean, *Derecho civil*, Traducción de la 1ª edición francesa por Manuel M^a ZORRILLA, Tomo II, Volumen III «Situaciones extracontractuales y dinámica de las obligaciones», Barcelona, 1.971, § 220, pág. 224.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Op. cit.*, pág. 225.

convencional⁸⁷. Es decir, desde la perspectiva de una teoría general de los actos abdicativos, la remisión sigue siendo considerada como mera renuncia, aunque realizada a través del concurso de voluntades del acreedor y deudor; se define así como «*convention strictement abdicative*»⁸⁸. El único mérito de esta visión, por otra parte no nueva⁸⁹, es que se aparta de la calificación de liberalidad, sosteniendo la bilateralidad desde el punto de vista legal: el que otorgan los artículos 1.285 y 1.287 *Code*⁹⁰.

En conclusión, la doctrina contemporánea francesa trae de nuevo lo que, muchos años antes, ya exponían sus antecesores, la Escuela de la Exégesis.

Con alguna levisima variación, se continúa realizando la siguiente equivalencia:

⁸⁷ DREIFUSS-NETTER, Frédérique, *Les manifestations de volonté abdicatives*, Paris, 1.985.

⁸⁸ DREIFUSS-NETTER, *Op. cit.*, § 35, pág. 48. También se denomina como «*convention purement abdicative*» (*Ibidem*). El subrayado es nuestro.

⁸⁹ Ya SEILLAN (*L'acte abdicatif, Rev. trim. dr. civ.*, 1.966, págs. 686 ss.) reconocía que la remisión hecha a título gratuito era una renuncia.

⁹⁰ DREIFUSS-NETTER, F., *op. cit.*, § 37, pág. 48 s.: «*La remise de dette est une convention, seule la volonté conjointe du créancier et du débiteur pouvant effacer le lien de droit originaire. Les articles 1285 et 1287 du Code civil n'emploient-ils pas le terme de "décharge conventionnelle"?*».

Al lado de la remisión convencional, se admite la posibilidad de la remisión unilateral, reconociendo que lo verdaderamente importante, en el negocio remisivo, es la voluntad del acreedor: «Toutefois, la remise de dette unilatérale n'est pas inconcevable si l'on considère que la jurisprudence valide la renonciation à exiger réparation intégrale d'un dommage. De même, si la créance fait l'objet d'un procès, le créancier réalise une abdication unilatérale en acquiesçant à la négation du débiteur. A tout le moins, chacun s'accorde à reconnaître que l'élément primordial de la remise de dette consiste dans la volonté du créancier, l'acceptation du débiteur étant l'exemple type de manifestation de volonté par le silence, car l'offre est faite dans l'intérêt exclusif du destinataire». Como vemos, se vuelve sobre los problemas que ocasionaba el silencio del deudor, que se tiene como ejemplo típico de la manifestación de voluntad del deudor en la remisión.

Remisión = renuncia al derecho de crédito *in favorem* = gratuidad/liberalidad = bilateralidad = consensualidad.

Aún hoy no se ha llegado, en el ámbito de la doctrina francesa, a concebir la unilateralidad esencial de las renunciaciones arrastrando, de este modo, los viejos errores.

¿Por qué no prescindirán de la equivalencia entre remisión y renuncia al derecho de crédito? Si así fuere, y calificaran la remisión de bilateral, en cuanto a su estructura, ninguna barbaridad se estaría defendiendo. Lo irónico, si se nos permite la expresión, es llegar a la bilateralidad de la remisión a través de querer bilateralizar lo que es esencialmente unilateral (la renuncia).

2. LA DOCTRINA ALEMANA.

2.1. La Pandectística alemana: WINDSCHEID.⁶¹

La naturaleza bilateral de la remisión, desde el punto de vista de la Pandectística alemana, no es más que la consecuencia necesaria de tener por fuente al Derecho romano justiniano.

No encontraremos, pues, ninguna referencia a la unilateralidad de la remisión, aunque nos pudiera parecer lo contrario si tomamos las primeras palabras que WINDSCHEID dedica al tema, en su obra «*Diritto delle Pandette*»:

«*La remissione è l'estinzione del diritto di credito per la volontà del creditore senz'altro*».⁶²

Sin embargo, viene aclarado en nota cuál es el verdadero significado de la expresión «*volontà del creditore*

⁶¹ Este movimiento fue el resultado de la confluencia de tres fuerzas jurídicas: en cuanto al contenido del mismo, procede del *Usus Modernus Pandectarum*; respecto al método, es el racional o demostrativo inspirado en WOLFF; y en lo que concierne al sistema u orden de exposición, proviene de SAVIGNY (BADOSA COLL, *Op. cit.*).

