

CAPÍTULO II

<i>De la novación</i> .....	363
ART. I. Qué es la novación, y de sus diferentes sistemas .....	363
ART. II. De las deudas que constituyen la materia necesaria de la novación .....	364
ART. III. Qué clase de personas pueden novar .....	365
ART. IV. Cómo se hace la novación .....	366
§ I. De las formalidades de la novación .....	366
§ II. De la voluntad de novar .....	366
§ III. Si la constitución de un censo por la misma cantidad que debía al censuario encierra esencialmente una novación ...	367
§ IV. De la necesidad que haya en la nueva obligación algo que la diferencie de la antigua .....	370
§ V. Si el consentimiento del antiguo deudor es necesario para la novación .....	370
ART. V. Del efecto de la novación .....	371
ART. VI. De la delegación .....	372
§ I. Qué se entiende por delegación, y cómo se hace .....	372
§ II. Del efecto de la delegación .....	373
§ III. Si el delegante es responsable de la insolvencia del delegado	374
§ IV. Diferencia entre la delegación, traslación del crédito y la simple indicación .....	376

## CAPÍTULO II

### DE LA NOVACION

Este capítulo se dividirá en seis artículos. Trataremos en el primero qué es la novación y cuáles son sus diferentes especies; en el II, de las deudas que deben servirla de fundamento; en el III, de las personas que pueden hacerla; en el IV, cómo se hace la novación; en el V, de sus defectos; y hablaremos en el VI de la delegación, que es una especie particular de novación.

#### ARTÍCULO PRIMERO

##### QUÉ ES LA NOVACION, Y DE SUS DIFERENTES SISTEMAS

581. La novación es la sustitución de una nueva deuda a otra de antigua.

Esta queda extinguida por la nueva; es por esto que la novación se cuenta entre los modos de extinguir una obligación.

582. La novación puede hacerse de tres maneras diferentes.

La primera es aquella que se hace sin la intervención de la otra persona, cuando un deudor contrata un nuevo compromiso para con su acreedor, a condición de que quedara libre de la antigua. Esta especie es la que se llama simplemente *novación*.

583. La segunda especie es cuando interviene un nuevo deudor y el acreedor lo acepta, quedando éste libre.

Aquel que se declara deudor por otro se llama *expromissor*; y este contrato, *expromissio*.

Este *expromissor* es muy diferente de un fiador que se llama en Derecho *adpromissor*; pues aquel que presta fianza por otro no lo libra, sino que asegura tan sólo su obligación, y se constituye deudor juntamente con él.

584. La tercera novación es aquella que se hace por la intervención de un nuevo acreedor, cuando un deudor, para continuar libre para con su antiguo acreedor, contrata algún compromiso con un nuevo acreedor.

Hay una especie particular de novación que se llama *delegación*, que a veces contiene una doble novación: de ella trataremos en el artículo iv.

Nada diremos de aquella que resulta *ex litis contestatione*, por cuanto los principios del Derecho romano no están entre nosotros en vigor sobre este particular.

## ARTÍCULO II

### DE LAS DEUDAS QUE CONSTITUYEN LA MATERIA NECESARIA DE LA NOVACION

585. Resulta de la definición que hemos dado de la novación que no puede haber novación sin la existencia de dos deudas, de las cuales una de ellas quede extinguida por la otra que la sustituye.

De donde se sigue que la deuda de la que se quiere hacer novación por otra obligación no podrá tener lugar sino cuando existiera la condición (L. 8, § 1, D. *de novat.*).

Es por esto que si la condición faltara no habría novación, porque no habría deuda que sustituir por otra.

Igualmente, si la deuda condicional cuya innovación se intentaba fuera de un cierto cuerpo, y que antes de la existencia de la cosa hubiese perecido, no habría novación, aun cuando la condición existiera; pues la condición, no pudiendo confirmar la deuda de una cosa que no existe, no habrá habido todavía una primera deuda a la cual la nueva haya podido substituirse.

586. *Viceversa*, si la primera deuda no dependiera de condición alguna, pero que el segundo compromiso por el cual se ha querido hacer novación de esta parte de la primera deuda depende de una condición, la novación no podrá cumplirse más que por la existencia de la condición del nuevo compromiso antes de la extinción de la primera deuda (L. 14, D. *de novat.*).

