

## 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](http://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](http://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](http://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**

**2.3. Deudor condonado-deudor no condonado.**

El supuesto del artículo 1.146 C.c. contempla el pago de la totalidad por parte de un deudor no condonado. Sobre ello hay que hacer, ante todo, las siguientes precisiones:

1. Que no tenía obligación de hacerlo, pues la prestación se había reducido en su cuantía por el hecho de la remisión personal que, como sabemos, comporta siempre, ya sea *ex voluntate* o *ex lege*, la reducción de la prestación. En el caso del artículo citado, la propia declaración del acreedor hace pensar que la reducción es voluntariamente querida.

2. Que el pago del entero ha de deberse a un error, por falta de conocimiento de la remisión operada.

Dando ésto por sentado y una vez conocido el hecho de la remisión operada ex art. 1.146 C.c., el deudor que pagó la totalidad debería dirigirse contra el acreedor para exigirle lo pagado de más<sup>1º</sup>, de manera tal que la remisión limitada parcial no resultare ineficaz. La acción utilizada frente al acreedor no sería otra que la *condictio indebiti*, en virtud del enriquecimiento sin causa por pago de lo indebido parcial (ex arts. 1.895 C.c. y ss.).

Pero el Código civil facilita, al deudor que ha pagado el total, el camino para recuperar aquella cantidad pagada de más: puede dirigirse directamente contra el deudor condonado, exigiéndole su parte interna. El deudor liberado no ha quedado exento de responsabilidad frente a sus codeudores<sup>1º</sup>.

---

<sup>1º</sup> El codeudor no liberado conocería, normalmente, la remisión operada cuando se dirigiese contra el deudor liberado, en vía de regreso, en reclamación de su parte de responsabilidad.

¿Qué ha sucedido? Sabemos que leído el art. 1.146 C.c. a *sensu contrario*, la situación normal viene caracterizada por la exoneración de la responsabilidad del deudor liberado, tanto frente al acreedor como frente a sus codeudores

¿Qué ha sucedido para que el deudor liberado frente al acreedor, sin embargo no quede exento de responsabilidad frente a sus codeudores?

Sencillamente, el supuesto del art. 1.146 C.c. ha de ser entendido como una sanción legal contra el deudor que, a pesar de haber sido liberado por el acreedor - extinguiéndole su titularidad pasiva - debe quedar al albur de la reclamación, en vía de regreso, del deudor ignorante que ha satisfecho la totalidad. La norma tiende a amparar la buena fe

---

<sup>10</sup> No es suficiente, para que se apliquen las consecuencias dispuestas en el art. 1.146 C.c., que el deudor no liberado pague la totalidad. Además, debe haber habido ignorancia de la remisión efectuada por el acreedor (en el mismo sentido, CAFFARENA, *Op. cit.*, pág. 304). Si no fuere así, es decir, si conoció el hecho de la remisión parcial y no lo opuso ante la reclamación del acreedor, habría que pensar que con tal actuación estaba asumiendo la cuota de responsabilidad del deudor perdonado.

Si el acreedor sólo quiso condonar personalmente, sin reducir la prestación pero, conociendo la imposibilidad de tal acto por imperativo legal (ex art. 1.850 C.c.), también declaró reducir la prestación en la cuantía por la que el deudor liberado era responsable internamente, la conducta del codeudor no liberado que paga el total debería ser contemplada como la asunción, *motu proprio*, de la cuota del deudor perdonado, con lo que el efecto remisivo personal, *stricto sensu*, habría tenido lugar. El inconveniente que puede surgir es que el art. 1.850 C.c. exigía para ello el consentimiento de todos los demás codeudores. Aunque no vemos obstáculo alguno en que sea uno sólo de los demás no liberados quien quiera asumir tal riesgo, acaso con ánimo liberal frente al deudor condonado. Lo que se pretendía con aquella decisión del art. 1.850 C.c., recordémoslo, era no perjudicar a los codeudores no liberados. Si hay uno que quiere correr el solo con el riesgo, los demás quedan en la misma situación y, por lo tanto, no ven agravada su situación personal, así como tampoco la patrimonial.

El caso es que, ciertamente, había existido una reducción de la prestación y el acreedor, como habíamos dicho, no puede ir contra sus propios actos, no estando legitimado para cobrar el total.

Por todo ello, deberíamos concluir que el codeudor que pagó la totalidad, conociendo el hecho de la remisión parcial, ha hecho donación por el exceso. No puede interpretarse de otro modo si no es desconociendo el efecto remisivo.

del deudor no liberado y a sancionar la falta del liberado a su deber de información respecto a los demás deudores solidarios.

Con ello, es la misma ley la que limita los efectos de la condonación personal operada. Fijémonos, además, que la sanción no afecta a la relación entre acreedor-deudor liberado, puesto que no existiría razón para ello, máxime cuando la voluntad del acreedor había sido declarada en este sentido. Pero también había querido exonerarle frente a los demás codeudores: ésta es la relación que la ley declara no extinguida, como sanción al deudor liberado y amparo del deudor que ha pagado el total.

Con todo, resulta útil comprobar que el art. 1.146 C.c. no excluye el juego del pago de lo indebido, aunque resulta una vía que, en la práctica, no es aconsejable utilizar, dado que habrá que esperar a conocer el hecho de la remisión parcial para poder ejercitar la *condictio indebiti*.

Por el contrario, el art. 1.146 C.c. está marcando, implícitamente, el camino para la reclamación del que pagó la totalidad: la *acción de regreso*, repitiendo contra el deudor condonado, así como contra los demás si los hubiere. El reembolso debe ser inmediato, puesto que para el que pagó la totalidad, la obligación solidaria no se ha visto alterada por ningún acto sobrevenido: al menos, este es el tratamiento que le dispensa el art. 1.146 C.c. El deber de información se nos revela esencial para la eficacia e la remisión personal entre codeudores.

Pero, ¿por qué debe seguirse un régimen distinto del

que habíamos atribuido al caso típico de la remisión parcial?<sup>20</sup> La cuestión no es baladí; antes bien nos adentra en el núcleo de la heterogeneidad de la condonación.

La respuesta debe ser efectuada en los siguientes términos: además de condonación parcial ha habido perdón o liberación. Y si la condonación parcial tiene eficacia real, el perdón tiene eficacia personal.

En realidad, lo que tenía que haber comunicado el codeudor liberado era el perdón, que tiene únicamente eficacia relativa frente a él, ya que haciéndolo, comunica a sus codeudores que el acreedor le ha extinguido su titularidad, le ha exonerado de su condición de deudor, además de haber extinguido en su parte la deuda, con eficacia frente a todos los demás codeudores.

El perdón, y no la condonación parcial objetivamente operada sobre la deuda, es lo que le libra de responsabilidad en la relación interna, además de su indiscutible e indiscutida eficacia en la externa.

Así, si el deudor liberado informa del hecho del perdón a los demás codeudores, su responsabilidad queda salvaguardada frente a éstos. Esa información es lo que impedirá la sanción legal del art. 1.146 C.c. Si un deudor no liberado, conocedor del hecho del perdón de otro codeudor, se dirige contra éste en reclamación de su parte interna de responsabilidad, el perdonado le opondrá la pertinente excepción, no en virtud de la remisión parcial, sino en virtud de haber sido perdonado.

---

<sup>20</sup> Recordemos que en el caso típico de la remisión parcial, de efectos ilimitados e indistintos, sancionábamos la conducta del acreedor, al crear la apariencia de continuar siéndolo por el total, con lo que el deudor que

El perdón, a diferencia de la condonación parcial, constituye una declaración de voluntad realizada *intuitu personae*.

En definitiva, podríamos decir que del cumplimiento del deber de información depende la eficacia del perdón, al menos, en cuanto a la responsabilidad en las relaciones internas<sup>21</sup>.

En el supuesto del art. 1.146 C.c., ¿quiere decirse que el deudor perdonado no se verá, de ninguna forma, liberado de su cuota de responsabilidad? La ineficacia del perdón sólo tiene lugar en el seno de la relación interna entre codeudores. En la externa, como hemos dicho, la liberación debe ser siempre efectiva. Por lo tanto, será el deudor liberado quien deberá reclamar del acreedor, con posterioridad a haber satisfecho al deudor no liberado su parte interna, el importe de la misma y así cerrar el círculo de acciones para que la remisión devenga, al final, eficaz<sup>22</sup>.

De todos modos, hay que tener en cuenta la posible responsabilidad del acreedor en recibir el cobro de la totalidad sin estar legitimado para ello. Esta responsabilidad es más patente cuando ha sido él quien ha reclamado la totalidad a uno de los deudores no liberados. Sin embargo, esta es una cuestión que deberá resolverse entre el deudor que pagó la totalidad, que puede ser asimilado a un tercero, y el

---

pagaba la totalidad podía dirigirse únicamente contra él para reequilibrar su patrimonio, reembolsándose lo satisfecho de más.

<sup>21</sup> Evidentemente, para los que consideran que el supuesto normal contemplado en el art. 1.146 C.c. es que el acreedor sigue legitimado para cobrar y reclamar el total de cualquiera de los codeudores no condonados, las relaciones entre el deudor condonado y los demás deben regirse según la regla general, por lo que no ponen en duda la persistencia de la responsabilidad del perdonado, que deberá siempre satisfacer su parte ante la reclamación en vía de regreso de uno de sus codeudores, independientemente de que haya existido perdón.

<sup>22</sup> Así; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del...*, pág. 429.

acreedor. No se nos oculta la diferencia de régimen entre el caso de simple remisión parcial y el supuesto contemplado por el art. 1.146 C.c., en que ha habido, además, perdón.

En resumen, podríamos describir las siguientes situaciones, según la lectura que hagamos del art. 1.146 C.c. y proponiendo el siguiente ejemplo: A, B, y C son deudores solidarios de D por una deuda total de 900, respondiendo internamente cada uno de 300. D condona la parte de C:

1. «La quita o remisión hecha por el acreedor de la parte que afecte a uno de los deudores solidarios ...». Si leemos hasta aquí el precepto tendríamos la situación siguiente: D condona la parte de C, por lo que A y B pasan a deber 600, sin alterarse sus cuotas internas.

2. «La quita o remisión hecha por el acreedor de la parte que afecte a uno de los deudores solidarios, no libra a éste de su responsabilidad para con sus codeudores ...».

Según el ejemplo propuesto, aparte de lo dicho en el punto 1, pueden dirigirse contra C, en vía de regreso, por 200. Habría existido el efecto típico de la remisión parcial, con redistribución de las cuotas internas, pasando a responder internamente cada uno, incluido C, por 200.

3. Leyendo la totalidad del artículo. A o B pagan la totalidad (900), como si no hubiese existido reducción de la prestación y el que pagó puede dirigirse contra C, como si no hubiese existido perdón<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Esta misma expresión utiliza PUIG I FERRIOL (Op. cit., pág. 466): «Pero como contrapartida la proposición 2ª de este artículo 1.146 C.c. establece que esta condonación no le libera «de su responsabilidad para con



4. Leyendo la totalidad del artículo a *sensu contrario*, derivándose de tal lectura la situación o régimen normal, es decir, quedando C liberado frente a sus codeudores. Así, A y B pasarán a deber, solidariamente, 600, sin que se vean modificadas sus cuotas internas. Frente a la reclamación del acreedor por el total podrán servirse de la excepción personal del liberado, por la parte de la deuda de que éste era responsable. Si pagan la totalidad y se dirigen contra C éste podrá oponerles la excepción del perdón, siempre que lo haya comunicado con anterioridad al pago del total.

Así, a la vista del art. 1.146 C.c., podemos descubrir que, en realidad, dentro de lo que el Código civil denomina condonación de la deuda, existe una pluralidad de supuestos cuya naturaleza no es homogénea: condonación de la deuda, ya sea total o parcial, y perdón o liberación (condonación personal) del deudor.

### 3. LA RESPONSABILIDAD EN EL CUBRIMIENTO DE INSOLVENCIAS.

Este tema se plantea cuando existe perdón en la declaración remisiva del acreedor, y cotitularidad solidaria en la deuda.

Distinguiremos, además, entre el régimen a seguir en el caso del perdón mas remisión parcial y en el que sólo exista perdón. Hay que tener en cuenta que, en cualquiera de los dos

---

los codeudores», de manera que en la relación interna entre ellos el codeudor condonado viene obligado a satisfacer la parte que efectivamente le corresponda en la obligación, como si la condonación no se hubiese producida» (el subrayado es nuestro).

supuestos, la situación normal es aquella que contempla la extinción de la titularidad pasiva del deudor destinatario de la declaración remisiva el acreedor.

**3.1. Perdón más condonación parcial.**

Es el supuesto, como ya hemos repetido varias veces, del artículo 1.146 y del 1.850 del Código civil, cuando se refiera a la cofianza solidaria.

A pesar de los artículos 1.145,3 y 1.844,2 C.c., respectivamente, el deudor perdonado no cubre la insolvencia de alguno/s de los codeudores no perdonados, ya que por el perdón se le excluye de la condición de deudor, se extingue su titularidad pasiva y, por tanto, de deudor solidario, liberándole de responsabilidad a todos los efectos.

Para ello es necesario, como ya dijimos, que comunique tal perdón al resto de codeudores, ya que dicha comunicación es la que operará como excepción frente a una posible reclamación de cualquiera de aquéllos, ya sea cuando le exijan su cuota interna, ya cuando le exijan que cubra proporcionalmente una posible insolvencia. Ello deriva de la relatividad de efectos del perdón o liberación.

La exclusión del deber de cubrir la posible insolvencia es perfectamente posible y cierta, desde el momento en que, habiendo cumplido con la comunicación, no se perjudica con ello la posición jurídica de los restantes codeudores no perdonados.

Veámoslo con un ejemplo en que A es acreedor por 300 de B, C y D, deudores solidarios, que responden internamente cada uno por 100.

A condona la parte de B, liberándolo personalmente. B comunica el hecho del perdón a C y D, así como la extinción parcial de la deuda por el importe de su cuota. De esta manera, B queda excluido de su condición de deudor y C y D pasan a deber solidariamente 200. Internamente siguen debiendo lo mismo: 100 cada uno.

Aunque, por ejemplo, C resulte insolvente y D no pueda recuperar la parte de C, no podemos decir que haya sido perjudicado, ya que dicha insolvencia no tiene relación con el hecho del perdón. Sin embargo, no es menos cierto que, en caso de que el deudor perdonado también tuviese que cubrir la posible insolvencia, D, al final, solamente habría pagado las 100 que en principio debía en la relación interna. Pero ello no es razón para mantener que con el perdón se haya perjudicado a D, ya que ese posible «perjuicio» no deriva de tal perdón, sino del régimen de la solidaridad.

Pensemos en este caso sin que haya perdón: si D paga las 300 y se dirige en vía de regreso contra C y B, cobrará de B sus 100, pero si C resulta insolvente, deberán soportar entre los dos (D y B) la insolvencia de C, con lo que, al final, también pagarán más de lo que resultaba de su cuota inicial en las relaciones internas; B deberá reintegrar a D 150 y éste también deberá sumar a su cuota 50 para que así, entre los dos, cubran la insolvencia de C.

La razón del aumento de sus cuotas internas iniciales deriva de la garantía recíproca a que están sujetos los deudores solidarios (art. 1.145,3 C.c.), independientemente de que haya habido perdón o no.

Solamente puede hablarse de perjuicio en el caso de perdón sin liberación parcial y, por eso, la ley no lo permite. Pero cuando al lado del perdón, existe remisión parcial limitada, como en el caso de los arts. 1.146 y 1.850 C.c., la prestación se reduce para los demás codeudores. Las posteriores consecuencias en orden a la posible insolvencia de alguno de los restantes codeudores y el consiguiente aumento de los módulos internos de responsabilidad no pueden imputarse a la remisión operada, sino que son consecuencia directa de haber pactado el régimen de la solidaridad.

En definitiva, si ha habido perdón y éste ha sido debidamente comunicado, el perdonado queda exonerado de toda responsabilidad, ya frente al acreedor, ya frente a sus codeudores. Es el efecto consecuente y lógico a la consideración de que ya no es deudor<sup>24</sup>.

Sólo en el caso de que tal perdón no lo haya comunicado a sus codeudores y otro codeudor haya pagado la totalidad, no quedará librado de responsabilidad en la relación interna. Y así como la liberación, según el supuesto normal, debe ser considerada a todos los efectos, también debe suceder lo mismo cuando no quede liberado en la relación interna: no sólo quedará sujeto frente a la reclamación del que pagó el total,

---

<sup>24</sup> El art. 1.145-3 C.c. se refiere a que la insolvencia debe ser cubierta por los restantes codeudores. El perdonado no tiene ya la consideración de codeudor.

sino también respecto a todos los demás deberes que comportan la consideración de deudor en el ámbito de las relaciones internas de la cotitularidad pasiva<sup>25</sup>.

### 3.2. Perdón sin condonación parcial.

Este supuesto, como ya vimos, solamente puede darse cuando los demás codeudores no perdonados asuman, mediante su consentimiento, la parte del deudor perdonado, llegando a la misma conclusión que en el caso precedente, en el sentido de

---

<sup>25</sup> La opinión de la doctrina es contraria a la nuestra. Así, CAFFARENA (*Op. cit.*, pág. 305 s.), a pesar de introducir el tema diciendo que «es problemático resolver si también ese deudor se ve librado de su obligación de cobertura de la insolvencia», termina excluyendo esa posibilidad: «el acreedor de la deuda solidaria nunca podría liberar a un deudor solidario de esta responsabilidad, porque se trata de una obligación (la del 1.145, párrafo tercero) de la que él no toma parte, escapando de su ámbito de poder. Ni el acreedor puede exonerar de esta responsabilidad al deudor, ni de una conducta que supone el cumplimiento de una carga [se refiere a la oposición, por parte del deudor reclamado, de la oportuna excepción frente al acreedor] puede deducirse la renuncia del derecho a exigir tal responsabilidad». A nuestro entender, la posibilidad de oponer la excepción frente al acreedor es una facultad y no un deber o carga, como dice CAFFARENA. Por lo tanto, puede o no oponerla. Y si decide lo último, no implica que los demás no puedan servirse de la misma.

De igual manera se muestra ALBALADEJO (*Op. cit.*, pág. 94): «por lo demás, de lo que no resulta liberado el deudor aunque le haya sido perdonada su parte, es de suplir la insolvencia de otros codeudores (art. 1.145, 3º) .. Ello ocurre porque la liberación de la parte del deudor perdonado no perjudica a los demás codeudores; pero si les perjudicaría que no contribuyese juntamente con ellos a suplir la parte de uno que fuera insolvente».

Asimismo GUILARTE ZAPATERO (*Op. cit.*, pág. 378), quien amplía la cuestión haciendo referencia a lo dispuesto en el art. 1.147 C.c., LACRUZ (*Op. cit.*, pág. 61).

La exclusión de la posibilidad de que el deudor perdonado quede liberado también respecto a la relación interna se suele basar, principalmente, en dos fundamentos: el perjuicio de los codeudores por la insolvencia y el art. 1.145-3 C.c.

Sobre el primero ya hemos hablado, concluyendo que el posible «perjuicio», que para nosotros no es tal, no es consecuencia de la remisión operada, sino del mismo régimen de la solidaridad; iguales consecuencias pueden deducirse de la remisión simplemente parcial y nadie afirma que ésta perjudique a los codeudores.

Sobre el art. 1.145-3 C.c., *vid.* la nota anterior.

que el perdonado no deberá cubrir una posible insolvencia de sus antiguos codeudores<sup>26</sup>.

Si no existe asunción a través del preceptivo consentimiento, también llegaremos a la misma solución, en virtud de la reducción derivada *ex lege*.

---

En definitiva, la condonación personal, ya sea acompañada de remisión parcial, ya sin ésta por consentimiento de los demás codeudores, exime de toda responsabilidad al deudor condonado, como regla general.

<sup>26</sup> No en cuanto a las cuantías, ya que en este caso no habrá reducción.

---

CAPITULO QUINTO

EL «PACTUM DE NON PETENDO IN  
PERPETUUM»

## I. JUSTIFICACIÓN DE SU ESTUDIO.

### 1. Generalidades.

El *pactum de non petendo* (en adelante, *p. de n. p.*) es una figura que suele citarse al hablar de la remisión de la deuda, ya sea para distinguirla de ésta en la mayoría de los casos<sup>1</sup>, ya para establecer alguna similitud<sup>2</sup>.

De hecho, el *p. de n. p.* no puede identificarse con la remisión de la deuda pero, de la misma manera que hemos demostrado que dentro de lo que el Código civil denomina condonación, cabe la condonación personal, no vemos por qué no puede caber también el *p. de n. p.*

Precisamente dentro del campo de la condonación personal es donde encuentra su sede el pacto de no pedir, tal y como nosotros lo conceptuaremos.

Recordemos, además, que eran varios los autores que defendían a esta figura como el verdadero antecedente de la actual remisión de la deuda.

Por lo que ahora conocemos de la condonación de la deuda, y dada su heterogeneidad, no podemos excluir sin más al *p. de n. p.* de su órbita, a pesar de que de la propia denominación de la institución puede establecerse una primera diferencia respecto a la condonación: no es lo mismo pactar que no se pedirá o reclamará la deuda que extinguirla en todo

---

<sup>1</sup> Por ejemplo, SANCHO REBULLIDA (*Notas sobre la naturaleza jurídica de la condonación de las obligaciones*, en «Estudios de Derecho civil», I, pag. 211) quien, a pesar de calificar al *p. de n. p.* de figura afin, lo diferencia de la condonación por la subsistencia del vínculo obligatorio. Nosotros podríamos contraponer a esto que en la remisión parcial tampoco hay extinción del vínculo obligatorio y nadie duda de su naturaleza remisiva.

<sup>2</sup> Así, CAFFARENA (*Op. cit.*, pag. 311 s.).



o en parte.

Sin embargo, no nos podemos quedar aquí, maxime cuando la misma expresión para designar a la figura del *p. de n. p.* puede resultar equívoca en cuanto a su significado real.

El estudio de esta figura dentro del ámbito de la condonación encuentra su justificación, principalmente, con base en dos fundamentos:

- a) en la historia de la misma, y
- b) en su misma naturaleza, que permite incardinarla dentro del ámbito de la condonación personal.

Vamos a tratar, seguidamente, del primero de ellos, exceptuando la etapa romana, por ya haber sido tratada en otro lugar.

La historia de la remisión de la deuda ha ido íntimamente ligada a la figura del *pactum de non petendo* desde Roma hasta nuestros días.

Es más. Como veremos, los textos legales anteriores al Código civil de 1.889, cuando se querían referir a la remisión de la deuda lo hacían bajo el nombre de *pacto o promesa de no pedir*.

Por ello, hemos de tener en cuenta que bajo la expresión *pactum de non petendo* se encubren diferentes significados, según la época a la que nos refiramos y, también, según el autor. Hoy en día suele ser tratada como una simple excepción, aunque para nosotros su naturaleza va más allá de paralizar una acción.

2. El pactum de non petendo en la doctrina del Derecho intermedio.

Como sabemos, es principio de Derecho romano el que «*nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*» por lo que «*ex nudo pacto actio non nascitur*».

El pacto operaba en el campo del Derecho Pretorio y nació contra la rigidez del *ius civile*<sup>1</sup>: en tema de remisión, el *pactum* se contraponía al formalismo de la *acceptilatio*.

También conocemos que a la ausencia de formalidades, se le unió la diversidad de efectos según la voluntad del que lo realiza: pues bien, el negocio remisivo que se desprende de la configuración que otorgaremos al pacto de no pedir debe entroncar con el llamado *pactum de non petendo in perpetuum* que era hecho *in personam*, es decir, para siempre y limitado a la persona con quien se había concluido<sup>2</sup>.

La justificación histórica para tratar el tema del *pactum de non petendo* se mueve, principalmente, en torno a dos aspectos:

a) en primer lugar, hay que destacar que la mayoría de las veces los autores de este periodo hablan de remisión d

<sup>1</sup> Jacobus CUJACIUS, *Opera Omnia*, I, *Commentarius ad titulo De Pactis, ad legem I*, p. 796: «... ideoque debitor, qui de non petenda pecunia cum creditore paciscitur, legibus aut iure civili non liberatur, iure praetorio liberatur» (el subrayado es nuestro).

<sup>2</sup> Ello no quiere decir que de el no se pueda aprovechar el heredero del deudor, sino que es el codeudor el que no lo puede hacer. En cierta forma, el *p. de n. p.* que nosotros veremos es uno que está a caballo entre el que en Roma era hecho *in rem*, es decir, eficaz frente al codeudor, heredero y fiador, y el concluido *in personam*, eficaz únicamente frente a quien se había concluido. Y decimos que estará a caballo porque si bien no aprovecha al codeudor si puede aprovechar al heredero del deudor beneficiado por el mismo, si ésta ha sido la voluntad del acreedor. Con todo, ya habíamos dicho que el pacto *in rem* coincidía, en sus efectos, con la *acceptilatio* y que el pacto *in personam* era el antecedente de la condonación personal, limitada a cierto codeudor.

la deuda a través del *pactum de non petendo*<sup>201\*</sup>.

b) En segundo lugar, que bajo la denominación de *pactum de non petendo* se conocen dos negocios diferentes: el pacto de no pedir, en sentido estricto, no extintivo de la obligación y la remisión bilateral que venía a substituir a la antigua *acceptilatio* romana, también concluida bilateralmente mediante la preceptiva pregunta al deudor y la respuesta del acreedor.

No es extraño ver cómo los autores utilizan, en ocasiones, términos diferentes para referirse al *p. de n. p.* Así, *pacto liberatorio*, *pacto remisorio* e incluso *pacto de non molestando*<sup>2</sup>.

El llamar al pacto de no pedir, pacto liberatorio o remisorio no presupone la elección por uno u otro negocio: puede

<sup>201\*</sup> Claramente, Jacobus CUJACIUS (*Opera Omnia*, V, In lib. III Pauli ad Edictum, Ad §. Si cum decem mihi, pág. 77): «In majori summa minor inest, pactum de non petendo est remissio, remissio autem majoris summae, & minoris utique remissio est.» El subrayado es nuestro.

<sup>2</sup> Ya DYNUS MUXELLANUS utilizó la expresión de pacto liberatorio, como sinónimo de *pactum de non petendo*: «Item probatur, quia iure cavetur, quod pactum liberatorium. id est de non petendo, tollit ipso iure natural. obligat. ...» (*Commentarii in regulas iuris Pontifici*, Coloniae, 1.617, Regula XV, § 2, pág. 109 s.). La expresión fue utilizada por muchos otros autores posteriores, hasta llegar a VINNIUS, que vuelve a asimilar ambos conceptos: «Caeterae obligationes pacto liberatorio de non petendo, non ipso iure, sed ope exceptionis tolluntur ...» (*Tractatus de Pactis*, Venetiis, 1.780, Cap. XXI, § 9, pág. 62) (el subrayado es nuestro). Otros sólo utilizaron la expresión pacto liberatorio, sin nombrar al *p. de n. p.*, por entenderse la equivalencia de ambos términos: así WESENBECIUS (*In Pandectas iuris civilis & Codicis Iustiniani libros Commentarii*, Coloniae Agrippinae, 1.619, Tit. De Pactis, § 4, pág. 119) al estimar que «Pacta liberatoria iuris gentium, non tollunt ipso iure actionem, sed tantum ope exceptionis.»

Incluso se llega a conocer al *pactum de non petendo* con el término *pactum de non molestando*, que sugiere y expresa su naturaleza. Lo utiliza Joannes Baptista DE LUCA (*Theatrum Veritatis & Justitiae*, Liber Septimus, Pars III «*De alienationibus, & contractibus prohibitis*», pág. 296) que, al establecer los *facti* de su Disc. XLVI, dice: «An, & quando pactum liberatorium, seu de non molestando dicatur personale, itaut non prosit haeredibus, vel successoribus, vel e converso» (el subrayado es nuestro).

referirse tanto a la remisión consensual, desprovista de formalidades, como al verdadero pacto de no pedir.

La evolución del p. de n. p. tomó, pues, una doble dirección: por una parte, siguió conociéndose como aquella institución de la cual sólo derivaba una excepción y que se concretaba en una declaración del acreedor de no pedir la deuda, que no extinguía la deuda ni la obligación.

Por otra, y cronológicamente más tarde, se confundió con aquella institución que, en espíritu, vendría a ser hoy la remisión de la deuda, de efectos extintivos. En este sentido, el pacto de no pedir viene a sustituir a la aceptilación, cuyas formalidades le hicieron caer en desuso. El pacto de no pedir es tomado, por ello, como comprensivo de la extinción por acuerdo de voluntades (remisión), ya que pacto supone, precisamente, acuerdo de voluntades.

En realidad, la segunda de las direcciones tomada por el p. de n. p. no es más que la traslación a la remisión del triunfo del consensualismo: se pueden crear y, asimismo extinguir las obligaciones por la sola voluntad de los contratantes. Del pacto (acuerdo de voluntades) no sólo nace una excepción sino una acción. Pero esto no es lo que hoy conocemos bajo el nombre de remisión que, si bien puede hacerse bilateralmente, esencialmente es unilateral.

Así, pueden distinguirse dos etapas diferenciadas: una, que podríamos denominar «no evolucionada» y que correspondiera a los primeros siglos del periodo de Derecho intermedio, que sigue la misma dirección que el p. de n. p. del Derecho

Romano. Otra, evolucionada, a partir del triunfo de la consensualidad como creadora y extintiva de las obligaciones.

2.1. Primera época: del pactum de non petendo sólo deriva una excepción.

Los representantes de esta posición son los que pertenecen a las Escuelas de los Glosadores y Postglosadores, sin perjuicio de que autores de siglos posteriores, a la hora de estudiar el Derecho Romano, sigan explicando el funcionamiento y efectos del pactum tal como aquel derecho lo conoció.

Como paradigma de esta línea doctrinal podemos tomar el ejemplo de BARTOLUS A SAXOFERRATO, que dispone cuál es la fuerza del p. de n. p.:

*« ... videamus vires pacti primi de non petendo. .. prima eius virtus est, ut ipso iure tollat naturalem. Ista est vera. ... Secunda virtus ... quod elidit civilem. ... Tertia vis pacti, est, quia obligat paciscentem naturaliter non petere. ... Quarta vis pacti est, quod producit exceptionem».*<sup>4</sup>

<sup>4</sup> In *Primum ff. Veteris Partem Commentaria*, Augustae Taurinorum, 1.574, Tit. De Pactis, Lex XXVIII, § Si cum reo, pag. 86 ss. El subrayado es nuestro.

La exposición de la fuerza del pactum de non petendo es una constante en estos autores. Ya AZO (*Ad Singulas Leges XII Librorum Codicis Iustiniani. Commentarius*, Parisiis, 1.577, Tit. III, De Pactis, § 50, pag. 67 [reproducción anastática de Torino, 1.966]), bajo el rotulo de Pacti de non petendo vires había reproducido la doctrina del Derecho romano, en el mismo sentido que después sería expuesto por BARTOLO.

CYNUS PISTORIENSIS haría lo mismo (*In Codicem, et aliquos titulos primi Pandectorum Tomi, id est. Digesti veteris, doctissima Commentaria*, Francofurti, 1.578, Tit. De Pactis, pag. 49, § 4 [reproducción anastática, Torino, 1.964]): «quod plures sint vires pactorum, ideo oportet videre quod sint vires pactorum. Dicit gloss. quatuor, pariunt, perimunt, inormant, elidunt. ... quot vires habet pactum de non petendo, super efficaci obligatione appositum? Respon. quatuor vires habet. Prima est, quia naturalem tollit. ... Secunda est, quia obligat paciscentem naturaliter non petere. ... Tertia ... exceptionem inducit. Quarta virtus

En definitiva, el p. de n. p. no va más allá de conceder una excepción al deudor destinatario del mismo a fin de poder enervar la acción del acreedor reclamante que lo había interpuesto. El deudor quedaba liberado, aunque *ope exceptionis*<sup>6</sup>; no tenía acción para reclamar la extinción.