El contenido jurídico de la Pandectística alemana se compone, según BADOSA, de fuentes heterogéneas. En concreto, para WINDSCHEID reúne el Derecho romano justiniano tal como se recibió a través de Bolonia, el Derecho canónico pretridentino y, en menor importancia, las leyes imperiales y la costumbre común. La desaparición de este contenido jurídico tendrá lugar con la entrada en vigor del B.G.B., el primer día del siglo XX.

El método utilizado por WINDSCHEID, siguiendo asimismo a BADOSA, trata de resolver los conceptos en sus partes constitutivas, de indicar los elementos de pensamiento que contienen. Estos conceptos se dividen en dos clases, según que su objeto sean los presupuestos de hecho de los derechos o los mismos derechos. El derecho de crédito sería ejemplo de la segunda clase.

⁶² WINDSCHEID, Bernardo, *Diritto delle Pandette*, traduzione dei Professori Carlo FADDA e Paolo Emilio BENSÀ, Volume Secondo, Torino, 1.930, § 357, pág. 387.

senz'altro», la cual se utiliza para contraponerla a la voluntad del acreedor en la novación⁶². No implica, pues, el sentido de la unilateralidad.

La bilateralidad no tiene ya nada que ver con calificar de donación a la remisión. Y la afirmación de que «*la remissione, per essere efficace, abbisogna dell'accettazione da parte del debitore; essa è efficace soltanto come contratto di remissione*»⁶⁴, la fundamenta en la l. 91, ff. de solut. (46, 3) que recoge un texto de LABEÓN:

91. LABEO libro VI. Pithanon a Paulo epitomatorum.- *Si debitor tuus non vult a te liberari, et praesens est, non potest invitus a te solvi. . . .*

Resulta lógico que sea éste el pensar de WINDSCHEID, máxime cuando sus fuentes más inmediatas no son otras que el Derecho romano justinianeo, tal como hemos hecho notar en nuestra nota 61. Porque parece que, en efecto, los medios que ofrecía aquel Derecho para actuar la remisión - *acceptilatio* y *pactum de non petendo* -, comportaban la bilateralidad o consensualidad. Incluso se afirma que ésta es una de las contadas reglas genéricas que pueden formularse en cuanto a la remisión de la deuda en aquel sistema⁶⁵. A pesar de ello, «*algunos datos textuales inducen a una interpretación distinta*»⁶⁶.

⁶² *Ibidem*, nota 1: «*Mediante la volontà el creditore senz'altro, in contrapposto alla novazione, in cui la volontà del creditore opera a mezzo d'un diritto di credito novellamente costituito*».

⁶⁴ WINDSCHEID, *Op. cit.*, § 357, pág. 388.

⁶⁵ En este sentido, SANCHO REBULLIDA, *Op. cit.*, pág. 184. Vid. *supra*, Cap. I, págs. 51 y 52.

⁶⁶ LONGO, G., *Diritto delle Obbligazioni*, Torino, 1.950, pág. 240. El mismo SANCHO REBULLIDA (*Op. cit.*, pág. 184) admite también esta posibilidad citando, precisamente, a LONGO. Vid. *supra*, Cap. I, págs. 51 y

Sin embargo, no es tema que ahora nos preocupe; hablaremos de ello al tratar de la unilateralidad o bilateralidad de la remisión que, aprovechamos ahora la ocasión para decirlo, nada tiene que ver con la cuestión de si la remisión de la deuda es la aplicación de la renuncia en el derecho de obligaciones.

En definitiva, WINDSCHEID concibe a la remisión como un negocio bilateral, como contrato⁶⁷. Y así va a pasar al B.G.B.⁶⁸ Por lo tanto, no es necesario continuar, por ahora, con la doctrina del derecho alemán, ya que unánimemente concibe a la remisión de la deuda (ERLÄSST) como contrato.

2.2. La doctrina alemana posterior al B.G.B.

La literatura jurídica alemana, desde WINDSCHEID, no ha modificado su pensar acerca del instituto de la remisión.

Recordemos que, para aquél, la naturaleza bilateral de

52.

⁶⁷ El *Usus Modernus Pandectarum* y su máximo exponente, Samuel STRICKIUS, también la concibieron así, lógicamente, ya que habíamos dicho que el contenido de la Pandectística alemana proviene de aquella escuela. STRICKIUS no deriva la naturaleza contractual de la remisión de la *acceptilatio* romana, que ya él descarta como innecesaria en su tiempo, sino del pacto remisorio, al que le da el valor que no tuvo en Roma, es decir, la facultad de extinguir la obligación: «*Sed hodie pactum liberatorium aequalem cum acceptilacione efficaciam habet, ut hinc quocumque modo quis animum remittendi debitum declarat, acceptilatio facta censeatur*» (*Tractatum juridicarum*, Volumen XIII de la obra *Dissertationum Juridicarum francofurtensium, Selectas juris Materias, Sectio IV, Caput III, De novationibus, acceptilationibus et quietantiis*, § 2, Florentiae, 1.840, col. 393).