587. El término de pago es muy diferente de la condición de la deuda y existe ésta aunque el término de pago no haya vencido. Es por esto que se puede hacer novación de deuda cuyo término de pago no ha llegado todavía por otro compromiso puro y simple o de una deuda pura y simple por otra que contendrá un término para el pago; y en uno y otro caso la novación se cumplirá ante todo, sin aguardar el vencimiento del plazo (L. 5; L. 8, § 1, D. *de novat.*).

588. Es a la verdad de la esencia de la novación el que haya dos deudas contratadas; una después de la otra; mas para ello basta que una haya precedido a la otra un solo instante. La novación de la primera deuda puede hacerse por la segunda, en el mismo instante en que se contrata la primera.

Por ejemplo: si vos me vendéis una heredad por diez mil libras, y que por el mismo contrato un tercero se compromete en lugar mío a pagaros esta suma, y que vos lo aceptáis por vuestro único deudor, se debe suponer subsistente, con un momento de anticipación, la obligación que contraigo de entregar el precio de la heredad que compro, y del que se hace novación por el compromiso que contrata ese tercero de pagar ese precio en lugar mío. Aunque esta deuda que yo contrato no haya existido realmente más que durante un instante, se hace novación de la misma desde el mismo instante en que la he contratado. (Véase otro ejemplo en la ley 8, § 1, *D. de novat.*)

589. La novación es válida cualquiera que sea la naturaleza de la primera deuda a la cual se ha sustituido con otra, y cualquiera que sea aquella que se le ha sustituido (L. 1, § 1, *D. de novat.*).

Es necesario, sin embargo, que esas obligaciones no sean de aquellas que la ley reprueba formalmente y declara nulas, pues lo que es nulo no puede surtir ningún efecto. (Véase *supra*, part. II, capítulo II.)

### ARTÍCULO III

#### QUE CLASE DE PERSONAS PUEDEN NOVAR

590. El consentimiento que otorga el acreedor a la novación de deuda, es en cuanto a su extinción equivalente al pago; se sigue de aquí que sólo aquellos a quienes se puede pagar válidamente son los que *pueden* hacer novación de la deuda.

Pues por la misma razón que no se puede pagar de una manera válida a un menor, a una mujer sin autorización de su marido, se debe decidir que esas personas no pueden hacer novación de lo que se les debe (L. 3; L. 20, § 1, *D. de tit.*).

591. *Viceversa*, aquel a quien se puede pagar una deuda, puede también, por lo general, hacer novación: *Cui recte solvitur, in etiam novare potest* (L. 10, *D. de novat.*).

Se sigue de aquí que un acreedor solidario puede hacer novación. Así lo decide Venuleyo (L. 31, § 1, *D. de novat te de leg.*), cuya decisión me parece que debe seguirse, aunque sea Paulo de opinión contraria (L. 27, *D. de pactis.*). Los intérpretes han hecho

vanos esfuerzos para conciliar estos textos. (Véase Wissembach, *ad tit. novat.* 10.)

592. Igualmente un tutor, un marido, pueden hacer novación (l. 20, § 1; *fin*, § 1, d. *dicto titulo*). Un procurador general puede hacerla también. Aquel que no tiene más que un poder particular para cobrar de los deudores no puede hacerla, por cuanto estando su poder limitado a recibir, *non debet egredi fines mandati*. Lo mismo sucede respecto de aquellos que se llaman *adjecti solutionis gratia*, de quienes hemos hablado en el precedente capítulo, artículo 2º, § 4, éstos no pueden hacer novación (l. 10, d. *de solut.*), aunque se les pueda pagar de un modo válido.

#### ARTÍCULO IV

##### CÓMO SE HACE LA NOVACION

###### § I. De las formalidades de la novación

593. Por el Derecho romano, la novación no se puede hacer más que por la estipulación. La forma de la estipulación no está en uso en nuestro Derecho; los simples contratos tienen la misma fuerza que por el Derecho romano tenía la estipulación; es por esto que la novación se hace por el simple contrato.

###### § II. De la voluntad de novar

594. Es necesario para la novación una voluntad de hacerla en la persona del acreedor, o en la que tiene poder bastantes suyo, o cualidad para hacer la novación en su lugar.

