

La llamada novación modificativa en el Derecho Civil Español *

SUMARIO: 1. *Consideraciones introductorias.*—2. *El origen histórico del problema.*—3. *La llamada novación modificativa en el Derecho español.*—4. *Nuestra concepción del problema.*—5. *La adecuada interpretación de los artículos 1.203 y 1.204 del Código civil.*

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

La civilística moderna suele hacer gala de la altura de sus visiones y de lo fácil que le resulta, cuando encuentra razones justificativas para ello, remontar el rígido y estéril encierro que supone la pura literalidad de las normas; abundan en los trabajos científicos de los tiempos actuales «reconstrucciones» dogmáticas de los defectuosos encuadres normativos del legislador, «superaciones» y aun «traslaciones» de enfoques y esencias que se juzgan exigidas por la adecuada formulación teórica de los institutos jurídicos y que no fueron tomadas en cuenta por el legislador, ya por un deficiente conocimiento y preparación del mismo a la hora de regular determinada figura, ya porque se trata de novedosas y positivas construcciones, que la doctrina científica en su secular e inacabable recreación de las categorías jurídicas ha elaborado y consagrado con una u otra dosis de generalidad y de pacífica aquiescencia.

Nada tenemos que oponer a este estado de cosas; en semejante tensión entre la norma y la mente inquieta, insatisfecha y elevadora del jurista progresista radica en buena medida la superación científica del Derecho. Si el *iuris prudens*, por servil reverencia o por comodidad, aceptase en todo caso como buena e intangible la palabra normativa del

(*) Trabajo realizado en el Seminario de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.

legislador poco se habría avanzado en nuestro campo y no sólo en el sector doctrinario, sino también en la propia esfera del perfeccionamiento legislativo, porque el sancionador de la norma no habría contado con el acicate ni con el elemento esclarecedor de dudas y equivocaciones que supone la crítica teórica hecha con altura, seriedad y desinterés. Nos basta volver los ojos al ejemplo siempre vivo que es la jurisprudencia romana para constatar, sin solución de continuidad, ese mutuo influjo de *leges* y *iura*, esa recíproca interacción de la norma y el pensamiento teórico en aras siempre de la superación y mayor perfección del ordenamiento destinado a regular de la manera más satisfactoria posible las relaciones temporales entre los hombres.

Y nada tenemos que oponer porque en nuestra modesta producción científica hemos dado cumplida cuenta, según creemos (1), de que no nos detiene la letra de la ley ni lo que PACCHIONI ha llamado «falsa estatoidolatría» cuando juzgamos que debe hacerse uso de la interpretación correctora, de la investigación integradora del Derecho y aun, simple y llanamente, de ignorar y dejar a un lado la norma legal, tenerla por no escrita, aunque esto pueda sonar a mentecortos y espíritus reverentes como desafuero y soberbia.

Porque pensamos que el Derecho, como, en general, los otros órdenes del espectro social, es tensión y pugna, constante lucha superadora, y que, por tanto, rinde un flaco servicio científico quien se arredra ante un precepto, quizá viejo y venerable en sí, que ya no puede entenderse en la forma en que tradicionalmente lo había sido porque han mutado las condiciones ambientales en que debe tener aplicación o porque una mejor elaboración teórica del instituto a que hace referencia impide seguir manteniendo la imagen clásica de aquella norma. El jurista que ante el peligro e intranquilidad que entraña toda novedad, el estudioso que ante la «santidad» de la ley escrita sienta que debe frenar sus inquietudes y retirar al campo de sus preocupaciones metafísicas las concepciones que juzga justas y convenientes, se ha rendido a discreción antes de comenzar la batalla, ha tocado a retirada y ha renunciado a lo único que quizá sirve para caracterizar al que se entrega al noble oficio de la formulación jurídica teórica: la independencia y el espíritu de intransigencia e inconformismo.

Por otro lado, el desconocimiento en uno u otro grado de la literalidad normativa tampoco constituye en nuestros días empresa descabe-

(1) Cfr. al respecto nuestras obras: *El tercero registral en el Derecho venezolano*, Caracas, 1967; *La venta de herencia*, Caracas, 1968; *Estudios de Derecho Civil*, Caracas, 1970; *La separación de los bienes hereditarios*, Caracas, 1970; *La donación con reserva de disponer*, Caracas, 1971; *La disminución de la garantía hipotecaria*, Caracas, 1972, etc.

llada o aventurada sólo apta para los más osados o los más noveles, porque la mejor doctrina contemporánea sobre interpretación jurídica, de RADBRUCH a BETTI y de GUARINO a DE CASTRO, nos enseña que al indagar el alcance y sentido de las normas hay que tener por norte la *ratio iuris* del precepto en función del entorno socioeconómico que ha de condicionar su aplicación, esto es, que debe imponerse el criterio racional y teleológico porque, como dirá el primero de los autores reseñados, la interpretación ha de buscar el sentido objetivamente válido del precepto jurídico (2).

Pero quizá, si cabe, todavía más peligrosa que la excesiva y no justificada reverencia a la norma escrita es la incondicional entrega al criterio o parecer jurisprudencial, que en España alcanza grados alarmantes, pues pareciera que casi nadie se atreviese a defender una determinada postura si no encuentra el asidero y el punto de apoyo de las sentencias del Tribunal Supremo, en base, generalmente, a ese manido e inexacto tópico de que los Tribunales, en cuanto palpan la realidad de la vida, las preocupaciones e inquietudes del momento, son los únicos que pueden dar al teórico los límites exactos, el «techo» hasta donde puede llegar en sus lucubraciones conceptuales. Y hay en esto, a nuestro entender, error y exceso, pues, sin que ello suponga desdoro ni mengua de la alta formación y preocupación teórica de la Magistratura, pensamos que las cosas ocurren a la inversa: el juez, en sus decisiones viene condicionado no sólo por las circunstancias y límites impuestos por el caso concreto sometido a su *iurisdictio*, sino también, y acaso en mayor medida, por el ambiente, la valorativa y las tendencias a la sazón imperantes en el medio en que desarrolla y cumple su alta función de aplicar las leyes «juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado», y ello, de manera necesaria, ha de inculcar a sus resoluciones una ponderación, una prudencia y un equilibrio que, en principio y en la misma medida, no tienen por qué condicionar la labor del teórico puro.

Y no quiere decir esto que la jurisprudencia deba ser estática ni que el juez tenga que limitarse a aplicar fría y mecánicamente el Derecho recibido, pues la realidad misma se encargaría de desmentirnos y la experiencia diaria nos muestra cómo evoluciona y progresa la doctrina legal y cómo el fecundo hacer de los órganos decisorios, a todos los niveles, va insuflando, lenta, pero constantemente, nueva savia, nuevas

(2) RADBRUCH: *Filosofía del Derecho*, Madrid, 1944, pág. 147. El mismo autor escribe las siguientes significativas palabras: «Es posible afirmar como voluntad del legislador lo que nunca existió conscientemente en la voluntad del autor de la ley. El intérprete puede entender la ley mejor de lo que la entendieron sus creadores y la ley puede ser mucho más inteligente que su autor—es más, tiene que ser más inteligente que su autor—» (pág. 148).

orientaciones y enfoques a unas leyes que, por antiguas y en buena medida rebasadas por la realidad social, ya no son aptas a plenitud para atender a la adecuada tuición de los intereses en conflicto que plantea un signo de los tiempos en trance de vertiginoso cambio y arrolladora creación *ex novo*.

No; no es eso ni podría serlo. De lo que se trata es de que, según se apuntaba líneas arriba, la jurisprudencia tiene unos condicionamientos y debe observar una ponderación y exquisito tacto, que no soporta ni tienen por qué coartar la labor creativa del jurista libre, porque éste se mueve en unas coordenadas diametralmente distintas. El juez recibe, el teórico da; el juez dirige fundamentalmente la vista hacia atrás, mientras el teórico avizora el futuro; el juez ha de tratar con todo cuidado de no rebasar el *habitat* sociojurídico que condiciona su actuar, y el teórico, por el contrario, si quiere ser fiel a su altísima e irrenunciable función, debe tratar de desembarazarse de las «impurezas» de la realidad y habilitar fórmulas que proyectando las instituciones hacia el devenir permitan anticipar, a nivel de laboratorio jurídico, soluciones para los problemas a presentarse y distiendan los mecanismos jurídicos hacia un desarrollo, progresión y perfeccionamiento constante, metódico e indefinido.

Por ello, y de manera contraria a lo que comúnmente se cree, no es que el jurista teórico deba recabar de manera necesaria el dato jurisprudencial para apoyar su teoría ni mucho menos que tenga que contrastar ésta o hacerla pasar por la prueba de fuego del apoyo de las sentencias, en términos de que si no encuentra decisiones judiciales que avalen su postura ha de proceder a arrinconarla, sino al revés: es al juez al que corresponde, jurista práctico al fin (sin que esto suponga juicio peyorativo alguno, pues se trata tan sólo de dos distintas y complementarias funciones, tan alta y necesaria la una como la otra), cuando quiera rebasar un criterio que juzgue periclitado y encuadrar el «caso» a resolver dentro de unos lineamientos que no sean los precedentes o los de la «jurisprudencia constante y reiterada», recabar el auxilio del creador, del pensador puro, impetrar la ayuda del que tiene como cometido facilitar los encuadres teóricos nuevos y acomodados a las cambiantes situaciones, pues en otro caso se estaría adentrando en un campo en el que, por no ser el suyo, corre el riesgo de desbarrar y, sobre todo, lo que es mucho más grave, de rebajar y aun olvidar el alto cometido que le concierne de buscar soluciones razonables y justas a los específicos conflictos y pugnas que se someten a su conocimiento y decisión.

Claro que hay mucho jurista timorato y cómodo, que, por una parte, rehúye todo lo que suponga apartarse del camino trillado y pacíficamente andado, porque toda disensión entraña riesgos y aventura oposiciones

y polémicas, y, por la otra, encuentra fácil fungir de creador simplemente con recopilar doctrina jurisprudencial, ordenarla más o menos sistemáticamente y destilarla para tratar de extraer de ella una superestructura teórica (o pseudoteórica), que de manera pomposa habrá de llamar «su teoría». Abundan en España y en otros países libros que no tienen otra trama ni otro mérito teórico que el que se acaba de especificar y que si tienen justificación y cumplen una importante función práctica, en cuanto ordenan y condensan para el *usus fori* la abrumadora jurisprudencia existente (y, en tal sentido, nada tienen de reprochables), tratan de pasar a veces (y esto sí es ya vituperable y deshonesto) como elevadas elaboraciones doctrinarias.