⁶⁸ Sin perjuicio de que lo veamos posteriormente, el parágrafo 397 del B.G.B. recoge el instituto de la remisión calificándolo, expresamente, de contrato:

«397. La relación obligatoria se extingue si el acreedor, mediante contrato, condona la deuda al deudor.

Lo mismo vale si el acreedor reconoce, por contrato con el deudor, que la relación obligatoria no existe».

la remisión no era más que la consecuencia necesaria de tener por fuente al Derecho romano justinianeo, donde *acceptilatio* y *pactum de non petendo*, aquella de estructura bilateral siempre y éste generalmente⁶⁸, eran medios para actuar la remisión. Cabe resaltar que la bilateralidad no tiene nada que ver con la liberalidad⁶⁹.

Esta tendencia fue plasmada como norma legal en el Código civil alemán⁷⁰. Así, el parágrafo 397 del B.G.B. dice:

«397. La relación obligatoria se extingue si el acreedor, mediante contrato, condona la deuda al deudor.

Lo mismo vale si el acreedor reconoce, por contrato con el deudor, que la relación obligatoria no existe»⁷¹.

No cabe duda acerca de su naturaleza contractual, no ya meramente bilateral.

Sin ánimo de ser exhaustivos veamos, a continuación, las opiniones de algunos de los autores más relevantes del derecho contemporáneo alemán y las mínimas diferencias que puedan existir entre ellos.

Sobre la naturaleza contractual no existe ninguna di-

⁶⁸ Vid. *supra*, págs. 51 y 52, especialmente la nota 74 del Tit. I.

⁶⁹ Con excepciones doctrinales, como veremos.

⁷⁰ A pesar de que el «Derecho Común», es decir, el derecho privado romano tal como se aplicaba en el siglo XIX en Alemania, desaparece, precisamente, con la entrada en vigor en 1.900 del B.G.B., promulgado el 18 de agosto de 1.896 (BADOSA COLL, *Op. cit.*).

⁷¹ Traducción de Carlos MELON INFANTE, en el Apéndice dedicado al B.G.B., del *Tratado de Derecho Civil* de ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, Barcelaza, 1.955.

En lengua germana reza como sigue:

«397. - Das Schuldverhältnis erlischt, wenn der Gläubiger dem Schuldner durch Vertrag die Schuld erlässt.

Das gleiche gilt, wenn der Gläubiger durch Vertrag mit dem Schuldner anerkennt, dass das Schuldverhältnis nicht besteht».

sensión entre la doctrina⁷². Desde SAVIGNY⁷³, como creador de la Escuela Histórica del Derecho⁷⁴, el contrato ha sido el vehículo para actuar la remisión, siendo recogido, como hemos dicho, por el B.G.B.

También es posible encontrar algún autor que defina a la remisión como renuncia al derecho de crédito y sin renunciar al contrato como vehículo para su actuación⁷⁵.

En efecto, LARENZ⁷⁶ así lo hace diciendo que «el crédito se extingue si su acreedor renuncia a él. Esta renuncia es designada por los Tribunales remisión o condonación de la deuda; para la cual se exige un contrato entre acreedor y deudor»⁷⁷. Este autor reconoce que «para renunciar a un derecho basta una actuación jurídica negocial unilateral ... del titular del mismo»⁷⁸ con lo que, implícitamente, otorga a la remisión carácter renunciativo; e incluso llega a decir que

⁷² Así, entre otros, J. V. HEDEMANN (*Derecho de Obligaciones*, Vol. III, traduc. de Jaime SANTOS BRIZ, Madrid, 1.958, § 27, pág. 200), H. LEHMANN (*Derecho de Obligaciones*, Vol. I «Doctrina General», 11ª revisión, trad. de la 35ª ed. alemana por PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, 2ª ed. de PUIG BRUTAU, del *Tratado de Derecho civil* de ENNECCERUS/KIPP/WOLFF, T. II, Barcelona, 1.954, § 74, pág. 361).

⁷³ VON SAVIGNY, F. C., *Sistema del Diritto Romano Attuale*, trad. di Vittorio SCIALOJA, Vol. IV, Torino, 1.889, § 158, pág. 156: «La donazione per remissione di un credito proprio avviene, nel modo più semplice e frequente, per contratto» (el subrayado es nuestro). Ciertamente que SAVIGNY trae la remisión a la órbita de la donación, causalizando aquella, aunque su afirmación no reviste carácter absoluto. Con el advenimiento de la codificación - como triunfo de THIBAUT frente a SAVIGNY -, todo acto dispositivo deviene abstracto y, por ello, la remisión no necesitará de causa para cumplir su función extintiva.