Por el antiguo Derecho romano esta voluntad de hacer la novación se presumía fácilmente; mas según la constitución de Justiniano, en la última ley (*Cod. de novat.*), esta voluntad de hacer la novación debe ser expresamente declarada, sin lo que no hay novación, y el nuevo compromiso que se contrata se reputa como habiéndose hecho mejor para confirmar el primero y para acceder al mismo que para extinguirlo.

La razón de esta ley se funda en que no debe fácilmente creerse de persona alguna el que abdique los derechos que le pertenezcan. Y como la novación encierra una renuncia que hace el acreedor del primer crédito, al cual sustituye otro, es de que la novación no debe presumirse sin que las partes se expliquen de una manera que no deje duda.

Nosotros, sin embargo, no nos hemos ceñido, en nuestra jurisprudencia, de una manera completamente literal a esta ley, que falla siempre que el acreedor declara en términos precisos y for-

males que el desea hacer una novación. Es suficiente que de cualquier manera que sea, su voluntad de hacer novación parezca evidente, para que no pueda ser puesta en duda. Es lo que establece D'Argentre, en el artículo 273 de la antigua *Costumbre de Bretaña*.

He aquí un ejemplo. Yo soy acreedor de Pedro por una suma de diez mil libras, se levanta un acta entre Juan, deudor de Pedro, y yo, por la cual se establece que Juan se obliga hacia mí a pagarme la suma de mil libras que me debe Pedro y añade que yo he querido, *por darle gusto a Pedro*, contentarme con la presente obligación que es suscrita por Juan. Se debe decidir en esta especie que hay novación y que Pedro se ha descargado respecto a mí, aun cuando no se haya dicho en términos formales y precisos, que yo descargo a Pedro y que acepto a obligación de Juan haciendo novación de la de Pedro, ya que los términos de que me he servido, que *me contento* con la obligación de Juan *por darle gusto a Pedro*, declaran suficientemente que yo he querido descargar a Pedro y contentarme con Juan como deudor en su lugar.

Más, a menos que no aparezca evidentemente que el acreedor ha tenido intención de hacer novación, ésta no se presume. Es por lo que si, en la misma especie, habiendo hecho un embargo y arresto sobre Juan, por culpa de Pedro mi deudor, Juan está obligado hacia mí pura y simplemente, por un acta, a pagarme la suma de mil libras que me adeuda Pedro, y por la cual yo he hecho el embargo, sin que se haya añadido, como en la especie anterior, *que yo he querido, por darle gusto a Pedro, contentarme con la obligación de Juan*, u otra cosa semejante, que hará conocer evidentemente que he querido descargar a Pedro, yo no seré en absoluto de haber hecho novación y Juan lo será por haber accedido a la obligación de Pedro que sigue siéndome obligado. Es lo que ha sido juzgado en sentencia del Parlamento de Tolosa, reproducida por Catelan tomo 2, 1, 5, ch. 38).

De la misma manera, si después de contraída la deuda el acreedor otorgase al deudor un plazo para el pago, o indicase un nuevo lugar para verificar el pago, o se diese al deudor la facultad de pagar a un tercero, o bien otra cosa en lugar de la debida, y aun cuando el deudor se obligase a pagar una cantidad mayor, o el acreedor se contentase con otra menor, en todos estos casos, no habiéndolo declarado explícitamente las partes, debe decidirse que no hay novación y que las partes han querido únicamente modificar, disminuir o aumentar la deuda, mas no extinguirla substituyéndola otra nueva.

§ III. Si la constitución de un censo por la misma cantidad que debía el censatario encierra esencialmente una novación

595. Cuando, por un convenio entre el acreedor y el deudor por una suma de dinero, el deudor ha constituido un censo a su