El *iuris peritus* nada tiene que aprender del juez (y ojalá no se nos malentienda y se estimen estos términos en su exacto sentido, fácilmente deducible de lo que hasta aquí va escrito), nada tiene que pedir a éste, porque el orden de sus respectivas actuaciones parte del segundo y culmina en el primero; el teórico puro no puede pretender contrastar sus creaciones con el dato jurisprudencial, porque en tal caso está invirtiendo la secuencia lógica de su actuación y desnaturalizando su cometido, ya que, como bien dice ese gran maestro mundial del método comparativo que es RENÉ DAVID, si la doctrina quiere cumplir una función esencial que le está asignada ha de servir de orientación y guía a la jurisprudencia en el desarrollo y perfeccionamiento del Derecho (3).

Pues bien, todas estas consideraciones, que constituyen una larga digresión, se formulan a propósito de un punto en el que, a nuestro entender, la doctrina civil española no ha asumido, en general y a plenitud, los deberes que pensamos le incumben en el vasto proceso de la superación jurídica y se ha sentido excesivamente atada por una literalidad normativa, que creemos puede superarse, prescindiendo de manera injustificada de la exacta construcción dogmática del instituto matriz, del dato que proporciona el Derecho comparado y del pórtico de luz que siempre suele brindar la prospección histórica de la figura estudiada, aparte de haber pagado una excesiva tributación al criterio jurisprudencial imperante al respecto. Nos estamos refiriendo a ese extraño híbrido, a esa singular creación que ha aceptado la civilística española, que es la denominada novación modificativa.

En aras a la verdad y al rigor, empero, hay que reconocer aquí también que toda generalidad siempre es lesiva y que en relación a la figura apuntada no han faltado voces, las menos, sin duda, que hayan objetado su admisión y criticado adversamente sus presupuestos existenciales, y de manera muy particular, y para el autor muy placentera por la especial

(3) DAVID: *Tratado de Derecho civil comparado*, Madrid, 1953, pág. 130.

relación de amistad y afecto que a él me une, debe resaltarse la claridad, el rigor y la sana influencia debeladora que sobre la materia ha traído esa magnífica obra monográfica relativa a la novación obligacional que ha realizado el profesor FRANCISCO SANCHO REBULLIDA (4).

2. EL ORIGEN HISTORICO DEL PROBLEMA

Los juristas romanos manejaron con relativa precisión tres figuras, en las que puede centrarse el origen histórico de la cuestión a estudiar: se trata de *iussum*, *delegatio* y *novatio*.

El *iussum* era una figura amplísima, plena de aplicaciones y empleos en las fuentes romanas, consistente en la simple declaración unilateral y no solemne de que lo que haga otro va a repercutir patrimonialmente en quien la formula (piénsese, por ejemplo, en el *iussum* del *paterfamilias* o *dominus* respecto a las actuaciones negociales a realizarse por el *filius* o por el *servus*, respectivamente); pues bien, una de tales utilizaciones fue precisamente la *delegatio*, que, en esencia, consiste en una autorización para asumir una obligación o para practicar un pago.

Ahora bien, de la misma manera que entre el *iussum* y la *delegatio* se da una relación de género a especie, asimismo en la concepción jurídica romana la *delegatio* es más amplia que la *novatio* y viene a constituir el género próximo a ésta.

La autorización en que consiste la *delegatio* podía ser *dandi* (*credendi* o *solvendi*) o *promittendi*, diferencia que reviste el mayor interés, ya que en el primer caso en cuanto el delegante se limitaba a actuar mediante el delegado, dando o pagando, no había novación, mientras que en el segundo, en razón de que la estipulación se cerraba entre delegatario y delegante, siempre que la misma apareciese referida a la obligación existente entre delegado y delegante, tenía lugar la novación. «Esta novación será activa (cambio de acreedor)—escribe SANCHO REBULLIDA—si el delegado era deudor del delegante y el *idem debitum* de la estipulación novatoria era precisamente éste, el del delegado frente al delegante; pero será pasiva (cambio de deudor) si el delegante era deudor del delegatario y el *idem debitum* de la estipulación se refirió a esta deuda» (5).

Tales situaciones nos revelan el más amplio carácter de la *delegatio* frente a la *novatio*, pues la primera tan sólo en alguna de sus aplicaciones era susceptible de provocar la segunda, circunstancia que exigía para su

(4) SANCHO REBULLIDA: *La novación de las obligaciones*, Barcelona, 1964.

(5) *Ibíd.*, págs. 45-46.

verificación de manera necesaria el juego de los tres siguientes elementos: la existencia de una obligación previa entre delegante y delegado o entre delegatario y delegante; que la autorización no fuese *dandi*, sino *promittendi*, y que el vínculo obligacional surgiese mediante contrato estipulatorio referido al mismo débito del promitente (6); faltando alguno de estos requisitos no había *novatio*, por más que hubiese *delegatio*.

La clasificación y la ordenación romanas se van a perder lamentablemente durante la época del *ius commune*, dándose la paradójica circunstancia de que a la confusión que sobrevino contribuyó, al menos en forma material, la impropia ordenación justiniana de los textos clásicos. En efecto, la célebre y discutida definición de ULPiano de la novación (*novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem vel naturalem, transfusio atque translatio, hoc est, quum ex precedenti causa ita nova constituitur ut prior perimatur, novatio enim a novo nomen accepit et a nova obligatione*) constituye el proemio de fragmento primero del título segundo del libro 46 del Digesto, título segundo, que lleva por epígrafe precisamente *De novationibus et delegationibus*, que hará pensar en precipitada y errada apreciación que la *delegatio* no es sino una especie de la *novatio*, o sea, una de las fórmulas por las que ésta puede realizarse, sin percatarse de que si el compilador bizantino coloca la novación con antelación a la delegación lo hace porque en el título citado se va a tratar de manera preferente del mecanismo novatorio actuado por vía delegatoria.

El glosador, primero, y el comentarista, después, cometerán el error de invertir el orden histórico y lógico de las figuras en tratamiento y de trastornar la concepción romana de que la delegación envuelve, como una de sus especies, a la novación, en esa otra de que la novación abarca la delegación y de que ésta no es otra cosa sino una de las maneras de practicar la novación subjetiva y aun, en forma más restringida, la novación subjetiva pasiva. *Ideo tamen possuit genus et speciem, quia maxime tractat de ea novatione, quae fit per delegationem*, dirá ACCURSIO; a lo que apostillará HEINECIO: *facile patet, delegationem esse speciem novationis*.

Aquí estaba el material para formular esa regla del Derecho intermedio que, contrariando la esencia de los textos romanos que debería haberla informado, pasó a ser una de esas «verdades» incontestables que la dogmática medieval nos legó y de las que la ciencia moderna se ha ido trabajosamente liberando: *In delegatione semper inest novatio*.

«Las bases textuales de los supuestos de delegación no novativa

(6) D. 16, 1, 8, 2; D. 17, 1, 26, 2; D. 46, 2, 31, 1, etc.

—nos dirá con acierto SANCHO REBULLIDA—pasan casi inadvertidos para los juristas del Derecho intermedio; no totalmente, como es natural, pero al contemplarlos, la figura resultante se desprecia. Y de este desprecio conceptual surge el embrión de una denominación que juzgo extraordinariamente significativa en el desenvolvimiento ulterior del instituto de la novación: la delegación que no produce novación es considerada como espúrea e *impropia*; sólo es delegación propia la que produce novación, la delegación novativa. Cuando el término delegación no se correspondía con el significado técnico por ellos atribuido, los juristas medievales hablaban de *delegación impropia* e imperfecta... Delegación impropia, pues, era aquella que no producía novación; aquella delegación que producía una nueva obligación sin extinción del antiguo débito, el cual permanecía intacto; frente al acreedor existían dos deudores: el antiguo y el nuevo. A esta segunda obligación que se añadía a la primera algunos la denominaron cumulativa, accesoría, semejante a una *fideiussio*» (7).

Pero la mixtificación de glosadores y comentaristas no se detuvo ahí. Al hablar de delegación impropia los juristas medievales no se referían a los casos romanos de delegación en que al no existir obligación previa entre delegado y delegante no cabía novación, sino a aquellos otros en que existiendo dicha obligación no se producía el efecto extintivo propio de la novación, ya por no existir *animus novandi*, ya por cualquier otra circunstancia que lo obstaba, y ello explica que a la *nova obligatio* se la denomine ora cumulativa ora accesoría. El círculo parecía cerrarse y el conjunto cobrar armonía y rigor sistemático: si la novación es el género, y la delegación, la especie subjetiva, habrá novación propia cuando la delegación también lo sea; mas cuando la delegación es impropia, porque no ocasiona la extinción de la *prior obligatio*, no es extraño que en tal supuesto se hable de novación impropia, con lo cual la tergiversación quedaba consumada, pues, por un lado, la especie se había ensanchado hasta conformar un género y, por el otro, una de las subespecies de este sedicente *novus genus* (la llamada delegación impropia) servía, a su vez, para generar un nuevo género novatorio: el de la novación impropia.

Se produce de esta manera un error más grave que el primeramente cometido, ya que si por la equivocación conceptual sufrida por el Derecho intermedio se llama delegación impropia a la que no ocasiona novación, queda todavía la atenuante de que en ella estamos ante una auténtica

(7) SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, págs. 101-102. Cfr. GIARDINA, *Studi sulla novazione nella dottrina del diritto intermedio*, Milán, 1952, págs. 221 y sigs.

tica delegación (en el sentido romano) (8), cosa que no sucede cuando al ocurrir el nacimiento de una nueva obligación, que no elimina la anterior, y no poder reconducirse el supuesto al campo de la delegación (ya que no existe obligación previa entre delegante y delegado) se habla de novación impropia, resultando evidente que tal situación es imposible encajarla dentro del concepto romano de novación. Esto es, para la mente romana, la delegación podía entrañar extinción o acumulación y en ambos casos era genuina delegación, mientras que para el jurista medieval sólo podía producir el primer efecto y por eso llama impropia a la que no lo genera; pero en todo caso, aun mutilado el instituto romano, todavía se sigue respetando realmente la esfera de actuación del mismo, porque en la delegación impropia se da verdadera delegación (lo impropio es llamarla impropia); por el contrario, en la terminología romana (la primera dogmática jurídica, como nos recordará BIONDI), la novación es siempre y solamente extintiva (su esencia radica en la *transfusio atque translatio prioris debiti in aliam obligationem*, de que habla ULPIANO) y nunca acumulativa, y, en consecuencia, hablar de una novación que no destruye, de una novación que acumula, en fin, de una novación impropia, es un desvirtuamiento de las ideas romanas, una desnaturalización de los conceptos mucho mayor que llamar delegación impropia a la que no destruye la precedente obligación, porque si para los romanos es también delegación (eso sí, propia) la que no extingue, no fue nunca novación la que acumula; como certeramente ha dicho algún autor: es evidente que en la llamada delegación impropia hay verdadera delegación, mientras que en la novación impropia, en cambio, no hay novación, porque si en ambos casos se produce un mismo resultado, la acumulación, este resultado es compatible con el concepto de delegación, pero no con el de novación. Tan sólo la cercanía estructural de ambos fenómenos, advierte el mismo, puede explicar este mimetismo terminológico, que, por lo demás, no tiene justificación conceptual.