⁷⁴ Para conocer el contenido de la misma, vid. BADOSA COLL, *Op. cit.*

⁷⁵ No puede establecerse una equivalencia entre este modo de pensar y el de la mayoría de la doctrina francesa: el mandato legal es lo suficientemente explícito como para no dejar lugar a dudas. Ello no es óbice para que haya quien defina a la remisión como renuncia, *lato sensu*.

⁷⁶ LARENZ, Karl, *Derecho de Obligaciones*, Tomo I, traducción de Jaime SANTOS BRIZ, Madrid, 1.959, § 28, págs. 439-442.

⁷⁷ *Op. cit.*, pág. 439.

⁷⁸ *Ibidem*.

«por ello es sorprendente que la ley exija para la renuncia eficaz de un crédito que sea hecha en un contrato»⁷⁹.

No obstante, se apresura a reconocer que la ley lo ha hecho con sólido fundamento, que él lo encuentra, aún sin mencionarlo, en el clásico brocardo «*invito beneficium non datur*», al decir que,

«... el crédito no es derecho de soberanía, en virtud del cual el deudor estaría sometido unilateralmente a la voluntad del titular del crédito, sino un vínculo ético... El acreedor no puede liberar al deudor de su obligación sin el consentimiento del mismo... La consideración que merece la personalidad del deudor exige que sea atendida su propia voluntad para quedar o no liberado de su obligación»⁸⁰.

Como vemos, también cuando la ley es clara en su formulación, hay quien fundamenta el instituto de manera distinta a la legal: en este caso resulta más evidente, si cabe, que lo que ocurría con la doctrina francesa⁸¹.

Otros puntos de coincidencia de la doctrina alemana contemporánea, son:

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ *Op. cit.*, pág. 440. LARENZ sostiene que hubiere bastado una solución «a la italiana», es decir, concediendo al deudor «el derecho de rechazar la condonación de su deuda; exigir precisamente la celebración de un contrato quizá no sea ajustarse completamente a la situación de hecho. En todo caso en el silencio del deudor a la oferta a él dirigida para concertar un contrato de condonación se podrá hallar, por regla general, la aceptación de esa oferta» (*Ibidem*). El subrayado es nuestro.

⁸¹ Esto ya lo hizo notar PERLINGIERI (*Op. cit.*, § 1, pág. 13, nota 4) cuando citaba a los autores que sostenían que la remisión de la deuda no era otra cosa que la renuncia al derecho de crédito, si bien lo hacía, quizás, de un modo más radical que el propio autor al que se refería. Así, citaba a LARENZ y a LEHMANN, aunque nosotros no lo hemos leído respecto de este último en la edición manejada (vid. nota 72), si bien PERLINGIERI se refiere al original, con lo que la posibilidad queda abierta.

a) la constante presencia de los antecedentes romanos para sostener la consensualidad de la remisión⁸²;

b) la calificación de la remisión como acto de disposición⁸³;

c) la ausencia de forma⁸⁴;

d) la calificación de la remisión como acto abstracto⁸⁵, por ser acto de disposición y, finalmente,

⁸² Como decíamos, cuando lo estudiábamos, *acceptilatio, pactum de non petendo in perpetuum* y, con ciertas reservas por nuestra parte aunque no para ellos, el *contrarius consensus*. Entre ellos, LEHMANN (*Op. cit.*, pág. 361), Andreas VON TUHR, aunque sobre el Código de las Obligaciones Suizo que, por otra parte, cae dentro del área de influencia del sistema jurídico alemán (*Tratado de las obligaciones*, Tomo II, traducido del alemán por W. ROCES, 1ª ed., Madrid, 1.934, § 74, pág. 145).

⁸³ Para el sistema alemán acaso sea posible, aunque no es del todo comprensible en el sistema del Código civil español, *maxime* cuando el contrato es la fuerza de obligaciones por excelencia (art. 1.089 C.c.).

VON TUHR precisa la cuestión diciendo que «*la remisión no es un contrato del que nazcan simples obligaciones, sino un acto de disposición por el que el acreedor se desprende de un valor activo de su patrimonio*» (*Op. cit.*, pág. 144). LARENZ también afirma que «*representa del lado del acreedor un acto dispositivo sobre su crédito*» (*Op. cit.*, pág. 441).

⁸⁴ LARENZ, al menos implícitamente al hablar del silencio (*Op. cit.*, pág. 440) y, expresamente, HEDEMANN (*op. cit.*, pág. 200), LEHMANN (*Op. cit.*, pág. 362), VON TUHR (*Op. cit.*, pág. 142).