acreedor por la suma que él le debía, ¿hay en ese caso, necesariamente, novación? Muchos son los que pretenden que en ese caso no hay novación, esto es, cuando las partes no lo hubiesen dicho expresamente, con mayor razón todavía cuando se ha declarado expresamente por la constitución del censo que no entendían hacer novación alguna. Y pretendían que por el acto de la constitución del censo el acreedor no da recibo de la suma que se le debe, que consiente solamente en no exigir la suma que se le debe, en tanto le pague los intereses de esta suma, y que en consecuencia es siempre la antigua deuda la que subsiste, aunque bajo una nueva forma; es decir, que de exigible que era no se puede exigir en tanto el acreedor pague las pensiones. Esta opinión me parece muy difícil de sostener: es de la esencia del contrato de la constitución del censo, que es un contrato real, el que aquel que constituye el censo reciba el precio de la constitución. Cuando un deudor instituye un censo de mil libras, me constituye por esta suma cincuenta libras de pensión; es necesario, pues, que reciba la suma de mil libras por el precio de la renta que me constituye, y no puede reputársele como habiéndola recibido más que mediante la carta de pago que le doy por el censo que me constituye. Esta constitución de un censo encierra, pues, una carta de pago que yo le doy por dicha suma, y una compensación de lo que me debía, con igual suma que yo debía darle por precio del censo que me constituye; ahora bien, es evidente que esta carta de pago y esta compensación extinguen esta deuda y forman una novación.

No puede decirse que el capital del censo es el mismo crédito antiguo de mil libras que continúa subsistiendo con nueva modificación; porque además de que se halla extinguido por la constitución del censo, como hemos indicado, debe tenerse presente que el crédito de un censo lo es más bien de las pensiones que corren perpetuamente hasta la redención que del capital, el cual, como no puede exigirse, no es con todo rigor debido. Debe inferirse de estas razones que la imposición de un censo, sirviéndole de precio una cantidad antes debida por el mismo que lo constituye, envuelve una novación, aun cuando los que contratan manifestasen que no deseaban hacerla; porque una protesta no puede impedir los efectos necesarios y esenciales de un acto. Si había de surtir algún efecto esta cláusula sería la de impedir que se entendiesen extinguidas las hipotecas de la antigua deuda y hacerlas pasar a la nueva, lo que autoriza la ley 12 (§ 5, d. *Qui potior.*).

Aun cuando esas razones me parecen muy fuertes para decidir que el acto por el cual una deuda exigible es convertida en una constitución de renta, contienen esencialmente una novación, sin embargo, la opinión contraria parece tener en su favor el sufragio de los autores. Lo autorizan dos sentencias que pretenden haber

juzgado la cuestión. La primera, del 13 de abril de 1683, es reproducida en el *Journal du Palais* (tomo 2, de la edición *in-fol.*).

En dicha sentencia, Ligondez, deudor solidario con Sablon, de una suma de seis mil libras, había constituido después renta, a su nombre y obligándose por Sablon y el contrato llevaba reserva de la obligación y de las hipotecas. El acreedor emplazó a Sablon, para que dé fianza o pague la dicha suma de seis mil libras. Sablon fué condenado. El comentarista infiere de esta sentencia, que se ha juzgado que un deudor de una suma de dinero puede constituir renta por dicha suma, sin que se haga novación de su deuda. Pero yo creo que la consecuencia esta mal sacada y que los medios respectivos de las partes, que se mencionan en el *Journal*, no tocan al punto de decisión de la causa. La razón decisiva, por la cual Sablon ha sido condenado por esta sentencia a pagar, o a dar fianza, me parece ser que Ligondez habiendo pasado el contrato, en su nombre y obligándose por Sablon y el acreedor no habiendo consentido en la conversión de su crédito de seis mil libras en un contrato de constitución, sino bajo la condición de que el contrato sería pasado por sus dos deudores, la conversión del crédito de seis mil libras en un contrato de constitución, la novación y la extinción de este crédito que debía resultar, dependían de esta condición. Es por lo cual la negativa de Sablon de pasar el contrato, hacía faltar la condición, no había en absoluto novación, el crédito subsistía y Sablon fué bien condenado por la sentencia a pagar.

La otra sentencia es del 6 de setiembre de 1712, y está reproducida en el tomo sexto del *Journal des Audiences*. En la especie de esta sentencia, varias personas habían suscrito solidariamente la obligación de pagar cierta suma. Dos habían pagado realmente su tercio, y el acreedor al recibirlo había reservado la solidaridad. Lebegue y de Villemenard habían, por medio de una carta, prometido pasar contrato de constitución de renta por el tercio restante, y en dicha carta se decía, *sin que esto pueda dañar a la solidaridad*. Mucho tiempo después el acreedor exige que Montpensier, uno de los que habían pagado su tercio con la reserva de la solidaridad, pague lo restante o acceda al contrato de constitución, y la sentencia le condena. Entonces, decimos, ha sido juzgado que un contrato de constitución de renta, hecho por un deudor por la suma que debía, no implica necesariamente novación y extinción de la deuda de esta suma, de otra manera, en la especie propuesta, Montpensier, codeudor solidario de la suma que falta por pagar y por la cual la renta ha sido constituida, hubiera sido liberado de esta deuda por la constitución de renta, y no hubiera sido condenado por la sentencia a pagar.