Pues bien, estas vicisitudes de las ideas romanas sobre la *delegatio* y la *novatio* influyeron de diversa manera en las distintas codificaciones

(8) Según GUARINO, para el Derecho romano la delegación era la designación unilateral, expresa o tácita, de un sustituto en la posición de acreedor (delegación de crédito o novativa activa), o en la de deudor (delegación de débito o novativa pasiva), o en la de *accipiens* (delegación de pago activa) o en la de *solvens* (delegación de pago pasiva): *Diritto privato romano*, Nápoles, 1957, páginas 621-622. Acerca de la diferenciación por los juristas romanos entre delegación y novación pueden consultarse también: COVIELLO: «Successione nei debiti a titolo particolare», en *Archivio Giuridico*, 1893, pág. 211; ANDREOLI: *La delegazione*, Padua, 1937, págs. 25 y sigs.; GIDE: *Etude sur la novation et le transport des créances en Droit romain*, París, 1879, págs. 379 y sigs.; BIONDI: «Appunti intorno agli effetti estintivi della delegazione nel Diritto romano», en *Studi Paoli*, 1955, págs. 97 y sigs., etc.

civiles e incluso quedaron relegadas a un plano de intrascendencia al entrar en crisis en algunos ordenamientos la figura de la novación, porque mientras el Código civil francés y el italiano de 1865 conservan la institución en sus tres variantes tradicionales de novación objetiva (sustitución de la anterior por la nueva obligación entre los mismos sujetos), subjetiva activa (cuando, por efecto de una nueva obligación, un acreedor sustituye al primitivo respecto al cual el deudor queda libre) y subjetiva pasiva (cuando un nuevo deudor sustituye al antiguo, que es liberado por el acreedor), otros Códigos, como el B. G. B. alemán y el Código federal suizo de las obligaciones, prescinden de regular la novación y, en consecuencia, remiten el efecto de la extinción de las obligaciones mediante la creación de otras que las reemplazan al amplio y abierto campo de la libertad de negociación entre los interesados.

Pero nosotros vamos a prescindir de mayores disquisiciones sobre los precedentes históricos y sobre las variantes que los mecanismos en estudio adoptan en los diversos ordenamientos civiles en nuestros días, para centrarnos, lo que constituye la razón de ser de este trabajo, en la consideración y análisis de cómo las ideas sucintamente expuestas pueden servirnos para alumbrar la normativa española sobre la novación y cómo los textos del Código civil hispano pueden cobrar nuevo y armónico sentido al influjo de una interpretación ponderada, racional y realista.

3. LA LLAMADA NOVACION MODIFICATIVA EN EL DERECHO ESPAÑOL

El Código civil español dedica a la novación una regulación que no cabe calificar de modélica ni aun de medianamente aceptable, ya que incurre en un grado de imprecisión y confusiónismo y cae en equívocos no sólo de concepto, sino hasta terminológicos, que explican en buena medida la desorientación que en esta materia ha caracterizado siempre a la doctrina española, la cual, como antes se apuntaba, no ha sabido desprenderse del defectuoso arrastre legal y en lugar de superar, con sus precisiones y puntualizaciones, las fallas normativas, ha consumado el desatino y hasta posiblemente ha dado carta de naturaleza en el Derecho español a una figura que nunca estuvo en la mente ni fue querida por el legislador patrio.

Y lo curioso es que el Código civil parece partir de un encuadre preciso y firme de la figura novataria cuando en su artículo 1.156 incluye

la novación, sin puntualización ni mediatización alguna, entre los modos de extinción de las obligaciones; pero es luego, al desarrollar *in extenso* la figura, cuando el rigor inicial se diluye en una terminología vaga y ambigua, en la que hoy busca el origen de la confusa situación doctrinal imperante en la doctrina española. Circunstancia que, en nuestro sentir, no libera a dicha doctrina de responsabilidad porque precisamente la altura y grandeza del genio jurídico se manifiestan cuando sus creaciones tienen que salvar los obstáculos legales en aras de una interpretación y aun de una recreación más justas y deseables, no cuando claudica ante los obstáculos materiales que la norma ofrece y fuerza sus razonamientos, en claro abandono de su misión, para justificar el precepto que le ha llevado al abatimiento de su posición.

La raíz del equívoco se encuentra en la desdichada redacción del artículo 1.203, el primero de los que el Código dedica a regular *in concreto* esa figura, que previamente en su artículo 1.156 había calificado de manera rotunda como medio de extinguir obligaciones, pues sucede que el referido artículo 1.203 comienza hablando de que «las obligaciones pueden modificarse», y tras esa desafortunada introducción precisa que la modificación puede tener lugar «variando su objeto (de la obligación) o sus condiciones principales», «sustituyendo la persona del deudor» y «subrogando a un tercero en los derechos del acreedor»; mas como luego el artículo 1.205 se refiere a «la novación que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo», introduce un nuevo condicionamiento en el panorama global de la figura, que SANCHEZ REBULLIDA sintetiza de la siguiente manera: «Podría decirse que el Código enumera y sitúa la novación como medio extintivo, y lo regula en posición escorada: en el centro, la novación objetiva con criterio, en principio, ambivalente; en un extremo, la novación subjetiva por cambio de acreedor, solamente como modificación subjetiva de la relación (es decir, como transmisión del vínculo con subsistencia de su identidad), y en el otro extremo, la novación subjetiva por cambio de deudor, como necesaria extinción del vínculo precedente, como novación romana» (9).

Y de este punto ha arrancado una poderosa corriente doctrinal y jurisprudencial, que ha creado una nueva figura carente de justificación y de sentido (la novación modificativa) y ha enturbiado los perfiles de la novación, cuando pensamos que la institución podría haberse conservado en su prístina formulación, que es la romana, con sólo no haberse dejado obnubilar por la textualidad de las normas legales y haber dado a los preceptos del Código una interpretación de conjunto superadora y racional. Vamos, tratando de no extendernos en demasía, a dar una

(9) SANCHEZ REBULLIDA, *op. cit.*, pág. 160.

visión panorámica del sentir doctrinal y jurisprudencial español sobre la materia.

El mal parece venir de lejos, pues, según señalan PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (10), ya GARCÍA GOYENA, en el *Febrero reformado*, habría sostenido que la novación consiste en la modificación de una obligación preexistente o en su destrucción, con lo que daría cabida tanto a la novación extintiva como a la modificativa, porque no siempre la novación lleva consigo la destrucción de una obligación: la modificación tendrá lugar cuando se sustituye uno en vez de otro deudor o uno en vez de otro acreedor o se suprimen o crean fianzas, mientras la destrucción por novación operará cuando se varía la forma de una obligación preexistente y se la sustituye con otra nueva.

MUCIUS SCAEVOLA advierte que la novación no es siempre una causa de extinción de las obligaciones ni siquiera en el mayor número de los casos, puesto que se limita generalmente a modificar los términos en que se encuentran establecidas, aunque a continuación puntualice un tanto estas afirmaciones (11).

MANRESA considera que frente a los restantes modos de extinción, la novación produce tan sólo una extinción relativa de las obligaciones, ya que en la misma la subsistencia de relaciones jurídicas es indispensable, esencial y de resultado directo, por lo que la novación, más que extinguir las obligaciones, lo que hace es cambiarlas en otras (12).

También DE DIEGO piensa que cabe novación tanto en la extinción de la deuda antigua reemplazada por la nueva como en la simple modificación de aquélla, ora afecte el cambio al objeto y condiciones principales, ora a los sujetos activo y pasivo de ella, ya que si la extinción se considera esencial al concepto de novación, ésta se difumina y desaparecen de ella los supuestos de cambio de acreedor o deudor con subsistencia de la obligación antigua (13).

Con ligeras variantes, en esta misma línea de admisión de la novación modificativa, se manifiesta lo más descollante de la doctrina española del presente siglo: VALVERDE, DE BUEN, CASTÁN, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, ESPÍN CÁNOVAS, ALBALADEJO, PUIG PEÑA, etc.

Más recientemente y en estudios de índole monográfica se ha venido

(10) Notas al *Derecho de Obligaciones* de ENNECCERUS y LEHMANN, I, Barcelona, 1933, pág. 411.

(11) MUCIUS SCAEVOLA: *Código civil*, XIX, Madrid, 1902, págs. 844 y sigs.

(12) MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, VIII, Madrid, 1901, páginas 392 y sigs.

(13) DE DIEGO: *Transmisión de las obligaciones según la doctrina y legislación española y extranjera*, Madrid, 1912.

insistiendo en la misma dirección. Vamos a señalar con mayor detalle alguno de estos últimos intentos:

REYES MONTERREAL sostiene que si bien hoy día nadie pone en duda la doble eficacia que la doctrina, la práctica y la misma jurisprudencia atribuyen a la novación: extintiva y modificativa, debe llegarse todavía más lejos y entender, contrariamente a lo que suele informar a la doctrina y a la jurisprudencia, que la novación de nuestro Código, lejos de ser el medio de extinguir, en general, las obligaciones, es el más adecuado vehículo para modificarlas simplemente; en su opinión, la verdadera esencia de la novación es esa no extinción, la simple modificación o alteración, pues el Código no es que «admita» además de la novación extintiva la meramente modificativa, sino que la «contempla» y «regula», y a la que «alude» es a la que produce efecto extintivo; en consecuencia, sólo puede y debe hablarse de novación propia cuando se produce una mera modificación (14). Como se ve, pues, no sólo se mantiene la posición tradicional, sino que incluso se invierten los términos y llega a predicarse como principio o regla general lo que en el sentir general de la doctrina no pasaba de ser una excepción, todo lo amplia que se quiera, pero excepción al fin.