⁸⁵ LEHMANN (*Op. cit.*, pág. 362), HEDEMANN (*Op. cit.*, pág. 201), VON TUHR (*Op. cit.*, pág. 145), LARENZ (*op. cit.*, pág. 441). Estos tres últimos autores hablan de la donación al referirse a la causa.

HEDEMANN es lacónico, aunque expresivo, al decir que «*en la mayor parte de los casos*» la relación causal subyacente será una donación: «*te hago donación de tu deuda, y a tal efecto te la perdono*» (*Op. cit.*, pág. 201).

VON TUHR, en cierta forma contradiciendo lo que acabamos de transcribir, dice que «*la remisión es un acto de disposición del acreedor a favor del deudor, y supone, como todos, un fundamento jurídico (causa). La remisión hecha a título gratuito constituye, por regla general, una donación*» (*Op. cit.*, pág. 144). Lo que hace este autor es transformar la naturaleza del acto, de remisión en donación.

LARENZ es más acertado al considerar que la donación puede constituir la causa de la remisión, sin transformar la naturaleza del acto: «*Como "causa jurídica" de un contrato de condonación puede considerarse generalmente un acto dispositivo gratuito, es decir, la donación*» (*Op. cit.*, pág. 441). A su vez, siendo más preciso, explica que «*el "carácter abstracto" del contrato de remisión es aplicable sólo al contrato independiente de condonación que no sea parte integrante de un contrato modificativo de la relación obligatoria como un todo*» (*Ibidem*).

e) la asimilación de la figura del reconocimiento de inexistencia de deuda a la remisión⁶⁶.

En conclusión: la doctrina contemporánea alemana, con base en el fundamento legal que le otorga el parágrafo 397 del B.G.B., otorga estructura bilateral y naturaleza contractual a la remisión, aunque sea posible encontrar quien la fundamente con base en la renuncia, considerada en un sentido lato. Asimismo, continúa en la línea iniciada por WINDSCHEID que, al contrario de SAVIGNY, contempla a la remisión como negocio jurídico abstracto⁶⁷, calificación que le otorgarán por ser un negocio dispositivo, conforme a las enseñanzas del ordenamiento jurídico alemán.

⁶⁶ LARENZ (op. cit., pág. 440), LEHMANN (Op. cit., pág. 363), HEDERMANN (Op. cit., pág. 200 s.), VON TUHR (Op. cit., pág. 146). La razón de tal asimilación nos la muestra LEHMANN (ibidem):

«El contrato de reconocimiento negativo (de deuda) puede concluirse:

1. Con la intención de extinguir una deuda existente. Pero esto sólo ha de suponerse si el acreedor sabía la existencia de la obligación y no hace el reconocimiento porque espera que seguidamente se amortice la deuda, o si al menos quería extinguir la deuda para el caso de su existencia. En estos casos, la deuda se extingue definitivamente. Entonces, bajo la forma de reconocimiento negativo, se oculta un verdadero contrato de remisión (el subrayado es nuestro)

⁶⁷ WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette*, traducción de Carlo FADDA e Paolo Emilio BENSÀ, Volume secondo, Torino, 1.930, § 357, pág. 390: «Il motivo determinante, che induce il creditore alla remissione, può essere tanto vario, quanto il motivo determinante d'una attribuzione patrimoniale in genere; in specie nella remissione non si può pensare solamente a remissione in via di donazione» (aunque por lo expuesto, más parece que le atribuya causa neutra que la califique de acto abstracto).

3. LA DOCTRINA ITALIANA.

3.1. La doctrina italiana tras la publicación del Código civil de 1.865.

El *Codice civile* de 1.865 tuvo, casi en su totalidad, el mismo articulado que el *Code* francés de 1.804. Esta es la lógica consecuencia que deriva del tratamiento que otorgaron, los códigos anteriores a la unificación del Reino de Italia, al instituto de la remisión. Independientemente de que éstos, en determinadas cuestiones casi sin importancia, pudieran distanciarse entre sí y respecto al único código que había de venir, lo cierto es que casi todos eran fiel reproducción del Código Napoleón⁸⁸.

De ahí que la doctrina de los autores italianos fuera muy similar a la de la Escuela exegetica, confundiendo la mayoría renuncia del crédito, donación y remisión de la deuda, sin preocuparse de las distintas naturalezas de las tres figuras. Pocos son los que, de una manera u otra, intentan distinguirlas, a pesar de no atinar con la verdadera naturaleza de la remisión.