No sé en qué razón ha sido fundada la decisión de la sentencia, pero para salvar los principios podría decirse que la sentencia

no ha juzgado lo que se infiere, sino que más bien ha sentenciado por la cláusula de reserva de solidaridad, el acreedor creía necesario, haber añadido, a la conversión de su crédito en un contrato de constitución de renta, esta condición: que todos los deudores solidarios de esta deuda accederían al contrato de constitución, y en consecuencia al rehusarse Montpensier a acceder, y hacer fallar esa condición, el crédito subsiste.

§ IV. De la necesidad que haya en la nueva obligación algo que la diferencie de la antigua

596. Cuando se hace la novación entre el mismo acreedor y el mismo deudor, sin intervención de nueva persona alguna, aunque se haya expresamente declarado que contiene el nuevo compromiso que las partes entienden hacer novación, es necesario, para que la novación sea válida, que este acto contenga alguna cosa diferente de la que se ha contratado por la primera obligación; ya sea en la calidad de la obligación como si la primera fuera determinada, y la segunda alternativa, o *viceversa*; ya sea en los accidentes accesorios de la obligación, como por lo que hace al tiempo o al lugar del pago. También es una diferencia suficiente el que si la primera obligación hubiese sido contratada bajo la hipoteca de mis bienes, el que por la nueva me comprometa sin caución y sin hipotecas, o *viceversa*.

Si el nuevo compromiso hecho sin la intervención de otra nueva persona no contiene nada diferente de la primera, es evidente que ese nuevo compromiso ha sido inútilmente contratado (*Justit. tit. quib. mod. toll. obl.*, § 4).

957. Cuando la novación se hace con la intervención de un nuevo acreedor, la diferencia de acreedor o de deudor es una diferencia suficiente para hacer útil la novación, y sin que sea necesaria otra intervención.

§ V. Si el consentimiento del antiguo deudor es necesario para la novación

598. La novación que se hace por la intervención de un nuevo deudor puede hacerse entre el acreedor y ese nuevo deudor, sin que el primero, cuya deuda debía extinguirse por la novación, tenga parte alguna: *Liberat meis qui quod debeo promittit, etiam si nolim* (L. 8, § 5, D. de novat.).

La razón está en que la novación respecto del primer deudor no encierra otra cosa que el finiquito de una deuda por la nueva deuda que el tercero contrata en su lugar; ahora bien, se puede salvar la deuda de otro sin que él lo consienta, y esto lo hemos visto en

el capítulo precedente: *Ignorantis enim et invitati conditio melior fieri potest* (L. 53, de solut.).

## ARTÍCULO V

## DEL EFECTO DE LA NOVACION

599. El efecto de la novación consiste en que la primera deuda queda extinguida de la misma manera que lo quedaría por un pago real y efectivo.

Cuando uno de los varios deudores solidarios contrata sólo un nuevo compromiso con el acreedor para hacer novación del primero, la primera deuda queda extinguida, y todos sus codeudores quedan tan libres como él. De la misma manera, como la extinción de la obligación principal entraña la de todas las obligaciones accesorias, la novación que se hace de la deuda principal extingue todas las obligaciones accesorias, tales como las fianzas.

Si el acreedor quisiera conservar sus derecho sobre los otros deudores y los de los fiadores, bastaría que pusiera por condición a la novación que los codeudores y los fiadores accedieran a la nueva deuda; en cuyo caso, si por su voluntad no quisieran acceder, no habría novación y el acreedor conservaría su antiguo crédito.

Del principio de que la novación extingue la antigua deuda, se sigue también que extingue las hipotecas que le eran necesarias: *Novatione legitime facta liberantur hypothecæ* (L. 18, D. de novat.).