Más moderadamente, LOZANO BERRUEZO piensa que si el artículo 1.156 incluye la novación entre los modos de extinguirse las obligaciones y el 1.203 la considera capaz de modificarlas, lo más sencillo sería unir estas dos posibilidades y decir que la novación en el Código civil puede extinguir o modificar las obligaciones, porque si tanto supone para una institución el hecho de estar en un artículo que se inicia con las palabras «las obligaciones se extinguen...», no vemos por qué ha de suponer menos el que otro artículo comience con «las obligaciones pueden modificarse». Para él es evidente que la institución que tenga que soportar semejantes epígrafes habrá de albergar la doble posibilidad o ninguna de ellas, porque, ¿qué razón hay para preferir una sobre la otra? A la primera, la recogida en el artículo 1.156, la sostiene la más pura tradición, el fuerte puntal que supone ser el calco del artículo 1.234 del Código civil francés y un hecho: el de que la novación es un modo de extinguirse las obligaciones. A la segunda, la del 1.203, la hace nacer y permanecer una existencia: la de que en el mundo jurídico actual no tiene sentido mantener los inconvenientes de una rigidez innecesaria y, lo que es más, inexistente, y que, por tanto, habrían de suprimirse: y la apoyan todos los artículos que contiene la sección (15).

(14) REYES MONTERREAL: «Esencia de la novación», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1960, págs. 601 y sigs.

(15) LOZANO BERRUEZO: *La extinción de las obligaciones por novación*, Barcelona, 1963, págs. 121 y sigs.

HERNÁNDEZ-GIL ha señalado que en el estado actual de la doctrina y de la jurisprudencia constituye un verdadero aserto, aceptado sin excepción, el de que en el régimen del Código civil la novación no importa siempre y necesariamente un efecto extintivo respecto de una relación obligatoria precedente. Junto a la novación en el sentido gramatical y romano de la expresión, que entraña el doble efecto de dar vida a una obligación y poner término a otra a la que la nueva reemplaza, se han abierto camino figuras novatorias desprovistas de ese alcance destructor. Y ello lo mismo en el plano del objeto que en el de los sujetos. La novación objetiva no productora de la extinción suele denominarse modificativa o impropia. La novación subjetiva con subsistencia de la obligación precedente da lugar a la transmisión a título singular de la deuda. El Código civil, a través de una terminología a veces equívoca y en ocasiones claramente significativa, brinda cierta base para sostener que la novación no implica siempre extinción.

En su sentir, para que la novación sólo tenga un alcance modificativo y subsista la obligación originaria, se requiere que haya compatibilidad entre lo anteriormente pactado y lo posteriormente convenido, facilitando o no estorbando la ejecución de lo uno el cumplimiento de lo otro; porque así como la incompatibilidad, caracterizadora de la novación extintiva, se deriva de la alteración de los elementos esenciales, la compatibilidad, caracterizadora de la novación modificativa, entraña sólo la introducción de variaciones accidentales.

Según HERNÁNDEZ-GIL, el artículo 1.203 no pasa de decir que la variación en el objeto o en las condiciones principales entraña una modificación en la obligación precedente. El artículo 1.203 no alude para nada a la extinción ni da a entender que la modificación implique extinción. En algunos casos, la modificación podrá provocar la extinción. Pero esta consecuencia jurídica no se produce por la sola concurrencia de los supuestos delimitados en el artículo 1.203 ni tampoco como efecto indisoluble de la modificación. Y siempre que no haya extinción, la novación será sólo modificativa. Habrá una novación que genere la extinción. Toda novación es modificación; no toda novación es extinción, aunque pueda serlo. ¿Cuándo la novación, que genéricamente es modificación, trae consigo la extinción? Mientras el artículo 1.203 responde—con la enunciación de tres supuestos—a la pregunta relativa a la modificación, el propio artículo no responde de suyo a la pregunta relativa a la extinción. Para obtener una contestación adecuada hay que acudir a otros preceptos y singularmente al artículo 1.204. La novación extintiva requiere para producirse algo más que por sí solo no brinda el artículo 1.203. Así las cosas, para elaborar en el sistema del Código civil el concepto

de la novación objetiva modificativa, no hay que acudir al rodeo de las modificaciones accidentales. La novación puede ser modificativa no porque las modificaciones accidentales no estén comprendidas en el artículo 1.203, sino porque las variaciones en el objeto o en las condiciones principales—comprendidas en el mismo precepto—no entrañan de suyo la extinción de la obligación precedente. Para entrar en el ámbito de la novación extintiva hay que dar un paso más: es preciso introducirse en los dominios del artículo 1.204.

Sobre la base de las argumentaciones transcritas concluye el mencionado autor de la siguiente manera: «Es claro, por tanto, que el efecto extintivo de la novación objetiva se logra siempre por un doble juego de factores. De un lado, los derivados del número 1.º del artículo 1.203; de otro, los requeridos por el artículo 1.204. Es cierto, asimismo, a nuestro juicio, que la novación es modificativa cuando quedando comprendido el supuesto en el número 1.º del artículo 1.203, no llega a penetrar en la esfera del artículo 1.204, bien por falta de una declaración terminante, bien por falta de una incompatibilidad de todo punto. Siendo así, la novación modificativa, más que una modalidad de la novación, paralela, pero distinta, de la extintiva, es un primer estadio de ésta. Para modificar basta variar el objeto o las condiciones principales; para extinguir se requiere, además, el concurso de los requisitos del artículo 1.204» (16).

Para Díez-PICAZO, en líneas generales, cabe admitir que en nuestro actual Derecho positivo son posibles dos formas de novación: la llamada novación propia o extintiva y la llamada novación impropia o modificativa. El deslinde entre una y otra, como dicen CASTÁN y los anotadores de ENNECCERUS, debe hacerse tomando en consideración la voluntad de las partes y la significación económica de la modificación que se introduzca en la obligación. Dicho de otro modo, para que la extinción se produzca y para que la sustitución sea plenamente derogatoria es necesario o bien una expresa cláusula derogatoria o bien una objetiva incompatibilidad o contradicción entre ambas reglamentaciones o sistemas de organización de intereses. En la duda, el Código (art. 1.204) parece inclinarse por la solución de que no hay extinción de la antigua obligación. La conclusión que de todo ello cabe extraer es, a su juicio, la de que la figura de la modificación de la relación obligatoria cobra en sí misma una evidente autonomía y que para esclarecer el panorama deben invertirse los términos tradicionales. En lugar de hablar de una novación extintiva y de una novación modificativa, debe hablarse de una modificación sim-

(16) HERNÁNDEZ-GIL: «El ámbito de la novación objetiva modificativa», en *Revista de Derecho Privado*, 1961, págs. 797 y sigs.

ple con pervivencia de efectos y de una modificación extintiva con total sustitución de la reglamentación o del sistema de organización de intereses establecido por las partes (17).

Pues bien, frente a este verdadero bloque doctrinario en pro de la admisión de la novación modificativa, aunque no haya faltado algún tímido intento en contra o algún aislado y parcial alegato en rebeldía (18), sólo un autor, el profesor SANCHO REBULLIDA, ha intentado un ataque frontal total, pleno de altura y aciertos, orientado a debelar una construcción artificiosa que perezosamente se había ido deslizado y había acabado por tomar carta de naturaleza en el panorama doctrinal español. Se trata, repito, de una bien meditada argumentación, que ha puesto muchas cosas en claro y ha traído a colación datos históricos y dogmáticos en buena medida irrefutables; con ella, el admirado compañero y querido amigo ha dado buena prueba de la inquietud, valentía y rigor inconformista que anima a la joven y valiosa civilística hispana.

Para SANCHO REBULLIDA, en el aspecto conceptual, «novación» modificativa supone un contrasentido. «Modificar» es distinto de «extinguir» y, en cierto sentido, contradictorio, pues predica la subsistencia del *quid* modificado. Si el Código involucra efectivamente ambos conceptos, parece que la misión de la doctrina que atienda exigencias conceptuales deba ser el separarlos y diferenciarlos, aunque advirtiéndolo, para aclarar y corregir, esta ambigüedad legal. El Código adolece de imprecisión y ambigüedad y para comprender su auténtica postura es necesario referirla a la situación—no cronológica, sino doctrinal—de la evolución de estos conceptos: por una parte, la libertad de contratación, la autonomía de voluntad, hace posible la modificación objetiva de las obligaciones; por otra parte, la transmutación conceptual y terminológica operada en el Derecho intermedio, partiendo del concepto de «delegación impropia», la que no produce novación (extinción), se denominó «novación impropia» a la alteración que no producía extinción. Ahora bien, esta alteración no afectaba directamente a la *prior obligatio*, que subsistía íntegra; en puridad de doctrina, la «novación impropia» producía acumulación de las dos obligaciones, aunque la segunda fuere accesoria de la principal, y en este estado de la cuestión algunos autores introdujeron dentro del término «novación impropia» la acumulación no ya de una obligación

(17) Díez-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I (Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias), Madrid, 1970, pág. 787.

(18) Por ejemplo, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER apuntan que cabe hablar de modificación de una relación obligatoria sin calificar tal acontecer de novación en su sentido estricto, pero tras esta matización no tienen luego ningún reparo en afirmar que parece que en el Derecho español novación tanto puede significar extinción como modificación (*op. cit.*, I, págs. 219 y 411, respectivamente).

accesoria, pero distinta, sino de elementos estructurales (principalmente, *dies y condicio*), a la *prior obligatio*, y si esto es así, ¿por qué no incluir en el término los supuestos de destrucción o cambio del contenido? Tales derivaciones y ampliaciones no son unánimes, pero sí lo suficientemente divulgadas y fundadas para que el Proyecto de 1851 y el mismo Código civil ya no pudieran encontrar fronteras preestablecidas entre acumular y modificar ni entre modificar y extinguir.

Corregir la ambigüedad legal es también una exigencia sistemática: si el propio Código enumera la novación como una de las especies de extinción, ¿puede reducirse a subespecie lo que signifique subsistencia? Las obligaciones son modificables, pero la modificación requiere ser situada en el plano sistemático en que se halla el nacimiento y la extinción de las obligaciones: fuentes, modificación, transmisión y extinción son categorías sistemáticas homólogas; la categoría extinción se diversifica en una serie de medios, uno de los cuales es la novación; sistemáticamente, ésta no puede diversificarse, a su vez, en modificación y extinción, que son categorías genéricas respecto de su especificidad. Por otra parte, en el sistema del Código, el artículo 1.204 no constituye la pieza clave entre novación modificativa y extintiva, en que la doctrina ha querido constituirlo. La razón histórica lo demuestra suficientemente, dándole, a la vez, eficacia lógica y práctica, que, de otra suerte, no puede alcanzar; porque si en la novación modificativa, por definición, el vínculo subsiste es uno solo, ¿cómo puede ser incompatible?, ¿cómo puede haber incompatibilidad entre la nueva y la antigua obligación si hay una sola? La incompatibilidad exige ineludiblemente dualidad de términos.