El *Codice Civile* de 1.865 trata «*Della rimessione del*

⁸⁸ En orden a su aparición, hemos consultado y estudiado los siguientes:

1. *Codice per la Regna delle Due Sicilie*, de 1.819, que trataba *Della remissione del debito* en sus artículos 1.236 a 1.242 (Napoli, 1.826, Parte Prima, Leggi Civili).

2. *Codice per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla*, de 1.820, tratando *Della Condonazione* en sus artículos 1.264 a 1.269.

3. *Codice Civile per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna*, de 1.838, que trata *Della remissione del debito* en sus artículos 1.375 a 1.379 (Torino, 1.860).

4. *Codice Civile per gli Stati Estensi*, de 1.851, que comprendía los estados de MODENA, MIRANDOLA, MASSA, CARRARA y GUASTALLA; trata *Della remissione del debito* en sus artículos 1.343 a 1.347 (Modena, 1.851).

debito» en Sección propia, al igual que los códigos que le precedieron, comprendiendo los artículos 1.279 a 1.284, además de otros preceptos dispersos con ocasión del tema de la solidaridad o legado.

3.1.1. Autores que identifican la remisión con la renuncia al derecho de crédito.

Son mayoría los autores que califican de renuncia al derecho de crédito a la remisión de la deuda.

A) La renuncia (remisión) necesita ser aceptada.

PACIFICI-MAZZONI¹⁰ es quizás el más rotundo en su afirmación: «*La remissione del debito è la rinunzia del credito fatta dal suo titolare*»¹⁰.

La siguiente manifestación de este autor nos legitima para mantener lo que ya decíamos respecto a los exégetas franceses, es decir, la aplicación automática del régimen de la renuncia a la remisión, sin más y de manera automática: «*E adunque un atto unilaterale che si compie per la sola volontà del creditore*»¹¹. Pero, para este autor, la renuncia debe ser aceptada por el deudor, pudiendo ser retirada hasta que no se actúe dicha remisión¹².

¹⁰ PACIFICI-MAZZONI, Emidio, *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*, Vol. IV, Parte Speciale, «Delle obbligazioni in generale-Donazioni-Contratto di Matrimonio», Firenze, 1.886.

¹⁰ *Idem*, § 130, pág. 251.

¹¹ *Ibidem*.

¹² «*La remissione del debito, come la rinunzia può essere ritirata, finché non sia stata accettata, e come ogni convenzione diviene irrevocabile coll'accettazione, e indipendentemente dalla notificazione di questa al creditore*» (*Op. cit.*, § 130, pág. 254). Por otra parte, el autor es coherente con su posición acerca de la renuncia, por cuanto distingue entre renuncia abdicativa y traslativa o *in favorem*.

B) La remisión como renuncia liberal.

CAMPOGRANDE²², en la mejor línea de los exégetas, confunde remisión de la deuda con la renuncia y la donación.

En efecto; al definir la remisión dice: «*Strettamente inteso, il condono, o rimessione del debito, è una rinunzia che il creditore fa ai suoi diritto a favore del debitore*»²⁴, *sia per testamento, sia per convenzione*»²⁵. La renuncia *in favorem* conllevará a la necesidad de la aceptación, pero no sólo eso. El consistir en un abandono a favor del deudor conlleva la liberalidad de la renuncia y, por fin, «*il condono del debito è una donazione*»²⁶.

Ciertamente CAMPOGRANDE trae su opinión de GIORGI, al que cita. GIORGI²⁷ opina de la misma manera, confundiendo también renuncia y donación: «... *la remisión ... es donación en la esencia, pero no en la forma externa*»²⁸.

Ésta es la única licencia que se permiten los autores que defienden tal posición: sólo es donación en cuanto a la

²² CAMPOGRANDE, Valerio, Voz *Condono del debito*, en «Il Digesto Italiano», Vol. VIII, Parte Prima, Torino, 1.896, págs. 663-674.

²⁴ El subrayado es nuestro.

²⁵ Op. cit., § 1, pág. 664.

²⁶ *Ibidem*. En la misma línea de despropósitos se inscribe Adolfo RAVA (*Istituzioni di Diritto Privato*, Padova, 1.938, § 323, págs. 409 y 410); este autor, después de comenzar diciendo que «*la rimessione del debito è una rinunzia, che il creditore fa a favore del debitore, del suo diritto de credito*» (Op. cit., pág. 409), sólo entiende que es unilateral la remisión efectuada por actos *mortis causa*, no así en los *inter vivos*, en los cuales «*la rimessione riteniamo che non possa farsi se non col consenso anche del debitore, e che quindi avvenga mediante un contratto, giacché anche la donazione, che è l'atto tipico di liberalità, deve essere accettata per esser perfetta, ed è ben concepibile che il debitore non voglia accettare la rimessione del debito*» (Op. cit., pág. 410)

²⁷ GIORGI, Giorgio, *Teoría de las Obligaciones en el derecho moderno*, traducida de la séptima edición italiana y anotada por la redacción de la Revista general de Legislación y Jurisprudencia, segunda edición, Vol. VII, «Extinción de las obligaciones», Madrid, 1.930.