Autores posteriores a los referenciados seguirán explicando que el p. de n. p. no extingue la obligación sino que tan sólo produce una excepción.

Así, por ejemplo, DONELLUS, representante de la Escuela Culta, habla del *pactum* abarcando un doble aspecto, al que anteriormente nos referíamos: como introductor de la expresión *remisión de la deuda* y como productor de una simple excepción:

*«Remittit creditor debitum dupliciter: pacto aut suprema voluntate. Remittit pacto qui paciscitur ne petat. Hoc pacto non tollitur obligatio semel contracta, nisi si qua solo consensu contracta est, et res adhuc integra. Sed quae conventio rem ipso iure non liberat, prodest ei ad exceptionem qua occurratur contra pactum agendi.»*<sup>6</sup>

est quod elidit civilem, id est vulnerat & non tollit, quia naturalia iura non tollunt civilia. El subrayado es nuestro.

PAULUS CASTRENSIS recogería el mismo pensar (*In Primam Digesti Veteris Partem Patavinae praelectiones*, Lugduni, 1.553, Tit. De Pactis, Lex XXVIII, § 5, pág. 75): «*Pactum de non petendo quatuor effectus operatur: quia tollit naturalem obligationem ortam ex primo contractu, & eliditur civilis, & etiam actio: & producitur exceptio adversus actionem: & paciscens obligatur naturaliter ad non petendum*».

Josephus COMES, en el siglo XVIII y en Cataluña, todavía repetía esta doctrina (*Viridarium Artis Notariatus sive Tabellionum*, 1, Gerundae, 1.704, Cap. XXIV, § III De pact. de non peten., § 7, pág. 279): «*Non enim ipso iure civilis obligatio per hoc nudum pactum everti, sed per remedium exceptionis pacti de non petendo eliditur, extinguitur, & permittitur*».

<sup>6</sup> «... pactum de non petendo, non tangit, nec elidit civilem ipso iure, sed actionem propositam in iudicio perimit ...». Así escribía Ioannes FABER (*In Institutiones iustinianae Commentarii*, Lugduni, 1.573, Rubrica De exceptionibus, § 2, pág. 155 verso). En el mismo sentido, PAULUS CASTRENSIS (*Consiliorum sive responsorum*, II, Augustae Taurinorum, 1.580, Cons. 342, pág. 163): «... non parit actionem ad petendam liberationem, parit tamen exceptionem ...».

<sup>6</sup> *Opera Omnia*, «*Commentariorum de Jure civili*», T. V, Florentiae, 1.844, Lib. XXII, Cap. II, § VII, cols. 1.434 s.). El subrayado es nuestro.

GALLERATUS († 1.629) es de la misma opinión, al distinguir el p. de n. p. de la renuncia, concluyendo como sigue:

*«Conclusio est igitur quod pactum de non petendo non est resolutionum obligationis praecedentis, qualis est renunciatio, quia ad id non tendit ex mente paciscentium, sed solum ex eo inducitur obstaculum exactioni, & promittitur illud extrinsecum factum non petendi».*<sup>7</sup>

Otros autores siguen la misma doctrina. Sin embargo, lo hacen desde la perspectiva del Derecho romano, no de la de sus costumbres o Derecho vigente.

Los ejemplos más claros los podemos encontrar en VINNIUS y VOET. El primero de ellos, a pesar de que en su tiempo<sup>8</sup> el nudo consenso era suficiente para desatar las obligaciones, sigue conservando también el p. de n. p. como productor de una excepción, además de establecer la equivalencia entre aquella institución y la «*remissio debiti*»:

---

En cuanto a la «*suprema voluntate*» (=última voluntad), se refiere el autor a la remisión que tiene lugar a través del legado de perdón: «*Remittit suprema voluntate testator qui velat haeredem quid petere, aut debitori legat liberationem*» (Ibidem).

En cuanto a la equivalencia de los términos, *pactum de non petendo* y «remisión de la deuda», el mismo DONELLUS nos ofrece otro ejemplo: «*Remissio debiti exceptionem debitori parit, cum creditor debitori justa voluntate debitum remisit. Justa voluntas ad eam rem duplex: pactum, et suprema voluntate. pactum, si creditor paciscatur cum debitore, ne ab eo petat...*» (Opera Omnia, Tomus Quartus, Florentiae, 1.842, Lib. XVI, Cap. XXII, § VIII, cols. 1.009 s.).

<sup>7</sup> De Renuntiationibus Tractatus, I, Mediolani, 1.623, Cap. VI, § 5 *Pactum de non petendo, non privat sed impedimentum praestat*, pag. 70. En otro lugar, afirma: «*ut renunciatio differat a pacto de non petendo, quod & continere videtur privationem sui iuris, quoniam vere hoc non inducit privationem sui iuris. Nam id pactum impedimentum solum praestat ad non petendum, atque continet promissionem facti intrinseci, neque respicit ius*» (Op. cit., Cap. VIII, § 22, pag. 81).

<sup>8</sup> Arnoldus VINNIUS nació en 1.588 y murió en 1.657.

*«Quae postea existunt exceptiones, oriuntur et ipsae ex justis causis. Justae causae hae quatuor: remissio debiti; jusjurandum; res judicata; silentium diuturni temporis. Ex remissione debiti nascitur exceptio aut pacti conventi, si debitor pactus est cum creditoris, ne a se pecunia petatur, aut legatae liberationis, si testator, idemque creditor eam debitori legaverit.»<sup>9</sup>*

VOET, por su parte, al contraponer el efecto de la *acceptilatio* y del *p. de n. p.* insiste en la idea de que este sólo produce una excepción:

*«... pactum vero solutionis effectum non obtinet, nec liberationem ipso iure inducit, sed tantum pacti exceptionem tribuit respectu ejus ...».<sup>10</sup>*

El testimonio de estos dos últimos autores, teniendo en cuenta que comentan el Derecho romano, es importante para ver que, de alguna manera, se sigue hablando del *p. de n. p.* como únicamente productor de una excepción, a pesar de que en su tiempo el nudo consenso (nudo pacto) extingue la obligación''.

En definitiva, las conclusiones que podemos extraer de este primer período, son las siguientes:

1. El *pactum de non petendo* tiene la misma fuerza que tenía en Derecho romano, es decir, sólo produce excepción, no acción.

---

<sup>9</sup> *Jurisprudentiae Contractae sive Partitionum Juris Civilis*, Florentiae, 1.837, Cap. LXXV *De liberatione per exceptionem*, col. 416. El subrayado es nuestro.

<sup>10</sup> *Commentariorum ad Pandectas*, VI, Venetiis, 1.828, Lib. XLVI, Tit. IV, *De acceptilatione*, § 5, pag. 166.

<sup>11</sup> Esto no va a suceder en el Derecho castellano, donde desde la aparición de la ley única del Tit. XVI del Ordenamiento de Alcalá, el *p. de n. p.*, como cualquier pacto, tomará la segunda de las direcciones al comienzo



2. Que la doctrina de los autores da muestras suficientes para que podamos afirmar que ya entonces se conocían otras maneras de denominarlo y, sobre todo, que era equivalente al concepto *remissio debiti*<sup>12</sup>, el cual, en ocasiones, era utilizada para abrazar no sólo a aquella institución sino también a otras que producían el mismo efecto<sup>13</sup>.

3. Que la idea de liberación iba implícita en la expresión *pactum de non petendo*, independientemente de que tuviera lugar *ope exceptionis*.

apuntadas, es decir, se identificará con la remisión bilateral.

<sup>12</sup> Los casos son numerosos y, además de los ya señalados en el texto, pueden añadirse los siguientes:

Iason MAYNI (JASON DE MAYNO), implícitamente, equipara ambas locuciones, cuando en el *Summarium* de su *Consil.* 149, titula el § 9, «*Remissio debiti censetur esse donatio, & sic requirit insinuationem*» y, en el texto, habla de «*quod pactum de non petendo eget insinuatione, sicut pura & simplex donatio*» (*Consiliorum sive Responsorum, Venetiis, Vol. IV, 1.581, pag. 82 s.*).

La equivalencia se seguirá produciendo:

CUJACIUS (*Op. cit.*, IV, *Commentaria in librum primum responsorum Aemilii Papiniani, Ad. L. XL De Pactis*, pag. 774): «*Pactum quo debita pecunia remittitur, vel in rem concipitur, vel in personal. In rem concipitur si generaliter paciscatur debitor, ne petatur pecunia, quam debet*».

Ludovici DE MOLINA (*De Iustitiae, II, De Contractibus, Disputat. 254, § 10, pag. 6*): «*... pactus fit, non petiturum debitum, idve remisit ...*».

GALLERATUS, al decir, expresamente, que se puede remitir a través del pacto: «*duplex est remissio. Quaedam est remissio per modum pacti, quae tollit etiam ius conditionale ...*» (*Op. cit.*, I, Cap. V, § 7, pag. 66).

Antonius PEREZIUS (*Praelectiones in duodecim libros Codicis Justiniani, I, Venetiis, 1.783, Tit. De pactis, § 5, pag. 33*): «*Pacisci possunt omnes, & pacto remittere actionem, qui ejus domini sunt ...*».

<sup>13</sup> Es decir, se produce, por parte de algunos autores, un tratamiento unitario de distintas figuras - *acceptilatio*, *liberatio legata*, *pactum de non petendo* - que pueden producir el mismo efecto, bajo el nombre de remisión de la deuda:

CUJACIUS (*Op. cit.*, V, *In Lib. III. Pauli ad Edictum, ad. § Si cum decem mihi*, pag. 77 s.) unifica a las tres figuras apuntadas desde el punto de vista del efecto remisivo: «*In majori summa minor est, pactum de non petendo est remissio, remissio autem majoris summae, & minoris utique remissio est. Idemque obtinet in acceptilatione ... Idem est in liberatione legata ...*».

DONELLUS hace lo mismo, aunque sin citar a la *acceptilatio*, diciendo que la remisión de la deuda puede obtenerse a través de los otros dos negocios, pacto y legado (*Vid. supra, nota 6*). Exactamente igual a este autor.

**2.2. Etapla evolucionada del p. de n. p.**

Con este rótulo queremos referirnos a la segunda de las direcciones tomada por el p. de n. p.

Como hemos visto, en una primera etapa del Derecho intermedio no varió en absoluto el efecto de esta institución, la cual daba lugar a una mera excepción y no extinguía la obligación *ipso iure*.

Sin embargo, en un momento de la historia, el p. de n. p. va a mutar su contenido típico y va a ser considerado como suficiente para producir la extinción de la obligación. La razón deberemos encontrarla en la concesión de acción al pacto nudo o, lo que es lo mismo, al triunfo de la voluntad sobre el formalismo. No es ajeno a este devenir la influencia del Derecho canónico<sup>1</sup>.

Y de ahí que el p. de n. p., según su nueva configuración venga a ocupar el lugar que hasta entonces había ocupado la *acceptilatio*: el p. de n. p. extinguirá *ipso iure* la obligación al igual que hacía la *acceptilatio*, con la ventaja de desprenderse las formalidades de ésta.

En definitiva:

1. Por la influencia del Derecho canónico se desvirtúa

---

se pronuncia VINNIUS, como ya hemos visto por la transcripción, en el texto, de un párrafo suyo.

<sup>1</sup> Para conocer el camino seguido por el *ius canonicum*, dando acción al simple pacto, vid., VINNIUS, *Tractatus De Pactis*, Venetiis, 1.780, Cap. 7, § 4. También WESENBECIUS (*Op. cit.*, *De Pactis*, § 9, col. 137): «*Quod verum puto, & sequendum. Nam eiusmodi pacta cum obligent naturaliter, & ex bono & aequo sequitur eum, qui pacta non servat, contra naturam, conscientiam, atque adeo contra officium boni viri facere, ac peccare, ut volunt Canonistae, mortaliter. Et certe divus Paulus ad Rom. hoc est, eos qui pacta non servant, in illis numerat, qui capitaliter delinquent. Est enim definitum inter Doctores, ut quotiescunq; agitur de cavendo peccato, deq; causa conscientiae, toties etiam in foro civili ius Pontificium debeat observari*».

la distinción romana entre pactos nudos y pactos vestidos. La necesidad de la fidelidad a la voluntad de los pactantes hace que del acuerdo de voluntades surja la obligación y, con ella, la acción<sup>2</sup>, convirtiéndose en la regla general.

2. Si del simple pacto obligatorio nace acción para exigir la obligación, el p. de n. p., como pacto que es, sigue la regla general y, por lo tanto, tendrá eficacia ex-

<sup>2</sup> WESENBECIUS (*Ibidem*): «*Esti vero longa est disputatio, an in reliquis Curiis, in quibus secundum ius civile pronunciat, ius Pontificum obtinere debeat: tamen communis opinio est, & ita usus observat, ut indistincte ex Pactis Nudis, serio & deliberate initis, etiam in foro Civili hodie detur actio*».

En virtud del Derecho Natural, Samuel PUFENDORFIUS (*De Iure Naturale et Gentium*, II, Francofurti, 1.759, Cap. X «De pactis accessoriis», § VII, pág. 294): «*Naturali jure, quantum ex nudo pacto datur actio, etiam pacta ex intervallo contractibus adjecta, quae obligationem augent, adeoque actori prosunt, possunt esse valida. Nam rationem illam, ob quam hoc jus Romanum in ll. proxime citatis negat, ne nempe ex pacto nudo affirmativo detur actio, jus naturale ignorat*».

Con referencia al Derecho Canónico y al derecho natural, así como a la costumbre u opinión común:

Samuel et Johannes Samuel STRYKIUS (*Supplementum Dissertationum et Operum sive Tractatum Jurid.*, Vol. XIII, Florentiae, 1.840, Sec. III, Cap. VI, «De Pactis», § 1, col. 312), expresando la diferencia de «vis» entre el pacto de Roma y el nuevo de entonces: «*Pactorum indolem hodie longe aliam esse, quam jure romano, in propatulo est: quippe jure romano nullus ex pactis obligationis civilis nexus, et hinc nec actionem producere poterat, nisi forte vel specialis legis assistentia munita vel in traditione facta. Hodie vero ex receptissima opinione, quae fundamentum habet in c. 1. x. de pactis. introductum, ut ex omni pacto super re licita et honesta deliberatio inito, pariter oriatur valida obligatio, et per consequens actio, quam si solemnibus contractus esse celebratus*». Asimismo, «*Ex hoc vero moderno juris fundamento ubique recepto, quod ex omni pacto deliberato inito hodie valida detur actio, multa iure romano subtiliter excogitata corruunt, et ad simplicitatem iuris gentium reducuntur*» (*Op. cit.*, XIV, Tit. De Pactis, col. 156). El subrayado es nuestro.

Antonius PEREZIUS (*Op. cit.*, Tit. III, De Pactis, § 25, pág. 35): «*Mores nostri ex nudo pacto & promissione seria dant actionem, eandemque vim tribuunt pactis simplicibus, quam stipulationibus tribuit jus civile nam praeceptis naturalibus & gentium utimur, sublatis sollempnibus juris civilis; naturae autem humanae nihil magis congruit, quam fidem promissorum servare, ut quod dictum est, fiat, sive fides data sit nudis verbis, sive sollempnibus*». Hay que señalar, tal como diremos, que en Derecho castellano la obligación nace del simple acuerdo de voluntades desde el Ordenamiento de Alcalá.

VOET (*Op. cit.*, VI, Ad Tit. De Pactis, § 9, pág. 151) también se hace eco de esta situación: «*... ex pactis nudis, serio ac deliberato animo interpositis, aequae ac ex contractibus, actionem nasci ...*».

extintiva *ipso iure* por el simple acuerdo de voluntades<sup>3</sup>.

3. Con ello, dejará de tener razón la existencia de la *acceptilatio* o, mejor dicho, **ambas figuras se confundirán** ya que, desde la concesión de la acción al simple pacto, la única diferencia reside en las formalidades a que la *acceptilatio* debía ajustarse, las cuales quedan suprimidas<sup>4</sup>:

<sup>3</sup> Incluso a través del pacto tácito: así, Samuel PUFENDORFIUS (*Op. cit.*, I, Francofurti, 1.759, Cap. VI «De consensu circa promissa et pacta adhibendo», § II, pág. 290): «*Jcti. Romani exemplum taciti pacti adducunt in L. 2. D. de Pactis: Si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos tacite convenisse, ne peterem. Ubi tamen ex simplicitate juris naturalis non videtur necessarium, pactum tacitum in hoc casu statuere, cum planiore modo dici queat redditione cautionis intelligi debitum remissum, adeoque actionem plane sublatam*».

<sup>4</sup> Porque sin ellas, la *acceptilatio* se configura como un simple acuerdo de voluntades para remitir la obligación; tanto el p. de n. p. como la *acceptilatio* necesitan del acuerdo de ambas partes. Respecto a la última, incluso viene calificada por Ludovici de MOLINA como «*contractus latissime*»: «*In hac eadem acceptione [es decir, en sentido lato] est contractus acceptilatio ... Quamvis acceptilatio nulla oriatur obligatio, quin potius dissolvatur praeterita, qua debitor creditori tenebatur, ea; de causa distractus, hoc est, dissolutio contractus in aliqua duarum priorum acceptionum, appelletur in iure, quia tamen fit concurrente consensu creditoris debitum condonantis, & debitoris condonationem postulantis, ac acceptantis, sortitur rationem contractus in tertia acceptione*». Fijémonos que utiliza el vocablo «condonación».

Así, BRUNNEMANUS (*Commentarius in Quinquaginta libros Pandectarum*, Coloniae Allobrogum, 1.752, Tit. De *acceptilatione*, ad L. 8, pág. 362): «*Praesertim cum inter Acceptilationem & pactum liberatorium hodie in foro nullum sit discrimen ...*».

Expresamente STRIKIUS (*Op. cit.*, XV, Tit. De *acceptilationibus*, § 1, col. 1058), bajo el rótulo «*Acceptilationes in sensu iuris romani hodie non sunt in usu*» dice: «*Est hodie omnis contractus, qualiscumque sit, per acceptilationem tollitur, acceptilatio autem non amplius per solemnem interrogationem et responsionem sed per nudum pactum expeditur*». Igualmente respecto a la *Stipulatio Aquiliana*: «*... non puto minoris efficaciae hodie esse pactum de non petendo ...*» (*Op. cit.*, XIV, Tit. De *transactionibus*, § 3, col. 165).

También VOET (*Op. cit.*, VI, Tit. De *acceptilatione*, § 6, pág. 167): «*Cumque usu hodierno invaluerit, eandem stipulationis & pacti vim esse, defendi posse videtur, etiam nunc efficacem esse acceptilationem, quae sub conditione, vel etiam per interpositam personam facta fuit, quatenus ut utile pactum sustinetur*».

La pérdida de la formalidad de la *acceptilatio* viene sustentada por GROTIUS en el Derecho Natural y así, en su Tabla de materias de *Le Droit de la Guerre et de la Paix* (T. I, traducción de Monsieur de Courtin, Amsterdam, 1.688) expone en la voz *Acceptilation* (pág. 3): «*L'acceptilation chez les Anciens étoit ce que nous appellons quittance ou décharge de ce que l'on doit, soit argent, soit autre chose. ... Or comme les Romains*

es el triunfo de la voluntad sobre la formalidad<sup>6</sup>.

No es ello ajeno a lo que ya habíamos expuesto al hablar del *pactum* en el Derecho romano, esto es, que una aceptilación ineficaz podía valer como pacto<sup>6</sup>, así como tampoco lo es respecto a las demás consecuencias que podían deducirse de los §§ pr. y 4 de la ley del Digesto que admitía tal posibilidad (l. 8, ff. de *acceptil.*, 46, 4)<sup>7</sup>.

*étoient fort jaloux de leurs formules, plusieurs croyoient qu'une acceptilation faite en un autre forme n'étoit pas valable*. A continuación y después de citar la autoridad de Ulpiano en el § 4 de la l. 8, ff. de *acceptil.* para justificar que la aceptilación no era en Roma tan rígida (Vid. nota 6), dice: «*Et de tout cela il conclud, que l'acceptilation n'étant liée ni aux personnes [pues podía hacerse al esclavo o al hijo de familiar], ni aux paroles [pues podía hacerse en griego] ne prend sa force de ces formalites, mais du droit des gens, c'est à dire du droit de nature, ou de la liberté naturele que chacun a de remettre ce qu'on lui doit, & de le remettre en la maniere qu'il lui plait*».

<sup>6</sup> Así STRIKIUS (*Op. cit.*, XIII, Sec. IV, cap. III «De novationibus, acceptilationibus et quietantiis», § 2, col. 393): «*Sed hodie pactum liberatorium aequalem cum acceptilatione efficaciam habet, ut hinc quocumque modo quis animum remittendi debitum declarat, acceptilatio facta censetur*».

<sup>7</sup> Y en esto se fijarán, sobre todo, los representantes de la la Escuela del Derecho Natural para desformalizar la *acceptilatio* y darle virtualidad al simple pacto liberatorio, con base en la l. 8, § 4, ff. de *acceptil.* (46, 4) que recoge un fragmento de Ulpianus, libro XLVII *ad Sabinum*. Este pasaje del Digesto dice que «*ut iuris gentium si acceptilatio*». Identificando el *ius gentium* de los romanos con el Derecho natural salvaban los impedimentos de tener que distanciarse de la misma legalidad y legitimidad del Derecho romano. Como ejemplo puede citarse a GROTIUS (Vid. nota 4).

<sup>7</sup> l. 8, ff. de *acceptil.* (46, 4):

«8. ULPIANUS LIBRO XLVIII. *Ad Sabinum* - An inutilis acceptilatio utile habeat pactum, quaeritur; et nisi in hoc quoque contra sensum est, habet pactum. Dicit aliquis: potest ergo no 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?»

§ 4. - *Filiusfamilias promittendo patrem civiliter non obligat, sed se obligat; propter quod accepto rogare filiusfamilias potest, ut se liberet, quia ipse obligatus est; pater autem acceptum rogando nihil agit, quum non sit ipse obligatus, sed filius. Idem erit et in servo dicendum; nam et servus accepto liberari potest; et tolluntur etiam honorariae obligationes, si quae sunt adve sus dominum, quia hoc iure utimur, ut iuris gentium sit acceptilatio. Et ideo puto, et graece posse acceptum fieri, dummodo sic fiat, ut latinis verbis solet [*Habesne acceptos denarios tot? habeo acceptos*]*».

De estos dos pasajes puede deducirse que la *acceptilatio* no era tan formal como pueda pensarse o, al menos, esto es lo que pensaron los auto-

4. El *p. de n. p.* pierde así su configuración inicial, como simple compromiso de no reclamar, no extintivo del vínculo jurídico y cuyo efecto se circunscribe a la concesión de una excepción. La obligación se extingue por el simple acuerdo de voluntades<sup>20</sup>, por el pacto liberatorio o remisorio, el cual también seguirá siendo conocido con su nombre antiguo de *pactum de non petendo*: la identidad terminológica no se corresponde con la identidad de naturalezas entre el antiguo y el nuevo pacto de no pedir.

Concluyendo: no conocemos un solo significado del *pactum de non petendo*. Su naturaleza depende, principalmente, de la época o autor en que fijemos la atención.

Evidentemente y a pesar del mayor auge del llamado pacto liberatorio o remisorio - esto es, en espíritu, la actual remisión de la deuda, aunque bilateral -, no debemos olvidar que, a su lado, continuó existiendo el típico pacto de

---

res, que encontraron en ellos un apoyo legal a sus deseos de liberar de formalidades a todo tipo de pacto o concurso de voluntades como era la *acceptilatio*, al mismo tiempo que no rompían con la tradición romanista.

\* Así se expresa Samuel PUFENDORFIUS (*Op. cit.*, II, Cap. XI, § VII, pág. 310), aunque sin nombrar al *p. de n. p.*, convertido ya en condonación de la deuda (es la expresión que utiliza el autor) por el simple acuerdo de voluntades: «*Quas quidem ambages jus naturae ignorat [se refiere a los de la *acceptilatio* y *stipulatio Aquiliana*], in quo etiam re, aut quocunque modo contracta obligatio nudo alterius consensu, rite significato, extinguitur*».

Si lo nombra STRIKIUS (*Op. cit.*, XIV, Tit. *De Pactis*, § 9, col. 158) respondiendo a la pregunta de «*An pactum de non petendo hodie tollat obligationem ipso iure?*» lo que sigue: «... *quod pactum de non petendo cum debitore initum jure nostro tollat quidem obligationem naturalem. Non vero civilem, nisi ope tantum exceptionis sine dubio ob rationem: quod pacta aliam vim non habeant, quam quod jure praetorio producant tantum exceptionem. Hodie tamen aliud dicendum puto; postquam pacto eadem agendi vis tributa, quae stipulationi; ut inde Pauli Jcti. in l. 27. §.2 ff. de pact. proposita differentia: in stipulationibus jus continetur, in pactis factum versatur hodie omnino cesset; cum aequae moribus in pacto jus versetur, quam in stipulatione*».

no pedir, no extintivo de la deuda y, por lo tanto, de la obligación.

El abandono del formalismo hizo que bajo un mismo nombre - *pactum de non petendo* - se reunieran la antigua *acceptilatio* y el típico pacto de no pedir, con lo que, habiéndolo demostrado, se justifica su estudio histórico, aunque sólo haya sido para diferenciar ambas situaciones.

### 3. El *pactum de non petendo* en el Derecho castellano.

En cierto modo, lo que sucedió en la etapa evolucionada del pacto de no pedir, en la doctrina del Derecho intermedio, sucedió con anterioridad según los antecedentes histórico-legales del actual ordenamiento civil.

Ya el Fuero Real (1.252-1.255)<sup>1</sup> daba cuenta de la existencia del *p de n. p.*, considerándolo como una *defensión*:

#### LEY VII

*«Quien quier que aya defension sobre la demanda quel face su contendor, si la defension remata todo el pleyto, como si es de pleito quel aya fecho su contendor, que nuncal demandase aquello quel demanda ...».*<sup>2</sup>

El tratamiento concedido al *p. de n. p.* es el de constituir una excepción («defensión») perentoria, es decir, que «remata todo el pleyto» ante la reclamación del deudor. No es más que la remisión de la deuda bajo el término usualmente

<sup>1</sup> Según DE CASTRO (*Derecho civil de España*, I, pág. 142) «es una de las dos grandes obras jurídicas de Alfonso X; tiene un carácter más acentuadamente germánico y refleja mejor que Las Partidas las peculiaridades jurídicas castellanas».

<sup>2</sup> Fuero Real del Rey Don Alonso El Sabio, Libro Segundo, Tit. X «De las defensiones», ley VII. Se utiliza la edición de Madrid, 1.836 (reproducción anastática de Valladolid, 1.979).

utilizado entonces para designarla.

Distinta fue la consideración que tuvo la l. 1, Tít. XIV de la Quinta Partida respecto al pacto de no pedir:

*«Ley 1. Que quiere decir Paga e Quitamiento; et a que tiene pro. ... E quitamiento es, quando fazen pleyto al debdor, de nunca demandar lo quel deuia, e le quitan el debdo aquellos que lo pueden fazer. E tiene esto grand pro al debdor, porque quando paga la debda, o le quitan della, fincan libres el, e sus fiadores, e los peños, e sus herederos, de la obligación en que eran obligados, por que lo deuián dar, o fazer».<sup>3</sup>*

Según esta ley, el *quitamiento* no es cosa distinta al pacto de no pedir, porque:

1. Lo define con las palabras *«quando fazen pleyto al debdor, de nunca demandar lo quel deuia»*.

2. Porque, *«e le quitan el debdo aquellos que lo pueden fazer»* se refiere a la legitimación activa en el negocio remisivo, en el sentido de que quienes no ostentan un crédito frente al deudor no pueden realizar el *quitamiento*.

Pero dicho esto, el pacto de no pedir que contempla la ley de Partidas tiene en cuenta que ya no se siguen las formalidades de la *acceptilatio* romana y bajo el nombre de *quitamiento* se recoge tanto el *p. de n. p.* en sentido estricto, como el que hemos venido en llamar pacto evolucionado, esto es, el que extingue *ipso iure* la deuda por la sola voluntad declarada, libre de toda formalidad<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> *Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alonso el IX, con las variantes de más interés, y con la glosa del Lic. Gregorio López, vertida al castellano y estensamente adicionada con nuevas notas y comentarios ... por D. Ignacio SANPONS, D. Ramón MARTÍ DE EIXALA y D. José FERRER, Tomo III, Barcelona, 1.843.*

<sup>4</sup> Ello no quiere decir que se desconociera la *acceptilación* y, seguran-



Por ello, las Partidas se avanzaron a la doctrina de los autores de su tiempo, que sólo conocían el pacto de no pedir no extintivo de la obligación.

Desde este punto de vista el *quitamiento* viene a sustituir la *acceptilatio* romana:

a) No deberá ajustarse a formalidad alguna. Ninguna ley de las Partidas disponen lo contrario. Además, al entroncar con el *p. de n. p.* no puede deducirse otra solución, pues éste era asimismo eficaz por el simple acuerdo de voluntades.

b) Será suficiente que la declaración de voluntad tome la forma externa del pacto de no pedir<sup>421</sup>, si bien es cierto que puede adquirir cualquier otra expresión que, por ejemplo, contenga la palabra quitamiento o quita, que signi-

te, ésta funcionaba residualmente.

Gregorio LÓPEZ (*Op. cit.*, III, pág. 347, notas 1 y 2 a dicha ley 1, tit. XIV, Part. 5), al glosar esta ley dice que «éste es el pacto de no pedir, pacto que ya de antiguo disolvía ipso iure la obligación natural, y hacía ineficaz la civil», lo que, bien interpretado, quiere decir que cuando LÓPEZ escribe no se seguía ya dicha sutileza. Añade el glosador que tal quitamiento «sea o no bajo la forma de la aceptilación» produce la extinción de la obligación, «pues que el quitamiento se equipara al pago». A todo ello, los traductores y anotadores de esta edición que manejamos (vid. nota 2) añaden: «Sin dificultad después de la l. 1. tit. 1. lib. 10. *Nov. Recop.* [vid. infra, nota 6]».

<sup>421</sup> De una manera similar se pronuncia SANCHO REBULLIDA (*Op. cit.*, pág. 212, nota 135): «Si ... se entendiese que la primera figura descrita en las Partidas (5, 14, 1) - cuando facen pleyto al deudor de nunca demandar lo que debía - podía tener vida autónoma de la segunda - e le quitan el deudo -, entonces la primera tendría verdadera naturaleza de pactum y la segunda de condonación. Sin embargo ... creemos que las Partidas no tratan de regular dos figuras, sino sólo la condonación, como modo extintivo de las obligaciones, pero que por influencias romanistas y quizá observaciones de la práctica, tal modo de extinguir se prevé y describe a través de la forma del pactum».

MAÑRESA-MORENO (*Op. cit.*, VIII-19, pág. 777): «En cuanto a los términos en que debe estar expresado el propósito de condonación, nada exige la ley, bastando, por tanto, que se declare sin dejar lugar a dudas, ya diciendo terminantemente que se condona, remite o perdona, o expresando que nunca se reclamará la deuda».

fica lo que hoy es la remisión.

c) La eficacia concedida al quitamiento es la misma que la del pago.