¿Supone todo esto—se pregunta el autor reseñado—negar la libre modificabilidad de las obligaciones? No, en absoluto; supone simplemente no forzar los conceptos (haciendo de la modificación subespecie de una de las especies de extinción) ni los preceptos, sacándola de la ambigüedad corregible del artículo 1.203, 1.º, y, sobre todo, del artículo 1.204, que para nada contempla la modificación. La modificación tiene su sede conceptual junto a la originación (fuentes), transmisión (modificación subjetiva) y extinción de las obligaciones. Y su base legal en el artículo 1.255 del Código, puesto que, en abstracto, el pacto de modificación no es contrario a las leyes, a la moral ni al orden público... Así, el artículo 1.203, 1.º, limita el campo de la autonomía de la voluntad para modificar, con subsistencia, la anterior obligación: si se varía el objeto o las condiciones principales no hay subsistencia modificada, ¿hay novación (extinción)? El 1.203 sólo dice que «puede haberla», pero no habiendo subsistencia modificada pueden ocurrir dos cosas: o que subsista (sin modificación) la obligación y que junto a ella nazca otra

nueva (acumulación) o bien que la nueva extinga a la anterior (novación); pues bien, a determinar cuál de las dos posibilidades del 1.203 (excluida la modificación) se da en efecto vienen las dos reglas del 1.204: si hay expresión del *animus novandi* o incompatibilidad de las dos obligaciones (transmutación de causa), habrá novación; en otro caso, acumulación.

Y acaba SANCHO REBULLIDA su exposición crítica señalando cómo la satisfacción de las exigencias lógicas, sistemáticas e históricas en la interpretación del Código, por lo que respecta a la pretendida «novación modificativa», lejos de conducir a resultados poco prácticos e injustos, nos lleva—esto sucede con más frecuencia de la que una, por otra parte, justa reacción contra los excesos conceptualistas hace suponer—a otros tan prácticos y cómodos como el manejo, junto a los artículos 1.203, 1.º, y 1.204, del 1.255 y del 1.281 y siguientes y tan justos como los evidenciados con referencia al rango y al decaimiento de obligaciones accesorias (19).

Hasta aquí el panorama doctrinal español. ¿Cuál ha sido y es el criterio jurisprudencial al respecto? Desde tempranos momentos, el Tribunal Supremo aceptó la existencia en el Código civil de la denominada novación modificativa, produciéndose en tal sentido esa influencia negativa, que al principio de este trabajo criticábamos *in genere*, del dato jurisprudencial sobre el doctrinario puro, pues buena parte del pensamiento científico hispano se ha servido y apoyado en la admisión judicial de la figura para fundamentar, justificar y aun «santificar» la operancia de la misma en el sistema civil español, con lo cual se ha invertido el camino lógico de la construcción dogmática y se ha trastornado el orden racional de los dos factores de la formulación técnica del Derecho, porque si bien es cierto que para este cometido no cabe prescindir de ninguno de ellos, el elemento teórico es el que debe dar la pauta y servir de orientación y base a las formulaciones jurisprudenciales y no a la inversa, como en buena medida ha ocurrido en este sector y en tantos otros del Derecho civil español.

Ya en la sentencia de 26 de junio de 1923, sin mayor puntualización ni escrúpulo, se manejan como especies de un mismo género la novación propia y la modificativa, al hablar de que debe atenderse a los términos (de una póliza de seguro) que «resulten de la modificación de que fue objeto y, por tanto, novada, según dispone el artículo 1.204». En la sentencia de 29 de abril de 1947, el germen de esta doctrina se desarrolla a plenitud, sin ambages y en perfecta concordancia con los criterios a la sazón imperantes en forma casi incontestada en la civilística patria: «Pro-

(19) SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, págs. 298-310.

cede tener en cuenta—afirma—que si bien el mencionado artículo 1.204 exige para que la novación se produzca una declaración terminante de las partes o la incompatibilidad de la obligación antigua con la nueva, tal exigencia se refiere a la novación considerada en su sentido estricto —novación extintiva—, no a la meramente modificativa, que el Código civil también admite, como claramente aparece de la frase inicial del artículo 1.203 e igualmente, *a sensu contrario*, del texto del artículo 1.207, y es lógico la admita porque sólo cabe atribuir el carácter de nueva a la relación obligatoria posterior cuando así lo quieran las partes o se manifiesta, desde el punto de vista económico, esta relación posterior como completamente distinta de la anterior, criterio el indicado que viene a corroborarse con la doctrina establecida por esta Sala en su sentencia de 30 de diciembre de 1935, en cuanto declara que en los casos dudosos se ha de suponer querido por las partes el efecto más débil, o sea, la modificación no extintiva de la obligación.»

Curiosamente, sin embargo, la Sala Primera no parece estar muy convencida de la fortaleza del basamento que a la novación modificativa brindan los artículos 1.203, 1.204 y 1.207, porque en una sentencia del mismo año (de 5 de diciembre de 1947) trata de hallar para la misma una fundamentación diferente: la del artículo 1.255 del Código civil. Dice, al efecto, dicha sentencia: «Considerando que, por tanto, queda firme en casación el hecho de que las partes estuvieron conformes en la sustitución del transformador de mayor potencia por otro de potencia menor, y aunque no pueda configurarse jurídicamente esta sustitución como novación objetiva propiamente dicha, en atención, sobre todo, a que no hay alteración *sustancial* que se traduzca en extinción de la primitiva relación obligatoria y nacimiento de otra que la reemplace, sí cabe apreciar la existencia de una novación *impropia* o meramente modificativa de la obligación inicial, amparada por los términos del artículo 1.255 del Código civil, que vincula el cumplimiento de la obligación a la forma en que por consentimiento de las partes ha sido modificada.» No obstante, este basamento más racional de una figura que en sí es irracional no ha sido mantenido y posteriores sentencias del Supremo (10 de febrero de 1950, 21 de abril de 1951, 20 de diciembre de 1960, etc.) han vuelto a buscar, para arropar la sedicente novación modificativa, el abrigo de los artículos 1.203, 1.204 y 1.207 del Código civil. Señalemos, finalmente, que esta doctrina legal ha sido complementada por numerosos fallos, en el sentido de que, en cuanto la novación no se presume, cuando no exista terminante declaración de ser la intención o propósito de los otorgantes el tener con la nueva, extinguida la anterior, ni sean de todo punto incompatibles entre sí ambas obligaciones,

habrá que considerar querida, en función del artículo 1.204, la novación meramente modificativa en cuanto efecto más débil (sentencias de 8 de julio de 1909, 4 de junio de 1919, 30 de diciembre de 1935, en la que se afirma que «la novación, por su índole y trascendencia, no puede apoyarse en actos equívocos ni debe ser apreciada en casos dudosos, en los cuales se ha de suponer querido por las partes el efecto más débil, o sea, la modificación no extintiva de la obligación», 9 de junio de 1950, 20 de enero de 1961, etc.).

4. NUESTRA CONCEPCION DEL PROBLEMA

A nosotros nos parece que la doctrina dominante española ha pagado un excesivo tributo y ha rendido desmesurada pleitesía a unos términos legales que el codificador no utilizó con plena consciencia ni menos con pretensiones definitorias. El Código civil español, y no se trata de revelar ningún secreto, no obstante que para el momento de su promulgación la ciencia pandectística alemana y sus esferas de influencia en los países latinos habían desarrollado ya una estimable depuración jurídico-conceptual y formulado un entramado dogmático de considerable altura y rigor, no es, en línea de principio, un Código de gran precisión técnica. Maneja los términos y los conceptos jurídicos con cierta irresponsabilidad y no parece atribuir excesiva importancia al sentido y valor exacto que deba atribuirse a uno u otro vocablo ni al alcance definitorio y delimitador que haya que entrañar en las expresiones legales. Llama heredero a quien no lo es, designa como poseedor a quien no puede tener tal carácter, denomina prescripción a lo que es otra figura, confunde el contrato con la obligación que genera y, en fin, casos y más casos en que la terminología jurídica es utilizada atécnicamente y en que fallan ostensiblemente las exigencias dogmaticoconceptuales que otros Códigos (como el alemán o el italiano de 1942) han tenido buen cuidado de respetar todo lo posible.

En el punto en que nos ocupa esta situación es patente; el Código civil no toma partido ante ninguna polémica doctrinal, ni pretende expandir o diversificar la figura, ni acabar con errores o malentendidos, sino que lo único que sucede es que regula la institución con una absoluta falta de criterio, sin categorías claras ni fijas y hasta con una cierta despreocupación o indiferencia en el empleo de una y otra fórmula legal. Como ha dicho SANCHO REBULLIDA: «No es que deliberada y ciertamente introduzca aportaciones doctrinales progresivas ni que rectifique, sobre puntos críticos, concepciones históricas superadas. Recoge, simplemente, la institución en pleno vaivén conceptual y sin comprometer so-

luciones inamovibles mezcla criterios conservadores con aportaciones más o menos valoradas, en medio de una ambigüedad en ocasiones exasperante» (20).

Pues bien, lo realmente sorprendente es que a la vista de este panorama, que no precisa de harto esfuerzo para patentizarse, la doctrina española mayoritaria se haya dejado obnubilar por unas imprecisas expresiones y por unos términos gratuitamente manejados, hasta el punto de querer edificar con tan endebles elementos nada menos que toda una nueva institución jurídica, sin arraigo ni valedores, cual es la llamada novación modificativa.

Histórica y dogmáticamente, la novación no tiene ni puede tener sino un solo significado: es un medio de extinguir una relación obligatoria mediante la creación de otra nueva que la sustituye y reemplaza; es la *transfusio atque translatio* ulpiniana, que sigue tan vigente hoy como en Roma. Importa poco ahora que la novación sea en sí un negocio (contrato), o un simple efecto o consecuencia de tal negocio, un mero *effectus iuris*; pero lo que resulta desde todo punto de vista inobjetable es que en la figura novatoria está entrañado en forma consustancial ese juego recíproco creación-extinción, ese crear extinguiendo y extinguir creando, que es el que la dota de caracterización y esencia.