Mas el acreedor puede, por el acto mismo que contiene la novación, transferir a la segunda deuda las hipotecas que estaban afectas a la primera (L. 12, § 5, D. qui potior; L. 21, eod.).

Obsérvese si el nuevo crédito fuese más cuantioso que el primero: la prioridad no será sino por la cantidad en el primero contenida, puesto que la traslación de hipotecas del antiguo al nuevo crédito no debe perjudicar a los acreedores intermediarios. Debe igualmente advertirse que la traslación de hipotecas no puede verificarse sin consentimiento del dueño de las cosas hipotecadas. Esto es lo que decide Paulo en la ley 30, (D. de novat.).

Obsérvese también que ese cambio de las hipotecas, del antiguo crédito al nuevo, no puede hacerse más que con el consentimiento de la persona a quien pertenecen las cosas hipotecadas. En el ejemplo anterior, está claro que habéis consentido en este cambio de hipoteca, puesto que habéis tomado parte en el acto donde la reserva de esas hipotecas se ha estipulado. Mas si un tercero, por acta de 1770, se ha obligado hacia mí a pagarme la suma que me adeudabais por el acta de 1760, y que se diga nada más que ante los presentes, la deuda de 1760 se desquita, *bajo reserva de las hipotecas*, aunque la novación puede hacerse sin que intervengais en

el acta. El cambio de la hipoteca de vuestros bienes unida a vuestra deuda de 1760 no puede hacerse a la nueva deuda de 1770, si no intervenís en el acta para consentirla. El nuevo deudor a quien las cosas hipotecadas no pertenecen, no puede, sin el dueño de ellas, hipotecarlas a la nueva deuda. Es lo que decide Paulo en la ley 30 (D. de novat.): *Paulus respondit, si creditor a Sempronio, animo novandi stipulatus esset, ita ut a prima obligatione in universum discederet, rursum eadem res a posteriore debitore, sine consensu debitoris prioris, obligari non posse.*

Por idénticos principios, si uno de nuestros deudores solidarios contrae con el acreedor una nueva obligación, y se consigna en ella que las partes entienden hacer la novación con *especial reserva de hipotecas*, es evidente que esta nueva reserva no puede tener efecto alguno sino con respecto a los bienes de ese deudor que contrae una nueva deuda, no respecto de los bienes de los demás codeudores, puesto que nadie puede hipotecarlos sin obtener su consentimiento. Sea cual fuere la reserva que haga el acreedor, los fiadores de la antigua deuda no quedarán obligados por la nueva, a no ser que consientan en ello.

## ARTÍCULO VI

### DE LA DELEGACION

#### § I. Qué se entiende por delegación, y cómo se hace

600. La delegación es una especie de novación por la cual el antiguo deudor, para quedar libre de su acreedor, le presenta una tercera persona que se obliga en su lugar o con el mismo acreedor o con la persona que él indica: *Delegare est vice sua alium reum dare creditor, vel cui jusserit* (L. 2, D. de novat.).

De esta definición resulta que la delegación se hace por el concurso de tres personas, y que a veces intervienen cuatro.

1º Es necesario el concurso del delegante, es decir, del antiguo deudor, quien da a su acreedor otro deudor en su lugar.

2º De la persona del delegado que se obliga para con el acreedor, en lugar del antiguo deudor, o para con la persona indicada por el acreedor.

3º Del acreedor, que en consecuencia de la obligación que la persona delegada contrata para con él, o para con la persona que le indica, libra al delegante.

Algunas veces interviene en la delegación una cuarta persona; a saber, la que el acreedor indica, y para con quien, mediante la indicación del acreedor y del orden del delegante, se obliga la persona delegada. Si uno de los herederos de mi censatario, a fin de librarse

del censo al dividir la hacienda, lo hubiese encargado a su coheredero, no habrá delegación, si no he intervenido yo aceptando la nueva obligación; y aun cuando hubiese cobrado por mucho tiempo las pensiones del coheredero encargado del censo, no por esto se entenderá que hago renuncia a mis derechos contra el otro (*arg. L. 40, § 2, D. de pact.*).

### § II. Del efecto de la delegación

601. La delegación encierra una novación: la extinción de la deuda del delegante por la nueva obligación que el delegado contrae en lugar de aquélla.