Pero como sabemos, «*el amplio conjunto de disposiciones que dejara don Alfonso no logró vigencia general; el Fuero Real no obtiene eficacia más que en los lugares que lo aceptan como Fuero municipal, y Las Partidas son acogidas con enérgica oposición por su preferencia hacia la organización familiar romana*»<sup>6</sup>.

Así, llegamos al Ordenamiento de Alcalá (1.348), el cual recogerá el principio de la consensualidad en su ya célebre ley única del Título XVI, desapareciendo cualquier formalidad, tanto para crear como para extinguir las obligaciones<sup>6</sup>.

Desde este momento, el p. de n. p. va a tomar la posición legal de la antigua *acceptilatio* y la obligación podrá extinguirse por el acuerdo de voluntades derivado de ese pacto. La remisión de la deuda será conocida por el nombre de *pactum de non petendo*<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> DE CASTRO, *Op. cit.*, pág. 144.

<sup>6</sup> Usamos la edición de Madrid, 1.774 (Facsimil de Valladolid, 1.983).

«TITULO XVI. De las obligaciones. LEY UNICA. Como vale la obligación entre absentes, aunque non aya y estipulación.

*Pareciendo que se quiso un Ome obligar a otro por promisión, o por algund contracto, o en alguna otra manera, sea tenuto de aquellos a quienes se obligó, e non pueda ser puesta excepcion que non fue fecha estipulación, que quiere decir: prometimiento con ciertas solepnidades del derecho; o que fue fecha la obligación del contracto entre absentes; o que fue fecha a Escribano público, o a otra persona privada en nombre de otro entre absentes; o que se obligó uno de dar, o de fazer alguna cosa a otro; mas que sea valedera la obligación o el contracto que fueren fechos en qualquier manera que parezca que alguno se quiso obligar a otro, e fazer contracto con él».*

Esta ley pasará a la Nueva Recopilación de 1.567 (l. 2, Tit. 16, Lib. 5.) y a la Novísima Recopilación de 1.805 (l. 1, Tit. 1, Lib. 10).

<sup>7</sup> La Nueva Recopilación dará cuenta de ello (l. 1, tit. 21, Lib. 4):

«*Mandamos, que contra las obligaciones y contratos, y compromisos o sentencias, o otras qualesquier escrituras que tengan aparejada execu-*

La doctrina castellana también recogerá el p. de n. p. como extintivo de la obligación, sobre todo apoyándose en el principio de la consensualidad como productora de obligaciones, recogido en la repetida ley única del Ordenamiento de Alcalá y sin necesidad de acudir al Derecho canónico<sup>701</sup>.

El ejemplo más claro lo tenemos en Luis de MOLINA:

*«Quando debitori remittitur ab eo debitum, qui ad id potestatem habet, sive id fiat per acceptationem, sive quocunque alio pacto vestito: in quo eventu de iure communi ipso iure extinguitur obligatio, tam naturalis, quam civilis ...; sive remittatur solo pacto nudo, dicendo, remitto tibi tale debitum, aut promitto tibi, me nunquam petiturum a te tale debitum, vel quovis alio modo; in quo eventu de iure communi extinguitur obligatio tota naturalis debiti illius, non tamen civilis, sed civilis eliditur exceptione ex eo pacto ... De iure tamen huius Castellae Regni l. 3. tit. 8. lib. 3 ord. quae est, l. 2. tit. 16. lib. 5 novae collect.\* etiam pacto nudo extinguitur obligatio civilis, prorsusque denegatur actio».\**

Da cuenta el autor de cuál era la fuerza del pacto nudo según el *ius commune* para, a continuación, señalar que en el Derecho castellano, citando la Nueva Recopilación, el simple

*ción, que no sea admitida ni rescibida por nuestros Jueces ninguna otra excepción ni defension, salvo paga del deudor, o promisión o pacto de no lo pedir, o excepción de falsedad, o excepción de usura, o temor o fuerza, y tal que de Derecho se deba rescibir ...».*

Esta ley pasará a la Novísima Recopilación: l. 3. tit. 28, Lib. 11.

<sup>701</sup> Existe una especie de reivindicación de la consensualidad derivada del simple pacto como propia del Derecho civil:

*«Eo modo quo de iure canonico explicatum est dari ex pacto nudo actionem, affirmandum esse dari ex eodem pacto nudo in regno Castellae in foro seculari, iuxta l. 3. tit. 8. lib. 3. ord. quae est l. 2. tit. 16. lib. 5. novae collect. legis. [que es la ley única, Tit. 16 del Ordenamiento de Alcalá] ... pacto & promissione acceptatis, eodem modo conceditur actio, sive forma stipulationis sive non: ergo in eo regno perinde ex pacto nudo conceditur actio, atque ex iure canonico» (Ldovicus de MOLINA, Op. cit., Disput. 257, § 13, pág. 13).*

\* Es la Nueva Recopilación que reproduce, como habíamos dicho, la ley única del tit. 16 del Ordenamiento de Alcalá.

\* Op. cit., Disp. 561, § 5, pág. 831.

pacto tiene fuerza para extinguir la obligación y, por tanto, la acción<sup>10</sup>. Y este pacto puede adquirir la forma del p. de n. p., así como cualquier otra pues, según el autor, las sutilidades del Derecho romano nunca fueron conocidas en el Derecho entonces vigente<sup>11</sup>.

Tres son las conclusiones a que podemos llegar:

1. Como mínimo, desde Las Partidas la *acceptilatio* había perdido su papel, siendo sustituida por el pacto de no pedir o *quitamiento*, a salvo de otras maneras de exteriorizar la voluntad remisiva.

2. La forma más común de realizar un simple pacto liberatorio fue a través del *pactum de non petendo*, de fuerza extintiva con base en la simple voluntad de los pactantes.

3. Las Leyes del Derecho castellano - Fuero Real y Nueva Recopilación - acogieron la figura al hablar de las excepciones, situándola junto al pago. De ello no puede deducirse que no extinguiera *ipso iure* la obligación.

<sup>10</sup> Es la lógica consecuencia que se deriva de tratarse de un pacto extintivo: si por el pacto nudo se crea la obligación, concediéndose acción para exigirla, por el pacto remisivo se extingue tanto aquella como ésta.

<sup>11</sup> En la *Disputatio* 254 §§ 10 y 11 (*Op. cit.*, págs. 6 s.) el autor incide en la idea al contraponer la antigua formalidad de la *acceptilatio*, a la que califica de «*contractus, seu potius distractus, qui verbis perficitur*», con la libertad de forma del *pactum de non petendo* en Derecho romano, para acabar citando otra vez la autoridad de la l. 2, tit. 16, Lib. 5. de la Nueva Recopilación y establecer, con ello, la evolución del p. de n. p. hacia la simple remisión por la voluntad de los concluyentes del mismo:

«*Si non servetur forma acceptilationis, sed solum interveniat pactum nudum seu promissio creditoris per debitorem acceptata, quod remittit debitum per stipulationem contractum, illud ve non petet, quanvis tunc non extinguatur obligatio civilis, extingui tamen naturalem ... Quia ergo in eo eventu manet obligatio civilis, conceditur quidem creditori actio adversus debitorem ... Utinam hae quoque subtilitates a civili iure nunquam fuissent introductae, quae & litib. fomenta praebent, & difficile intelliguntur, neque; exterius supra cum conscientiae foro consentire sinunt. Lege vero illa Castellae supra citata (l. 2. tit. 16. lib. 5. Nueva Recop.), abolitae sunt; cum ex nudo pacto, non solum exceptio, sed & civilis actio concedatur, ac proinde oriatur, non solum naturale, sed etiam civilis ob-*»

#### 4. EL PACTUM DE NON PETENDO EN LA DOCTRINA Y EN LOS TEXTOS LEGALES DEL SIGLO XIX.

Hemos visto cómo el *pactum de non petendo* fue la figura a través de la cual se llegó a la actual condonación. Ello no quiere decir que haya que desechar a la *acceptilatio* como antecedente de la misma, sino que ésta quedó subsumida en la amplia flexibilidad del *pactum*.

No vamos a repetir lo que ya dijimos al hablar de las posiciones de los autores españoles acerca de los antecedentes de la actual remisión.

Sólo a efectos recordatorios diremos que fueron varios los autores del siglo XIX que, conectando con la doctrina castellana, identificaban la remisión con el pacto de nunca pedir la deuda. Sólo citaremos la autoridad de SALA que nos servirá de ejemplo para engarzar con la doctrina del siglo XIX:

*«In Hispania inter modos quibus obligatio tollitur, numeratur sub nomine quitamiento pactum de nunquam petendo, l. 1., tit. 14, P. 5, de quo iterum mentio fit in l. seq. in cujus l. 2. gloss. 1 existimat Gregor. LOPEZ contineri quoque acceptilationem. Plane, cum apud nos sint confusa iura pactorum & stipulationum, pactisque vis civiliter obligandi concessa ... ut eandem quoque liberandi vim quam acceptilationes habent, pactis tributam dicamus. Tolletur itaque ipso iure in Hispania obligatio per pactum de nunquam petendo, eodem modo ac per solutionem, acceptilationem, & novationem».<sup>1</sup>*

*ligatio, qua contraria obligatio civilis omnino tollitur ac extinguitur, non secus ac per acceptilationem extinguitur civilis obligatio ex stipulatione contracta*. Los subrayados son nuestros.

<sup>1</sup> *Institutiones Romano-Hispaniae ad usum tironum hispaniorum ordinatae*, II, Madrid, 1.824, Comentario al Lib. III, Tit. XXX, De acceptilatione, § 6, pág. 296 s..

De las palabras de SALA podemos ratificar nuestra afirmación anterior, en cuanto que el quitamiento de las Partidas no era otra cosa que el p. de n. p.<sup>2</sup> Además, parece que también se seguía utilizando la *acceptilatio*.

En definitiva, se trataría de dos maneras distintas de actuar expresamente la remisión, ambas extintivas *ipso iure* de la obligación: bien haciendo pacto o promesa de no pedir nunca la deuda, bien dándose por satisfecho de ella. Sólo así puede entenderse la referencia a la *acceptilatio*<sup>2</sup>. Obviamente, también podría hacerse diciendo que se remite la deuda. Y ésta será la tónica mantenida por la mayoría de los autores el siglo XIX<sup>3</sup>.

Pero el pacto de no pedir será igualmente estudiado

<sup>2</sup> Nos remitimos al testimonio de los autores españoles del siglo XIX ya citados al estudiar la discusión doctrinal remisión de la deuda/renuncia al derecho de crédito: Vid. *supra*, Tit. II, Cap. I.

Al de ellos se puede añadir, entre otros, el de Eugenio de TAPIA (*Febre-ro novísimo, o librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, II, Valencia 1.828, pág. 651): «Se extingue asimismo la obligación por la remisión o perdón de la deuda, que puede ser expreso o tácito. Expreso cuando se manifiesta por medio de palabras, ya sea declarando el acreedor en forma conveniente que remite la deuda, ya pactando con el deudor que nunca reclamará su pago, que es lo que las leyes de Partida llaman quitamiento. Lo mismo sucederá, si el acreedor se da por satisfecho y pagado, que es lo que el derecho común llamaba *acceptilación*».

En el mismo sentido, SALA (*Ilustración del derecho Real de España*, II, Madrid, 1.820, pág. 29).

<sup>3</sup> Asimismo, recordemos a:

Pablo GOROSABEL (*Código civil de España*, Tolosa, 1.846, pág. 172): «Cuando el acreedor promete al deudor no pedirla nunca lo que le debe, remitiéndoselo, queda libre el deudor principal, sus fiadores, prendas e hipotecas, y sus herederos».

GÓNEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (*Elementos de Derecho civil y penal de España*, II, Madrid, 1.874, pág. 218): «La [remisión] expresa tiene lugar, cuando el acreedor declara que perdona la deuda, o pacta con el deudor que nunca la reclamará».

Por último, Lenito GUTIÉRREZ (*Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho civil español*, IV, Madrid, 1.871, pág. 160): «Puede ser [la remisión] expresa o tácita, judicial o extrajudicial, total o parcial. 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».

desde el punto de vista procesal, es decir, como productor de una excepción.

Ya habíamos dicho que la Novísima Recopilación había recogido la figura del *p. de n. p.* al hablar de las excepciones oponibles en el juicio ejecutivo y, desde entonces, ésta será casi con exclusividad su nueva sede, desapareciendo con tal nombre de los distintos Proyectos de C.c. del siglo XIX, que adoptarán otras denominaciones tales como quita, perdón, remisión, etc.

Pues bien, el *p. de n. p.* va a adquirir, de nuevo, su viejo papel del Derecho romano. A pesar de que hemos visto cómo bajo su nombre se encontraba una de las posibles maneras de remitir expresamente las deudas, desde el punto de vista procesal va a ser revitalizado como aquella simple renuncia de la acción que lo caracterizó, es decir, sin efecto extintivo de la obligación, aunque productor, eso sí, de excepción. De esta manera, va a ser diferenciado de la remisión de la deuda.

En primer lugar, debemos decir que esta figura no se encuentra con tal denominación en el Código Civil español y, tampoco, en ningún otro Código civil desde el movimiento codificador del siglo XIX. Ello, *prima facie*, podría facilitar la negación de la vigencia del *pactum* no extintivo de la obligación. Sin embargo, existen cuerpos legales en nuestro propio ordenamiento jurídico que impiden proseguir por esta línea.

Efectivamente, de conformidad con la vigencia de los textos legales, nos encontramos con que el *p. de n. p.* aparece en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881 y en la Ley

Hipotecaria de 1.861 y, además, con la misma denominación: *pacto o promesa de no pedir*. Así, la L.E.C. al hablar de las excepciones admisibles en el juicio ejecutivo, en su Título XV del Libro Segundo, dice:

«Art. 1.464. Sólo serán admisibles en el juicio ejecutivo las excepciones siguientes:

5.ª Quita o espera.

6.ª Pacto o promesa de no pedir».<sup>4</sup>

Tiene su inmediato precedente legislativo en el artículo 963 de la L.E.C. de 1.855, en el que figuraban en un mismo párrafo las excepciones de quita y espera y la del pacto o promesa de no pedir, fijando taxativamente por primera vez, siguiendo la pauta de la Ley de Enjuiciamiento Mercantil, las excepciones admisibles en el juicio ejecutivo:

«Art. 963. Las únicas excepciones admisibles en el juicio ejecutivo son:

.....  
Quita, espera, y pacto o promesa de no pedir.

A su vez, este artículo tenía su precedente legal en la Ley 3ª, Tít.28, Lib.11 de la Novísima Recopilación, que reconocía el pacto o promesa de no pedir, excepción de las llamadas directas según la doctrina<sup>4b1a</sup>:

«LEY III. D. Enrique IV. en Madrid año de 1.458.  
Admisión de excepciones contra las obligaciones,

<sup>4</sup> Este artículo no ha sido modificado, en absoluto, por la LEY 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>4b1a</sup> Las llamaban así por hallarse expresadas en dicha ley de la Nov. Rec. Cºr., Eugenio de TAPIA (*Op. cit.*, V, Valencia, 1.829, pág. 117), GARCIA GOYENA y AGUIRRE (*Febrero o Librería de jueces, Abogados y Escribanos*, VI, Madrid, 1.842, § 5913, pág. 279), entre otros.



**contratos, sentencias y escrituras que traen aparejada ejecución.**

**Mandamos, que contra las obligaciones y contratos, y compromisos ó sentencias, ó otras cualesquier escrituras que tengan aparejada ejecución, que no sea admitida ni rescebida por nuestros Jueces ninguna otra excepcion ni defension, salvo paga del deudor, ó promision ó pacto de no lo pedir, ó excepcion de falsedad, ó excepcion de usura, ó temor ó fuerza, y tal que de Derecho se deba rescebir, y si otra qualquier excepcion se alegare, no sea rescebida, ni el que la opusiere sea oido; y no embargante otras cualesquier excepciones el Juez proceda á ejecución de tal contrato ó sentencia, y llévela á debido efecto».\***

Naturalmente, no fue caprichosa la separación que hizo la actual L.E.C., de las excepciones que hoy figuran en los números 5 y 6 del art. 1.464 L.E.C., ya que pueden tratarse de diferentes supuestos\*.

En efecto, la quita y espera hace referencia al concurso de acreedores regulado en el Título XVII del Libro IV del C.c. y en el Título XII del Libro II de la L.E.C., es decir, a un convenio judicial porque, y por encima de todo, se trata de un procedimiento universal de ejecución; en cambio, el pacto o promesa de no pedir hace referencia a aquel acto celebrado entre un acreedor y un deudor, con incidencia en una determinada obligación, sin intervención judicial.

No estamos de acuerdo en lo que MANRESA Y NAVARRO expone al comentar el artículo 1.464 de la L.E.C. respecto a la

---

\* Corresponde a la ley I. tit.21. lib.4 de la Nueva Recopilación. Usamos la edición de Madrid, 1.805-1.807, (edición anastática del B.O.E., Madrid, 1.976, Tomo V).

\* MANRESA Y NAVARRO, J.M. (Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil, reformada conforme a las bases aprobadas ..., V, Madrid, 1.891, Com. al art. 1.464, pág. 536): «La ley anterior colocó esta excepcion (pacto o promesa de no pedir) juntamente con la anterior, y las ha separado la nueva ley, porque no son iguales, aunque exista entre ellas alguna analogía».

quita y espera, diciendo que se trata de las que un acreedor concede a un deudor por convenio particular. A nuestro entender, se nos antoja más cierto que la nueva L.E.C. las separó, del pacto o promesa de no pedir, seguramente para impedir que se confundieran mutuamente, como hace el propio MANRESA<sup>7</sup>. Lo contrario sería negar que exista el p. de n. p. parcial.

Ya parte de la doctrina anterior a la L.E.C. de 1.881, opinaba de la manera que acabamos de expresar<sup>8</sup>.

Habíamos dicho que el *pactum de non petendo* se encontraba recogido también en el artículo 144 de la Ley Hipotecaria de 1.861. El artículo dispone:

*«Art. 144. Todo hecho o convenio entre las partes, que pueda modificar o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, como el pago, la compensación, la espera, el pacto o promesa de no pedir, la novación del contrato primitivo y la transacción o compromiso, no surtirá efecto contra tercero, como no se haga constar en el Registro por medio de una inscripción nueva, de una cancelación total o parcial o de una nota marginal, según los casos».*

Es un artículo que no ha sufrido variación alguna respecto a la Ley Hipotecaria vigente de 1.946, cuyo actual artículo 144 está redactado exactamente igual que su antecedente<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> MANRESA Y NAVARRO, *Op. cit.*, pág. 535.

<sup>8</sup> Por ejemplo, Vicente HERNÁNDEZ DE LA RÚA (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, IV, Madrid, 1.856, pág. 182): «Todavía podrá ponerse en duda la significación de las palabras con que el art. 963 expresa tres escepciones, que al parecer se reducían a dos, a la quita o pacto de no pedir y la espera. Sin embargo de que en el lenguaje gramatical pudieran confundirse, no sucede lo mismo definiéndolas en el jurídico, porque la quita es el perdón concedido por los acreedores reunidos en junta; y el pacto o promesa de no pedir, nace de la aveniencia o contrato particular entre acreedor y deudor» (el subrayado es nuestro).

<sup>9</sup> La nueva Ley Hipotecaria se limitó a copiar, tal cual, el artículo

Así pues, el *pactum de non petendo*, pacto o promesa de no pedir tal como lo denominan los cuerpos legales vistos, sigue vigente en el ordenamiento jurídico español. Y resulta curioso y significativo ver que en ellos, en ningún momento, aparece el término de condonación o remisión. Dos razones se nos ocurren para justificar esta ausencia:

1. Porque estos términos no aparecen hasta la promulgación del Código civil. La L.E.C. es anterior, de 1.881 así como Ley Hipotecaria de 1.861.

2. Porque lo que hoy se conoce como condonación o remisión discurría implícito en el amplio contenido del *pactum*. Este es nuestro sentir.

Sin embargo no falta quien, con anterioridad a la publicación del C.c., habla del pacto o promesa de no pedir y de la condonación como de dos figuras diferentes. Así, por ejemplo, lo hacen PANTOJA Y LLORET, al comentar el artículo 144 de la Ley Hipotecaria, diciendo:

*«El pacto o promesa de no pedir es una renuncia que hace el acreedor de la deuda que a su favor tenía, la que terminando la obligación, naturalmente termina también la hipoteca que la garantiza. ...»*

*Aunque la Ley nada habla de la condonación o perdón de una deuda, creemos que se halla comprendida también en este artículo, como todos los demás convenios que modifiquen o extingan una obligación hipotecaria».*<sup>10</sup>

---

144 visto anteriormente, guardando el mismo guarismo, como era la intención del nuevo legislador plasmada en la Exposición de Motivos: «... Y aunque el nuevo texto comprende menor número de artículos que el anterior, se ha procurado conservar la misma numeración a los más importantes y más frecuentemente citados en sentencias y resoluciones...», aunque no sea éste el caso del art. 144 L.H.

<sup>10</sup> PANTOJA, J.M. y LLORET, A.M., *Ley Hipotecaria, comentada y explicada, concordada con las leyes y códigos extranjeros; comparada con las disposiciones de la legislación española que han servido de precedente para re-*

Hay quien, al contrario, se muestra distintamente, si bien en sede de la Ley procesal (L.E.C.):

*«6ª. Pacto o promesa de no pedir. ... es equivalente a la condonación o remisión de la deuda, o a un aplazamiento, según los términos en que se haya celebrado, siendo todas modificaciones de la primitiva obligación, que invalidan ésta, al menos tal como se contrajo, y de aquí la justificación de la Ley al admitirlas como excepciones.»<sup>11</sup>*

Creemos que la clave está en la expresión *«según los términos en que se haya celebrado»*. En efecto, el *pactum de non petendo* incluía no sólo la promesa o pacto de no pedir, sino también todas las demás manifestaciones que, hemos demostrado, se encuentran en lo que hoy conocemos como condonación. En el mismo sentido de lo expuesto, se manifiesta MANRESA Y NAVARRO en su comentario a la excepción del pacto o promesa de no pedir, del art. 1.464 de la L.E.C., al decir:

*«6ª. Pacto o promesa de no pedir. - Podrá resultar de ese pacto la condonación de la deuda, o un aplazamiento, según los términos en que haya sido celebrado, y ya implique la extinción de la obligación, ya la espera para el pago, carece el acreedor de derecho para reclamar esa deuda por la vía ejecutiva, faltando a lo pactado o prometido ... Cuando del pacto resulte la condonación de la deuda, se regirá por los artículos 1.187 y siguientes del Código Civil, y si no es más que un aplazamiento con o sin tiempo determinado, serán aplicables las disposiciones de los artículos 1.125 y siguientes del mismo Código, que tratan de las obligaciones a plazo.»<sup>12</sup>*

dactarla, I, Madrid, 1.861, Com. art. 144, pag. 395.

<sup>11</sup> LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL de 3 de febrero de 1.881, Concordada y anotada con gran extensión según la doctrina de los autores y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, bajo la dirección de D. Emilio REUS, III, Madrid, 1.882, Com. art. 1.464, pag. 418.

<sup>12</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M., Op. cit., pag. 536.

Claramente pues, según este autor, queda implícita la condonación en lo que la L.E.C. denomina *pacto o promesa de no pedir*. Ya habíamos dicho también nosotros, a pesar de alguna opinión en contra, que éste era nuestro sentir. Y vemos que se vuelve a utilizar la expresión «según los términos en que haya sido celebrado», lo cual nos muestra, en verdad, que habrá que atender primordialmente a la real intención del acreedor, para conocer cuál es el efecto del negocio jurídico llevado a cabo; en otras palabras, qué modalidad, de lo que se conoce como condonación o remisión, ha utilizado el acreedor para, de alguna manera, favorecer al deudor.

La investigación de la voluntad real del acreedor resultará fundamental para conocer el alcance exacto de la modificación que ha querido llevar a cabo en la obligación, con todos los inconvenientes que este criterio puede representar.

Más recientemente, GUASP, también muestra su opinión en el sentido mantenido también por nosotros:

*«Cuando la obligación original se extingue por voluntad del acreedor, el supuesto fundamental, que es la condonación, aparece recogido en el número 6 del art. 1.464, si bien con la fórmula, anterior a la terminología del C.c., del "pacto o promesa de no pedir"; ahora bien, cuando la condonación no es total, sino meramente parcial o temporal, es decir, que no afecta a la totalidad de la obligación, sino solo a parte de su cuantía o a la fecha de su vencimiento, la correspondiente excepción se encuentra en el n.º 5 del art. 1.464, al hablar de la quita o espera; ...».*<sup>13</sup>

Vemos que este autor, al igual que hacia MANRESA, man-

---

<sup>13</sup> Jaime GUASP, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1.961, pág. 777.

tiene que la quita del nº 5 del art. 1.464 L.E.C. se refiere a la condonación parcial. Reproducimos lo mismo que decíamos al contestar a MANRESA: ello conlleva el afirmar que en el nº 6 del art. 1.464 L.E.C. no tiene sede más que el *pactum de non petendo* perpétuo y total, lo cual a nosotros nos resulta violento de aceptar; creemos que la quita va referida al convenio judicial recaído en concurso de acreedores más que al acto particular entre un acreedor y su deudor.

Pero tampoco se trata de una cuestión de principio y ello no altera para nada el centro de nuestra argumentación. Sea como fuere, queda suficientemente demostrado que a la condonación, antes de la promulgación del Código civil, se la conocía con la denominación de *pacto promesa de no pedir*, de acuerdo con la tradición histórica.

Con todo lo dicho hasta ahora hemos querido demostrar que el *pactum de non petendo* era la denominación antigua - y todavía vigente en la L.E.C. y la Ley Hipotecaria - de lo que hoy conocemos como condonación. Ello justifica, sobradamente, su tratamiento.

Pero, ¿en qué consiste el genuino pacto o promesa de no pedir? Resuelto el problema terminológico legal - condonación, remisión, etc. - desde el advenimiento del Código civil, ¿cuál es el lugar que hoy ocupa el pacto de no pedir? ¿Se agota en la simple renuncia de la acción? ¿Surge de él una obligación de no hacer? ¿Cómo conecta con la condonación?

A todo ésto intentaremos responder a continuación.

5. UNA NUEVA VISIÓN SOBRE EL «PACTO O PROMESA DE NO PEDIR».

5.1. Generalidades.

El «*pactum de non petendo*» ha venido conceptualizado, clásicamente, desde dos puntos de vista:

1. Como constitutivo de una mera renuncia a la acción. Desde este punto de vista, se trataría de un acto o negocio que agotaría sus efectos directos en la esfera del acreedor: la renuncia de la acción sería su efecto esencial. Además, estaríamos ante un acto dispositivo.

2. También se suele definir como constitutivo de una obligación: el acreedor se obliga a no reclamar del deudor su deber de prestación. De esta manera puede optarse o por calificarlo de contrato - fuente de las obligaciones por excelencia - o como un supuesto de declaración unilateral de la que nace una obligación. En cualquiera de las dos opciones, tendríamos que hablar de negocio obligatorio.

Ambas concepciones, sin embargo, han sido defendidas como diversos aspectos de un sólo negocio. Como ejemplo revelador de lo que decimos, podemos citar a MICCIO:

*«Dalla remissione va tenuto distinto il pactum de non petendo, il quale non produce l'estinzione del rapporto obbligatorio, ma si risolve in una nuova ed ulteriore obbligazione di non fare nei confronti del debitore, in forza della quale il dovere di prestazione resta neutralizzato. Il pactum de non petendo costituisce in altre parole rinuncia all'azione, mentre la remissione costituisce rinuncia al diritto».*<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Renato MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, en «Comentario del Codice civile, Lib. IV, Tomo I, Titolo I», Torino, 1.966, pág. 314. Insiste años más tarde en esta idea: «Da non confondere con la remissione è il pactum de non petendo, che dà luogo ad un impegno del creditore di non

En la doctrina española que, dicho sea de paso, omite pronunciarse sobre esta figura, se suele conceptuar desde el segundo de los puntos de vista citados, es decir, como constitutivo de una obligación de hacer, derivada de contrato. Como ejemplo de ello, podemos citar el testimonio de SANCHO REBULLIDA<sup>2</sup>, que sigue fielmente la opinión de BARASSI, y el de CAFFARENA<sup>3</sup>.

Sea como fuere, lo cierto es que el p. de n. p. siempre ha guardado una misma característica: la inexigibilidad de la deuda, la imposibilidad del acreedor de pretender el cumplimiento de la obligación<sup>4</sup>.

Pero en nuestra opinión, dicha inexigibilidad nacerá no de una obligación sino de un acto dispositivo del acreedor, negocio reglamentario, de segundo grado que tiene como contenido el dotar a la deuda de nueva regulación con efectos inmediatos y dispositivos.

*esigere la prestazione del conformti del debitore. Esso costituisce rinuncia all'azione e non rinuncia al diritto ...» (I diritti di credito, I, Torino, 1.971, § 90, pág. 461).*

BARASSI (*La teoria generale delle obbligazioni*, III «L'attuazione», Milano, 1.964, § 278, pág. 187) lo configura como un verdadero contrato, del cual surge la obligación de no reclamar por parte del acreedor: «*Si vuole oggi convenzionalmente intendere con questa figura non considerata dal codice un vero contratto, mediante il quale il creditore si obbliga a non esigere, indefinitamente o per un dato tempo o sino al modificarsi di certe attuali circostanze, il credito. Qui il vincolo obbligatorio continua a vivere: l'effetto estintivo reale e immediato, proprio della remissione, manca. Solo vi è un obbligo diretto a considerarlo come estinto; il che è molto diverso. ... Questo concetto è stato riassunto come patto relativo non al rapporto di credito ma all'azione*». Los subrayados son nuestros.

<sup>2</sup> Op. cit., pág. 211 s.: el autor se limita a reproducir las palabras de BARASSI (vid. nota anterior).

<sup>3</sup> Op. cit., pág. 311: «*Cuando el acreedor no condona la deuda a uno de los deudores solidarios, sino que tan sólo se obliga a no exigirle a él el cumplimiento de la obligación, ...*».

<sup>4</sup> Francesco RUSCELLO («*Pactum de non petendo*» e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio, «*Rivista di Diritto Civile*», Padova, 1.976, p. 199) así lo entiende: «*... è da notare una caratteristica comune a tutte le fattispecie: el pactum impedisce al creditor di pretendere l'adempimento*».



5.2. Naturaleza jurídica.

El *pactum de non petendo in perpetuum*, que es del que estamos hablando, ya sea respecto a un sólo deudor, ya respecto a varios - supuesto de cotitularidad en la deuda - siempre se encuadrará en la temática de las modificaciones de la relación jurídica<sup>5</sup>.

En efecto, es una modificación de la disciplina de la relación jurídico-obligatoria, que no extingue la obligación. Desde este punto de vista, lo calificaremos de negocio o acto reglamentario, de segundo grado, esto es, un negocio o acto dirigido, no a constituir o extinguir una relación jurídica *ex novo*, sino a regular una ya existente<sup>6</sup>. He aquí una primera diferencia con el negocio típico de condonación que, recordemos, siempre era extintivo.

El *pactum* supone, pues, una mutación de la disciplina de la reglamentación de intereses, independientemente de la fuente de donde provenga aquélla: contrato u obligación legal.

Pero a pesar de tratarse de negocios o actos diferentes, también el *pactum* se caracteriza, sobre todo y al igual que la remisión, por su efecto, cual es, la inexigibilidad de la deuda.