En su estricto y único sentido, la novación supone medio de extinción de las obligaciones y el legislador español tuvo conciencia de ello cuando en un artículo principista y programático, cual es el 1.156, la incluye como el sexto y último de los mecanismos extintivos que contempla. Y pienso que a este artículo y a esta inclusión no se les ha dado toda la importancia que merecen; es un artículo en el que se formulan las disposiciones generales, el punto de partida del capítulo 4.º del título I, que va a ser después desarrollado a través de seis secciones, una para cada una de las formas de extinción previstas. Creer, como piensa, por ejemplo, LOZANO BERRUEZO, que «si tanto supone para una institución el hecho de estar en un artículo que se inicia con las palabras *las obligaciones se extinguen por...*, no vemos por qué ha de suponer menos el que otro artículo comience con las *obligaciones pueden modificarse*», y que, en consecuencia, «la institución que tenga que soportar semejantes epígrafes habrá de albergar la doble posibilidad o ninguna de ellas», porque no hay razón para preferir una frente a la otra (21), es no ver más que la superficie de las cosas y colocar en un plano de igualdad lo que normativa y dogmáticamente se halla a niveles diferentes.

En efecto, el artículo 1.156 del Código habla de que «las obligacio-

(20) *Ibid.*, pág. 297.

(21) LOZANO BERRUEZO, *op. cit.*, pág. 122.

nes se extinguen», y el 1.203, de que «las obligaciones pueden modificarse»; se trata, sin duda, de distinta terminología y no puede negarse que desde el estricto ángulo técnico-jurídico el «se extinguen» del artículo 1.156 no entraña ni supone lo mismo que el «modificarse» del artículo 1.203, pues sabido es que una y otra expresión hacen referencia a dos de las grandes vicisitudes porque pueden atravesar, y que constituyen su ciclo vital, las relaciones jurídicas: las relaciones jurídicas se constituyen, se modifican y se extinguen (22).

Si nos atuviésemos, pues, al mero significado y alcance de las palabras utilizadas por el legislador, no podría negarse que cada uno de los preceptos mencionados está haciendo referencia a situaciones jurídicas diferentes; pero el intérprete no puede desprenderse nunca, aparte del elemento teleológico, del criterio logicosistemático, y éste, a poco que reflexionemos, nos dice que bajo un mismo epígrafe no pueden cobijarse dos figuras que suponen estadios y momentos disímiles en el desenvolvimiento de las relaciones de Derecho. La relación jurídica o se extingue o se modifica; lo que no puede pretenderse es que ocurrido uno de tales acontecimientos se tenga por producido el otro (por más que se lo califique de impropio), porque en tal caso ya no estaríamos ante dos etapas o momentos conceptuales distintos por que pueden atravesar los vínculos jurídicos, sino ante una sola vicisitud, que ora se denominaría novación, ora modificación. Y obsérvese que si se admite tan anómala situación no hay nada absolutamente que justifique el que los dos acaecimientos o vicisitudes se decanten hacia uno solo de ellos, es decir, se hable (claro está, cuando se dé alguno de los supuestos contemplados por el artículo 1.203) de novación extintiva y novación modificativa, porque ante semejante admisión cabe perfectamente igual invertir los términos y hablar, como lo hace DÍEZ-PICAZO, de modificación simple (debería decir, modificación modificativa) y modificación extintiva, porque nada hay que permita jerarquizar una vicisitud respecto a la otra y porque tan absurda como resulta la primera mixtificación lo es la segunda.

Ahora bien, de aceptarse esta segunda nomenclatura, cosa perfectamente lícita puestos a confundir los conceptos, resultaría que la novación como figura propia y autónoma se nos habría volatilizado y a fuer de querer ser respetuosos con la letra del Código (porque el mismo habla de modificar) se estaría cometiendo flagrante atentado contra esa misma letra, que se quiere santificar, porque no puede negarse que el mismo habla también, tajante y definitivamente, de novación, y lo hace no sólo a nivel de texto de artículo (previa calificación de su alcance y come-

(22) ALLARA: *La teorie delle vicende del rapporto giuridico*, Turín, 1950, páginas 28 y sigs.

tido: arts. 1.156, 1.205, 1.207, 1.208, etc.), sino a nivel de epígrafe o rúbrica de toda una sección (la sexta del capítulo cuarto del título primero), lo que, a no dudar, dota a la expresión de una mayor preeminencia e impide desdibujar la misma bajo el manto de otras actuaciones no dotadas de rango legal superior o, al menos, similar.

En resumen, el elemento logicosistemático y la atinada valoración y jerarquía de los preceptos jurídicos deben llevarnos a la conclusión de que por más que se den las disímiles expresiones de los artículos 1.156 y 1.203 del Código, no cabe pensar en una institución bifronte porque no haya razón para preferir una expresión a la otra. En aras de un esterilizante y seco literalismo, no cabe desconocer la realidad de las cosas, sacrificar lo trascendente al mero dato gramatical y confundir sectores jurídicos que deben desenvolverse por caminos diferentes; sin perjuicio de que luego abundemos sobre estas mismas ideas, nos parece que si el artículo 1.156 (que es norma principista, que tiene carácter definidor y que encierra las disposiciones generales de las que los artículos subsiguientes son mero desarrollo) dice que la novación es un mecanismo de extinción de las obligaciones y luego en la explanación normativa correspondiente nos encontramos con que la sección sexta lleva por título «De la novación», que impide cualquier equívoco u oscurecimiento de la materia, el hecho de que el primero de los artículos de tal sección (el 1.203) comience hablando de que «las obligaciones pueden modificarse» tiene una importancia muy relativa y hay que calibrarlo en su justo y exacto valor. Jerárquicamente no puede entrar en conflicto con la norma superior, que lo encuadra y le da vida (el art. 1.156); ni por lógica elemental puede contrariar u oponerse al rótulo que lo ubica y cobija (la novación), cuyo sentido ya ha sido definido por la norma programática, y es, de manera evidente, contrario al alcance que el texto del artículo parece querer conseguir. Si la novación es extinción y si bajo dicho título pretende regularse la figura, es obvio que todo lo que sea mera modificación sobra y no es encuadrable por aquél; la conclusión se adivina cuál ha de ser, pero no queremos insistir por el momento sobre el punto, ya volveremos a él en su oportunidad.

SANCHO REBULLIDA dice con razón que en el aspecto conceptual el término «novación modificativa» supone un contrasentido, porque modificar es distinto que extinguir y, en cierto sentido, contradictorio, ya que predica la subsistencia del *quid* modificado (23). Tiene razón, pero es incompleto, porque olvida el otro término de la relación; si se habla de «novación modificativa», hay que hablar también y para contraponerlo de «novación extintiva», y aquí ni siquiera cabe hablar de contrasentido,

(23) SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, pág. 298.

sino que estamos ante una evidente e inocultable redundancia, repetición innecesaria e improcedente, porque si hay novación, hay extinción, y si hay extinción, es porque ha tenido lugar la novación. La pretendida división del género novación en dos especies: la extintiva y la modificativa, se nos revela como imposible, porque la primera de tales especies tiene que ser por necesidad el género mismo, y si falta una especie tampoco puede darse la otra (en cuanto desaparece la división), y si esta segunda no es una especie del género novación tiene que ser algo distinto, cosa que tampoco cabe admitir, ya que por muy modificativa y especialísima que sea se la denomina siempre novación. En fin, se cierra el círculo: la espúrea variedad novatoria no puede escapar de las implacables reglas que conducen a una clara *reductio ad absurdum*.

HERNÁNDEZ-GIL afirma que junto a la novación, en el sentido gramatical y romano de la expresión, que entraña el doble efecto de dar vida a una obligación y poner término a otra a la que la nueva reemplaza, se han abierto camino figuras novatorias desprovistas de ese alcance destructor, y ello lo mismo en el plano del objeto que en el de los sujetos. Y concluye: «La novación objetiva no productora de la extinción suele denominarse modificativa o impropia. La novación subjetiva con subsistencia de la obligación precedente da lugar a la transmisión a título singular de la deuda» (24). Afirmaciones difíciles de suscribir.

La novación objetiva no extintiva se denomina novación modificativa; la novación subjetiva igualmente no extintiva da lugar y, por tanto, se denomina transmisión. Es decir, que en un caso estamos en el campo de la novación (aunque impropia), mientras que en el otro trascendemos de él y pasamos al de la transmisión. ¿Es ello lógico y posible? Pensamos que no. En ambas hipótesis o nos quedamos en un sector o nos pasamos al otro; lo que no cabe es que estando en presencia, en uno y otro supuesto, de un cambio esencialmente igual se produzca una mutación de sector jurídico tan básica y radical.

La modificación de las relaciones jurídicas hace referencia tan sólo a alguno de los elementos de las mismas, dejando inalterada, por definición, la identidad de la relación, la cual continúa siendo la misma, aunque cambie el sujeto activo, el sujeto pasivo, el objeto o el contenido; pues bien, en consonancia con esto cabe hablar de modificación subjetiva de la relación, que supone el cambio del sujeto en la posición activa o pasiva de la relación y recibe el nombre técnico de sucesión, como cabe hablar de modificación objetiva, que implica, con el solo límite resultante de la estructura de la relación, alterar cuantitativa o cualitativamente el objeto de la relación jurídica, por la voluntad de las partes

(24) HERNÁNDEZ-GIL, *loc. cit.*, pág. 797.

o también por la voluntad de la ley, sin que por ello desaparezca la identidad de la relación (25).

Ni con uno ni con otro fenómeno tocamos para nada el estricto campo de la novación que hace referencia, por necesidad, al momento de la desaparición de la relación obligatoria. Mientras por la extinción de la relación el sujeto activo pierde el derecho, pérdida a la que no corresponde una adquisición de otro sujeto precisamente porque el derecho se ha extinguido, cuando tiene lugar la modificación, ésta es compatible con la continuación de la relación existente, produciendo la conservación de la situación jurídica, ora se sustituya un sujeto por otro, ora se verifique una subrogación real mediante la sustitución en el objeto de la misma relación jurídica, que constituye, como dice el mismo SANTORO PASSARELLI, el caso límite en que la modificación objetiva es compatible con la conservación de la relación (26). En consecuencia, en la novación objetiva no productora de extinción estamos ante la modificación objetiva, y en la novación subjetiva, también no extintiva, nos hallamos en presencia de la modificación subjetiva de la relación; ni en uno ni en otro supuesto la recta conceptualización de las cosas precisa para nada del recurso de la novación, ésta se mueve en una esfera diferente, en un momento o estadio distinto por el que pueden atravesar las relaciones de Derecho: el de su extinción.