Por lo común, aún la misma delegación contiene una doble novación, pues de ordinario la persona delegada es un deudor del delegante, quien, para emanciparse de su obligación para con el delegante de su obligación, contrata por orden de éste una nueva obligación para el acreedor del delegante. En ese caso hay dos novaciones: se innova la obligación del delegante con su acreedor por la intervención de un nuevo deudor y se innova también la que tenía el delegado para con el delegante, la cual se extingue con la celebración del nuevo contrato.

602. Si la persona delegada no fuera deudora del delegante, aunque no se hubiese obligado en su lugar para con su acreedor más que en la falsa persuasión en que estaba de que era deudora del delegante, la obligación que hubiese contratado para con ese acreedor no sería por esto menos válida, y no podría resistirse a pagarla, salvo el recurso que le quedaba contra el delegante, para que fuera obligado a liberarle. El acreedor que, por la obligación que contrata para con él la persona delegada, no hace más que retirar lo que le era debido por su antiguo deudor a quien ha descargado, no debe sufrir en modo alguno por este error (*L. 12, D. de novat.*).

Otra cosa sería si aquel en cuyo favor ha contratado su obligación el delegado, no fuera acreedor del delegante, ya sea que le creyese tal por error, ya que quisiese hacerle una donación. En uno y otro caso, la persona delegada que se ha obligado para con él por error, no estaría válidamente obligada, y podría resistirse a pagar, una vez descubierto el error (*L. 7, D. de dol. except.*; *L. 2, § 4, D. de dont.*).

La razón de esta diferencia estriba en que, en este caso, aquel para con quien la persona delegada se ha obligado, *certat de lucro captando*; mientras que la persona delegada, que por error se ha obligado para con él, *certat de damno vitando*.

Ahora bien; mejor se debe atender a aquel que *certat de damno*, que a aquel que *certat de lucro*.

Es por esto que se debe no solamente librarse de su obligación contratada por error, si que concederle la repetición de lo que hubiere pagado en consecuencia conforme a esta regla de Derecho: *Melius est favere repetitioni, quam adventitio lucro*.

Por el contrario, en el caso precedente, el acreedor para con quien la persona delegada se ha obligado, *versaretur in damno*, si la persona delegada fuera descargada de su obligación.

603. Si el delegado no se obliga sino con condición, el efecto de la delegación quedará en suspenso hasta que se cumpla esta condición, y de la misma manera que en este caso depende del cumplimiento de la condición el que la persona delegada se haya obligado, depende del cumplimiento de la misma obligación el que el delegado sea liberado de su obligación, la cual no puede extinguirse más que por la nueva obligación de la persona delegada, que debe sustituirla. La obligación de la persona delegada para con el delegante depende igualmente de esta condición; pues la persona delegada no puede quedar liberada para con el delegante sino en tanto ella se obligue en su lugar para con el acreedor.

### § III. Si el delegante es responsable de la insolvencia del delegado

604. Por lo común, con la obligación válida del delegado, el delegado quedase insolvente: pues entonces corre el riesgo del no tiene recurso contra él en el caso en que el nuevo deudor o el delegado quedase insolvente: pues entonces corre a riesgo del acreedor.

Ese principio sufre excepción, cuando se hubiese convenido que el delegante daría *a sus riesgos*, un nuevo deudor en su lugar. Paulo decide que en ese caso el acreedor puede instar *actioni mandati contraria*, contra el delegante, para ser indemnizado de la suma de la cual no ha podido ser pagado por la insolvencia del nuevo deudor o delegado. Pues cuando a ruegos de mi antiguo deudor he aceptado, a sus riesgos, otro deudor en su lugar, es un contrato de mandato el que interviene entre nosotros; yo soy su mandatario a aceptar la delegación, y por consiguiente, debo ser indemnizado por él de lo que él me cuesta por haberla aceptado. Ahora bien, lo que él me cuesta es la suma que por su cuenta no me ha podido pagar el deudor delegado: débeme, pues, indemnización.

Observad que es necesario para eso que no se me pueda reprochar no haber procurado el pago, en tanto era solvente el delegado; pues en ese caso es por mi culpa si no he cobrado. Ahora bien, según las reglas del contrato de mandato, un mandatario no

tiene acción para ser indemnizado más que por aquello que por su culpa hubiese sufrido.