Dicha inexigibilidad supone, precisamente, que tanto el crédito como la deuda siguen existiendo; la obligación continúa con sus mismos elementos esenciales, si bien tanto el

---

<sup>5</sup> RUSCELLO, *Op. cit.*, pág. 199.

<sup>6</sup> El concepto de negocio reglamentario se puede ver en Pietro PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, Camerino, 1.972, págs. 32 ss., especialmente en la pág. 36, donde puede leerse: «*I negozi regolamentari sono appunto quelle fattispecie non estintive né modificative della struttura, ma semplicemente modificative di una disciplina già esistente*».

poder de exigir como el deber de prestar se encuentran, por efecto del *pactum*, sumamente debilitados. Retengamos tan sólo, por ahora, que el tipo de pacto que estamos estudiando - *in perpetuum* - concede una excepción asimismo perpetua en favor del deudor y contra la reclamación del acreedor, y ello a pesar de que la obligación, como tal, sigue existiendo<sup>7</sup>.

En definitiva, pues, y de acuerdo con la calificación de acto o negocio reglamentario, la obligación no viene extinguida por la interposición del *p de n. p.*, determinando, por el contrario, la inexigibilidad de la deuda.

Pero podría pensarse que de la falta de la exigibilidad de la deuda deriva la inexistencia del derecho de crédito, o dicho por pasiva, se identificaría la exigibilidad de la deuda con la existencia del mismo crédito. Nada más incierto.

A este propósito acogemos las palabras de RUSCELLO quien, desde una perspectiva dinámica del derecho civil, afirma que «*non sembra si possa limitare lo studio e la rilevanza delle situazioni giuridiche soggettive al solo momento dell'esercizio*»<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Ya VINNIUS decía que por el *p. de n. p.* se producía una excepción perpetua, deviniendo perpetua la imposibilidad de exigir o, mejor dicho, la posibilidad del deudor de negarse a cumplir. Este autor nos dice, al hablar de las excepciones perpétuas: «*Aliae perpetuae sunt, ut peremptoriae, quae ut semper agentibus obstant, actionemque perimunt; ita et solae ad liberationem, qua de agimus, pertinent*». Más adelante, al hablar de la remisión de la deuda, relacionada con el pacto o promesa de no pedir: «*Ex remissione debiti nascitur exceptio aut pacti conventi, si debitor pactus est cum creditore, ne a se pecunia petatur ...*» (*Partitionum juris civilis*, Lib. II, Cap. LXXV «De liberatione per exceptionem», Florentiae, 1.837, pág. 415).

<sup>8</sup> Op. cit., pág. 202. Añade el autor que «*sarebbe, questa, una visione unilaterale dei fenomeni giuridici, che nn sembra sufficientemente idonea ad una completa comprensione degli stessi. Del resto una distinzione tra momento di esistenza e situazione giuridica e momento di esercizio della stessa talvolta sembra necessaria oltre che da un punto di vista logico anche sotto l'aspetto cronologico*» (*Idem*, pág. 203).

Por el *pactum* el acreedor no puede ejercitar el poder de exigir que deriva de su derecho subjetivo de crédito, pues ha provocado con su acto la inexigibilidad de la deuda. Pero esto no quiere decir que su crédito se haya extinguido.

Hay que distinguir entre la existencia de una situación jurídica, su ciclo formativo y su actuación. Son momentos y perfiles distintos, aunque todos forman parte del único fenómeno: la relación jurídica; en nuestro caso, la obligación.

Sostener que por el hecho de que la deuda no sea exigible no pueda hablarse de la existencia del derecho de crédito sería tanto como negarlo en la compraventa de cosa futura, en las obligaciones genéricas y alternativas o, asimismo, en la obligación sujeta a término inicial\*. En todos estos supuestos la obligación, el deber de prestación no es exigible y, sin embargo, existe el derecho de crédito.

Pues lo mismo cabe decir respecto a la obligación que se ve alterada por la interposición del pacto o promesa de no pedir. La inexistencia implica inexigibilidad, pero ésta no implica inexistencia.

Esta es la perspectiva aplicable al *pactum de non petendo in perpetuum* por su interposición, tanto el deber de prestación como el derecho de crédito continúan existiendo; la obligación mantiene sus elementos esenciales. Ésta y no otra es la lógica consecuencia de haber calificado al *p. de n. p.* como negocio reglamentario.

---

\* Los ejemplos son citados por RUSCELLO (*Op. cit.*, pág. 203) y son aplicables al derecho civil español. Respecto al caso de la obligación sujeta a término inicial, si el deudor paga anticipadamente, no puede repetir (ex art. 1.126 C.c.). Ello significa que, a pesar de que el acreedor no podía exigir el pago, éste es válido y, por lo tanto, existía el crédito.

5.3. El pacto de no pedir no es necesariamente bilateral.

Resulta interesante ver que cada vez que se hace mención de esta institución se utiliza la expresión *pacto o promesa de no pedir*. En principio, nos podría parecer que sólo se puede llegar al pacto a través de la vía contractual y que ella sería necesaria para su validez y eficacia. Sin embargo nosotros creemos que la palabra *pacto* es una reminiscencia histórica de la denominación romana *pactum de non petendo*. Por ello, cada vez que viene nombrada en los textos legales, el legislador se apresura a darle el sinónimo de promesa.

Desde esta perspectiva se podría tratar de un compromiso adquirido por el acreedor, frente al deudor, de no pedirle la deuda, ya sea temporal o perpetuamente, ya total o parcialmente. Consistiría en una declaración unilateral de voluntad, de una promesa en la que no hace falta la intervención del deudor para que adquiera carta de naturaleza y despliegue todos sus efectos. Naturalmente, nada obsta, ex art. 1.255 C.c., que se pueda realizar por vía contractual; sólo afirmamos que basta con la declaración del acreedor.

Pero, como veremos, el argumento gramatical aducido no nos sirve para calificar al *pactum de non petendo* como declaración unilateral de voluntad, máxime cuando de su interposición no nace ninguna obligación a cargo del acreedor: veremos más adelante que debe configurarse como un acto de disposición. Con todo, el mismo legislador admite la posibilidad de que el deudor no participe en la formación del pacto o promesa de no pedir.

El argumento histórico, según la tradición notarial anterior al siglo XX, sí puede acercarnos más a la realidad.

En efecto, la palabra *pacto* es equívoca, como nos lo muestran los Tratados de Notaría de los siglos XVIII y XIX. Por ejemplo COMES<sup>1</sup>, en su parte práctica, nos enseña cómo se formalizaba el típico pacto de no pedir gratuito, que se perfecciona con la sola comparecencia y declaración del acreedor:

"PACTO DE NO PEDIR GRATUITO.

*En la ciudad y día &c. Sépase, que yo Martín N., por cuanto Cirilo N. me debe tantas libras barcelonesas, que de palabra prometió pagarme por Tomás N., que me las debía, por iguales que le presté gratuitamente y sin el menor interés, y dicho Cirilo N. me ha pedido, que le libre de esta obligación, por medio del pacto de no pedir: Por tanto, con el presente espontáneamente hago a dicho Cirilo N. pacto perpetuo de no pedirle en tiempo alguno las referidas tantas libras y de no accionar contra él ni sus bienes por razón de las mismas. En cuyo testimonio &c."*

Fijémonos en que la expresión utilizada es en individual, "*hago pacto*", sin que se revele, en ningún momento, la esencialidad de la participación del deudor para que tal pacto exista y sea efectivo.

Hasta tal punto era eficaz la sola declaración del acreedor, en el pacto de no pedir la deuda, que si el deudor quería extinguirla mediante el correspondiente pago satisfactivo, debía enervar la imposibilidad autoimpuesta por el acreedor de exigirle la deuda, con otra declaración, ya que

---

<sup>1</sup> COMES, José, *Tratado Teórico-Práctico del Arte de Notaría*, Traducción libre de la obra que con el título de *Viridarum Artis Notariatus* escribió en latín D. José Comes, Tomo Tercero, Barcelona, 1.829, págs. 1 y 2 (el subrayado del texto es nuestro).

de otra forma no estaría pagando ninguna deuda<sup>2</sup>. Aquí hay que hacer un inciso importante: recordamos que en el derecho histórico español, el pacto perpetuo de no pedir la deuda equivalía a la actual condonación extintiva.

Otro ejemplo nos lo ofrece FALGUERA<sup>3</sup>:

"PACTO DE NO PEDIR GRATUITO Y PERPETUO.

Sébase que Gaspar Gomis y Llinas, latonero, vecino de Barcelona HACE PACTO DE NO PEDIR jamás a Miguel Raset y Dou, vecino de la misma ciudad, presente, las cuatrocientas libras equivalentes a 4.266 rs. vn. 23 ms. que este le debe según la escritura de debitorio otorgada por ante N. Notario a ...de...de... Así lo otorga en Barcelona a... de... del año de... siendo presentes por testigos N. y N. Y el otorgante conocido de mí el infrascrito Notario, firma".

También advertimos que sólo se exige la participación del acreedor y, por la redacción del formulario, es el único

<sup>2</sup> COMES, José, (ibidem): «PACTO DE PEDIR. En la ciudad y día &c. Sébase que yo Cirilo N., en atención a que Martín N. con escritura recibida en poder &c., con pacto perpetuo de no pedir y de no accionar contra mí y mis bienes me libró de la obligación en que me hallaba de pagarle por Tomás N. tantas libras barcelonesas, que este le debía por &c., y como el citado Martín N. no ha podido cobrar de aquel las referidas tantas libras: Por tanto, queriendo que pueda cobrarlas de mis bienes, de mí espontanea &c., cancelando primeramente y anulando el referido pacto de no pedir que me hizo y todas las absoluciones y excepciones que adquirí con el mismo, y haciendo a dicho Martín N. pacto de pedir; convengo y le prometo, que pagaré a él o a los suyos dichas tantas libras debidas por la espresada causa &c.». El subrayado es nuestro.

<sup>3</sup> FALGUERA, Félix María, *Formulario Completo de Notaría*, segunda edición arreglada a la ley hipotecaria y a la de enjuiciamiento civil, revisada y aprobada por la academia de notarios de este territorio, Barcelona, 1.862, pág. 175. En otro formulario, de Pacto de no pedir un crédito hipotecario, utiliza la expresión «PRONETE ... no pedirle jamás ...»; vemos que utiliza indistintamente «promete» o «hace pacto», pero siempre como manifestación unilateral. En caso contrario se habría utilizado «hacen pacto».

Asimismo puede verse en Vicente GIBERT (*Teórica del Arte de Notaría*, escrita en latín; traducida al castellano por D. Eugenio DE TAPIA, Tercera edición, ilustrada con notas del Dr. D. Félix María FALGUERA, Barcelona, 1.875, pág. 164), cuando dice: «Perpétuo, es cuando puramente y sin hacer mención alguna de tiempo se hace el pacto: v.g. prometo no pedirte los cien doblones que me debes».

firmante del documento.

En definitiva, parece pues que la tradición notarial enseña que no es necesario, a pesar de denominarse pacto de no pedir, la intervención del deudor en orden a aceptar dicho pacto. Por ello decíamos que la expresión de pacto o promesa de no pedir podía resultar equívoca.

La doctrina mayoritaria suele aceptar como axioma el que el pacto de no pedir debe ser concluido bilateralmente. Ello es consecuencia de la fuerza del término «pacto». Pero también hemos visto que, al lado de pacto, el legislador utiliza la palabra «promesa» que indica unilateralidad.

La cuestión, pues, debe ser considerada como abierta a la posibilidad de que el *pactum de non petendo* pueda concluirse unilateralmente, por la sola declaración del acreedor. Evidentemente, la propia inercia del término «pacto» arrastrará hacia la consideración y conclusión bilateral del negocio, pero no como exigencia inexorable.

Valga la cita de uno de los autores que con más autoridad ha tratado últimamente esta figura. De las palabras de RUSCELLO podemos deducir que el efecto perseguido con el pacto de no pedir puede conseguirse con la sola voluntad del acreedor:

*« ... l'espressione «accordo», ... non esclude in talune ipotesi ... in base al principio dell'economia delle dichiarazioni si possa riscontrare un negozio unilaterale, si che, nella specie, non si dovrà parlare di pactum de non petendo, bensì di actum de non petendo». <sup>4</sup>*

---

<sup>4</sup> RUSCELLO, *Op. cit.*, pág. 201, nota 17.

En nuestra opinión, puede conservarse la palabra *pactum* no siendo imprescindible sustituirla por *actum*, si bien, siendo conscientes de lo dicho: la expresión pacto de no pedir no implica, necesariamente, la bilateralidad de la figura.

Lo que sí será necesario es que el deudor tome noticia de la interposición del *pactum de non petendo*. Con ello no queremos decir más que debe ser una declaración recepticia. La declaración constitutiva del *pactum* es hecha *inuitu personae*; si cabe, con mayor relatividad que en la condonación personal.

Nos explicaremos. La condonación personal, normalmente y según el Código civil, siempre va acompañada de reducción del *quantum* de la deuda, de la cual pueden aprovecharse los demás codeudores. Veremos, al estudiar el juego del *pactum* en las obligaciones solidarias, que éste sólo aprovecha a la persona con quien es concluido, sin posibilidad de que los demás puedan aprovecharse de él, no sólo no reduciendo la deuda, pues no es la cuantía de la prestación su objeto, sino tampoco vía excepción.

Por lo tanto, la relatividad de efectos está mucho más acentuada. Cuando el *p. de n. p.* es concluido unilateralmente, la declaración del acreedor debe ser calificada de recepticia para su eficacia. El *intuitu personae* se revela, aquí, con mucha más nitidez que en cualquier otra especie de condonación. El hecho de que el acreedor quiera modificar su *ius variandi* sin reducir la cuantía de la obligación, indica que el negocio es concluido en el interés exclusivo del deudor beneficiado.



5.4. Objeto y efecto del pacto o promesa de no pedir.

El problema del pacto o promesa de no pedir concierne al ámbito de las legitimaciones.

Si hemos dicho que el *pactum* no extingue la obligación, ni tampoco, decimos ahora, reduce su cuantía, ¿de dónde procede la inexigibilidad de la deuda?

Para responder a esta pregunta hemos de ver cuál sea el objeto de la declaración de voluntad del *pactum*.

Los términos a través de los cuales se formaliza el pacto de no pedir son sencillos de comprender, aunque no revelan la verdadera función de tal acto. El decir que «prometo o pacto que no te pediré nunca la deuda» acaso lleve más a confundirnos que a aclarar qué es lo que sucede con tal declaración de voluntad.

El objeto sobre el que recae la declaración constitutiva del pacto o promesa de no pedir debemos encontrarlo en la esfera pasiva de la obligación, en la deuda y en la titularidad de la misma.

En efecto, la declaración de voluntad del acreedor no se dirige a renunciar a su poder de exigir o reclamar la deuda ni, mucho menos, a la renuncia de la acción judicial. O, al menos, éstos no son efectos directos del pacto de no pedir.

El objeto de la declaración de voluntad del pacto debemos encontrarlo en la titularidad de la parte pasiva de la obligación y, concretamente, recae en la legitimación pasiva del deudor.

A diferencia de la condonación personal, en que su objeto era la titularidad, el objeto del *pactum* se encuentra

en el contenido de aquélla. La declaración de voluntad del acreedor se dirige hacia la extinción de la legitimación pasiva, entendida como aquella situación del deudor por la cual el acreedor puede exigirle el pago de su deuda y si no lo realiza, incurre en la denominada *mora solvendi*<sup>1</sup>.

El *pactum* no extingue la titularidad pasiva pues en este caso y existiendo un sólo deudor en la obligación, la deuda también se extinguiría (condonación personal). Su efecto es reductivo: reduce el contenido de la titularidad del deudor, extinguiendo la legitimación pasiva de éste.

En este sentido, podría establecerse un cierto paralelismo entre remisión total/ remisión parcial y condonación personal/*pactum de non petendo*. Si la remisión parcial no extingue, sino que reduce el *quantum* de la prestación, el *pactum* no extingue la titularidad sino que reduce su contenido.

Ante la reclamación del acreedor, una vez interpuesto el pacto de no pedir, el deudor no tiene por qué pagar y negándose a hacerlo no caerá en *mora solvendi*, puesto que su legitimación ha sido extinguida. Éste es el efecto esencial, el que caracteriza al *pactum*.

Por lo dicho, el calificar a esta figura como de simple renuncia a la acción, sin más y por sí misma, supone una visión parcial de la cuestión. Lo que sí es cierto es que el acreedor, al pactar que nunca pedirá la deuda al deudor, verá extinguida, por efecto reflejo, su legitimación para exigir

---

<sup>1</sup> El concepto de legitimación pasiva está extraído de BADOSA COLL, *Apuntes de Derecho civil II* (inéditos y sin fecha). El mismo autor entiende la legitimación activa como aquella situación del acreedor en cuanto que es destinatario del pago de la obligación (ex art. 1.162 C.c.).

(inexigibilidad del cumplimiento de la obligación), pero no su titularidad en el crédito.

Es precisamente el objeto de la declaración constitutiva del *pactum* lo que hace que éste no pueda agotarse en la pérdida del poder de pretensión del acreedor. El hecho de que el acreedor incida directamente sobre la esfera pasiva de la obligación, extinguiendo la legitimación pasiva del deudor, impide calificar a este negocio como de eficacia obligatoria.

El acto o negocio debe ser calificado como de dispositivo. El *pactum* tiene una eficacia inmediata; la extinción de la legitimación pasiva del deudor tiene lugar inmediatamente con la declaración del acreedor. Éste no se obliga a no pedir sino que con su declaración crea (dispone) una nueva regulación jurídica de la deuda, dejándola inexigible a partir de entonces ya que excluye la *mora solvendi* del deudor en el caso de que el acreedor la exigiera.

Es desde esta perspectiva cuando debe hablarse de que el *pactum de non petendo* produce una modificación extintivo-constitutiva<sup>2</sup> de la reglamentación de intereses que supone toda obligación. Porque si bien se mira, por el *pactum* se extingue la legitimación pasiva del deudor y se crea una nueva regulación de la deuda, haciéndola inexigible. Pero ambos as-

---

<sup>2</sup> RUSCELLO utiliza esta expresión aunque desde otro punto de vista, esto es, respecto a la posibilidad de que el *pactum in perpetuum* conllevara un cambio en la causa justificativa de la obligación si del mismo naciera una obligación natural que justificara el futuro pago irreptible: «Mentre la remissione del debito ha come minima unita effettuale l'estinzione dell'obbligazione, il pactum in perpetuum si risolverebbe in una fattispecie estintivo-constitutiva, collegabile alla novazione causale. Si rinvuene infatti nell'ipotesi del pactum - o actum - in tal senso inquadrato un mutamento della causa giustificatrice del rapporto: ciò che giustificherà l'eventuale successivo adempimento sarà il dovere morale o sociale residuo» (Op. cit., pág. 209). El subrayado es nuestro.

pectos suponen sólo una modificación en la tutela de la relación obligatoria y no una extinción de ésta<sup>3</sup>.

El efecto modificativo es consecuencia lógica de haber calificado al *pactum* como negocio reglamentario; su función no se agota en la pérdida del poder coactivo del acreedor ya que, de hecho, al incidir sobre la disciplina de la relación obligatoria - entre acreedor y deudor -, constituye un verdadero y propio negocio o acto reglamentario<sup>4</sup>: se ha dotado a la deuda, a consecuencia de la voluntad del acreedor, de un nuevo régimen.

El acreedor no renuncia a la acción sino que deja inexigible la deuda: la modificación producida por el *pactum* tiene su sede natural en la esfera pasiva de la obligación. Obviamente, el dotar a la deuda de este peculiar nuevo contenido hace que el poder del acreedor se vea asimismo alterado. Pero es importante resaltar que la pérdida del poder de exigir, la falta de legitimación del acreedor para exigir el pago de la deuda tiene lugar como efecto reflejo, pero necesario, del *pactum de non petendo*. En puridad de conceptos, veremos al estudiar el régimen jurídico de esta figura que el

---

<sup>3</sup> Modificación que no supone novación pues aquella lo es sobre la reglamentación de intereses surgidos de la fuente de la obligación (voluntad o ley): no se modifica ni el objeto ni el título ni, muchísimo menos, los sujetos de la obligación; lo que sucede, insistimos, es que se crea un nuevo régimen jurídico de la deuda, haciéndola inexigible.

Ya parte de la doctrina del siglo pasado decía que el *pacto o promesa de no pedir*, al igual que la remisión de la deuda, a la que podía equivaler, eran «*modificaciones de la primitiva obligación que invalidan ésta, al menos tal como se contrajo*» (Ley de Enjuiciamiento civil de 3 de febrero de 1.881, por la redacción de la R. G. de L. y J., bajo la dirección de D. Emilio REUS, III, Madrid, 1.882, pág. 418).

<sup>4</sup> RUSCELLO (Op. cit., pág. 200, nota 10): «... la funzione del patto in esame non si esaurisce nella perdita del potere di agire; infatti esso, incidendo sulla disciplina del rapporto cui si riferisce, costituisce un vero e proprio negozio regolamentare».

acreedor, en verdad, sí puede plantear judicialmente su reclamación, aunque ésta no prosperará.

De todo lo dicho hasta ahora, podemos extraer las siguientes consecuencias:

1. Por el *pactum de non petendo* se modifica la reglamentación de intereses que supone toda obligación. No implica extinción de la relación obligatoria entre acreedor y deudor.

2. El p. de n. p. es calificado como acto reglamentario, es decir, sobrevenido a la obligación para modificar una disciplina ya existente<sup>2</sup>.

3. Que dicha modificación tiene lugar, directamente, en la esfera pasiva de la obligación, concretándose en:

a) Extinguir la legitimación pasiva del deudor, lo que conlleva un nuevo régimen jurídico de la deuda.

b) Como efecto reflejo, el acreedor queda asimismo

---

<sup>2</sup> La posibilidad genérica de que los pactos vinieran a modificar el *statu quo* de la relación obligatoria, ya había sido recogida en el siglo XVII por Jean DOMA1 (*Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Tome Premier, Paris, 1.777, 1<sup>a</sup> parte, Lib. 1<sup>o</sup>, Tit. I «Des conventions en général», Sec. IV, § 1, pág. 38): «1. *Liberté indéfinie de toute sorte de pactes. Comme les conventions sont arbitraires, & se diversifient selon les besoins, on peut en toutes sortes de conventions, de contrats & de traités, ajouter toutes sortes de pactes, conditions, restrictions, réserves, quittances générales, & autres, pourvu qu'il n'y ait rien de contraire aux loix & aux bonnes mœurs*».

Asimismo VOET (*Commentariorum ad Pandectas*, I, Venetiis, 1.827, Tit. De Pactis, § 8, pág. 151), más explícitamente: «*Quod si non stricti juris, sed bonae fidei negotiis pacta ex intervallo demum accedant; videndum, an adjicientia sint, an detrahentia. Adjicientia dicuntur, quae non de substantialibus alicujus contractus, sed de adminiculis ejus inerponuntur, veluti de arrhis, cautionibus, evictionibus praestandis. Detrahentia sunt, quae ex i's, quae ad ipsam contractus substantiam pertinet, quid mutant, & faciunt, ut a priori contractu videatur pro parte recessum, ac novus celebratus ... Et detrahentia quidem pacta actinem formant, cum videantur novum facere contractum, priore sublato. Adjicientia vero nec insunt ex parte actoris, nec actionem formant, sed tantum pariunt exceptionem, ...*»

falta de legitimación para exigir (inexigibilidad) y caso de que lo hiciere, el deudor no incurrirá en *mora solvendi*.

4. El *pactum*, por lo tanto, no supone extinción de titularidades, sino reducción del contenido de éstas.

5. La modificación operada por el *pactum* tiene lugar con efectos inmediatos desde su interposición, no pudiéndose conceptuar como una obligación de no hacer: es un acto dispositivo. El acreedor no se limita a renunciar a su acción, sino que con su acto dispone inmediatamente una nueva reglamentación de la deuda, dejándola inexigible y, con ello, modifica el contenido de la relación obligatoria.

6. La modificación supone que la obligación no se extingue. Ésta seguirá contando con sus elementos esenciales y, por supuesto, con las titularidades de ambas posiciones jurídicas, activa y pasiva. Desde este punto de vista puede afirmarse que el pacto provoca el debilitamiento de la relación obligatoria.

Concluyendo, el *iter* modificativo de la obligación, desde la interposición del pacto y a efectos puramente instrumentales, puede ser el siguiente:

1. Declaración de voluntad del acreedor utilizando los términos propios del pacto o promesa de no pedir.
2. Extinción de la legitimación pasiva del deudor, como efecto directo y esencial del acto.
3. Pérdida de la legitimación para exigir por parte del acreedor, como efecto reflejo pero necesario.

4. Si el acreedor reclama, el deudor puede (no debe) negarse a cumplir, sin que por ello caiga en *mora solvendí*.

En definitiva, se ha cumplido la peculiaridad que siempre la definido y caracterizado al *pactum de non petendo*: la nota de la inexigibilidad de la deuda.

#### 5.5. Régimen jurídico.

##### 5.5.1. Aspectos sustantivos del pacto de no pedir.

Hemos dicho que si el acreedor reclama, a pesar de haberse extinguido su legitimación para hacerlo, el deudor puede negarse a cumplir sin que por ello incurra en *mora solvendí*.

Pero, ¿qué sucede si paga? ¿Procede la *condictio indebiti* en el caso de que el deudor satisfaga su deuda? En definitiva, ¿existe o no pago de lo indebido si el deudor cumple con su deber?

Despejemos ya, *a priori*, la duda: no existe pago de lo indebido o, para responder a la primera pregunta, no procede la *condictio indebiti*. ¿Por qué? Por la sencilla razón de que la obligación no se ha extinguido.

Las titularidades, habíamos dicho, no se extinguían en virtud del *p. de n. p.*, sino que tan solo veían reducido su contenido: el acreedor sigue siendo titular del crédito y el deudor, titular de la deuda. Respecto al deudor, ni la deuda ni su titularidad han desaparecido. Respecto al acreedor, éste sólo ha dispuesto indirectamente de su legitimación para exigir del deudor su prestación.

La relación jurídico-obligatoria sigue siendo la misma. Lo que ha sucedido, a consecuencia del *pactum*, es una modificación del contenido de la deuda, como efecto directo de aquél, excluyéndose la legitimación pasiva y, por lo tanto, la posibilidad de *mora solvendi* del deudor en caso de reclamación del acreedor y la pérdida, como efecto reflejo, de la legitimación de exigir por parte del acreedor.

A nuestro entender, ambos aspectos de una misma unidad efectiva, son inmediatos desde la interposición del *pactum*, en el sentido de que su alegación en juicio no le da carta de naturaleza, puesto que su vigencia y efectividad es real y cierta desde aquel momento.

En definitiva, exclusión de la *condictio indebiti* en razón de que si el deudor paga, lo hará *solvendi causa*. El acreedor lo sigue siendo y tampoco el deudor ha dejado de serlo. Asimismo, sigue existiendo crédito y sigue existiendo deuda después de la interposición del *pactum*. Por lo tanto, si el deudor paga, paga lo que debe. El *vinculum iuris* no ha desaparecido y en la obligación puede seguirse hablando de débito y responsabilidad, aunque debilitados.

Por ello, resulta inexacto que del *pactum* derive una obligación de no exigir a cargo del acreedor. Si así fuera, el deudor no podría eximirse del deber de satisfacer ante la pretensión del acreedor, ya que lo único que podría hacer ese deudor sería pretender la constatación del incumplimiento del acreedor de su obligación de no exigir y, por ello, la responsabilidad por el incumplimiento, pero el sujeto pasivo de la preexistente relación obligatoria, ni siquiera con la



posible excepción, podría eximirse del cumplimiento de la propia obligación<sup>1</sup>.

Por ello, insistimos en la calificación del *pactum*, como acto reglamentario, modificador del contenido de la deuda o, si se quiere, y según la voluntad del acreedor, modificador del contenido de la titularidad de la posición pasiva en la relación obligatoria.

Es nuestra opinión reiterada que la figura del *pactum de non petendo* no tiene hoy la configuración que podía tener en un pasado lejano, máxime cuando hemos demostrado la heterogeneidad de figuras jurídicas que convergen bajo la denominación de condonación.

Esta función diferente viene recogida en uno de los *Considerandos* del Acuerdo de 27 de mayo de 1.952, del Tribunal Central Económico-Administrativo<sup>2</sup>, cuando dice:

*«...; siendo frecuente que en el mismo molde de esta institución - se refiere a la condonación - se vacíen otras de parejos efectos al constituir también, como aquélla, medios extintivos de obligaciones; tales como el pacto de no pedir (que antiguamente al llevar implícito, el de no alegar, en absoluto el crédito<sup>3</sup>, permitía al deudor repetir la pagada por error, y hoy son expresamente configurados en hipótesis más o menos arbitrarias y curiosas - conservación del crédito sin querer hacerlo efectivo pero reteniendo la prenda constituida por el deudor, conservación del crédito sin exigirlo pero con posibles fines de compensación futura, renuncia tácita al capital pero continuando percibiendo los intereses)-;...».*

---

<sup>1</sup> Así argumenta Manlio SARGENTI, («*Pactum de non petendo*» e remissione del debito, en «Il Foro Padano», Parte Prima, 1.959, col. 303), aunque queriendo asimilar *pactum de non petendo* y remisión.

<sup>2</sup> Repertorio de Jurisprudencia ARANZADI, Nº 1.588., Año 1.952.

<sup>3</sup> Esto ya lo habíamos puesto en evidencia a través de ENNECCERUS: *Vid.* «Posiciones doctrinales» acerca del antecedente de la actual remisión.

A pesar de todas las aplicaciones que pueda tener hoy el *pactum de non petendo* en sentido estricto, ninguna de ellas supone una extinción de la obligación. Hoy no se configura ya como antiguamente, cuando se confundían remisión y pacto de no pedir, siendo éste el medio natural para actuarla.

Y es lógico que no se extinga la obligación. Si tan sólo le otorgamos el efecto de reducir el contenido de las titularidades activa y pasiva de la obligación, en el sentido de extinguir la legitimación pasiva del deudor y extinguir la legitimación para exigir del acreedor - quedando siempre excluido el caso de perdón (condonación personal), como exclusión de la condición de deudor - no podemos pretender un efecto tan intenso como el de la condonación; es decir, que lo satisfecho por el deudor pueda ser calificado de pago de lo indebido.

Siendo inexigible el crédito por la propia voluntad del acreedor, se acerca al concepto de condonación. Pero a pesar de esta similitud o acercamiento, la obligación no se extingue ni, tampoco, las titularidades: existe un crédito y una deuda; un acreedor y un deudor.

De tal manera es así que, por ejemplo, lo que decía el *Acuerdo del Tribunal Central Económico-Administrativo* anteriormente citado, respecto a que el pacto de no pedir podía hacerse para conservar el crédito sin exigirlo, pero con posibles fines de compensación futura, no puede sustentarse. En efecto, sólo tenemos que acudir a lo preceptuado por el artículo 1.196 C.c. que, en su ordinal 4º exige, para que proceda la compensación, que las deudas sean líquidas y

exigibles. Precisamente, la nota de la inexigibilidad es una de las que caracteriza a la obligación afectada por el pacto de no pedir.

Cierto es que para que aproveche el pacto de no pedir al deudor, tiene que alegarlo y probarlo, ante la pretensión del acreedor, pero ello no supone un quebrantamiento de lo que hemos dicho hasta ahora, acerca de su inmediatez efectual. Esto nos permite entrar en el tema del pacto de no pedir como excepción.