Parece, pues, que no hay sitio para la llamada novación modificativa y, en este sentido, SANCHO REBULLIDA tiene el mérito en la doctrina española de haber precisado que la modificación tenga su sede conceptual junto a la originación, transmisión y extinción de las obligaciones y que su base legal se halla en el artículo 1.255 del Código civil, ya que, en abstracto, el pacto de modificación no es contrario a las leyes, a la moral ni al orden público (27). Sin embargo, la construcción de este civilista, que constituye el primer esfuerzo general y metódico de clarificar las cosas en el ámbito de la novación, se resiente, a nuestro modo de ver, de un defecto parcial, que enturbia su exposición científica y puede conducir incluso a comprometer y debilitar su fortaleza.

SANCHO REBULLIDA piensa, con toda razón, que negar la novación modificativa no supone negar la modificabilidad de las obligaciones, sino que tan sólo implica, lo que es deseable, no forzar los conceptos haciendo de la modificación subespecie de una de las especies de extinción. En consecuencia, estima que se puede cambiar el objeto o el contenido de

(25) SANTORO PASSARELLI: *Doctrinas generales del Derecho civil*, Madrid, 1964, páginas 92 y sigs.

(26) *Ibíd.*

(27) SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, pág. 307.

la relación obligatoria sin que por ello se produzca novación, sino tan sólo mera modificación objetiva; que se puede mutar el sujeto activo y aquí tampoco hay novación, sino simple modificación subjetiva del tipo transmisión o cesión del crédito; pero, en cambio, cuando tiene lugar la sustitución de la persona del deudor siempre se origina la novación subjetiva pasiva de la relación jurídica.

Y aquí, en aras de un respeto histórico-dogmático excesivo, es donde creemos que el autor citado pone en peligro y entredicho su valiente y meritoria construcción. Porque todo arranca de considerar, siguiendo a un destacado grupo de autores (PACCHIONI, LIPPMANN, ROCA SASTRE, LACRUZ, PUIG BRUTAU, etc.), que la transmisión de las deudas por acto *inter vivos* no es posible sino mediante la novación. En tal sentido, trae a recuerdo los conocidos alegatos de PACCHIONI de lo impropio que resulta hablar de cesión de deudas, porque las deudas no son cosas, ni derechos, ni valores, sino simples limitaciones de la libertad de acción del deudor y potenciales disminuciones de su patrimonio: jurídica y económicamente son un «no valor» y, por tanto, no pueden ser susceptibles de posesión y enajenación; de que el concepto de deuda es sólo el reverso de la existencia del crédito, por lo que no cabe estimarla como titularidad o derecho subjetivo ni es posible su transmisión aisladamente, y de que la deuda del nuevo deudor es una deuda nueva, que aceptada por su voluntad y reconocida por el acreedor tiene el mismo contenido que la antigua deuda que se extingue, tratándose, en definitiva, de dos deudas distintas que tienen el mismo contenido y no de una sola deuda que pasa de una persona a otra (28); para concluir que en el Derecho español las deudas no pueden transmitirse a título singular manteniendo su identidad y que toda transmisión, en este sentido, se opera a través de una verdadera y propia novación.

No vamos a inmiscuirnos aquí en la polémica sobre la posibilidad o no de la transmisión pasiva de las obligaciones a título particular. Ya lo hemos hecho en otras ocasiones habiendo llegado a la conclusión de que en los ordenamientos jurídicos, como el español, donde no existe una prohibición legal expresa, el juego de la autonomía o libertad negocial (art. 1.255), la operancia del principio de que en Derecho civil lo no prohibido está permitido y las características mismas del mecanismo novatorio (pues bastará la no constancia expresa del *animus novandi* o la mención de que no obstante el cambio de deudor y la liberación del primitivo no se quiere que opere la extinción novatoria) conducen de

(28) PACCHIONI: *Diritto civile italiano*, II-1.º (*Delle obbligazioni in generale*), Padua, 1941, págs. 360 y sigs., y *Lezioni di diritto civile*, Padua, 1926, págs. 348 y siguientes.

manera inexorable a tener que admitir la posibilidad jurídica de la sucesión negocial y a título particular en las deudas, de la que ningún perjuicio deriva y de la que cabe obtener numerosas ventajas en razón de una mayor fluidez y vías de actuación en tutela de los intereses legítimos de los sujetos de Derecho (29).

Lo que sí queremos significar ahora es que si se ha insistido tanto en delimitar los conceptos de novación y modificación y en resaltar con justeza que el término «novación modificativa» supone un contrasentido, la construcción se desdibuja un tanto y el rigor y la coherencia de la teoría sufren cuando se sostiene que de manera necesaria la mutación del deudor en una relación obligatoria tiene que hacerse por novación y da lugar a una novación. Sean cuales sean el ámbito y los elementos de la novación en el Derecho español, lo que no cabe duda es que, en principio, el cambio de sujetos en una relación jurídica hay que ubicarlo conceptualmente en el campo de la modificación y no en el de la extinción, y ello ocurre tanto cuando se trata del sujeto activo como cuando se trata del sujeto pasivo; ahora bien, si se nos dice que en relación al crédito cabe la novación y la modificación (cesión), pero que respecto al débito es posible la novación y nunca la modificación (asunción), habrá que concluir que la novación modificativa no ha sido desterrada del todo, porque el cambio de deudor en una relación obligatoria dará lugar a una novación que, en el fondo y dogmáticamente, sólo está produciendo la modificación subjetiva pasiva de la relación, esto es: una novación modificativa.

Claro que se nos dirá que en cuanto la construcción que se critica sólo considera auténtica novación la extintiva, siempre que se produzca la mutación personal en la posición pasiva de una obligación, la antigua relación habrá desaparecido y en su lugar surgirá una nueva (con otro deudor) que la reemplaza, por lo que no cabrá hablar de novación modificativa, ya que en ésta, por definición, el juego extintivo queda excluido y todo se limita a meras innovaciones en un vínculo obligatorio que en esencia permanece idéntico.

Mas a ello podrá replicarse de la siguiente manera: Si se considera, como hace SANCHO REBULLIDA, que siempre que cambia la persona del deudor hay novación, deberá aceptarse también que en ningún caso en

(29) Cfr. en tal sentido nuestros trabajos «La venta de herencia», Caracas, 1968, págs. 94 y sigs., y «La cesión de contrato», en *Estudios de Derecho civil*. Caracas, 1970, págs. 76 y sigs. y 99 y sigs. Lo que interesa al acreedor, dirá SALEILLES, es el resultado útil que espera de la prestación, siendo para él, en general, indiferente que la necesidad de cooperar recaiga en el deudor originario o sobre otro en su lugar. La identidad del deudor interesa al acreedor únicamente por lo que respecta a la garantía de su crédito, la cual no puede reconducirse a la esencia misma de la obligación.

que en la relación obligatoria se haya sustituido al deudor estaremos ante una transmisión pasiva de la misma o, si se prefiere, ante una asunción de deuda. Ahora bien, las modificaciones subjetivas activas no precisan del mecanismo novatorio porque para ellas está prevista la cesión de créditos, mientras que las modificaciones subjetivas pasivas tienen que actuarse mediante la novación, aunque las mismas sólo persigan el traspaso de la deuda de un sujeto a otro; en consecuencia, si, según dice el autor citado, toda transmisión en este sentido tiene que operarse a través de una verdadera y propia novación, ¿qué duda puede haber de que ésta es una genuina y auténtica novación modificativa, en cuanto por su través se logra la sucesión particular en el débito?

Es más, nos atreveríamos a decir que mientras en la *communis opinio* española el uso de los términos «novación modificativa» supone una paradoja, porque no se aspira mediante ella a novar (extinguir) nada, sino tan sólo a modificar, el mantenimiento de la susodicha expresión, dentro de la peculiar concepción de SANCHO REBULLIDA negatoria de la asunción de deuda, aunque él no lo diga, es cuando cobra todo su sentido y caracterización, porque en el supuesto contemplado se tratará de extinguir una obligación para reemplazarla por otra de nueva factura, en la que se habrá sustituido al deudor a objeto de conseguir una transmisión de la deuda (modificación subjetiva) a título particular: esto es, ahora sí que estamos frente a una verdadera novación modificativa.

Por lo que con la teoría del autor que se comenta se habrá llegado en nuestro sentir a la siguiente conclusión, un tanto extraña y hasta contradictoria: la generalidad de los autores españoles que aceptan la asunción negocial de las deudas han inventado, por un injustificado respeto a la letra de la ley, una pseudoinstitución que llaman novación modificativa, que no la necesitan en absoluto, porque los efectos que a través de ella se quieren conseguir (siempre no extintivos) se alcanzan cumplidamente en la esfera jurídica mediante las modificaciones de las relaciones jurídicas, ora subjetivas, ora objetivas; mientras que SANCHO REBULLIDA, que con acierto reniega de la novación modificativa por juzgar que toda novación es histórica y conceptualmente extintiva, tiene que recurrir a ella en una decantación rigurosa de su doctrina (por más que él no lo haga), porque al negar la transmisión pasiva de las obligaciones a título singular, la novación subjetiva pasiva que produzca esta consecuencia (imprescindible, según él, para alcanzarla) tendrá que ser, desde un punto de vista dogmático riguroso, una novación modificativa.

Aquellas atinadas palabras de Cossío, de cara a la doctrina tradicional y ortodoxa, de que los autores se hallan obsesionados con el problema de los nombres, porque, de una parte, se sostiene que nuestro Código

admite la posibilidad de una novación meramente modificativa y, de otra, se trata de construir la transmisión de la deuda fuera de la novación, apoyándose en los principios que rigen la autonomía de la voluntad (30), podrían emplearse ahora, a la inversa, contra SANCHO REBULLIDA, porque mientras niega la posibilidad de la novación modificativa, acaba tácita y necesariamente admitiéndola cuando se atrinchera en una postura de exclusión a ultranza de la sucesión en las dudas a título singular, ya que no advierte que negada ésta está dando vía libre a la primera, y no ya como una innocua novación extintiva, sino como una auténtica novación extintiva con finalidad traslativa. Tan estéril e innecesaria como la primera concepción resulta la segunda, en una lógica y cónsona ordenación de las instituciones y categorías jurídicas.