Como no es la delegación por sí misma, sino el contrato de mandato lo que se supone intervenido entre el delegante y el acreedor, lo que hace al delegante responsable de la insolvencia del deudor delegado, es al acreedor que pretende servirse de ese contrato de mandato, quien debe hacer ver por escrito que ha intervenido, y que él no ha aceptado la delegación más que bajo los riesgos del delegante. Esta convención no se supone.

Cujas (*ad L. 26, § 2, D. mand. ad libr. 33, Paul ad edic.*) consigna una segunda excepción a nuestro principio, y es que, aunque la delegación no haya sido hecha a cuenta y riesgo del delegante, sin embargo, si, desde el tiempo de la delegación, ocurriera la insolvencia del deudor, ignorándola el acreedor, el delegante debería quedar responsable de la misma. Esta decisión de Cujas está fundada en equidad: la delegación encierra entre el delegante y el acreedor un convenio de la clase de aquellas que son interesadas de una y otra parte, y en las que cada uno entiende recibir tanto como da. La equidad de esas convenciones consiste en la igualdad; y son inicuas cuando una de las partes da mucho, o recibe poco por su parte. Según esos principios la delegación que vos me hacéis dé un crédito de mil libras que os debe el insolvente Pedro, en lugar de la misma suma de la que vos me erais deudor, es manifiestamente inicua, pues por esta delegación recibís la gracia de vuestra deuda de mil libras, cuya gracia tiene un valor real y efectivo de mil libras; y por este valor de mil libras que vos recibís de mí, me dais un crédito sobre un deudor insolvente, que no tiene valor ninguno, o casi ninguno; es necesario, pues, que, para reparar la iniquidad del convenio, vos quedéis responsable para conmigo de la insolvencia de ese deudor que he aceptado por error por deudor mío, en lugar vuestro.

Otra cosa sería, si, cuando se celebrase la delegación tuviese yo noticia de la insolvencia. La delegación no encierra en ese caso un contrato de aquellos que son interesados por una y otra parte; pero encierra si un beneficio que he querido haceros, al aceptar ese deudor en lugar vuestro, por insolvente que fuera. Vos no me habéis causado perjuicio alguno, puesto que con pleno conocimiento de causa yo he querido aceptarle: *Volenti non fit injuria*.

Despeises rechaza la opinión de Cujas, y pretende que a menos de que no haya sido expresamente convenido que el delegante delegaba a sus riesgos, *suo periculo*, el acreedor no puede jamás quejarse de la insolvencia del deudor que le ha sido delegado, y que él ha querido aceptar, cualquiera que sea la ignorancia que alegue en su favor. Su razón es que de otro modo la delegación no tendría jamás el efecto de liberar el delegante, que es el efecto que

debe tener por su naturaleza, puesto que el acreedor dirá siempre que ha ignorado la insolvencia del deudor que le ha sido delegado.

Esas razones pueden dar por resultado el que se rechace la opinión de Cujas en el fuero externo; pero me parece indubitable en el fuero de la conciencia.

§ IV. Diferencia entre la delegación, traslación del crédito y la simple indicación

605. Nos falta observar que la delegación es diferente de la traslación de crédito, lo mismo que de la simple indicación.

La transferencia de un crédito a otra persona no contiene novación alguna: es el mismo crédito que pasa del cedente al cesionario, el cual no es, propiamente hablando, el *procurator in rem suam* del acreedor que se la ha cedido. Por otra parte, para este acto bastan dos personas, la que cede y el cesionario, sin que haya necesidad del consentimiento del deudor.

Nosotros trataremos de la traslación en nuestro *Tratado del contrato de venta* (parte VI, cap. III).

La novación difiere también de la simple indicación.

Cuando yo indico a mi acreedor una persona de quien él recibirá el pago de la suma que yo le debo, y por la cual, para este efecto le doy un pagaré, este acto no contiene más que un simple mandato. No contiene ni una transferencia, ni una novación; yo quedo siendo siempre el deudor de mi acreedor; la persona que le indico, contra la cual doy un libramiento, no lo deviene en lugar mío.

De la misma manera, no existe novación en el señalamiento que hace el acreedor de una persona a quien su deudor puede pagar: la persona indicada no adquiere los derechos de acreedor, pues continúa siéndolo el que indicaba. (Véase *supra*, cap. I, art. 2º, § 4.)