Hay que distinguir dos fases claramente diferenciadas:

1º La de la interposición del pacto de no pedir, vigente la obligación. Éste puede interponerse en cualquier momento, desde que la obligación ha nacido y, desde entonces produce su efecto, otorgando una nueva regulación al contenido de la deuda y, en definitiva, alterando el *statu quo* de la relación obligatoria, como acto reglamentario que es.

2º El de su alegación ante la pretensión de cobro del acreedor. Evidentemente, y a pesar de que el acreedor ha visto mediatizado voluntariamente su poder de pretensión, puesto que su acción se ha extinguido en virtud del *pactum*, puede dirigirse frente al deudor, tanto judicial como extrajudicialmente, aunque contra tal pretensión, el deudor que resultó beneficiado por el pacto, podrá alegarlo y probarlo, con lo que se le absolverá de su pretendido deber.

Ello no quiere decir que el pacto de no pedir no pueda ser alegado por el deudor como excepción. Sólo tenemos que recordar el artículo 1.464 de la L.E.C., aunque el concepto de excepción que este artículo ofrece no es el puramente técnico.

puesto que igualmente habla de excepción respecto a la novación, pago, etc., es decir, actos o negocios que son extintivos de la obligación y sobre los que no puede admitirse que su único efecto sea el de conceder la excepción en juicio. Su eficacia es independiente de la alegación en juicio, ya que su fuente debe encontrarse en un acto propio del acreedor, al contrario de lo que sucede, por ejemplo, en las excepciones que surgen de la confusión o compensación: éstas deben ser alegadas para producir efectos, puesto que devienen de una situación objetiva.

Desde este punto de vista, el que se conceda al deudor una excepción no prejuzga, en absoluto, la intensidad del acto llevado a cabo.

Alguién podría pensar que el otorgamiento de la excepción es la prueba de la falta de automatismo del pacto de no pedir. Nosotros nos oponemos a esta idea. Seguramente quien así razone tendrá en mente el supuesto de la prescripción - que también está recogido en el art. 1.464 L.E.C.-, con el que guarda alguna similitud respecto al efecto que resulta más exteriorizado: el de la concesión de una excepción en juicio.

Sin embargo, a nuestro entender, éste es el último de los efectos, aunque sea el más vistoso, del *pactum*, puesto que emerge cuando el pacto de no pedir ha desplegado ya toda su eficacia sustantiva, quedando únicamente su alegación y prueba ante la pretensión del acreedor-actor.

Quede claro que no es que se nos antoje poco importante, aunque en sede de derecho sustantivo el *pactum* habrá actuado eficazmente su contenido: habrá ya modificado las

titularidades de las partes en la obligación, reduciéndoles su contenido de manera inmediata. La alegación en juicio no le dará carta de naturaleza, como ocurre en la prescripción, como no se la da al pago o a la novación. Lo contrario sería admitir que el *pactum de non petendo* viene construido, exclusivamente, sobre el plano puramente procesal. Se reivindica al *pactum* como figura que actúa sobre el plano sustantivo y que, por ello, tiene su repercusión en el procesal.

Se puede criticar nuestra opinión diciendo que el deudor, si no alega tal pacto o no lo puede probar, el juzgador no le absolverá de su deber de satisfacer la deuda. Ello es cierto, pero hay que matizar.

En primer lugar, no alegar el pacto de no pedir no significa que dicho pacto no haya existido y haya desplegado su eficacia, modificando la regla de conducta, tanto del acreedor como del deudor, en definitiva, dejando la deuda inexigible.

En segundo lugar, en el pago de la deuda por parte del deudor, habrá que ver una renuncia tácita - no se puede tachar a tal actuación de no ser clara y determinante, como exige la jurisprudencia - a alegar la no exigibilidad de la deuda que surgió de tal pacto de no pedir, y nada más.

También puede criticarse respecto a este punto. ¿Cómo puede admitirse que por un acto unilateral del deudor, renazca la anterior reglamentación de la relación obligatoria? ¿Cómo puede sustentarse que el que ostenta la situación pasiva en la obligación modifique unilateralmente la regulación jurídica de la deuda, haciendo de una deuda inexigible, exigible? Incluso, ¿cómo puede aceptarse que el cumplimiento de la

obligación quede en manos de una de las partes de la obligación, en este caso, del deudor?

Hay que distinguir:

Primero.- El pago de la deuda no implica la transformación del crédito, de inexigible en exigible. Hemos de recordar aquí y ahora, que el acreedor sigue siéndolo y, que el deudor también sigue siéndolo, así como siguen existiendo deuda y crédito.

Segundo.- Nunca hemos afirmado que la obligación desaparezca, sino al contrario, hemos insistido en la idea de que la relación obligatoria sigue siendo la misma, ya que el pacto de no pedir no la extingüía, como quizás pudiera pensarse antiguamente.

Tercero.- Con el pago del deudor no renace ninguna anterior regulación jurídica de la deuda. La deuda continuaba siendo susceptible de ser pagada, y así lo hemos puesto de manifiesto repetidamente al hablar de que la *condictio indebiti* se excluía de la esfera del deudor, si éste cumplía su deber de prestación.

Cuarto.- El cumplimiento de la obligación no queda en manos del deudor. Éste lo que hace es cumplir con su deber de prestación, actuar el contenido de su titularidad; y si puede negarse a hacerlo no es más que como consecuencia de esta posibilidad que el mismo acreedor le había concedido, autolimitándose su poder de pretensión.

Quizás la respuesta a esa serie de preguntas quede totalmente definida si recordamos aquí el contenido efectual del pacto de no pedir desde la perspectiva del acreedor. El pacto

no hacía impagable la deuda, sino que la hacía inexigible, lo que es muy distinto: el deudor seguía siéndolo y el acreedor continuaba ostentando la legitimación activa, como destinatario de un eventual pago. Lo único que había sucedido es que había perdido la facultad de pretensión o exigencia - cuya máxima expresión tomaba cuerpo en la acción judicial -, pero no su legitimación ni, mucho menos, su titularidad de la posición jurídica activa.

Una cosa resulta clara: la deuda podía ser satisfecha perfectamente sin que ello pudiera calificarse de modificación unilateral, por parte del deudor, de la regulación de la deuda. Ello no hace renacer ninguna antigua regulación por cuanto la posibilidad de satisfacer la deuda no había quedado derogada por el *pactum*. Éste, lo que sí había hecho era excluir la posibilidad de *mora solvendí* al negarse el deudor a satisfacer la deuda, en el caso de que le fuere reclamada.

En definitiva, creemos que queda ahora suficientemente claro que lo único que hace el deudor al pagar - en el seno del proceso -, es renunciar tácitamente, de manera clara y contundente, a la alegación judicial de la inexigibilidad nacida del pacto, sin que pueda pretenderse otra concepción respecto a su actitud. Y que conste que la concesión de una excepción no presupone la intensidad de la declaración de voluntad en que consiste el *pactum de non petendo in perpetuum*.

La concesión de una excepción al pacto o promesa de no pedir, en su sentido técnico y fuera del ámbito del juicio ejecutivo - que es donde está ubicado el artículo 1.464 L.E.C.<sup>4</sup> -, únicamente tiene sentido desde el momento que se

concede para facilitar el enervar la pretensión del acreedor-actor, mas no como constitutiva de su naturaleza jurídica. Una cosa es el aspecto sustantivo del pacto de no pedir y otra, muy distinta, el aspecto procesal que éste puede tomar.

Sin embargo, el deudor, y continuando con esta hipótesis, no sólo tendría el derecho de oponer la excepción frente al acreedor, sino que nada obsta para que, *motu proprio*, pueda ejercer la oportuna acción declarativa, a fin de que el juez reconozca la nueva regulación jurídica de su deuda.

Concluyendo, el efecto del *pactum* es inmediato. Con ello queremos decir que la liberación del deudor de su deber de cumplir la prestación debida es efectiva desde el momento de la interposición del mismo, sin que deba esperarse a su oposición en juicio, *ope exceptionis*.

La extinción de las respectivas legitimaciones no depende de que sea alegada. Creemos que debe ser suficiente probar en juicio la falta de legitimación del acreedor para exigir el cumplimiento de la obligación, para que el Juez declare «no ha lugar» la pretensión del acreedor, aún admitiendo la existencia de una relación obligatoria entre las partes litigantes. Ésta fue modificada de tal manera por el acreedor que devino no sólo inexigible en virtud de la restricción de su facultad de pretensión, sino que ambas titularidades vieron también restringido su contenido, por lo que el deudor también se vio «liberado» frente al acreedor de su deber de prestar.

---

\* Recordamos que según el análisis histórico del *pactum de non petendo*, la inclusión del mismo como excepción en el art. 1.464 L.E.C. se debe a su identificación con la remisión de la deuda, aunque hoy haya adquirido un nuevo sentido. Al lado del *pactum* estimamos que hoy cabe, con mayor razón, la excepción derivada de la remisión, de efectos idénticos a los del pago.



5.5.2. El pactum de non petendo y la solidaridad.

La admisibilidad del *pactum de non petendo* en la cotitularidad solidaria, tanto del crédito como de la deuda, no es cuestionada<sup>1</sup>.

Lo que hemos dicho hasta ahora sirve también para el *pactum* en la solidaridad. Pero hay que distinguir:

1. El *pactum de non petendo* ilimitado, frente a todos los codeudores solidarios.

2. El *pactum de non petendo* limitado, frente a uno o varios codeudores<sup>2</sup>.

En ambos supuestos, la declaración de voluntad sigue recayendo en el contenido de la titularidad de todos los deudores, según el primer caso, o de uno o varios, sin alcanzar a todos, en el segundo.

En el llamado *pactum de non petendo* ilimitado, no ofrece, en principio, dificultad alguna. Será tratado de igual manera que si existiese un sólo deudor<sup>3</sup>.

La interposición el *pactum*, desde el punto de vista del acreedor, en beneficio de uno de los codeudores solidarios de-

---

<sup>1</sup> Expresamente se pronuncia a favor de ella, Domenico RUBINO (*Delle Obligazioni. Art. 1285-1320*, en «Commentario del Codice civile» de A. Scialoja y G. Branca, Bologna, 1.961, Art. 1.301, pág. 264), aunque definiendo al *pactum* como obligación de no exigir: «è anche ammissibile, purchè nel caso concreto sia appositamente pattuito, che il creditore si riservi l'intero credito verso gli altri coobbligati, impegnandosi semplicemente a non chiedere il pagamento ad un determinato debitore, nè per l'intero nè pro quota. Si ha allora un semplice *pactum de non petendo*».

También CAFFARENA (*Op. cit.*, pág. 312) a quien «parece que puede apoyarse en el principio de autonomía de la voluntad».

<sup>2</sup> No utilizamos la expresión *in rem* o *in personam*, para designar a las situaciones 1 y 2, respectivamente, porque pudiera llevar a confusión, según el concepto visto hasta ahora para ellos. Recordemos que *in rem* significaba, no sobre la cosa, sino que aprovechaba a los fiadores y a los herederos. En cambio, *in personam* significaba lo contrario; sólo aprovechaba al destinatario y a nadie más.

<sup>3</sup> Igualmente sucederá en caso de deudor mancomunado, pues es tratado co-

be ser tratado como una autolimitación que aquél se impone a su *ius variandi*<sup>4</sup>. Si el acreedor hace pacto de no pedir en favor de uno sólo de los codeudores solidarios esta extinguiendo su legitimación pasiva en la deuda, aunque conserva su derecho de exigir contra los demás no beneficiados.

Pero, ¿supone dicha situación una remisión parcial de la deuda? En absoluto. El *pactum* tiene eficacia restringida entre el acreedor que lo realiza y el destinatario del mismo. El contenido de tal declaración no constituye más que la imposibilidad de exigir la deuda al beneficiado por el *pactum*.

Pero el acreedor conserva su derecho de exigir el total de cualquiera de los demás codeudores. La restricción de los efectos entre acreedor y beneficiado hace que, respecto a los demás, sea *res inter alios acta*. Además, tampoco el codeudor beneficiado se ve liberado de su responsabilidad: no ha habido perdón o liberación, como sí sucedía en la remisión personal.

La lógica consecuencia de lo que acabamos de decir, es que, como el deudor beneficiado por el *pactum* sigue ostentando su titularidad, sigue siendo deudor, el codeudor que pague el total puede dirigirse contra él, en vía de regreso, para que le satisfaga su módulo de participación interna en la deuda. Por esto decíamos que por el pacto de no pedir no desaparecía el *vinculum iuris* de la obligación: el deudor sigue siendo responsable.

---

como único deudor frente al acreedor.

<sup>4</sup> Así, GUILARTE ZAPATERO (*Op. cit.*, pág. 378): «Obviamente, no significa la remisión de la deuda y supone sólo una limitación que el propio acreedor introduce en el *ius variandi*».

Igualmente deberá cubrir la insolvencia de alguno de sus codeudores no beneficiados, si este fuera el caso.

En definitiva, la interposición del pacto de no pedir, con efectos limitados a uno o varios (no todos) de los codeudores, no puede perjudicar a los demás. El hecho de que como consecuencia del pacto aumenten las probabilidades de que cualquiera de los demás codeudores sea reclamado por el total, no constituye un serio obstáculo para su validez<sup>401\*</sup>. Piénsese que el beneficiado sigue siendo deudor, con todas sus consecuencias.

Pero, ¿puede aprovecharles? Tampoco. Queremos decir con esto que el acreedor sólo ha limitado su *ius variandi* frente al deudor beneficiado, habiéndolo eximido de reclamación directa de la deuda. Los demás codeudores seguirán expuestos a tener que pagar el total ante la reclamación del acreedor.

El hecho de que la declaración de voluntad constitutiva del pacto sea hecha *intuitu personae*, cuando sus efectos son limitados, hace que tan sólo dé lugar al nacimiento de una excepción puramente personal en favor del destinatario de aquella. Según el concepto atribuido a esta clase de excepción, sólo el codeudor beneficiado por el *pactum* está legitimado para interponerla frente a la reclamación del acreedor; no así los demás codeudores. Es la lógica consecuencia de haber calificado el *pactum* de eficacia limitada, como *res inter alios acta*<sup>402</sup>.

---

<sup>401\*</sup> Así lo piensa CAFFARENA (*Op. cit.*, pág. 312).

<sup>402</sup> Así CAFFARENA (*Op. cit.*, pág. 53): «Las terceras [excepciones puramente personales] derivan también de hechos concernientes a un solo deudor, tan sólo a éste pertenecen. Y no pueden los codeudores utilizarlas frente al acreedor de ninguna manera».

Además, como hace notar CAFFARENA, el beneficiado por el pacto sólo puede oponer la excepción frente al acreedor, «pero no a sus codeudores en la fase de nivelación»<sup>6</sup>. La razón debemos encontrarla en el hecho de que el deudor, al no desaparecer su condición de tal por la interposición del *pactum*, sigue siendo responsable.

Cuando decíamos que el pacto de no pedir era *res inter alios* acta, debe incluirse también en la palabra *alios*, a los demás coacreedores solidarios si los hubiere. Tampoco el pacto perjudicará a los demás coacreedores, en caso de cotitularidad en el derecho de crédito. Cualquiera de los que no han tomado parte en el mismo puede dirigirse, no sólo frente a los codeudores no beneficiados, sino también frente al que lo fue. Tal es el efecto del pacto de no pedir: únicamente tiene efectos entre quienes lo celebran<sup>7</sup>.

Vemos pues las diferencias que existen entre la condonación personal y el *pactum de non petendo*. Aquella libraba de responsabilidad al beneficiado, por cuanto extinguía su titularidad en la deuda; por el pacto el deudor no queda liberado de responsabilidad pues no se extingue su titularidad pasiva y sigue siendo responsable frente a sus codeudores<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Op. cit., pág. 312.

<sup>7</sup> GUILARTE ZAPATERO, op. cit., pág. 379.

<sup>8</sup> LACRUZ (Op. cit., II-19, Barcelona, 1.985, § 7, pág. 62) lo entiende como sigue: «Desde luego es válido el *pactum de non petendo particular*, con uno de los codeudores: tal pacto no afecta a la relación entre ellos, e impide sólo al acreedor dirigirse contra el codeudor en cuestión, a quien en este caso - si se trata de verdadero pacto de no pedir, y no de remisión - no se le perdona la deuda: simplemente, se le exime de la reclamación directa. En cualquier caso los otros obligados conservan contra él la acción de regreso».

Con todo, la utilidad del pacto de no pedir es manifiesta. No es lo mismo estar al albur de tener que responder por el montante total de la deuda, frente al acreedor, que estar a la expectativa del regreso del codeudor, con lo que el deudor beneficiado sólo satisfará, solamente y por una sola vez, su cuota interna en la cotitularidad. Añade CAFFARENA que «siempre será mejor no pagar al acreedor y estar a las resultas del regreso que cumplir la obligación y regresar contra los demás codeudores»<sup>9</sup>.

La ausencia de exoneración de responsabilidad también tiene lugar cuando el *pactum de non petendo* se haya realizado con efectos ilimitados, es decir, frente a todos los codeudores. Como decíamos, la situación debe tener igual tratamiento que si hubiera existido un sólo sujeto en la posición pasiva de la obligación: no extinción de la titularidad pasiva y posibilidad de que el deudor pague la deuda, excluyéndose la *condictio indebiti*. Sin embargo, al existir cotitularidad solidaria, el deudor que haya pagado la totalidad podrá dirigirse contra sus codeudores en reclamación de sus respectivas cuotas.

Cuestión distinta sería la posibilidad de que los demás codeudores que no han pagado pudieran exigir, al que lo ha hecho, responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados y siempre que pudiera establecerse claramente que la voluntad del acreedor fue la de dejar inexigible la deuda y no remitirla.

---

<sup>9</sup> *Op. cit.*, pág. 312.

5.6. El pactum de non petendo y otras figuras similares.

5.6.1. La «quita» previa al concurso de acreedores.

A) La quita y la condonación parcial: distinción.

La «quita y espera» ha sido generalmente considerada como un supuesto de condonación expresa parcial<sup>1</sup>.

En nuestra opinión, la «quita» que acontece previamente al concurso de acreedores no constituye una especie de condonación, ni siquiera en cuanto a su consideración como concordato preventivo y, dentro de él, a la subespecie de concordato remisorio<sup>2</sup>, incluso a pesar de algún criterio jurisprudencial<sup>3</sup>.

El concordato remisorio - llamémosle así - no deja de ser un tipo especial de procedimiento preconcursal en el que participa el deudor común con todos sus acreedores, como concordato preventivo que es<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Entre otros, cabe citar a SANCHEZ ROMAN (Op. cit., IV, pág. 423): «Es la remisión expresa judicial, cuando se concede en el juicio universal de concurso de acreedores».

También, en cierta forma, Demófilo DE BUEN (Anotaciones al Curso elemental de Derecho civil, de A. COLIN y H. CAPITANT, 4ª ed. puesta al día por Manuel BATLLE, III, Madrid, 1.960, notas al § 393, pág. 315).

Asimismo, en la doctrina francesa, CARBONNIER (Derecho civil, II-32, traducción y adiciones de M.ª ZORRILLA, Barcelona, 1.971, pág. 225).

<sup>2</sup> Vid., por todo, DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1.979, § 143, núm. 946-948, págs. 774-778.

A salvo siempre el contrato remisorio (condonación parcial bilateralizada) que pudieren celebrar los acreedores y el deudor en sustitución del concordato preventivo judicial (concordato preventivo extrajudicial), así como la condonación parcial, en sentido estricto, de que puede beneficiarse el deudor por la voluntad de cualquiera de sus acreedores.

<sup>3</sup> Se trata del tan repetido Acuerdo del Tribunal Central Económico-Administrativo de 27 de mayo de 1.952.

<sup>4</sup> «La situación de concordato queda a la iniciativa del deudor; es el deudor quien tiene la facultad de lo que podríamos llamar colectivizar a sus acreedores, detener las ejecuciones singulares y proponerles un convenio» (DIEZ-PICAZO, Op. cit., , nº 946, pág. 775).

Se trata de un expediente o procedimiento judicial como así se deduce del art. 1.912 C.c.<sup>6</sup> Además, para la celebración del concordato no bastan las declaraciones de voluntad del deudor común y de los acreedores, sino que es menester además la aprobación y homologación judicial<sup>6</sup>.

Vemos pues, la primera gran diferencia con el negocio remisivo: la condonación tiene lugar siempre fuera del ámbito del proceso, siendo suficiente para su celebración la declaración de voluntad del acreedor. En la quita hace falta, además, la intervención del juez y su sometimiento a otros requisitos propios de los expedientes judiciales.

Con todo, existen más diferencias. Una de las más importantes deriva de la ausencia del requisito de la voluntariedad, como exclusión de toda imposición exógena a la propia voluntad del acreedor individual. La voluntad personal y exclusiva del acreedor es un requisito constante en todo negocio remisivo.

Para la formación del acuerdo de quita se requiere mayoría de votos<sup>7</sup>. En efecto, el régimen jurídico del concor-

<sup>6</sup> «Art. 1.912. El deudor puede solicitar judicialmente de sus acreedores quita y espera de sus deudas, o cualquiera de las dos cosas; pero no producirá efectos jurídicos el ejercicio de este derecho sino en los casos y en la forma previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Vemos que, no sólo se prevé expresamente el que sea un proceso sino que su régimen jurídico debe someterse a lo previsto en la Ley adjetiva civil. El art. 1.130, 1 L.E.C. dispone: «Todo deudor que no sea comerciante, antes de presentarse en concurso, podrá solicitar judicialmente de sus acreedores quita y espera, o cualquiera de las dos cosas».

Claramente, el art. 1.917 C.c.: «Los convenios que el deudor y sus acreedores celebraren judicialmente, con las formalidades de la Ley, sobre la quita ...».

<sup>6</sup> DIEZ-PICAZO, *Op. cit.*, nº 946, pág. 776.

<sup>7</sup> Según el art. 1.139, 6º L.E.C., han de reunirse 2/3 partes de votos de los acreedores que toman parte en la votación en favor de la quita y que los créditos de los que concurran con sus votos a formar la mayoría importen, cuando menos, las 3/5 partes del total pasivo del deudor.

dato preventivo judicial en que consiste la quita supone la opción de reducir las deudas con el voto de la mayoría de los acreedores, con lo que los que han votado en contra del acuerdo no tienen otra alternativa que pasar por él. Es decir, el acuerdo es obligatorio para todos los acreedores, incluyendo a los que mostraron su voluntad contraria en su adopción y a los que no se pudieron pronunciar por inasistencia. Así lo previene el art. 1.917 C.c.

Por ello y en su caso, sólo podría hablarse de condonación parcial, desde esta perspectiva y sin olvidar que estamos ante un proceso judicial, respecto a los acreedores que mostraron su conformidad en la quita, pero nunca respecto a todos<sup>9</sup>. En definitiva, falta el requisito de la voluntariedad: la mayoría se impone a la minoría; no es ésta la condonación regulada en los arts. 1.187 y siguientes del Código civil.

Además, el deudor puede que no cumpla, en todo o en parte, el convenio de quita. La consecuencia que de ello se deriva es que los acreedores recuperarán sus primitivos crédi-

---

<sup>9</sup> No resolvió así el Tribunal Central Económico-Administrativo en su Acuerdo de 27 de mayo de 1.952, al decir «que la llamada en el Código civil español condonación, y en la doctrina científica remisión, es una figura jurídica que en su desenvolvimiento histórico, e incluso en su forma actual no ofrece a veces contornos claros y precisos, en razón sobre todo al concepto elástico que ha presidido su formación, desde el viejo concepto romano de la acceptilatio ... , hasta los modernos concordatos o convenios de acreedores con sus quitas y esperas (sustraídas a veces a la voluntad personal y exclusiva de los respectivos interesados) ...».

En otro Considerando critica el carácter de la voluntariedad de la condonación, en virtud, precisamente, de concordatos judiciales que, según hemos visto hasta ahora, deben excluirse del concepto de condonación. Respecto a la voluntariedad dice tal Acuerdo que basta tener presente «que, en ciertos casos de convenios que la masa de acreedores concede al quebrado, la voluntad del acreedor es más supuesta que real, pudiendo en determinadas hipótesis obligar la mayoría a la minoría a conceder la remisión a pesar de que la voluntad de otorgarla no haya existido efectivamente en todos los interesados, aceptándose sin embargo por todos, incluso por los opuestos a ella» (Rep. Jurisp. ARANZADI, Nº 1588, 1.952).



tos, ex art. 1.919 C.c. He aquí la última y más importante diferencia entre la quita judicial y la condonación parcial. En ésta debe considerarse que la reducción del *quantum* de la prestación es definitiva; de acuerdo con la propia naturaleza de la condonación típica, ha habido extinción parcial y, por lo tanto, el acreedor ha dispuesto inexorable y definitivamente de parte de la cuantía de la prestación.

En cambio, en la quita vemos que el ordenamiento contempla la posibilidad de que el acreedor recupere su crédito primitivo, con deducción de las cantidades hasta ese momento percibidas: en realidad nunca lo había perdido.

Es decir, por la quita no se había extinguido parcialmente el *quantum* de la prestación del deudor, no ha existido, siquiera desde la perspectiva del efecto, remisión parcial. Lo demuestra el que si el deudor no cumple el convenio judicial de quita, el acreedor recobra todos los derechos que contra aquél tenía antes del convenio<sup>9</sup>. Esto es, sigue estando legitimado para exigir la misma deuda que existía antes del concordato remisario (quita).

No es distinta la solución que otorga el Código civil en el supuesto el concurso de acreedores. La naturaleza jurídica del mismo no difiere de la que hemos expuesto para el supuesto de quita judicial<sup>10</sup>, pues el concurso puede devenir como fase terminal del convenio de quita no cumplido, en todo

---

<sup>9</sup> En el mismo sentido se expresa el art. 1.155, 1 L.E.C.: «Si el deudor no cumpliera, en todo o en parte, el convenio de quita o espera, recobrarán los acreedores todos los derechos que contra aquél tenían antes del convenio». Vid. nota siguiente.

<sup>10</sup> Sobre el concurso de acreedores, DIEZ-PICAZO, *Op. cit.*, núm. 931 ss., pág. 768 ss.

o en parte, por el deudor (ex art. 1.919 C.c.)<sup>11</sup>. La naturaleza del concurso, al igual que el convenio de quita, es evidentemente procesal.

Le es de aplicación el art. 1.917 C.c. sobre la obligatoriedad de los convenios respecto a todos los que no tenían derecho de abstenerse; es decir, se impone la mayoría a la minoría, con lo que también cabe argumentar la falta del requisito de la voluntariedad.

Lo mismo hay que decir respecto al efecto. Según el art. 1.920 C.c., «no mediando pacto expreso en contrario entre deudor y acreedores, conservarán éstos su derecho, terminado el concurso, para cobrar, de los bienes que el deudor pueda ulteriormente adquirir, la parte de crédito no realizada». Tampoco en este caso puede decirse que se haya extinguido parcialmente la deuda: no ha habido remisión, en sentido estricto, ni tampoco pacto de no pedir, sino tan sólo imposibilidad de cobro del total.

La doctrina suele estimar que el art. 1.920 C.c. es también aplicable al convenio de quita judicial<sup>12</sup> y esto es fundamental, como luego veremos.

---

<sup>11</sup> El art. 1.919 C.c. dispone: «Si el deudor cumpliera el convenio, quedarán extinguidas sus obligaciones en los términos estipulados en el mismo; pero, si dejare de cumplirlo en todo o en parte, renacerá el derecho de los acreedores por las cantidades que no hubiesen percibido de su crédito primitivo, y podrá cualquiera de ellos pedir la declaración o continuación del concurso».

<sup>12</sup> CASTAÑ-GARCÍA CANTERO (*Derecho Civil español, común y foral*, III, Madrid, 1.974, pág. 278): «Podría decirse de la letra de este precepto [art. 1.920 C.c.] que no era aplicable a la quita y espera, sino a los convenios que se celebren después de abierto el concurso; pero los comentaristas no suelen hacer esta distinción, tal vez porque tanto unos como otros se celebran en razón a las circunstancias del deudor y con referencia a su actual estado económico. Esta igualdad de naturaleza y efectos entre el procedimiento de quita y espera y el concurso está afirmada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de mayo de 1.912».

En resumen, podríamos establecer las siguientes diferencias entre la remisión parcial y la quita:

1. La quita es un procedimiento judicial destinado a la ejecución colectiva de los bienes de un deudor y la remisión parcial pertenece al derecho sustantivo.

2. La quita por convenio judicial no es un acto voluntario por parte de los acreedores; procede del voto de la mayoría y la minoría ve como se le impone un convenio en el que no han consentido. La voluntariedad es un requisito indispensable para cualquier especie de remisión.

3. El convenio de quita es más bien un modo de fijación del pasivo y liquidación del activo que un modo de extinción de la deuda, de la obligación. El acreedor recobra su primitivo derecho de crédito si el deudor no cumple el convenio o una vez terminado el concurso, excepto pacto en contrario. La condonación parcial es reductora o parcialmente extintiva de la deuda.

B) La quita judicial como pactum de non petendo desde el punto de vista del efecto<sup>13</sup>.

Poco añadiremos a lo dicho. En verdad, las líneas generales han quedado expuestas en el apartado anterior.

El hecho de que el acreedor «recobre» (ex art. 1.155 L.E.C.) o vea «renacer» (ex art. 1.919 C.c.) su primitivo de-

---

<sup>13</sup> Se pronuncian en favor de configurar como pacto de no pedir al convenio de quita judicial, entre otros, SANCHO REBULLIDA (Notas sobre la naturaleza jurídica de la condonación de las obligaciones, en «Estudios de Derecho Civil, I», Pamplona, 1.978, pág. 212 ss.), GONZALEZ PORRAS (Com. al art. 1.187, en Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, dirigidos por M. ALBALADEJO, Tomo XVI-12, Madrid, 1.980, pág. 335).

recho de crédito no es cosa distinta a decir que el acreedor nunca lo había perdido.

El que a través de la quita no se produzca la extinción real e inmediata de la deuda y que, sin embargo, ésta sea inexigible en parte, conduce a la figura del pacto de no pedir.

Con el convenio de quita judicial se viene a dotar, respecto a cada una de las deudas, una nueva regulación jurídica. Esta nueva regulación tiene lugar por la interposición del pacto de no pedir parcial en que vendría a configurarse la quita. No puede ser total, pues se trata de dejar inexigible parte de la deuda, no toda.

El hecho de que no desaparezcan los créditos primitivos o, lo que es lo mismo, el poder del acreedor de exigir la totalidad del crédito, es revelador de la existencia de un *pactum*.

En la relación obligatoria se ha producido, por el convenio de quita, una modificación de la regulación de la deuda: el acreedor sigue ostentando su poder de exigir mas no su legitimación para hacerlo respecto a una parte de la deuda. Ésta sigue existiendo en su totalidad (ex arts. 1.919 y 1.920 C.c.), aunque exigible sólo en parte.

Durante la vigencia del convenio de quita, el acreedor estará legitimado para exigir, de acuerdo con las demás estipulaciones del convenio, la parte de deuda afectada por el mismo: después de su vigencia, tanto si el deudor ha cumplido como si no, el acreedor recobrará su primitiva legitimación para exigir la deuda originaria, exceptuando lo que ya se hu-

biere realizado, si éste fuera el caso (art. 1.919 C.c.).

Diríamos que durante la vigencia del convenio, la configuración originaria de las deudas queda en suspenso, siendo sustituida por una nueva regulación de las mismas. Después de su vigencia, la nueva regulación desaparece, por lo que emerge la regulación originaria<sup>14</sup>.