²⁸ *Idem*, § 309, pág. 372.

esencia; NO! en cuanto a la forma, como si así tuviere algún tipo de justificación tal postura. Acaso la tendría si la no necesidad de la forma no estuviere fundada en la aformalidad de las renunciaciones. Pero no es así. En definitiva, se trata de no conceder ningún tipo de autonomía a la remisión de la deuda⁹⁹.

CRESPOLANI¹⁰⁰ se inscribe en esta misma dirección al sostener que «la rimessione del debito costituisce una liberalità»¹⁰¹.

De hecho, la influencia de POTHIER es manifiesta en la doctrina italiana de la segunda mitad del siglo XIX y principios del XX. Aparte de la taxativa afirmación de principio de PACIFICI-MAZZONI, los demás se decantan por la teoría de la remisión/donación, no ya en la línea de los exégetas, que acababan por calificar de donación a la remisión por exigencia de la renuncia *in favorem*, sino en la línea de POTHIER, es decir, calificándola directamente de liberalidad y, por tanto, donación¹⁰².

⁹⁹ La cuestión llega al absurdo cuando GIORGI afirma sin ningún escrúpulo, y hablando de la esencia de la remisión, que ésta, constituyendo en sustancia una liberalidad, «toma entonces lugar junto a las donaciones manuales, no siendo verdaderamente otra cosa más que la donación de un crédito (sic)» (*Op. cit.*, § 309, pág. 371). A pesar de la frialdad de tal afirmación, es justo reconocer que anteriormente a GIORGI, fueron varios los autores que se mostraron partidarios de esta manifestación e incluso se puede deducir de las palabras de POTHIER (*Traité des Obligations*, § 622).

¹⁰⁰ CRESPOLANI, Riccardo, *Rimessione di debito*, Voz en la «Enciclopedia Giuridica Italiana», Vol. XIV, Parte II, Milano, 1.906, págs. 451-467.

¹⁰¹ *Idem*, § 1, pág. 451.

¹⁰² Nos remitimos, respecto a estos otros autores, al hablar del dilema teórico sobre la unilateralidad o bilateralidad de la remisión de la deuda. Vid. *infra*, Cap. III, concretamente, págs. 237 ss.

C) La identificación total de la remisión con la renuncia: no necesidad de aceptación.

DE CRESCENZIO y FERRINI¹⁰³, más preocupados por combatir la pretendida causalidad de la remisión que por otra cosa, también se pronuncian respecto a la remisión como renuncia, aunque de una manera más discreta y, separándose de sus contemporáneos, como mero instrumento para tratar el tema, más interesante, de la unilateralidad o bilateralidad de la remisión.

Pero TOESCA DI CASTELLAZZO¹⁰⁴, con un estudio más pormenorizado de la cuestión, también opta por la institución de la renuncia, aplicada a la remisión. En efecto, define a la remisión como el *«atto con cui il creditore rinuncia totalmente o parzialmente a suoi diritti»*¹⁰⁵, llegando a calificarla de *«rinuncia in genere a un diritto di credito»*¹⁰⁶.

Respecto a este autor, cuando menos, hay que resaltar su coherencia pues es de los pocos¹⁰⁷ que aplica en su pureza

¹⁰³ Critican la afirmación de POTHIER de que la renuncia absoluta no es del todo increíble, no pudiendo calificarse como de una hipótesis metafísica. Ponen como ejemplo el titular de un crédito que lo abandona para escapar de la presión fiscal por la riqueza mobiliaria, añadiendo que *«qui non essendo possibile o sperabile almeno altro modo di estinzione di un credito, che in un paese con un sistema tributario simile all'italiano può divenire pel creditore una sventura, si ricorre a questo che sembra quasi incolore ed astratto»* (Op. cit., § 494, pág. 839).

¹⁰⁴ Op. cit., § 3, pág. 698.

¹⁰⁵ Idem, § 1, pág. 695.

¹⁰⁶ Idem, § 3, pág. 697. Hasta tal punto lo cree así que, prescindiendo totalmente de cualquier referencia al débito, resalta en su escrito que *«la rimessione adempie anzitutto alla sua funzione tipica, che è quella di estinguere un diritto di credito»* (el subrayado es nuestro).