Desde este punto de vista, no ha existido más que una modificación de la relación obligatoria entre acreedor y deudor que puede entrar, de una manera muy genérica, dentro del concepto de pacto de no pedir. Este *pactum de non petendo* habrá de calificarse de parcial. Las razones son:

1. No se extinguen ni las titularidades ni el crédito ni la deuda.

2. La quita (pacto de no pedir) supone el otorgamiento de una nueva regulación de la deuda, modificando la que tenía originariamente, porque:

a) dispone que una parte de ella es exigible, de acuerdo con las estipulaciones vertidas en el convenio;

b) el resto queda inexigible durante la vigencia del convenio de quita (pacto de no pedir parcial).

---

<sup>14</sup> En sentido parecido, MANRESA-GÓMEZ (Comentarios al Código civil español, XII, Madrid, 1.973, Com. arts. 1.917 a 1.919, pág. 955): «No desaparecen desde luego por consecuencia de éste [del convenio e quita] las primitivas obligaciones, puesto que pueden surgir nuevamente con toda virtualidad y eficacia en el caso de incumplimiento; pero si son sustituidas por otras durante el período de ejecución del convenio, cuya realización viene a hacerlas cesar por completo. Es decir, que desde que el convenio es firme ... hasta que vence el período de su ejecución o cumplimiento, queda en suspenso la vida jurídica de los créditos a él sujetos, extinguiéndose o restableciéndose en toda su fuerza obligatoria la efectividad de los mismos, según que el deudor cumpla o no puntual y exactamente las obligaciones que él contrajó».

3. En ningún caso la parte de deuda no exigible, en virtud del convenio, queda extinguida (ex art. 1.920 C.c.). Supone tan sólo la suspensión de la legitimación pasiva del deudor por aquella parte afectada.

4. La liquidación de las deudas de acuerdo con el convenio no es más que el pago de parte de la deuda originaria.

5. Una vez finalizada la vigencia del convenio puede suceder:

a) Que el deudor lo haya cumplido: se aplicaría lo que hemos dicho en el nº 4. Respecto al resto de deuda, precisamente la que había sido afectada por el pacto de no pedir, éste finaliza y el acreedor recupera la legitimación para exigir que había sido suspendida: habremos estado ante un *pactum de non petendo* parcial y *ad tempus* durante el tiempo de vigencia del convenio (argumento ex art. 1.920).

b) Que el deudor no lo ha cumplido, en parte o en todo: renace el derecho del acreedor por las cantidades que no hubiese percibido de su crédito primitivo (art. 1.919 C.c.). También habremos estado ante un pacto de no pedir parcial y *ad tempus*. Al contrario que en el caso anterior, se reunificará lo no satisfecho en contra del convenio y la parte que había quedado afectada por el *pactum*.

Se insta el concurso. Este no supone ningún tipo de pacto de no pedir, sino liquidación de los bienes del patrimonio del deudor. Naturalmente, en virtud del

estado de insolvencia del deudor, es muy posible que el acreedor no pueda cobrar toda su deuda. El hecho de que el acreedor pueda perseguir los bienes que ulteriormente pueda adquirir el deudor debe reconducirse al art. 1.911 C.c.

En definitiva, la posibilidad del pacto de no pedir sólo puede entenderse en el caso del convenio judicial de quita y respecto a la parte de deuda no exigible: por ello calificábamos a dicho pacto de parcial, porque no supone suspensión de la legitimación pasiva del deudor por el todo.

En efecto, hablamos de suspensión, porque además el pacto de no pedir es temporal, pues una vez cumplido el convenio, el acreedor recupera aquella legitimación para acabar de cobrar la totalidad de la deuda sobre los bienes que el deudor adquiriera ulteriormente: el pacto de no pedir, además de parcial, tiene limitada su existencia al mismo tiempo de vigencia del convenio judicial de quita. Y todo ello, en el supuesto de que el deudor lo cumpla.

Con todo, hay que tener en cuenta, como decíamos al principio, que se tratará de un *pactum de non petendo* muy peculiar y, desde luego, no entra estrictamente en el concepto que nosotros habíamos dado del mismo. Las razones son obvias, por repetidas y coinciden parcialmente con las de la remisión. Sucintamente son:

1. Tiene lugar en un proceso judicial.
2. No reúne el requisito de la voluntariedad.

Puede existir un supuesto de remisión en todo este tema. Se encontraría en la primera parte del art. 1.920 C.c. que, ya lo habíamos dicho, es aplicable al supuesto del convenio de quita.

Leído el artículo a *sensu contrario*, cuando medie pacto expreso en contrario entre deudor y acreedores, una vez finalizada la vigencia del convenio, éstos no conservarán su derecho de crédito por la parte excluida del convenio de quita, es decir, sobre la que recaía el pacto de no pedir.

Como dice SANCHO REBULLIDA, «este pacto expresa en contrario, que no es esencial a la quita, que no puede con ella confundirse, que por el contrario, implica algo extremo, accesorio y distinto de ella, si que es verdadera condonación». Sigue añadiendo el autor que «por consiguiente, el artículo 1.920 maneja dos conceptos distintos e independientes, aunque previendo su coexistencia: la condonación y la quita; y declara que ésta no extingue el derecho sino cuando, además, existe aquélla»<sup>15</sup>.

A ello debemos añadir que la palabra pacto debe ser considerada en sentido lato, cabiendo asimismo la típica remisión unilateral.

---

<sup>15</sup> Op. cit., pág. 213. La posible contradicción entre el art. 1.919 y 1.920 C.c. la aclara el autor en los siguientes términos: «Nada obsta a tales argumentos - ni por consiguiente se contradice con el 1.920 - la declaración contenida en el artículo 1.919. Estimamos que este precepto contiene la norma general aplicable a los casos en que el deudor no adquiera bienes con posterioridad a la quita; y el 1.920 la excepción aplicable al supuesto contrario. Aparte de ello, es de tener en cuenta con referencia al artículo 1.919, que el convenio puede ser de verdadera condonación, cuando en tal sentido se producía el consentimiento de las partes» (ibidem).



5.6.2. El pactum de non petendo y la prescripción.

Al haber sido definido el *pactum*, tradicionalmente, como simple renuncia a la acción, podría parecer que respecto al efecto, cuando menos, coincide con la prescripción.

No pueden identificarse los efectos prescriptivo y quasi-condonativo del *pactum*

Recordemos que la función del *pactum* no se agota en la pérdida del poder coactivo del acreedor, ya que de hecho, este pacto, al incidir sobre la disciplina de la relación a que se refiere, constituye un verdadero y propio negocio o acto reglamentario: el acreedor no renuncia a la acción sino que deja inexigible el crédito, modificando la relación.

El *pactum in perpetuum* supone debilitamiento de la obligación civil. La prescripción, a través del transcurso del tiempo, aunque es cierto que incide sobre la acción, extinguiéndola (art. 1.899 C.c.: concepto de acción viva), no es menos cierto que el deudor puede pagar, ya que el acreedor conserva su legitimación activa.

Sin embargo, el *pactum*, como negocio (es decir, en tanto que declaración de voluntad) sobrevenido para dotar a las partes de una nueva reglamentación, extingue tanto la legitimación pasiva (lo que resulta evidente), como la legitimación del acreedor para exigir (inexigibilidad). De ahí que a veces se llegue a confundir, por los autores con la condonación extintiva<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Entre ellos, Manlio SARGENTI («*Pactum de non petendo*» e remissione del debito, en «Il Foro Padano», Parte Prima, 1.959, col. 302): «Se non è accettabile per il diritto romano, la distinzione fra rinuncia al diritto e rinuncia all'azione, come base per differenziare la remissione dal *pactum de non petendo*, non sembra più persuasiva per il diritto vigente».

No sería nuevo, sin embargo, el asemejar el efecto de la prescripción con el de la condonación. Así, por ejemplo, DOMINGO DE MORATÓ afirmaba:

*«La prescripción en materia de obligaciones, se funda en la presunción de que el acreedor, que no hubiere reclamado su cumplimiento en un plazo largo, pudiendo hacerlo, debe creerse que ha querido perdonar la deuda al acreedor; ...».*<sup>2</sup>

Sin embargo, a nosotros nos resulta insuficiente el motivo o razón por la cual el acreedor deja transcurrir cierto tiempo, a fin y efecto que transcurra el plazo señalado para la prescripción extintiva, para así calificar el resultado de *pactum de non petendo* y menos de condonación o perdón de la deuda. Lo cierto es que en este caso habrá prescrito la acción por el mero transcurso del tiempo sin necesidad de ningún *plus* añadido (declaración de voluntad), como sí se requiere en el pacto de no pedir y en la condonación. El motivo por el que el acreedor haya dejado transcurrir el tiempo es irrelevante para calificar el resultado como constitutivo de un pacto de no pedir o de una condonación; habrá prescripción, mas no *pactum* o condonación.

La única solución sería la de calificar a este dejar transcurrir el tiempo, como manifestación tácita de una voluntad de hacer pacto de no pedir nunca la deuda o de condonar. Pero aún y así nos resulta difícil aceptarlo. El efecto no se-

---

<sup>2</sup> El Derecho civil español con las correspondencias del romano, tomadas de los códigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las Instituciones y del Digesto romano hispano de D. Juan Sala, Tomo II, Valladolid, 1.868, pág. 483.

Por las palabras del autor, podría calificarse como una condonación «retardada».

ría el remisivo o el derivado del *pactum*, sino el prescriptivo.

Pero es que aún admitiendo que el resultado de la prescripción y el del pacto de no pedir fuera el mismo - que no lo es -, no por ello pueden identificarse ambas figuras. Por lo demás, es doctrina admitida que aunque dos figuras jurídicas produzcan el mismo efecto, no por ello se deben identificar necesariamente<sup>2</sup>.

La prescripción exige, además, lo que se ha venido en llamar «silencio de la relación jurídica»<sup>3</sup> durante el tiempo pertinente. Su efecto no es automático, sino que debe ser invocado por el deudor frente a la pretensión del acreedor, ya que no depende sólo de la voluntad del acreedor.

La liberación del deudor del deber de prestar, que va ínsita en el *pactum de non petendo*, tiene un efecto inmediato; además no tiene por qué existir una relación jurídica silenciada, como en la prescripción, pues puede perfectamente continuar la relación obligatoria en relación a otros aspectos, o incluso admitiendo la existencia de la obligación.

Además, a la prescripción se llega a través del transcurso del tiempo, más o menos largo, siendo necesario aquel «silencio de la relación jurídica»; no depende de la voluntad del acreedor solamente. El *pactum* sí depende de la

---

<sup>2</sup> Así, RIVERO HERNANDEZ (*Elementos de Derecho civil*, I-39, Barcelona, 1.984, § 61, pág. 352): «No se trata sólo del mero transcurso del tiempo, como dice el art. 1.961, y ni siquiera del no ejercicio del derecho o acción durante ese tiempo, sino que es preciso también (y ello es particularmente claro en relación a los derechos o acciones personales) que no haya habido reconocimiento de ese derecho por el sujeto pasivo, pues si lo hubo, quedará interrumpido el tiempo de prescripción y ésta no se consuma. Por ello ha hablado nuestra doctrina, más que de «no ejercicio», de «silencio de la relación jurídica» durante el tiempo pertinente».

voluntad del acreedor, que no deberá esperar ningún transcurso del tiempo para su eficacia.

En resumen, podemos establecer las siguientes diferencias entre ambas figuras:

1. El pacto de no pedir acontece por una declaración de voluntad del acreedor. La prescripción acaece por el transcurso del tiempo más lo que se ha venido en llamar «silencio de la relación jurídica». El *pactum* no exige, en absoluto, ese silencio de la relación jurídica. Esta es la diferencia esencial.

2. El *pactum* puede adquirir diferentes configuraciones: total o parcial, perpetuo o temporal. No es receptible hablar de prescripción parcial o de prescripción sólo durante cierto tiempo. Es la ley la que exige un tiempo determinado para que la acción o el derecho se considere extinguido.

3. El pacto de no pedir, como negocio dispositivo que es, produce una modificación inmediata de la relación obligatoria; no necesita ser alegado para que produzca su efecto. En cambio, sólo puede hablarse de prescripción cuando ha transcurrido el tiempo necesario para ello; además, para su eficacia, debe ser alegado en juicio.

4. De ello se deriva que el ámbito de la prescripción debe encontrarse en el proceso judicial. No ocurre así con el pacto de no pedir, cuyo campo de aplicación excede del estrictamente judicial. Su inmediatez le otorga su sede natural en el ámbito del derecho sustantivo.

En definitiva, y desde la perspectiva del proceso, es cierto que ambas figuras dan lugar a una excepción, pero ello no significa identidad de naturalezas. Y aunque se conviniera en que el efecto producido es el mismo, insistimos que ello no significa, tampoco, identidad de instituciones. Sólo recordaremos al respecto que a través de la renuncia al derecho de crédito puede conseguirse el mismo efecto que a través de la condonación, esto es, la extinción de la obligación y, sin embargo, hemos demostrado que ambos negocios son distintos.

Concluyendo con la primera de las diferencias apuntadas, el *pactum de non petendo* supone una declaración de voluntad, esencial como negocio jurídico que es. La prescripción sólo necesita del transcurso del tiempo exigido por la ley sin que durante el mismo conste ninguna actuación que la interrumpa. Y aunque el acreedor deje transcurrir el tiempo prefijado para remitir, *lato sensu*, la obligación del deudor, nada añade su intención pues el efecto será el prescriptivo y no el remisivo, y así será tratado por la ley.

### 5.6.3. El *pactum de non petendo* y la obligación natural<sup>1</sup>.

Al igual que sucedía con la prescripción, la llamada obligación natural, según la doctrina clásica, ha venido con-

---

<sup>1</sup> Sobre la figura de la obligación natural, puede verse, entre otros, a: ROCA-SASTRE y PUIG BRUTAU (*Doctrina de las obligaciones naturales*, en «Estudios de Derecho Privado», I, Madrid, 1.948), RODRIGUEZ-ARIAS (*La obligación natural. Nuevas aportaciones a la teoría comunitaria del Derecho*, Madrid, 1.953), LACRUZ BERDEJO (*Las obligaciones naturales*, en «Estudios de Derecho civil», Barcelona, 1.958), SANTOS BRIZ (*Notas sobre las denominadas obligaciones naturales en el Derecho moderno*, en «Revista

figurada como una obligación sin acción, por lo que, en cierto modo, podía asemejarse al pacto de no pedir.

Conforme a ello, la obligación natural es por definición, inexigible. La deuda sobre la que ha recaído un pacto de no pedir, también se caracterizaba por su inexigibilidad.

Asimismo, el único efecto admitido por la doctrina moderna de la obligación natural, es la llamada «*soluti retentio*», es decir, la validez de su cumplimiento a pesar de su consustancial inexigibilidad. Ésta es la principal característica de la obligación natural.

Por todo ello, podría identificarse a la obligación natural con el pacto de no pedir. Sobre todo, en virtud de la irrepetibilidad de lo satisfecho.

La duda podría surgir en razón del fundamento por el que se excluye la *condictio indebiti*. Se ha dicho, por parte de algún autor, que del *pactum de non petendo* surgiría una obligación natural y que ella justificaría la exclusión de la *condictio*<sup>2</sup>.

Hay que tener presente que la llamada obligación natural viene hoy configurada como una causa de la atribución patrimonial que justifica el efecto de la *soluti retentio*, en-

---

de Derecho Judicial», octubre-diciembre, 1.961). DE CASTRO (El Negocio jurídico, Madrid, 1.967, Cap. IX «Las obligaciones morales», págs. 217 ss.), VAZQUEZ BOTE (Sobre el artículo 1.901 del Código y la obligación natural, en «Revista Crítica de Derecho inmobiliario», II, 1.975), SALVADOR CODERCH (Promesas y contratos unilaterales: sobre la necesidad de aceptación cuando media una justa causa, en «Revista de Derecho Privado», julio-agosto de 1.978), FLORENSA TOMAS, (Nuevas perspectivas de construcción de la obligación natural, Memoria de colación del grado de licenciatura, 1.982).

<sup>2</sup> SARGENTI, M., (Op. cit., págs. 302 ss.) niega esta posibilidad. RUSCELLO, F., (Op. cit., p.209), llega a admitirla, criticando la postura de Sargenti, aunque más adelante muestra su escepticismo respecto a esta posibilidad en sede de *pactum in perpetuum de non petendo* (p.210).

contrando su reconocimiento positivo en las últimas palabras del art. 1.901 C.c., « ... o por otra causa justa»<sup>3</sup>.

Ello llevaría a admitir que por efecto del pactum se ha modificado la causa justificativa de la relación obligatoria.

La nueva configuración dada a la obligación natural, cual es la del deber moral o social que justifica tal atribución patrimonial<sup>4</sup> puede, en efecto, informar el acto del deudor cuando cumple con su prestación, pero no creemos que llegue a mutar la causa justificativa de la obligación que se ha visto afectada por el pacto de no pedir, máxime cuando ya hemos dicho que continúa siendo deudor y ostentando la titularidad como tal.

En definitiva, creemos que el deudor - que sigue debiendo, pues no se ha extinguido el *vinculum iuris* que le une a su acreedor - si cumple el contenido de su situación jurídica en la obligación, no hace más que pagar.

<sup>3</sup> LACRUZ (Op. cit., pág. 173) lo describe así: «A mi modo de ver, la obligación natural existe en el Derecho español, pero no en esos preceptos particulares [él examina los artículos 1.208, 1.756, 1.798, 1.824 y 1.894 C.c.], sino como una categoría general de la que trata el artículo 1.901 y que acaso, de no existir este precepto, podría inducirse de los principios generales el Derecho».

<sup>4</sup> Podría utilizarse el siguiente concepto de obligación natural: «Se llama obligación natural a aquella fundada en un deber moral que no es exigible jurídicamente, pero que en caso de que el atribuyente («deudor») realice una prestación, voluntaria y espontáneamente, el accipiens («acreedor») puede retener lo recibido, no procediendo la *condictio indebiti*, debido a que la causa en que se funda dicho desplazamiento patrimonial es tutelada y amparada por el ordenamiento jurídico como suficiente causa *acquirendi*» (FLORENSA TOMÁS, Op. cit., pág. 135).

DIEZ-PICAZO (Fundamentos del Derecho civil Patrimonial, I, § 62, nº 393, pág. 342) dice en este sentido: «La doctrina de la obligación natural pertenece más que a la teoría general de las relaciones obligatorias, donde la estudiamos por la obra de la inercia y de la fuerza de la tradición, a la teoría de las atribuciones patrimoniales y más concretamente a la causa de la atribución patrimonial. En el cumplimiento de una obligación natural hay sólo aparentemente pago. En realidad lo que hay es una atribución patrimonial que no tiene causa *solvendi*, sino otra causa que el ordenamiento considera justa y legítima: el deber moral, social o de conciencia».

El *pactum de non petendo* envuelve un acto que no tan solo se caracteriza en la pérdida del poder de exigir, en una pérdida de la acción, sino que otorga un nuevo régimen a la deuda. La pérdida de la acción, en todo caso, deviene de esta nueva reglamentación otorgada a la deuda, haciéndola inexigible; cabría también calificarlo como el otorgamiento de una nueva regulación de la situación jurídica pasiva en la obligación, según la voluntad del acreedor, puesto que afecta tanto a la deuda como a la situación personal del deudor, es decir, a su titularidad.

De cualquier manera y desde cualquier punto de vista, no cabe la *condictio indebiti*, tanto si se trata de una deuda pagable - que lo es -, como si se calificara de atribución patrimonial informada o justificada por una obligación natural, en virtud de su efecto unánimemente admitido: la *soluti retentio*.

El acreedor, con el *pactum*, no dice que quiere extinguir la deuda. No es que nos neguemos a aceptar que pueda existir un deber moral o social allí donde el acreedor ha convenido espontáneamente no exigir, aunque, insistimos, no creemos que se haya cambiado la causa justificativa de la obligación.

Así pues, y dada la relativamente nueva configuración de la obligación natural, puede establecerse la más importante distinción entre el *pactum de non petendo* y aquella: el cumplimiento de la obligación natural no puede ser calificado de pago, pues nada se debía, encontrando la justificación de la irrepetibilidad de lo satisfecho en el deber moral, social



o de conciencia del mal llamado deudor; en el *pactum* el deudor, si paga, paga lo que debe.

De hecho, nos parece que en el caso del *pactum de non petendo in perpetuum*, no se puede encontrar, al hipotético pago del deudor, otra causa que no sea la *solvendí*. El cumplimiento de la obligación natural es una atribución patrimonial que encuentra su causa, precisamente, en aquélla.

En definitiva, del *pactum de non petendo* no deriva ninguna obligación natural y el cumplimiento del deudor se realiza *solvendí causa* y no en virtud de un deber moral, social o de conciencia. Otra cosa serían los motivos que le llevaron a hacerlo, que podrían muy bien encontrarse en un deber moral, mas ello no modificaría la causa del pago.

**6. RECAPITULACIÓN.**

**6.1. «Pactum de non petendo» y condonación de la deuda.**

Evidentemente, se trata de dos figuras de diferente contenido o efecto.

Si por condonación de la deuda entendemos aquella figura regulada en los artículos 1.187 y siguientes del Código civil y, por lo tanto, extintiva de la deuda y, con ella, de la obligación, el pacto de no pedir queda fuera de su ámbito.

La condonación incide necesariamente, aunque sea por efecto reflejo, sobre la obligación, sobre el vínculo que une a acreedor y deudor (condonación de la deuda total), con lo que sus efectos son equiparados a los del pago (argumento, ex art. 1.143-1 C.c.). En cambio, el *pactum* supone una declaración de voluntad dirigida y que incide sobre el contenido de las titularidades, sobre las situaciones o posiciones jurídicas de las partes en la obligación, quedando extinguida la legitimación pasiva del deudor, por lo que se excluye la posibilidad de que éste incurra en *mora solvendi*.

No podemos decir que, la obligación, se extinga por efecto del *pactum de non petendo*, pero sí que otorga una nueva regulación jurídica de la deuda, haciéndola inexigible indefinidamente. Desde este punto de vista, el deudor queda «liberado», en un sentido no estricto (no se extingue la obligación), de su deber de prestar.

Por lo tanto, si bien desde un punto de vista dogmático no se extingue la obligación ni la titularidad del deudor, la modificación llevada a cabo por el acto reglamentario

dispositivo en que consiste el pacto de no pedir, es lo suficientemente trascendente como para calificar su efecto de extintivo-constitutivo respecto de la reglamentación de intereses en la relación *inter partes* (efecto pseudo-liberatorio) y de quasi-remisivo respecto al *vinculum iuris*.

Resulta procedente ahora recordar las palabras de POTHIER:

*«Che si consideriamo non il Gius, ma l'effetto, qualunque obbligazione si elide mediante il patto DI NON DOMANDARE; vale a dire, mediante l'eccezione perpetua che questo patto produce».*<sup>1</sup>

A pesar de que POTHIER escribe lo anterior atendiendo a la imposibilidad de que por Derecho romano el simple pacto destruyera el vínculo jurídico de la obligación, sus palabras resultan perfectamente aplicables a la nueva configuración que hemos otorgado al pacto de nunca pedir la deuda

Además, el *pactum* sigue concediendo una excepción perpetua para hacer frente a la reclamación del acreedor. Desde esta perspectiva procesal, también queda equiparado al pago y en un mismo plano sitúa a ambos el art. 1.464 L.E.C.

#### 6.2. Su ubicación en el ámbito de la condonación personal.

El efecto del «pacto de nunca pedir» es debilitador de la obligación y no extintivo de la misma. El crédito y la deuda siguen existiendo, aunque del *pactum* han salido ambos debilitados.

---

<sup>1</sup> *Le Pandette di Giustiniano*, Volume VI, Venezia, 1.835, Lib. XLVI Pandectarum, Tit. III, «Delle soluzioni e delle liberazioni», § VII, pág. 176.

El acreedor no ha dispuesto la extinción de la deuda, sino la inexigibilidad de la prestación debida por el deudor, modificando el contenido de la deuda e incluso la conducta de aquél.

Acreedor y deudor siguen siendo titulares de sus respectivas situaciones jurídicas dentro de la misma obligación<sup>2</sup>.

En definitiva, no extingue las titularidades.

Pero hay que tener en cuenta que éstas no quedan igual que antes de la interposición del *pactum*, sino que ven reducir su contenido por efecto de aquél.

El efecto directo es la extinción de la legitimación pasiva deudor, constituyendo ésta el objeto de la declaración de voluntad del acreedor. Por lo tanto, se trata de un negocio cuyo objeto se encuentra en la parte pasiva de la obligación, al igual que en todas las especies que hasta ahora hemos visto de la condonación.

Siendo el objeto de la declaración el elemento característico del negocio remisivo, el *pactum de non petendo* puede muy bien entrar en el amplio concepto - no circunscrito al concepto legal - de condonación, porque:

1. Su objeto recae en la deuda, en la esfera pasiva de la obligación, otorgándole un nuevo contenido.
2. El efecto directo del *pactum* consiste en reducir el contenido de la titularidad del deudor: pseudo-liberación de

---

<sup>2</sup> Por esto tampoco el *pactum* puede concretarse en una renuncia al derecho de crédito, pues ésta supone abdicación de la titularidad del derecho, apartamiento de la obligación: la titularidad de la posición jurídica activa no le es ya imputable, al contrario de lo que sucede en el pacto de nunca pedir.

éste que se concreta en los dos siguientes puntos.

3. En virtud de esa reducción o debilitamiento de la titularidad, el deudor queda liberado de su deber de prestar, al menos desde la perspectiva del acreedor que, por más que le reclame su cumplimiento, no hace incurrir al deudor en *mora solvendi*.

4. Desde el punto de vista procesal, el deudor obtiene mediante el *pactum* una excepción perpetua contra la acción al acreedor.

Así, el pacto de nunca pedir la deuda, por su efecto que hemos denominado de pseudo-liberatorio y quasi-remisivo, libera al deudor frente al acreedor.

Esa liberación depende, en última instancia, del propio deudor, pues puede pagar la deuda. Pero lo importante es resaltar que el acreedor ha perdido su legitimación para exigirla, por su propia voluntad.

Por todo ello, el *pactum de non petendo* vendría a ser una variante de la condonación personal, entrando en su ámbito, porque:

a) Afecta a las titularidades. Su objeto, que reside en la titularidad pasiva de la relación obligatoria más que en el propio débito, no es otro que la legitimación pasiva del deudor.

b) Si la condonación personal era extintiva de la cualidad de deudor, el *pactum de non petendo* la debilita sin llegar a extinguirla, y a pesar de tratarse de una declara-

ción de menor intensidad, su efecto puede ser equiparado al del perdón o liberación (condonación personal).

c) Le es consustancial la ausencia de onerosidad. El acreedor no recibe nada a cambio de la imposibilidad de exigir la deuda, si bien ésta sigue existiendo.

Concluyendo, diríamos que el *pactum de non petendo in perpetuum* es un acto que cae dentro el ámbito de la heterogenidad de la condonación, si bien guarda diferencias respecto al típico negocio remisivo, regulado en los artículos 1.187 y siguientes del Código civil.

Su reivindicación como figura vigente en el ordenamiento encuentra su apoyo legal en los artículos 1.464 L.E.C y 144 de la Ley Hipotecaria, teniendo en cuenta que, en nuestra opinión, la expresión «pacto o promesa de no pedir» utilizada por ambas normas debe ser interpretado como comprensivo tanto del *pactum de non petendo in perpetuum*, en sentido estricto, como de la condonación, en virtud de los argumentos históricos aportados.

---

**CAPÍTULO SEXTO**

**LA REPRESIÓN DE LA SOLIDARIDAD**

## I. INTRODUCCIÓN.

La remisión de la solidaridad no está recogida en el Código civil español. Sin embargo, es uno de los temas clásicos tanto en el estudio de la remisión como en el de la solidaridad<sup>1</sup>.

Ambos aspectos determinan la necesidad de tener que acudir al examen de la cuestión en los Códigos más cercanos al español, como son, principalmente, el francés y los italianos (de 1.865 y 1.942).

Tradicionalmente, el tema de la remisión de la solidaridad ha venido designado con la expresión, impropia, de «renuncia a la solidaridad». Y decimos impropia porque, como vimos en su momento<sup>2</sup>, la cuestión viene debatida por los autores y regulada en los códigos respecto de la cotitularidad solidaria de la deuda, mas no del crédito. Esto no quiere decir que no pueda existir una renuncia a la solidaridad, *stricto sensu*, pero en este caso estaríamos ante una cotitularidad solidaria del crédito y no de la deuda.

Antes de aventurarnos a establecer cuál sea la naturaleza y el régimen de esta especie de remisión, estudiaremos primero la solución que los distintos códigos han dado al tema, empezando por la doctrina de POTHIER, que es quien trata por primera vez el tema con profundidad.

---

<sup>1</sup> DIEZ-PICAZO (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1.979, § 80, núm. 509, pág. 432): «Nuestro Código civil tampoco aborda el tema de la renuncia de la solidaridad, que es, sin embargo, una de las cuestiones clásicas en esta materia [de la solidaridad]».

<sup>2</sup> Vid. *supra*, «argumento gramatical» al comienzo del estudio del objeto de la declaración remisiva (págs. 355 y siguientes).



II. LA REMISIÓN DE LA SOLIDARIDAD EN EL DERECHO FRANCÉS.

El tema debe ser estudiado en tres estadios diferentes, aunque coincidentes en aspectos sustanciales. En primer lugar, la autoridad de POTHIER, como iniciador de su estudio. En segundo lugar, el *Code Napoléon*, que recogerá las enseñanzas de POTHIER. En tercer lugar, la visión del tema según la Escuela de la Exégesis.

1. POTHIER: EL PUNTO DE PARTIDA.

Hasta POTHIER el tema no había ocupado a los autores; no tenía sentido hacerlo desde el momento en que se admitía el beneficio de división de la deuda en favor de los deudores<sup>3</sup>,

<sup>3</sup> La facultad de división de la deuda en favor del acreedor, es decir, la facultad del acreedor de reclamar a cada uno de los codeudores por sus respectivas partes, había sido todavía menos discutida. Ya la l. 3, § 1, ff. de duob. reis const. (45, 2) lo dejaba claro:

*«ULPIANUS libro XLVII. ad Sabinum. - Ubi duo rei facti sunt, potest vel ab uno eorum solidum peti, hoc esóť enim duorum reorum, ut unusquisque eorum in solidum sit obligatus possitque ab altrutro peti; et partes autem a singulis peti posse, nequaquam dubium est, quemadmodum et a reo, et fideiussore petere possumus; utique enim, quum una sit obligatio, una et summa est, ut, sive unus solvat, omnes liberuntur, sive solvatur ab altero, liberatio contingat».* El subrayado es nuestro.

CAPPARENA (Op. cit., pág. 312) da cuenta que COLLINET (*Le pseudo-bénéfice de division des débiteurs solidaires romains*, en «Studi in onore di Albertoni») demostró que dicha facultad del acreedor «no apareció en el Derecho clásico, siendo la misma una invención posterior, concretamente del Derecho del Bajo Imperio».

El tema de la facultad de división de la deuda en favor de los deudores fue más discutido por los romanistas, aunque se admitía con base en la *Novela 99 (De reis promittendi)*, que acoge el supuesto del beneficio de división entre codeudores cuando se han afianzado mutuamente:

*«Si quis enim alterna fideiussione obligatos sumat aliquos, si quidem non adiecerit oportere et unum horum in solidum teneri, omnes ex aequo conventionem sustinere. Si vero aliquid etiam tale adiciatur, servari quidem pactum, non tamen mox ab initio unumquemque in solidum exigi, sed interim secundum partem qua unusquisque obligatus est, cedere autem eum contra reliquos, sive et idonei sunt et in eo loco. Et si hoc ita se habere videatur, si quidem idonei sunt et praesentes inveniantur, illos periclitari complere singulos in propria parte quod sub alterna promissione creditum est, aut ex quo omnino obligati sunt, et non commune debitum pro- /*

Fue precisamente POTHIER quien negó que existiera tal beneficio de división a favor de los codeudores<sup>4</sup>, tanto en sus *Pandectas*<sup>5</sup>, como en su *Traité des Obligations*<sup>6</sup>.

*prium cuiuspiam fieri onus. Si vero minus idonee se habere reliqui videantur, sive omnes seu quidam, sive in partem seu in solidum, sive absentes forte, in illud teneri quod accipere ab aliis non potuit.*

Lo que era regla para los fiadores que se habían afianzado el uno al otro, se extendió para toda clase de codeudores solidarios. Así AZO (*Ad singulas leges XII librorum codicis iustiniani commentarius*, Parisiis, 1.577, [edición anastática, Torino, 1.966], *In libro VIII Codicis*, Tit. XL «De duobus reis stipulandi», § 1, pág. 648) ya lo comprendió: «*Licet ergo fideiussores & mandatores conventi beneficium habent divisionis, non tamen idem erat in duobus reis promittendi, poterat enim quilibet conveniri in solidum. sed hodie in reis promittendi per novam constitutionem limitatum est: & sicut per epistolam Divi Adriani inter fideiussores & mandatores largitum est beneficium divisionis, ita hic reos promittendi*», añadiendo que tal beneficio es renunciabile: «*Beneficium divisionis, per renunciacionem adimi potest*». El subrayado es nuestro.

Cuatro siglos más tarde y uno antes del movimiento codificador francés, DOMAT recoge la vigencia de este beneficio entre codeudores solidarios: «*Division nonobstant la solidité. - Quoiqu'il ait été convenu que l'obligation seroit solidaire, elle se divise: et le créancier ne peut s'adresser à un seul pour tous ... Mais si les coobligés solidairement renoncent à ce bénéfice que la loi leur donne, qu'on appelle le bénéfice de division, chacun d'eux pourra être contraint seul à payer le tout. Car chacun peut renoncer à ce que les loix établissent en sa faveur. Et il aura son recours contre les autres, ainsi qu'il sera dit en l'article 6*» (se refiere este artículo al derecho de regresol (*Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Tome premier, Paris, 1.777, Liv. III, Tit. III, Sect. 3, Art. 3, pág. 362). El subrayado es nuestro.

<sup>4</sup> Ya STRIKIUS (*Usus Modernus Pandectarum. A libro XXIII usque ad finem. Opus posthumum*, Vol. XV de *Dissertationum Juridicarum francofurtensium*, Florentiae, 1.841, «*Pandectarum Lib. XLV, Tit. II. De duobus reis constituendis*», § 5, col. 1022) dio cuenta del disenso de algunos autores respecto a tal beneficio: «*Correos quondam statim in solidum conveniri potuisse, prout creditori eligenti placuerit, constat ex l. 1. c. h. t. Verum hoc per nov. 99. ... mutatum fuit, ut nempe correi beneficio divisionis fruantur, nisi alter vel sit absens, vel non solvendo, vel illi renunciarit, vel etiam causa mercatores concernat ... Dissentium quidem nonnulli, existimantes, d. nov. 99. non pretinere ad omnes correos in genere, sed ad fideiussores solum*» y cita, entre otros, a Wesenbecius, Faber, etc.

<sup>5</sup> *Le Pandette di Giustiniano*, Volume VI, Venezia, 1.835, Lib. XLV, Tit. II, *De duobus reis constituendis*, § 2, núm. IX, pág. 88. Lo niega implícitamente, contestando a su mismo interrogante - «*Se poi questi Correi abbiano o no almeno il beneficio della divisione*» - con la l. 47 ff. locati conducti (19, 2):

«*MARCELLUS. 6 Dig. - Quum apparebit emptorem conductoremve pluribus vendentem vel locantem, singulorum in solidum intuitum personam; ita demum ad praestationem partis singuli sunt compellendi, si constabit esse omnes solvendo. Quanquam fortasse justius sit, etiamsi solvendo omnes erunt, electionem conveniendi quem velit non auferendam actori; si actiones suas adversus caeteros praestare non recuset*».

Y resulta lógico pensar que el lugar que ocupaba la facultad de dividir la deuda entre codeudores lo ocupe la remisión de la solidaridad que, cuando sea hecha en favor de todos, vendrá a tener el mismo efecto, aunque dependerá de la voluntad del acreedor y no de la ley como antes<sup>7</sup>.

Lo cierto es que desde DOMAT<sup>6</sup> a POTHIER existe un cambio de actitud: aquél sigue hablando del beneficio de división en favor de los codeudores solidarios y éste habla ya de un derecho de la solidaridad en beneficio del acreedor y, en su consideración, el acreedor puede disponer de él:

*«Le droit de solidité qu'a un créancier contre plusieurs débiteurs d'une même dette, étant un droit établi en sa faveur, il n'est pas douteux que, suivant la maxime, cuique licet juri in suum*

Tan sólo lo admite en favor de los mutuos fiadores, con base en la Novela 99: «In forza della Novella XCIX, i Corrai obbligati da scambievole fidejussione, vale a dire, che prestarono vicendevolmente fidejussione l'uno per l'altro, hanno fra di loro il beneficio della divisione, qualora non sia stato specialmente convenuto che non l'abbiano» (Id., pág. 89).

<sup>6</sup> En el primer efecto que POTHIER otorga a la «solidité entre plusieurs débiteurs», es decir, que el acreedor se puede dirigir contra cualquier deudor solidario por el total, incide en el tema de la división de la deuda en favor de los codeudores para negarlo. Dice así: «Je ne pense pas même que les codébiteurs qui se sont obligés solidairement aient entre eux le bénéfice de division; c'est-à-dire, que l'un d'eux, à qui le créancier demande le total, soit recevable, en offrant sa part, à demander que le créancier soit renvoyé contre les autres débiteurs pour chacun leur part, lorsqu'ils sont solvables. ... La loi 47, ff. locati, dit qu'il est plus juste de la leur refuser: *Quanquam fortasse sit justius, etc.*». No desconoce la presencia de la Novela 99, aunque según su parecer, no rige: «Il est vrai que la Novelle l'accorde aux codébiteurs solidaires qui se sont rendus caution l'un de l'autre, alterna fidejussione obligatis: mais je ne voi pas qu'on la suive parmi nous. On n'accorde au débiteur solidaire qui est poursuivi pour le total, d'autre bénéfice que celui de pouvoir requérir la subrogation, ou cession des actions du créancier contre ses codébiteurs solidaires».

<sup>7</sup> CAFFARENA (Op. cit., pág. 313) da cuenta de ello diciendo que «es significativo que cuando POTHIER y los Códigos niegan este beneficio de división de los deudores se empieza a despertar un gran interés por el tema de las renunciaciones de la solidaridad».

<sup>6</sup> Vid. supra, nota 3.

*favorem introducto renuntiare, un créancier majeur qui a la libre disposition de ses biens peut renoncer au droit de la solidarité».*<sup>9</sup>

Como vemos, POTHIER habla de «renoncer au droit de la solidarité», entendiendo que no es más que la aplicación del régimen general de la renuncia a los derechos. Sin embargo, es preciso recordar que titula a este § IV de la solidaridad de deudores, «De la remise de la solidarité», y no de la renuncia a la solidaridad.

Después de este enunciado general, esto es, de la posibilidad que tiene el acreedor de disponer a su voluntad de la cotitularidad solidaria entre deudores, POTHIER realiza una doble clasificación, según los efectos perseguidos o la forma de exteriorizar su voluntad.

Respecto a la primera, expone sucintamente:

*«Il y peut renoncer, soit en faveur de tous les débiteurs, en consentant que la dette soit divisée entre eux; soit en faveur de l'un des débiteurs qu'il déchargera de la solidarité, en conservant son droit de la solidarité contre les autres, de manière néanmoins que la décharge qu'il a donnée à l'un d'entre eux, ne puisse préjudicier aux autres, comme il a été observé, n. 275».*<sup>10</sup>

Varias cosas hay que destacar de este párrafo de POTHIER:

a) En primer lugar, se reproduce la característica general de todo acto remisivo, es decir, que su intensidad y

---

<sup>9</sup> *Traité des obligations*, Paris, 1.825 (edición anastática, Barcelona, 1.974), Tome premier, § 277, pág. 255 s. El subrayado es nuestro.

<sup>10</sup> *Traité des obligations*, § 277. El subrayado es nuestro.

alcance dependerá de la voluntad del acreedor: podrá liberar a todos los deudores de su vínculo solidario (efecto ilimitado) o bien podrá limitar a uno o varios de los codeudores tal remisión (efecto limitado). Desde esta perspectiva, vendría a coincidir con lo que en sede de remisión, el mismo autor expresa con las palabras «*remise réelle*» y «*décharge personnelle*».

b) En efecto, al hablar de la remisión de la solidaridad con efecto limitado, utiliza el vocablo *décharge* y no *remise*, término que sustituye por el de renuncia para referirse a la remisión hecha en favor de todos los codeudores.

c) Pero la cuestión más importante se encuentra en la última parte del párrafo transcrito, cuando se remite al § 275. Por ello, la remisión de la solidaridad en favor de un solo codeudor sigue el mismo régimen que la *décharge personnelle*, es decir, que no pudiendo perjudicar a los demás codeudores, habrá que entender que se reduce parcialmente la deuda por la cuantía de su cuota de responsabilidad<sup>11</sup>. Lo contrario, según POTHIER, sí sería perjudicarlos.

La segunda clasificación viene determinada por la forma

---

<sup>11</sup> El § 275 del *Traité des obligations* se refiere a la remisión limitada del acreedor en favor de uno solo de los codeudores solidarios, estableciendo la imposibilidad de que el acreedor pueda dirigirse por el total frente a cualquiera de los no liberados: «*Quid, si le créancier, para la décharge qu'il a donné à ce débiteur, avoit déclaré expressément qu'il entendoit décharger seulement la personne de ce débiteur, et conserver sa créance entière contre les autres codébiteurs, pourroit-il, au moyen de cette protestation, exiger le total des autres débiteurs, sans aucune déduction de la part de celui qu'il a déchargé? Je pense qu'il ne le pourroit. La raison est que les débiteurs solidaires ne se sroient pas obligés solidairement, mais seulement pour leurs parts, s'ils n'eussent compté qu'en payant le total ils auroient recours contre leurs codébiteurs, et qu'ils auroient pour cet effet la cession des actions du créancier pour les autres parties*».

de exteriorización de la voluntad. «*Il peut y renoncer, soit par une convention expresse, soit tacitement*»<sup>12</sup>.

Al analizar el supuesto de la remisión tácita de la solidaridad, el autor lleva a cabo un extenso estudio sobre la expresión «*pour sa part*»: «*Il est censé y avoir renoncé tacitement, lorsqu'il a admis quelqu'un des débiteurs à payer la dette pour sa part nommément*»<sup>13</sup>.

El supuesto de hecho acontece cuando el acreedor permite al codeudor pagar solamente por la parte que asumió en sus relaciones internas, mediante la extensión de un recibo incluyendo tal expresión. POTHIER dice al respecto que ser deudor «*pour une part*» y ser deudor solidario son dos cosas opuestas, con lo que ese codeudor quedaría descargado de la solidaridad, a menos que el acreedor introdujera las expresiones «*sans préjudice de la solidité*» o «*sans préjudice de mes droits*», que destruiría la presunción de remisión tácita de la solidaridad frente a aquel codeudor<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> *Op. cit.*, § 277.

<sup>13</sup> *Op. cit.*, § 277. Fundamenta tal decisión en la l. 18, *Cod. de pact.*, que dice: «*Si creditores vestros, ex parte debiti admisisse quemquam vestrum pro sua persona solventem probaveritis, aditus rector provinciae, pro sua gravitate, ne alter pro altero exigatur, providebit*».

<sup>14</sup> POTHIER lo explica así (*Op. cit.*, § 277): «*La raison est que lorsque le créancier donne quittance en ces termes à l'un de ses codébiteurs solidaires: J'ai reçu d'un tel la somme de ... pour sa part, il le reconnoit débiteur de la dette pour une part; et par conséquent il consent qu'il ne soit plus solidaire, étant deux choses opposées, d'être débiteur pour une part, et d'être débiteur solidaire*». Sigue diciendo que «*cette décision n'a pas lieu, si la quittance par laquelle le créancier déclare avoir reçu d'un tel pour sa part, porte une réserve de la solidité*», porque los términos «*pour sa part, et ceux-ci, sans préjudice de la solidité, se détruiraient réciproquement, et que la quittance devrait être regardée comme si elle ne contenoit ni les uns ni les autres; auquel cas elle ne peut préjudicier au droit de solidité*»; cita a ALCIATUS para justificar su solución.

En efecto Andreas ALCIATUS (*Opera Omnia*, Tomus III, «*In Codicis Iustitiani & Decretalium Gregorii IX titulos aliquot commentaria complectens*», Francofurti, l. 617, *Com. ad Tit. De pactis, lex XVIII, §§ 4 a 11, págs. 164 s.*), en su comentario a la l. 18 *Cod.*, *de pactis* da esa misma solu-

Sin embargo, POTHIER se pregunta si,

«lorsque le créancier a donné à l'un de ses codébiteurs solidaires quittance purement et simplement d'une certaine somme, qui fait précisément celle dont le débiteur est tenu de la dette pour sa part vis-à-vis de ses codébiteurs, sans exprimer qu'il l'a reçue pur sa part, le créancier est-il censé avoir remis son droit de solidité?».

A ello responde que,

«Je pense qu'il ne doit pas être censé l'avoir remis, et que la décision de la loi Si creditores ... doit être restreinte dans son cas, qui est ce lui auquel l'un des codébiteurs a été reçu expressément à payer pour sa part personnelle, ex parte pro persona sua, et que c'est de cette expression portée par la quittance que le créancier reçoit pour la part de ce débiteur, que se tire la présomption de la renonciation à la solidité».<sup>1\*</sup>

En resumen y según POTHIER, para que pueda hablarse de remisión tácita de la solidaridad frente a uno de los codeudo-

ción: « ... verba illa, pro persona sua, indicant obligationem, quae communis omnibus erat, voluntate creditoris pro persona solventis extingui, periculumq; amplius ullum ad eum non pertinere, & consequenter divisionem fieri, alioquin huic actioni consentire ille non debuit. Quocirca traditum est, idem esse si debitor solvere se dixerit pro portione sua, vel pro rata, vel pro virili, aut pro quota sua parte, & similibus verbis. ... Quibuscunque ergo verbis, dummodo ad id aptis, admissi sint, idem erit, ut si dictum sit, admitti quemlibet pro parte, vel reliquum non petam ... Sed, quid si simpliciter numeratio facta est, nec pro sua persona, aut similibus verbis solutum fit? ... Recentiores tamen omnes ex simplici solutione nullam fieri divisionem censuerunt, nisi addita ea verba proponatur, quod & supra scripta ex ratione probari potest: debet enim praesumptio ex probabili signo oriri ... nec tacitum pactum induci, nisi verisimilis coniectura id suadeat, quae profecto nulla, vel non satis firma esset, nisi ea verba adiecta fuerint. Caeterum etiam eis adiectis, non tamen quandoq; divisio inducitur, si ex aliis coniecturis aliud actum esse verisimile sit: veluti cum quis amplius sua portione vel minus solvit, non enim tunc verisimile est fieri divisionem ... Idem cum creditor protestatus est, se salvo solidi iure eam pecuniam recipere nec haec protestatio tanquam contrario facta, ide est, solutioni pro persona debitoris factae, inefficax est». Los subrayados son nuestros.

<sup>1\*</sup> Op. cit., § 277, págs. 257 s. El subrayado es nuestro.

res, el acreedor ha de introducir en su recibo alguna expresión que sea lo suficientemente explícita para entender que ésta es la voluntad del acreedor. En caso contrario se entenderá que, a pesar de recibir en pago la misma cantidad por la que el deudor es responsable en sus relaciones internas, el acreedor no ha querido exonerarle de la solidaridad.

Tanto si se entiende que ha habido remisión de la solidaridad limitada a un codeudor, como si no, la reducción de la deuda es indudable, máxime cuando ha existido un pago parcial.

Cita POTHIER otro supuesto de remisión tácita, visto ya el del recibo, exponiéndolo como sigue:

*«Lorsqu'un créancier a fait commandement à l'un des débiteurs solidaires de payer telle somme pour sa part de la dette, ou lorsqu'il l'a assigné pour payer sa part de la dette, est-il censé pour cela seul avoir divisé sa dette, et avoir déchargé ce débiteur de la solidité?».*

A tal pregunta POTHIER, que exige un nuevo acuerdo, aunque sea tácito, entre acreedor y deudor para toda clase de remisión, responde que sólo podrá verse una remisión tácita de la solidaridad si el deudor asiente a tal demanda o reclamación<sup>16</sup>. En caso contrario, no podrá entenderse que el

---

<sup>16</sup> Después de presentar el parecer de otros autores en pro y en contra de la remisión de la solidaridad en este caso, POTHIER da su propia solución: *«Quid si ab altero partem petierit? Liberum erit ab alterutro reliquam petere. La raison est que les dettes étant contractées par le concours de volontés du créancier et du débiteur, la remise ne peut s'en faire que par un consentement contraire des mêmes parties. D'où il suit qu'en supposant que la demande faite à l'un des débiteurs solidaires de payer sa part, renfermeroit une volonté du créancier de lui remettre la solidité, tant que la volonté du débiteur n'a pas concouru avec celle du créancier; tant que le débiteur n'a pas acquiescé à cette demande, et offert en conséquence de payer sa part, cette demande ne peut faire acquérir au débiteur aucun droit, ni le décharger de la solidité, ni par conséquent empêcher le créancier d'augmenter ses conclusions contre lui, et de lui deman-*



acreedor ha querido remitir la solidaridad limitadamente.

Por último, opina POTHIER que cuando ha recaído sentencia condenatoria sobre el deudor, a consecuencia de la demanda del acreedor por su parte de responsabilidad en las relaciones internas, tal sentencia suple la voluntad del deudor y deberá entenderse que el acreedor no puede ya reclamarle el resto, como si hubiera existido remisión de la solidaridad frente a tal deudor demandado<sup>17</sup>.

Hasta aquí la doctrina de POTHIER. Como hemos visto, el tema de la remisión de la solidaridad viene a ocupar, en ocasiones, el lugar que ocupaba el derecho de división de la deuda en favor de los codeudores. Así puede suceder en el último de los casos que POTHIER cita - sentencia de condena -, ya que en éste, tanto si el acreedor quería remitir como si no, no podrá dirigirse contra el mismo deudor por el resto.

Además, hay que tener en cuenta que en todos los casos citados por el autor, siempre ha existido bien un pago parcial, bien una remisión parcial de la deuda, excepto en el caso de la demanda antes de recaer sentencia de condena.

---

*der le total de la dette. En cela, ce cas-ci diffère de la loi Si créancier, dans lequel la volonté du débiteur qui paye sa part de la dette au créancier, qui veut bien s'en contenter, concourt avec celle du créancier pour la remise du surplus» (Traité des obligations, § 277, pág. 260).*

<sup>17</sup> *«Lorsque, sur la demande du créancier contre l'un des débiteurs solidaires pour le paiement de sa part, il est intervenu sentence qui le condamne à payer sa part, le créancier ne peut plus lui demander le surplus: la sentence de condamnation supplée à cet égard à la volonté du débiteur pour l'acceptation de la remise du surplus» (Op. cit., § 277, pág. 260).*

En todo este tema, debemos matizar una cuestión, a nuestro entender, muy importante. Y es que el razonamiento de POTHIER, acerca de la necesidad de la voluntad del deudor para conformar la remisión, se fundamenta en que *«les dettes étant contractées par le concours de volontés du créancier et du débiteur, la remise ne peut s'en faire que par un consentement contraire des mêmes parties»*. Sin embargo, esto es desconocer la posibilidad de que la deuda no haya nacido de la voluntad de las partes, sino por designio de la ley. Y tenemos dicho que las obligaciones legales son tan sus-

## 2. EL CODE NAPOLEON.

Las ideas de POTHIER fueron fielmente trasladadas al *Code Napoléon*, dando origen a los artículos 1.210, 1.211, y 1.215 *Code*, principalmente'. Todos ellos dentro del epígrafe titulado «*De la solidarité de la part des débiteurs*»<sup>1210</sup>. Habíamos anunciado que esto era muy significativo en orden a su inclusión en el campo de la remisión y no de la renuncia, a pesar de otras denominaciones que se han dado a esta figura.

El art. 1.210 contiene la norma general respecto a la remisión de la solidaridad limitada, es decir, en favor de un solo codeudor:

ceptibles de remisión como las que han nacido de la común voluntad de acreedor y deudor. Por lo tanto, el argumento utilizado por POTHIER en ningún momento puede considerarse como decisivo.

Se aparta de POTHIER la norma del art. 1.212 *Code*, aunque sin trascendencia en cuanto a la esencia del régimen de la remisión de la solidaridad. Se trata de «*savoir si, lorsqu'il y a plusieurs débiteurs solidaires d'une rente, la quittance que le créancier a donnée à l'un d'eux d'une telle somme pour sa part des arrérages qui étoient lors échus, le décharge de la solidité pour l'avenir, ou seulement quant aux arrérages échus pour lesquels la quittance a été donnée?*». Así, plantea la cuestión POTHIER (*Op. cit.*, § 279, pág. 262).

El art. 1.212 *Code* se redactó como sigue: «*Le créancier qui reçoit divisément et sans réserve la portion de l'un des codébiteurs dans les arrérages ou intérêts de la dette, ne perd la solidarité que pour les arrérages ou intérêts échus, et non pour ceux à échoir, ni pour le capital, à moins que le paiement divisé n'ait été continué pendant dix ans consécutifs*».

El tribuno MOURICAULT, en su discurso ante el «*Corps Législatif*», dio cuenta de la diferencia del criterio que triunfó (art. 1.212 *Code*) y el de POTHIER: «*Mais quand le créancier a reçu divisément et sans réserve pendant dix années la portion d'un débiteur dans les arrérages ou intérêts de la dette, il perd la solidarité contre ce débiteur, tant pour le capital que pour les intérêts ou arrérages échus et à échoir. Pothier, avec qui le projet ne se trouve pas d'accord en ce point, exige, pour anéantir la solidarité dans ce cas, une perception divisée des arrérages ou intérêts pendant trente années; et encore n'admet-il pas alors l'extinction de la solidarité à l'égard du capital. Mais, d'une part, quant aux arrérages ou intérêts, c'est bien assez d'une perception divisée soutenue pendant dix ans, sans réserves, pour en inférer la renonciation à la solidarité à l'égard du débiteur en possession de payer ainsi; et d'autre part il serait trop bizarre de le laisser désormais soumis à la solidarité pour le capital, quand on l'en affranchit pour les arrérages ou intérêts*».

<sup>1210</sup> No encontraremos recogida, sin embargo, la remisión de la solidaridad frente a todos los codeudores.

*«Art. 1210. Le créancier qui consent à la division de la dette à l'égard de l'un des codebiteurs, conserve son action solidaire contre les autres, mais sous la déduction de la part du débiteur qu'il a déchargé de la solidarité».*

De este artículo podemos destacar:

a) La equiparación entre «division de la dette» y «décharge de la solidarité».

b) Que la remisión de la solidaridad limitada a un codeudor conlleva siempre - se trata de una norma general - una reducción de la deuda (remisión parcial de la deuda) en cuanto a la posterior reclamación de la misma a cualquiera de los no beneficiados por la remisión de la solidaridad.

Como vemos, coincide plenamente con la doctrina de POTHIER. Además, BIGOT-PRÉAMENEU, en la Exposición de Motivos cuando la presentación al «Corps Legislatif», había reiterado las palabras de POTHIER en este punto<sup>2</sup>.

El artículo 1.211 Code recoge los casos de remisión tácita de la solidaridad que ya había citado POTHIER:

*«Art. 1211. Le créancier qui reçoit divisément la part de l'un des débiteurs, sans réserver dans la quittance la solidarité ou ses droits en général; ne renonce à la solidarité qu'à l'égard de ce débiteur.*

*Le créancier n'est pas censé remettre la solidarité au débiteur lorsqu'il reçoit de lui une somme égale à la portion dont il est tenu, si la quit-*

---

<sup>2</sup> «Si le créancier consent à la division de la dette à l'égard de l'un des débiteurs, doit-on présumer qu'il ait renoncé à la solidarité à l'égard des autres? Il ne peut pas y avoir de doute si, dans la quittance, le créancier a fait la réserve de la solidarité, ou si même il y a réservé ses droits en général, puisque, dans ce dernier cas, le droit de solidarité s'y trouve compris» (en FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil, Tomo XII de la colección, «Discussions, motifs rapports et discours», T. VIII, pág. 252 s.).

*tance ne porte pas que c'est pour sa part.*

*Il en est de même de la simple demande formée contre l'un des codébiteurs par sa part, si celui-ci n'a pas acquiescé à la demande, ou s'il n'est pas intervenu un jugement de condamnation».*

Como vemos, son exactamente los mismos supuestos que ya se había planteado POTHIER, adoptando, asimismo, idénticas soluciones.

El primer párrafo del artículo viene a sentar la regla general, esto es, que recibiendo el acreedor la parte interna de uno de los codeudores y no expresando ninguna reserva de la solidaridad o de sus derechos contra los demás, sólo puede entenderse que remite la solidaridad respecto del que pagó. Pero para que así pueda entenderse, el párrafo segundo del artículo precisa que la cantidad recibida debe coincidir con la porción por la que ese codeudor es responsable en la relación interna y que el recibo extendido por el acreedor contenga la expresión «*pour sa part*»<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Ésta es la solución que también se desprende del discurso pronunciado por el tribuno MOURICAULT en la «Discussion devant le Corps Legislatif», al decir: «... le créancier qui, sans réserver la solidarité dans sa quittance, mais sans y renoncer formellement, reçoit divisément la part d'un des débiteurs, est bien censé faire remise de la solidarité à ce débiteur; mais il la conserve à l'égard des autres. Enfin le créancier n'est pas censé remettre la solidarité, même au débiteur de qui il reçoit seulement une somme égale à sa part, pourvu que la quittance ne porte pas que c'est pour sa part. Il en est de même lorsque le créancier forme contre l'un des débiteurs une demande pour sa part, tant qu'il n'est pas intervenu de jugement conforme, ou que le débiteur n'a pas acquiescé à la demande» (en FENET, *Op. cit.*, pág. 428). DEMOLOMBE (*Traité des Contrats ou des obligations conventionnelles en général*, III, Paris, 1.870, § 468, pág. 404) lo expone como sigue: «Le premier cas, dans lequel la loi présume la décharge de la solidarité (se refiere a lo previsto en los dos primeros párrafos del art. 1.211 Code), présente, comme on voit, le concours de trois circonstances, à savoir: 1º Que le créancier a reçu la part de l'un des débiteurs, divisément; 2º Que la quittance, qu'il lui en a donnée, porte que c'est pour sa part; 3º Qu'il n'a pas réservé la solidarité ou ses droits en général.»

Termina el artículo recogiendo los dos últimos supuestos que POTHIER había calificado como de remisión tácita y limitada de la solidaridad: el asentimiento a la demanda y la sentencia de condena.

En definitiva, de estos dos artículos se desprende la misma solución que ya había apuntado POTHIER: posibilidad de la remisión limitada de la solidaridad, en favor de determinado codeudor, y persistencia de la solidaridad respecto a los no beneficiados, aunque con la deducción de la parte del codeudor liberado de la solidaridad<sup>4</sup>.

Por su parte, el artículo 1.215 Code dispone:

*«Art. 1.215. Dans le cas où le créancier a renoncé à l'action solidaire envers l'un des débiteurs, si l'un ou plusieurs des autres codébiteurs deviennent insolvable, la portion des insolvable sera contributoirement répartie entre tous les débiteurs, même entre ceux précédemment déchargés de la solidarité par le créancier».*

Sorprende la cuestión de que, habiendo remitido el acreedor la cotitularidad solidaria a determinado codeudor, este siga respondiendo frente a sus codeudores en el caso de

<sup>4</sup> En los discursos preparatorios del Code se deja bien claro la posibilidad de la remisión de la solidaridad limitada a determinado codeudor, así como la persistencia de la solidaridad respecto a los no beneficiados, aunque estos «ne peuvent avoir à s'en plaindre: 1<sup>o</sup> parce que la solidarité ne subsiste que sous la déduction de la part du débiteur déchargé; 2<sup>o</sup> parce que, s'il y a des débiteurs insolvable à l'époque où le restant de la dette est demandé à un autre débiteur, le débiteur déchargé n'est dispensé pour cela de supporter contributoirement la perte qui résulte de cette insolabilité; 3<sup>o</sup> enfin parce que le débiteur auquel le créancier s'adresse pour payer toute la dette, moins la part du débiteur déchargé, aurait été obligé de payer, puisque, par l'effet de son obligation solidaire, il s'était engagé au paiement de toutes les parts» («Communication Officielle à la Section de Législation du Tribunal», en FENET, *Op. cit.*, pág. 153). Dicho criterio no sufrió modificación y se manifestó en el mismo sentido el Tribuno FAVART, en su «Communication Officielle au Tribunal» (en FENET, *Op. cit.*, pág. 333).

que alguno de estos fuera insolvente.

En puridad de conceptos, si un codeudor es beneficiado por la remisión de su vínculo solidario, pasa a tener la consideración de ser deudor mancomunado y, por lo tanto, no tendría que responder de ninguna insolvencia de alguno de sus ya ex-codeudores, sino que su cuota de responsabilidad debería ser asumida por el acreedor.

La decisión de la «Section de Législation du Tribunal», al plantearse este dilema, resolvió que también el codeudor beneficiado debía soportar la insolvencia de uno de sus codeudores<sup>5</sup>. Fundamentan tal decisión en que el acto que establece la solidaridad contiene dos obligaciones distintas: una entre acreedor y deudores y otra entre cada deudor y sus codeudores. El acreedor - dicen - no puede alterar la segunda de las obligaciones nacidas de la solidaridad y, por lo tanto, el deudor beneficiado sigue obligado respecto a sus codeudores en cuanto al cubrimiento de insolvencias<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> «Après avoir comparé les motifs pour et contre, l'avis de la section est que la perte qui résulte de l'insolvabilité ne doit nullement regarder le créancier, mais qu'elle doit être supportée par les débiteurs déchargés de la solidarité, comme par ceux qui ne le sont pas» (en FENET, Op. cit., pág. 155).

<sup>6</sup> « ... l'acte primitif qui a établi la solidarité contient deux obligations bien distinctes, l'une entre le créancier et les débiteurs, l'autre entre chaque débiteur et ses codébiteurs. Lorsque le créancier décharge l'un d'eux de la solidarité, il use d'une faculté résultant de la première convention; car celui qui peut demander le paiement de tout peut se restreindre au paiement d'une partie. Mais le débiteur qui n'a payé qu'une partie, parce que le créancier a bien voulu s'en contenter, n'est pas déchargé de la seconde obligation formée entre les débiteurs seuls. Cette seconde obligation est absolument étrangère au créancier: elle subsiste toujours tant que les débiteurs n'ont pas compté entre eux ou qu'il reste quelque chose à compter. Or, un des points essentiels de cette obligation est que la portion des insolubles soit répartie entre eux tous: il n'est pas plus permis au créancier d'en dégager le débiteur qu'a celui-ci de s'y soustraire» (en FENET, Op. cit., pág. 155). Más tarde, en la «Communication officielle au Tribunal», el tribuno FAVARD expondrá lo mismo (en FENET, Op. cit., pág. 332).