¹⁰⁷ Otro que podría inscribirse en esta línea sería Luigi BORSARI (Comentario del Codice Civile italiano, Vol. Terzo, Parte Seconda, Torino, 1.877, Arts. 1.279 y 1.280, págs. 737 y 738), aunque no es tan claro en su formulación, en el sentido de que no opta de manera tan radical como TOESCA por la calificación de renuncia. Para BORSARI existen más afinidades con la renuncia que con la donación, aunque utiliza ambas figuras de manera instrumental para argumentar que la remisión no es necesariamente un

la estructura y régimen de la renuncia a la remisión. No sólo afirma que la remisión es una renuncia al derecho de crédito, sino que se preocupa de diferenciarla de la donación concluyendo que,

«non essendo la natura del diritto di credito tale da richiedere per la sua dismissione l'accettazione del debitore, e non valendo l'eventuale scopo di donazione ad imprimere un carattere necessariamente convenzionale a detta dismissione, non solo è possibile rinunciare unilateralmente al credito ..., ma la stessa rimessione del debito, a qualunque scopo informata, può essere unilaterale, e rientra nella categoria delle rinuncie»¹⁰⁰.

Pero fueron los anotadores de WINDSCHEID¹⁰⁰ quienes, a pesar de calificar a la remisión de renuncia al derecho de crédito, dieron a la renuncia su verdadero valor y que, más tarde, sería asumido por TOESCA.

Por primera vez alguien expresa lo que tantas veces hemos criticado hasta ahora: la falsa distinción entre renuncia abdicativa y renuncia traslativa. Para los anotadores, *«la rinunzia vera e propria è sempre meramente abdicativa»¹¹⁰.*

acto bilateral.

¹⁰⁰ TOESCA DI CASTELLAZZO, *Op. cit.*, § 3, pág. 698. De conformidad con su congruencia interna, no exige ningún tipo de aceptación por parte del deudor, aunque sí se plantea cuando devendrá irrevocable tal renuncia, optando por la teoría que explica tal irrevocabilidad desde el momento en que se lleva a conocimiento de la persona que resulta aventajada por aquella renuncia (*Op. cit.*, § 3, pág. 699)

¿Sería pedir demasiado que se fuese del todo congruente? Decimos esto por la sencilla razón de que la renuncia, como tal, es meramente abdicativa y de ella no resulta nadie directamente aventajado; en todo caso, la renuncia debería ser irrevocable desde el momento de la exteriorización de la declaración de voluntad, sin más.

¹⁰⁰ Carlo FADDA y Paolo Emilio BENSÀ, *Op. cit.*, sobre el § 69, números 10 ss. (Notas al Libro segundo), págs. 379-414.

¹¹⁰ *Idem*, § 10, pág. 379.

En realidad, el dilema que pudiera haber surgido entre las «diversas clases» de renuncia, queda definitivamente resuelto, en el Derecho italiano, con el pensar de FADDA y BENSA. Sin embargo, estos autores se inscriben dentro de la corriente que afirma que la remisión de la deuda no es otra cosa que la renuncia al derecho de crédito que realiza el acreedor. La novedad estriba en que por primera vez se delimitan perfectamente los confines de la renuncia, como negocio jurídico unilateral. A partir de entonces, pues, no habrá excusa para aquellos que todavía sostengan su posición en renunciadas adjetivadas (*in favorem*, traslativas, etc.) como justificadoras de la necesidad de la aceptación de la remisión (concebida como renuncia)¹¹¹.

En conclusión, la doctrina italiana, surgida alrededor del *Codice* de 1.865, importa las mismas posiciones que sostuvieron los exégetas franceses. No es ajeno a esta circunstancia el hecho de que el *Codice*, al menos en la Sección dedicada a la «*rimessione del debito*», es copia fiel del *Code Napoléon*¹¹², aunque en ocasiones existan algunas diferencias, pocas, tanto de forma como de fondo¹¹³.

¹¹¹ El mismo autor con el que empezábamos este análisis doctrinal, en la Italia del Código de 1.865, incurrió en este error, siendo posteriormente criticada su postura por FADDA y BENSA (*Op. cit.*, § 10, pág. 379).

¹¹² Incluso existen autores que se manifiestan sobre la expresión «*rimessione o liberazione convenzionale*» utilizada por el artículo 1.282 *Codice*, que es reproducción exacta de los dos primeros párrafos del artículo 1.287 *Code*. Y lo hacen en el mismo sentido que sus predecesores franceses: dicha expresión se refiere no a la bilateralidad de la remisión, sino a la exteriorización de la declaración de voluntad, equiparándola a la expresa. Cfr. GIORGI (*Op. cit.*, § 315, pág. 378 y § 320, pág. 385), BORSARI (*Op. cit.*, Arts. 1.282, 1.283 y 1.284, § 3.246, pág. 741) y CAMPOGRANDE (*Op. cit.*, § 6, pág. 667).