Por lo tanto, del breve estudio de los artículos del *Code* dedicados a la remisión de la solidaridad, podemos añadir un elemento distinto que no había sido anunciado por POTHIER: el deudor liberado de la solidaridad no queda exonerado de su responsabilidad frente a sus codeudores y deberá cubrir, junto con los demás, la insolvencia de cualquiera de los no beneficiados.

A ello hay que añadir la diversidad de denominaciones ofrecidas por los distintos artículos, para señalar a la remisión de la solidaridad. El art. 1.210 *Code* habla de la «*décharge de la solidarité*»; el art. 1.211 *Code* habla de «*renonciation a la solidarité*» (párrafo primero) y de «*remise de la solidarité*» (párrafo segundo). Por último, el art. 1.215 *Code* utiliza la expresión «*renonciation à l'action solidaire*». Ciertamente, nadie puede negar que todas estas denominaciones hacen referencia a una única remisión de la solidaridad, *máxime* cuando dichos artículos se encuentran en sede de «*solidarité de la part des débiteurs*»<sup>7</sup>.

### 3. LA ESCUELA DE LA EXAGESIS.

Para confirmar nuestro último aserto, bastenos acudir a las siguientes palabras de DEMOLOMBE:

*«La renonciation à la solidarité, ou, en d'autres termes, qui sont aussi ceux de la loi, la remise, la décharge de la solidarité, peut être faite par le créancier: soit au profit de tous les codebiteurs; soit seulement au profit de l'un ou de quelques-uns d'entre eux.»*<sup>1</sup>

---

<sup>7</sup> Cfr. DEMOLOMBE, *Op. cit.*, § 458, pág. 394.

<sup>1</sup> *Op. cit.*, § 455, pág. 392. Añade que «*les rédacteurs du Code n'ont pas prévu le premier cas, celui où la remise de la solidarité est faite à tous*».

Pero no vamos ahora a citar a autor por autor y su particular manera de ver la remisión de la solidaridad. Se trata tan sólo de ver que algunos de los autores de esta Escuela coinciden en expresar un contrario parecer acerca del supuesto de hecho de la norma contenida en el art. 1.210 Code.

Ya habíamos avanzado que la simple remisión de la solidaridad no podía suponer, de ningún modo, remisión parcial de la deuda. Del art. 1.210 Code se desprende la solución contraria, pero ello sólo aceptarse en el caso de que tal remisión de la solidaridad vaya acompañada de pago parcial o de remisión parcial.

Este es el criterio de ZACHARIAE, entre otros<sup>2</sup>. Este autor razona como sigue:

*«Allorché egli [el acreedor] si limita a sgravare dalla solidarietà uno dei debitori, l'obbliga-*

---

*les codébiteurs. C'est vraisemblablement qu'ils ont considéré que la simplicité même de cette remise les dispensait d'en régler les conséquences»* (Op. cit., § 156, pág. 392). En el mismo sentido, BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE (*Traité théorique et pratique de Droit civil, «Des obligations», Tome deuxième, Paris, 1.907, §1278, pág. 392*).

<sup>2</sup> MARCADE (*Explication théorique et pratique du Code Napoléon, IV, Paris, 1.852, § 619, pág. 479*) es de la misma opinión y explica que *«puisque le débiteur dont il s'agit dans notre article [art. 1.210] reste toujours tenu de sa part dans la dette, et que, par conséquent, il demeure là pour répondre, comme ses codébiteurs, au recours de celui qui pourrait se trouver forcé de payer la totalité, il n'y avait donc aucune raison, aucun prétexte de restreindre ici le droit de poursuite du créancier contre les autres débiteurs»*.

Claramente AUBRY et RAU (*Cours de Droit Civil Français d'après la méthode de Zachariae, IV, Paris, 1.902, § 298 ter., pág. 51*) al decir *«si le créancier a reçu du débiteur qu'il a déchargé de la solidarité le paiement de la part de ce dernier dans la dette, il ne conserve son action solidaire contre les autres que déduction faite de cette part. Art. 1210»*. Y en la nota 42 añade: *«L'art. 1210, qui statue sur la décharge expresse de la solidarité, suppose, comme l'art. 1211, qui s'occupe de la décharge tacite, que le débiteur n'a été déchargé que moyennant le paiement de sa part dans la dette»*.

BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE (Op. cit., § 1281, pág. 393) son del mismo parecer: *«A notre avis, cette restriction [se refiere a la deducción de la parte del deudor liberado de la solidaridad] ne saurait se justifier ...»*.



zione rimane solidaria riguardo agli altri, però colle seguenti modificazioni:

a. Se il creditore ha ricevuto dal debitore, che ha sgravato dalla solidarietà, il pagamento della parte di questo nel debito, egli non conserva la sua azione solidaria contro gli altri, salvo deduzione fatta di questa parte. Art. 1.210.<sup>3</sup>

Al contrario, si nada ha recibido el acreedor, habiendo liberado a un deudor de la solidaridad, «conserva senza restrizione la sua azione solidaria contro gli altri condebitori, ed un'azione parziale contro il debitore sgravato»<sup>4</sup>.

Esta es la consecuencia lógica que debe seguirse de la simple remisión de la solidaridad y dieron cuenta de ella varios exégetas, en contra de la opinión del legislador.

De conformidad con lo expuesto, el art. 1.215 Code no encaja con el régimen de la remisión de la solidaridad. Si por ésta, como dicen los exégetas, los deudores pasan a ser mancomunados<sup>5</sup>, no se entiende cómo, en el caso de ser uno sólo el

<sup>3</sup> Corso di Diritto Civile Francese, 2ª ed. italiana, eseguita su quella francese, riveduta ed arricchita di molte importanti aggiunte da AUBRY e RAU, II, Napoli, 1.852, § 298, pág. 154.

<sup>4</sup> Idem, nota 36. Se añade en la nota que «sarebbe tuttavia altrimenti, se non vi fosse una semplice liberazione dalle solidarietà, ma bensì condono del debito stesso a profitto esclusivo d'uno dei condebitori. In questo caso, el creditore perderebbe ogni azione contro il debitore sgravato, e non conserverebbe che, sotto la deduzione della parte di quest'ultimo, la sua azione solidaria contro gli altri condebitori, i quali, pel fatto del creditore, non possono più avere alcun rilievo ad esercire contro il debitore sgravato». Reproducen exactamente las mismas palabras AUBRY et RAU (Op. cit., § 298 ter., pág. 52, nota 42).

En contra, opinan que el art. 1.210 Code es aplicable tanto si ha existido pago o remisión parcial, como si no ha existido ninguno de los dos hechos, COLMET DE SANTERRE (Cours analytique de Code Napoléon, V, Paris, 1.865, § 144 bis. II., pág. 240) y DEMOLOMBE (Op. cit., § 464 s., pág. 398 s.).

<sup>5</sup> Así, COLMET DE SANTERRE (Op. cit., § 144 bis. II., pág. 239): «Les débiteurs deviennent alors conjoints, chacun d'eux ne peut plus être poursuivi que pour sa part». DEMOLOMBE (Op. cit., § 456, pág. 392 s.) también

liberado de la solidaridad, no pase a tener tal consideración y deba seguir respondiendo de la posible insolvencia de cualquiera de sus codeudores.

Plantean este problema los exégetas desde el punto de vista de quién debe soportar esta insolvencia, si todos los codeudores, incluido el liberado de la solidaridad, o el acreedor.

La primera de las soluciones es la que adoptan la casi totalidad de autores, llevados de la literalidad del art. 1.215 *Code*<sup>6</sup> y de lo expuesto en los discursos preparatorios del mismo<sup>7</sup>: así, COLMET DE SANTERRE<sup>8</sup>, AUBRY y RAU<sup>9</sup>, DEMOLOMBE<sup>10</sup>, etc.

Sin embargo, la solución más justa sería, teniendo en cuenta la hipótesis de que los codeudores no pueden quedar perjudicados, la que hiciese recaer en el acreedor la respon-

---

se expresa así: «Le créancier a fait remise de la solidarité à tous les débiteurs. Eh bien! la conséquence est facile à déduire! Nous avons plus que des débiteurs conjoints; et chacun d'eux ne pourra plus être désormais contraint que pour sa part. La solidarité a disparu. Il ne reste que la conjonction, c'est-à-dire qu'il y a désormais autant de dettes distinctes qu'il y a de débiteurs, chacun pour sa part». AUBRY y RAU (*Op. cit.*, § 298 ter., pág. 51) en el mismo sentido, afirman que «une obligation solidaire devient simplement conjointe, quand le créancier consent à diviser la dette entre les codébiteurs».

<sup>6</sup> Reinsertamos el artículo: «Dans le cas où le créancier a renoncé à l'action solidaire envers l'un des débiteurs, si l'un ou plusieurs des autres codébiteurs deviennent insolubles, la portion des insolubles sera contributoirement répartie entre tous les débiteurs, même entre ceux précédemment déchargés de la solidarité par le créancier».

<sup>7</sup> *Vid.*, supra, notas 4 y 3 de la remisión de la solidaridad en el *Code* (págs. 42 y 43, respectivamente). En particular, recordamos las palabras de BIGOT-PRÉAMENEU en su Exposición de Motivos con ocasión de la «Presentation au Corps Législatif»: «La division de la dette n'a pu être consentie ni acceptée que sauf le droit d'autrui; ainsi le codébiteur déchargé de la solidarité envers le créancier a dû compter qu'il lui restait encore une obligation à remplir à l'égard de ses codébiteurs, en cas d'insolvabilité de quelques-uns d'entre eux» (en FENET, *op. cit.*, pág. 255).

<sup>8</sup> *Op. cit.*, § 150 bis, pág. 252.

<sup>9</sup> *Op. cit.*, § 298 ter., pág. 52.

<sup>10</sup> *Op. cit.*, §§ 437-441, págs. 363 ss.

sabilidad por la parte del deudor liberado. Ésta fue la solución que dió POTHIER<sup>11</sup> y la que más tarde sostuvo ZACHARIAE, quien concretó, además, que la solución era la misma tanto si el acreedor había recibido del deudor liberado el pago por su parte interna como si no<sup>12</sup>.

ZACHARIAE-AUBRY y RAU, concilian la norma del art. 1.215 Code con su opinión:

«L'art. 1215 ferma bensì che la parte del debitore insolubile vuol essere ripartita per quota fra tutti li condebitori solvibili, eziandio fra quelli che furono anteriormente sgravati dalla solidarieta. Ma non bisogna perciò credere che quest'operazione abbia per scopo di far sopportare a questi ultimi le conseguenze d'un insolubilità di cui essi non hanno più a rispondere, poichè pella liberazione della solidarieta sono divenuti debitore semplicemente congiunti, e per conseguenza non sono più tenuti al di là delle loro parti nel debito. Se l'articolo 1215 ordina la ripartizione della parte del debitore insolubile fra tutti li debitori solvibili, senza eccezione, gli è unicamente per indicare che il creditore non conserva la sua azione solidaria contro i debitori non sgravati, che sotto la deduzione delle quote parti dei debitori sgravati, porzioni a cui li primi cessano d'esser tenuti, perchè, pel fatto del creditore, essi non possono più avere, a questo riguardo, alcun regresso ad esercire contro i secondi».<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Traite des obligations, § 275, in fine y § 278. En este último párrafo dice textualmente el autor: « ... parmi les débiteurs qui restent, il y en avoit quelqu'un d'insolvable, ces débiteurs devroient être déchargés de la part que celui qui a été déchargé de la solidité, auroit portée de l'insolvabilité: car s'ils ne doivent pas profiter de cette décharge, elle ne doit pas leur préjudicier».

<sup>12</sup> «Il creditore abbia o no ricevuto dal debitore sgravato il pagamento d'una parte del debito, è obbligato di sopportare personalmente la porzione proporzionale per cui questo debitore sarebbe stato obbligato di contribuire alle parti degli'insolubili, senza poterla ripetere contro gli altri condebitori. Art. 1.215» (Op. cit., § 298, pág. 154 s.).

También hacen recaer en el acreedor tal responsabilidad, DURANTON (Cours de Droit civil suivant le Code Français, VI, Bruxelles, 1.841, § 231) y LAROMBIÈRE (Theorie et pratique des obligations, III, Paris, 1.885, Art. 1.210, § 7).

<sup>13</sup> Op. cit., § 298, pág. 155, nota 37.

No extraña al lector que, anteriormente, hayamos incluido a AUBRY y RAU

Esta solución es, a nuestro entender, mucho más ajustada a la propia esencia de la remisión de la solidaridad, la cual, si en ningún caso puede conllevar reducción parcial de la deuda y, por lo tanto, remisión personal, configura al deudor liberado como deudor mancomunado.

En definitiva, hemos visto cómo algunos autores de la Escuela de la Exégesis criticaron, sobre todo, dos aspectos de la regulación dispensada por el *Code* a la remisión de la solidaridad, opinando:

a) en primer lugar, que la remisión de la solidaridad, tanto la de efectos limitados como la de efectos ilimitados, no tiene por qué conllevar necesariamente la reducción parcial de la deuda. Ésta sólo avendra si ha existido pago o remisión parcial, al mismo tiempo que remisión de la solidaridad.

b) Que el efecto de tal remisión es transformar a todos los deudores o a algunos - según sea ilimitada o no - en mancomunados.

Por ello y en virtud de los dos anteriores apartados, afirmamos que ni el art. 1.210 ni el art. 1.215 *Code* se ajustan a la esencia de la remisión de la solidaridad. El artículo

---

entre los autores que no hacían recaer en el acreedor la responsabilidad por insolvencia, sino en todos los codeudores, incluido el liberado de la solidaridad, de conformidad con el art. 1.215 *Code*. La razón estriba en que modificaron su opinión a partir de la 5ª edición de su obra, *Cours de Droit Civil Français d'après la méthode de Zachariae*. En sus ediciones anteriores, sostuvieron la opinión de que la responsabilidad por insolvencia debía recaer en el acreedor, tal y como anotaron a ZACHARIAE. A este respecto dicen: «*La doctrine contraire, fondée sur l'autorité de Pothier a été longtemps soutenue par la majorité des auteurs et nous l'avions adoptée dans nos précédentes éditions*» (Op. cit., 5ª ed., § 298 ter., pág. 52, nota, 43).

1.210 *Code* sólo puede interpretarse conforme haya existido un pago o una remisión parcial. Respecto al art. 1.215 *Code* no se atisba solución desde la perspectiva de la figura en estudio. ¿Acaso se trata de otra?

### III. LA REMISIÓN DE LA SOLIDARIDAD EN LOS CÓDIGOS ITALIANOS.

#### 1. EL CODICE DE 1.865.<sup>1361\*</sup>

Seguramente llevado por las críticas que sufrió el art. 1.210 *Code*, el art. 1.195 del *Codice* de 1.865 modificó lo que aquél dispuso y quedó redactado como sigue:

*«1.195. Il creditore che acconsente alla divisione del debito a favore di uno dei condebitori, conserva la sua azione in solido contro gli altri per l'intero credito».*

Con este artículo vieron triunfar sus tesis aquellos exégetas que defendían la no reducción de la deuda por el hecho de la remisión de la solidaridad.

La norma de este artículo es mucho más correcta, en nuestra opinión, que la del art. 1.210 *Code* y, sobre todo, mucho más acorde con la propia naturaleza de la remisión de la solidaridad.

---

<sup>1361\*</sup> Los Códigos anteriores a la unificación de Italia, reprodujeron fielmente las normas del *Code*. Así, el *Codice per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla* (arts. 1.187, 1.188 y 1.192); *Codice per lo Regno delle Due Sicilie* (arts. 1.163, 1.164, 1.165 y 1.168); *Codice Civile per gli Stati Estensi* (arts. 1.263, 1.264, 1.265 y 1.268); *Codice Civile per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna* (arts. 1.300, 1.301, 1.302 y 1.305).

Es de destacar que todos recogen esta figura al hablar de la solidaridad entre deudores.

Sin embargo, éste es el único, pero sensible cambio operado en el *Codice* de 1.865 respecto al *Code* francés. Los arts. 1.196<sup>14</sup>, 1.197<sup>15</sup> y 1.200 *Codice* coinciden exactamente con los arts. 1.211, 1.212 y 1.215 *Code*.

Por lo tanto, el problema del art. 1.200<sup>16</sup> *Codice* (art. 1.215 *Code*) siguió sin resolverse por el legislador italiano, si es que lo que regula es la remisión de la solidaridad.

Además, se sigue insistiendo en la pluralidad de denominaciones: desde la división de la deuda, (art. 1.195) hasta la renuncia de la acción solidaria (art. 1.200), pasando por las expresiones «*liberato il debitore dall'obbligazione in solido*» (arts. 1.196 y 1.200). Téngase en cuenta que todos los artículos mencionados residen dentro del epígrafe titulado «*Dell'obbligazione in solido fra i debitori*».

---

<sup>14</sup> «Art. 1.196. Il creditore che riceve separatamente la parte di uno dei debitori senza riservarsi nella quitanza l'obbligazione in solido o i suoi diritti in generale, non rinuncia all'obbligazione in solido se non riguardo a questo debitore.

Non si presume che il creditore abbia liberato il debitore dall'obbligazione in solido, quando ha ricevuto da questo una somma eguale alla sua parte, se la quitanza non dichiara che la riceve per la sua parte.

Lo stesso ha luogo per la semplice domanda fatta contro uno dei condebitori per la sua parte, se questi non vi ha aderito, o se non è stata pronunciata una sentenza di condanna».

<sup>15</sup> «Art. 1.197. Il creditore che riceve separatamente e senza riserva da uno dei condebitori la sua porzione di frutti maturati o degli interessi del debito, rinuncia all'azione in solido per i frutti od interessi scaduti, ma non per quelli che hanno da scadere né pel capitale, eccetto che il pagamento separato siasi continuato per dieci anni consecutivi».

<sup>16</sup> «Art. 1.200. Nel caso in cui il creditore ha rinunciato all'azione in solido verso alcuno dei debitori, se uno o più degli altri condebitori diventano non solventi, la porzione di questi è per contributo ripartita tra tutti i debitori, ed anche fra quelli che sono stati precedentemente liberati dall'obbligazione in solido per parte del creditore».

2. LA DOCTRINA ITALIANA POSTERIOR A LA PUBLICACION DEL CODIGO DE 1.865.

MELUCCI<sup>17</sup>, conceptuando a la remision de la deuda como una renuncia al derecho de credito<sup>18</sup> - lo que influirá en su tratamiento de la remision de la solidaridad -, da cuenta de que, en verdad, existen dos tipos distintos de ésta:

*« ... , la rimessione della solidalita, di cui intende in modo specile occuparsi il legislatore negli art. 1195, 1196, 1197 e 1200, neppure per il debitore che la ottiene costituisce una causa di estinzione del suo vincolo solidale, nel senso vero e completo della parola; riducendosi essa al beneficium divisionis, il quale in limiti ben ristretti distrugge gli effetti ordinari della solidalita, senza affatto costituire del titolare di esso un debitore semplicemente congiunto;... ».*<sup>19</sup>

En cambio, la remision de la solidaridad supone «una separazione completa della obbligazione parziaria di uno o più condebitori dal fascio della originaria complessa obbligazione solidale. Ma ... all'infuori di queste circostanze, la rimessione della solidalita e la liberazione dalla obbligazione solidale, nel linguaggio dottrinario e legislativo assumono un altro concetto, da cui sorge un'eccezione personale soltanto al correo cui si riferisce individualmente, senza alcuna partecipazione ed influenza riflessa su tutti gli altri»<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> La teoria delle obbligazioni solidali nel diritto civile italiano, Torino, 1.884.

<sup>18</sup> « ... il creditore, il quale ha la facoltà di rimettere il debito solidale esso stesso, di rinunciare cioè al suo credito in favore di tutti o di uno solo dei debitori, a fortiori può rimettere la solidalita del debito, rinunciare cioè a questa maniera di essere della obbligazione in favore di tutti, o di alcuni, o di uno solo dei debitori, quando sua intenzione sia di ridurre in lor riguardo la obbligazione solidale al tipo ordinario della obbligazione multiples congiunta» (Op. cit., § 71, pag. 164). El subrayado es nuestro.

<sup>19</sup> Op. cit., § 71, págs. 164 s.

MELUCCI, después de reproducir los artículos del *Codice* que se refieren a esta figura, afirma que el concepto recogido por aquéllos no puede identificarse con la verdadera remisión de la solidaridad, sobre todo por lo que se dispone en los arts. 1.195 y 1.200 *Codice*<sup>21</sup>.

En definitiva, pues, existen dos figuras diferentes que, como veremos, no pueden confundirse a pesar de ser denominadas ambas como «remisión de la solidaridad»:

a) una, que es la recogida congruentemente por los artículos 1.195 y 1.200 *Codice* y que no supone, de acuerdo con ellos, ni reducción de la deuda ni exoneración de la responsabilidad del beneficiado por aquel hecho. No coincide con la verdadera remisión de la solidaridad.

b) Otra, la verdadera remisión de la solidaridad, que convierte a los deudores solidarios, en cuyo favor se realiza, en deudores mancomunados y que sí supone una especie de reducción de la deuda - aunque no se ha extinguido parcial-

<sup>20</sup> Op. cit., § 73, pág. 168. El subrayado es nuestro.

<sup>21</sup> Después de reproducir los artículos de la remisión de la solidaridad, expone: «Da queste disposizioni si scorge:

<sup>19</sup> Che per il legislatore la divisione del debito, la rinunzia alla obbligazione in solido, la liberazione del debitore dalla obbligazione in solido, la rinunzia all'azione in solido, sono espressioni di un identico concetto, e che la dottrina con frase più larga chiama rimessione della solidalita;

<sup>22</sup> Che questo concetto, questo fatto giuridico intervenuto fra il comune creditore ed il debitore solidale, non ha il valore e quell'efficacia inerente alla vera rimessione della solidalita, ...; differenza stabilita in modo positivo per due principali effetti: quello cioè relativo all'azione in solido, che in virtù dell'articolo 1195 el creditore conserverebbe contro gli altri debitori per tutto il credito senza alcuna deduzione, a differenza di ciò che si osservò nella vera rimessione della solidalita; e quello relativo alla permanente responsabilità del debitore medesimo, in persona del quale il sudetto fatto giuridico si avverava per la quota di un altro correo insolvente, secondo l'articolo 1200, anche contrariamente a ciò che fu veduto nel caso della vera rimessione della solidalita» (Op. cit., §73, pág. 169 s.).



mente (*Vid. infra*) -, así como exoneración de responsabilidad solidaria de los beneficiados por la misma.

Por esto decíamos que la solución dada por el *Code* no podía calificarse como remisión de la solidaridad, porque si bien admitía en su art. 1.210 la reducción de la deuda, ésta devenía por pago o remisión, es decir, por extinción parcial; y, aunque fuere interpretado de diferente manera<sup>22</sup>, el efecto ordenado por el art. 1.215 *Code* no coincidía con la reducción operada ex art. 1.210<sup>23</sup>.

En la auténtica remisión limitada de la solidaridad, el deudor beneficiado por la misma, al pasar a ser deudor mancomunado, queda fuera de la relación interna entre codeudores y no deberá soportar ninguna insolvencia de los demás o, en otras palabras, no le será aplicable el art. 1.200 *Codice*. Si acaeciere tal insolvencia, la responsabilidad deberá ser asu-

<sup>22</sup> Es decir, de acuerdo con la propia naturaleza de la remisión de la solidaridad que, como veremos, compele al deudor a no poder exigir del resto de deudores solidarios sino con deducción de la parte del deudor liberado de la solidaridad, sin que esta parte venga en extinguirse, porque el acreedor conserva su acción para reclamarla del deudor mancomunado. En cierta manera, también podía deducirse del art. 1.210 *Code*.

<sup>23</sup> Confundiendo la remisión limitada de la solidaridad con la remisión parcial limitada a favor de determinado codeudor, se expresa Luigi BORSARI, en su *Commentario del Codice Civile italiano* (Vol. III, Parte Seconda, Torino, 1.877, Art. 1200, § 3122, pág. 492 s.): «*Se il creditore non ha fatta la deduzione di quella parte del debito che stava a carico del debitore favorito (rimettendo in tal modo non la solidarietà ma il debito particolare) si vede chiaramente che i rapporti di debito e di credito non avevano subito in generale alcuna modificazione, e come i condebitori devono sopportare tutto il debito, così devono anche mantenere intatti fra essi i loro diritti di ripartizione e di conguaglio. Ma supponiamo che il creditore sia proceduto deducendo il debito di uno dei debitori o per remissione esplicita o per pagamento ricevuto della sua porzione. ...*».

Como vemos, para BORSARI la solución es la misma tanto si ha existido un pago parcial o una remisión de efecto limitado, es decir, en favor de determinado codeudor, como si no. Pero insistimos que la «deducción» operada por la remisión de la solidaridad no supone extinción de parte de la deuda por pago o remisión parcial limitada.

mida por el acreedor<sup>24</sup>, y con ello adquiere sentido la tan repetida «deducción» necesaria si se dirige contra cualquiera de los demás codeudores por el total.

En efecto, es el acreedor, salvo consentimiento de los deudores que restan vinculados por la solidaridad en asumir la parte de responsabilidad del deudor liberado, quien debe correr con la parte por la cual el deudor liberado era responsable para, así, no perjudicar (no agravar) la situación de los demás codeudores en el caso de insolvencia. Por esto, la consecuencia lógica es que el acreedor deba reintegrar, al deudor que ha pagado la totalidad, por el *quantum* de la parte del deudor liberado de la solidaridad y no enriquecerse injustamente. Todo ello se verá, más claramente, al hablar del régimen jurídico de la remisión de la solidaridad.

En definitiva, MELUCCI da cuenta de que la remisión de la solidaridad regulada en los artículos citados del *Codice* de 1.868, no se trata de la verdadera, sino de una especie de la misma, de efectos más debilitados, a la que llama remisión de la solidaridad impropia<sup>25</sup>. Se acerca mucho a lo que él denomina como concesión de un mero beneficio de división o de renuncia de la acción solidaria<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Así, MELUCCI, *Op. cit.*, § 72, pág. 167.

<sup>25</sup> MELUCCI lo expresa así:

*«Interessa dunque stabilire, in confronto della vera remissione della solidarietà, nascente dai principii generali . . . ., il carattere giuridico di un altro fatto analogo, cui il legislatore accenna con diverse espressioni (divisione del debito, rinunzia alla obbligazione in solido, ecc.), e che la dottrina, con frase compendiosa, chiama remissione della solidarietà, la quale noi, per distinguerla dall'altra, diremo qui impropria»* (*Op. cit.*, § 73, pág. 170).

<sup>26</sup> *«Precisato così il concetto del fatto giuridico indicato negli art. 1195, 1196, 1197 e 1200, cioè della rinunzia o della remissione dell'azione solidale, la quale importa il beneficium divisionis . . .»* (*Op. cit.*, § 75, pág. 172).

Acabaremos el estudio doctrinal, circunscrito casi en su totalidad a MELUCCI, con la cita de un párrafo de GIORGI.

GIORGI afirma que la cuestión de quién debe responder de la cuota del insolvente, debe resolverse por la interpretación de la voluntad de las partes y que, en caso de duda irresoluble, el art. 1.200 «nos dará una regla para resolver la cuestión en favor del acreedor»<sup>27</sup>.

MELUCCI contesta a GIORGI diciendo que, en el fondo, no disienten, aunque la cuestión a resolver es «*se il creditore ha inteso rinunziare alla solidalità del debito, o all'azione solidale soltanto del credito*»<sup>28</sup>, añadiendo que según el art. 1.200 no ha existido más que renuncia a la acción solidaria, como él lo conceptúa, la cual no deroga el régimen de la solidaridad.

Hasta aquí la doctrina de MELUCCI. Su importancia radica en que es el único que establece claramente la existencia de dos tipos o especies de remisión de la solidaridad y, lo que es más importante, que la regulada en el Código de 1.865 no coincide con la auténtica. Éste será también nuestro punto de partida, aunque nos separaremos de este autor en la calificación de lo que él llama remisión de la solidaridad impropia.

---

<sup>27</sup> «Nosotros la consideramos cuestión de interpretación, en la que debe atenderse, ante todo, a la voluntad de las partes. Al renunciar el acreedor a la solidaridad, ¿entiende condonar también al deudor que libraba, la porción del insolvente, o entiende librarlo únicamente de anticipar la parte de los demás obligados? En el primer caso, la parte del insolvente por la porción que sería de cargo del deudor librado de la solidaridad, deberá soportarse por el acreedor; en el segundo, deberá serlo por el deudor librado. Solamente en el caso de duda irresoluble, el art. 1.200 nos dará una regla para resolver la cuestión en favor del acreedor; regla conforme con el principio de la interpretación restrictiva de las renunciaciones» (Teoría de las obligaciones, trad. por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Vol. I. Madrid, 1.928, § 210, pág. 191).

<sup>28</sup> Op. cit., § 78, pág. 180.

3. EL CONTINUISMO DEL CÓDIGO ITALIANO DE 1.942.

El nuevo Código italiano no varió de criterio respecto al de su antecesor. Acaso se exprese con mayor concisión, si bien continúa contemplando bajo la denominación de «Rinunzia alla solidarietà» lo que MELUCCI denominaba como remisión de la solidaridad impropia, es decir, aquella que no extinguía la responsabilidad del deudor liberado.

Dedica el *Codice* de 1.942 tres artículos al tema: del 1.311 al 1.313.

El artículo 1.311 refunde los antiguos arts. 1.195, 1.196 y 1.197 del *Codice* de 1.865:

*«1.311. Rinunzia alla solidarietà.- Il creditore che rinunzia alla solidarietà a favore di uno dei debitori conserva l'azione in solido contro gli altri.*

*Rinunzia alla solidarietà:*

*1) il creditore che rilascia a uno dei debitori quietanza per la parte di lui senza alcuna riserva;*

*2) il creditore che ha agito giudizialmente contro uno dei debitori per la parte di lui, se questi ha aderito alla domanda, o se è stata pronunciata una sentenza di condanna».*

Como vemos, aunque la doctrina es la misma, la redacción es más reducida y las expresiones más concisas. Sobresale el cambio de «*divisione del debito*», del antiguo art. 1.195, por «*rinunzia alla solidarietà*», en el primer párrafo del artículo presente. Asimismo, se ha suprimido «*per l'intero credito*» pues, en verdad, si se conserva la misma acción solidaria contra los demás, se sobrentiende que es por todo el crédito.

El art. 1.313, por su parte, coincide en su espíritu con el anterior art. 1.200 del *Codice* de 1.865:

*«1.313. Insolvenza di un condebitore in caso di rinunzia alla solidarietà.- Nel caso di rinunzia al creditore alla solidarietà verso alcuno dei debitori, se uno degli altri è insolvente, la sua parte di debito è ripartita per contributo tra tutti i condebitori, compreso quello che era stato liberato dalla solidarietà».*

De la redacción de ambos artículos, podemos entrever claramente que se regula de nuevo la remisión de la solidaridad que MELUCCI llamaba impropia pues el deudor liberado sigue respondiendo por la insolvencia de uno de sus codeudores. No ha habido verdadera remisión de la solidaridad: el deudor liberado no tiene la consideración de mancomunado.

Sí se avanza en la cuestión de las denominaciones; sólo se utilizan dos: «*rinunzia alla solidarietà*» (arts. 1311 y 1313) y «*liberato dalla solidarietà*» (art. 1313), frente a las múltiples utilizadas tanto en el *Code* como en el anterior *Codice*.