En resumen, se pueden adoptar dos posturas: o se admite la sucesión *inter vivos* y a título particular de las deudas y, por tanto, en este sector no hay por qué hablar de novación modificativa, que es contradictoria e innecesaria, o no se admite dicho tipo de sucesión y en tal caso, en cuanto para producir la transmisión de los débitos hay necesidad de recurrir a la novación, debe aceptarse una especie de novación, que, al menos, en cuanto a su objetivo último y determinante, cabe calificar de modificativa, y esto parece reconocerlo, en cierta medida, el mismo SANCHO REBULLIDA cuando afirma que la diferencia, desde el punto de vista de la novación, es de carácter estructural, pero no esencial, por cuanto la asunción de deuda, con distinta iniciativa, con diferente primer plano, con otros protagonistas, sigue operando necesariamente a través del fenómeno de la novación (31).

En consecuencia, no es, como dice este autor, que la novación subjetiva por cambio de deudor, en el Derecho español, puede tener lugar mediante tres procedimientos distintos: delegación, expromisión y contrato de asunción, sino que lo cierto será que sólo en los dos primeros casos tendrá lugar la extinción de la relación obligatoria, mientras que en el tercero se verificará su transmisión. ¿Cuándo estaremos en un caso y cuándo en otro? Esto es algo que habrá que resolver atendiendo de manera fundamental al *animus novandi* de los intervinientes y en cualquier forma a través de un procedimiento interpretativo, en el que deberán tomarse en cuenta las siguientes indicaciones de BETTI: «Se tendrá la primera (la novación) cuando se averigüe que a la relación preexistente sustituye otra, que toma su puesto, dado el carácter peculiar de la novación, que extin-

(30) Cossío: «La transmisión pasiva de las obligaciones a título singular», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, IV, Madrid, 1945, páginas 187 y sigs.

(31) SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, pág. 323.

gue la precedente obligación absorbiendo su objeto y poniendo una nueva en su lugar. Se tendrá, por el contrario, sucesión a título particular en la deuda cuando el nuevo deudor tenga que sustituir al precedente sujeto en la relación preexistente. Esta sucesión a título particular en la deuda es una verdadera y auténtica sucesión, que en su estructura debe aproximarse a la sucesión a título universal, de la cual se distingue, sin embargo, por su función, en cuanto no depende de la desaparición de un sujeto, si bien atiende a su salida de la relación jurídica preexistente» (32).

Toda novación supone por esencia extinción; éste es el efecto primero y último del mecanismo, que tiene lugar precisamente mediante la creación de una nueva relación obligatoria, que viene a reemplazar a la que desaparece. Para que haya novación, el nuevo vínculo tiene que diferenciarse en algo del precedente (*aliquid novi*); esta mutación puede afectar a los sujetos (novación subjetiva), al objeto o contenido (novación objetiva) o a ambos (novación mixta). Respecto a la primera cabe recogerla o no en base a considerar la justificación o injustificación de la misma; el Código civil italiano de 1942, aunque en el epígrafe de su artículo 1.235 hable de *novación subjetiva* (cosa que critica acertadamente la doctrina italiana), la ha rechazado y en su lugar, fuera del ámbito de los modos de extinción de las obligaciones, regula la cesión de créditos, la delegación y la expromisión (sin virtualidad novatoria estas últimas): es una postura que tiene su razón de ser y que cabe justificar, aunque a nosotros nos parezca que por el solo hecho de admitirse la transmisibilidad activa y pasiva de las obligaciones no se hace automáticamente innecesaria e improcedente la novación subjetiva, que puede servir para conseguir ciertos resultados que no derivan de la sucesión en el crédito o en la deuda.

Los romanos tuvieron que servirse de la novación para obtener, amén de otros fines, la transmisión de las relaciones obligatorias, porque ésta no estaba admitida en forma directa por su ordenamiento; los modernos hemos superado este inconveniente y admitido, en forma general, que los créditos pueden ser cedidos y las deudas asumidas, aunque no con la misma generalidad. Pero ¿quiere decir esto que ya no precisemos de la novación subjetiva? Es cuestión de ponderación y criterio: cabe prescindir de ella y razonar su exclusión, como cabe mantenerla y justificar igualmente su permanencia; se trata de un punto de política legislativa.

Ahora bien, es evidente que, pese a lo que ocurra al respecto en Alemania, Suiza o Italia, en España se ha mantenido la novación subjetiva y la misma constituye una especie novatoria en pleno vigor y operancia. Que, además, se ha regulado la cesión de créditos, tanto mejor; que, además, es posible, según pensamos, la sucesión singular en las deudas, no

(32) BETTI: *Teoría general de las obligaciones*, II, Madrid, 1970, pág. 341.

obstante la ausencia de regulación legal, también mucho mejor. Todo ello supone poner a disposición de los interesados un caudal creciente de recursos y mecanismos jurídicos de los que se podrán servir a discreción para una mejor protección de sus intereses en juego: lo que abunda no daña y misión del Derecho moderno, en tantos aspectos rebasado por una realidad socioeconómica explosiva y en trance de alucinante cambio e innovación, es brindar a los sujetos el mayor número posible de instrumentos y figuras en aras de una mejor, más rica y fluida actuación de sus relaciones. Por ello, en nuestro sentir personal, la libre transmisibilidad activa y pasiva de las obligaciones no tiene por qué desbancar el milenarismo instituido de la novación subjetiva, porque ésta es un recurso más del que se podrá hacer uso cuando, por una u otra razón o para excluir o producir uno u otro efecto, no se quiera acudir a la cesión de crédito o a la asunción de deuda.

Pero admitida la transmisión de las obligaciones, aunque subsista, y en nuestro Derecho subsiste, la novación subjetiva, ésta será siempre extintiva y nunca cabrá catalogarla de modificación, porque para las modificaciones subjetivas está el instrumento técnico de la transmisión. Contrariamente, si se parte de la base, como hace SANCHO REBULLIDA, de que en el Derecho español no es posible la transmisión de las deudas a título particular, entonces el panorama se nos desdibuja, porque tendremos que, igual que ocurría en el Derecho romano, cuando los interesados quieran cambiar el sujeto pasivo de una relación obligatoria tendrán que recurrir a la novación (en forma de *delegatio* o de *expromissio*), y en este caso, aunque no quepa desconocer u oscurecer el hecho de que ésta extingue la obligación, como lo realmente perseguido y obtenido era la transmisión de la deuda, nos hallaremos siempre, *stricto sensu*, en el área de las modificaciones subjetivas de las relaciones, y en cuanto semejante mutación se habrá obtenido mediante una novación en rigor cabrá considerar ésta como novación modificativa o, si se prefiere, para evitar la *contradictio in terminis* que semejante expresión entraña, como novación con finalidad modificativa (traslativa).

Volvemos, pues, al punto de partida: la errada, contradictoria e innecesaria noción de la novación modificativa sólo es posible desterrarla desde un punto de vista rigurosamente dogmático si se acepta, como no hay inconveniente en el Derecho español, que junto a la transmisión singular activa de las obligaciones se da la transmisión singular pasiva de las mismas, esto es, que al lado de la cesión de créditos se encuentra la asunción de deudas. En caso contrario, no es posible escapar de la trampa que supone la novación modificativa, y la mejor prueba de ello la encontramos en que la bien construida doctrina del profesor SANCHO RE-

BULLIDA, debedora de tal pseudoespecie novatoria, debería recurrir al auxilio y admisión de la misma, aunque él no lo haga, si quisiera ser plenamente consecuente y llegar hasta sus últimos extremos en un riguroso plano conceptual, y tal necesidad se debe, según se ha tenido ocasión de explicar al detalle, al hecho de partir de la idea de que no es posible la transmisión particular de las deudas si no es mediante una verdadera y propia novación.

Por otra parte, sostener que siempre que en una relación obligatoria se cambia la persona del deudor se está de manera necesaria en presencia de novación conduce a situaciones extrañas y a contorsionismos de difícil justificación en base a las exigencias estructurales mismas del fenómeno novatorio. En efecto, sabido es que uno de los requisitos de la novación es la voluntad de los interesados de llevarla a cabo, esto es, el *animus novandi*, sin el cual, por más que se cree una nueva obligación, no habrá extinción y reemplazo de la precedente, sino acumulación; ahora bien, si la novación consiste, como creemos, en un medio de extinguir la obligación a través de una nueva que la sustituye, parece que el *animus novandi* no podrá entenderse en un sentido que no sea el de querer obtener precisamente este resultado, en que se sustancia y define la novación. Decir que la novación es extinción y sólo extinción y sostener de seguidas que, no obstante ser el *animus novandi* su elemento más propio y caracterizador, el mismo no hay por qué considerarlo de manera necesaria como orientado a conseguir ese efecto extintivo suena a algo poco lógico, porque equivale a decir que una figura jurídica puede estar formada por elementos que sirven para darle su carácter específico, pero que, sin embargo, no tienen por qué participar de la sustancia de la figura, como si fuera posible conservar ésta cuando se cambia la esencia y función de los requisitos precisos para su existencia. Una institución no es más que la superestructura, la unidad orgánica que se obtiene sobre la base de reunir una serie de elementos integradores y configuradores (los llamados requisitos, elementos esenciales o elementos constitutivos), y parece razonable pensar que la institución cambiará de matiz y de carácter en la medida en que cambie la conceptualización, alcance y sustancia jurídica de los elementos que la componen.

Si la novación es extinción, el *animus novandi* tiene que ser voluntad dirigida a la extinción, y si deja de serlo no hay novación, sino acumulación o coexistencia de relaciones obligatorias. Ahora bien, como es sabido, en el Derecho moderno, la novación no se presume, hay que quererla (y aun declararla terminantemente, según exige el artículo 1.204 del Código civil español), lo cual significa que las partes deben tener la intención clara, precisa y determinante de extinguir una obligación y de

crear una nueva que la reemplace y, en consecuencia, ¿qué ocurrirá cuando los sujetos no exterioricen o declaren su voluntad novatoria?, y lo que es todavía más delicado, ¿qué sucederá, no obstante cambiarse la persona del deudor en la obligación, cuando no tengan el *animus novandi* o tengan precisamente el *animus non novandi* y así lo manifiesten y declaren? En otras palabras, si ellos lo único que persiguen es que un nuevo deudor asuma la deuda, que en la relación obligatoria, que desean permanezca la misma e idéntica en lo demás, tan sólo cambie la persona del sujeto pasivo, deberá concluirse de todas maneras que no obstante ser ésta una convención que no es contraria a la ley, al orden público ni a las buenas costumbres, que no obstante la consagración principista en los Derechos modernos de la libertad contractual y de la autonomía de la voluntad (artículo 1.255 del Código civil español), se trata de una convención ineficaz, inoperante (ya que no inválida en cuanto no quebranta precepto alguno de *ius cogens*), y entenderla convertida legalmente en un contrato o convenio novatorio.

Pero vamos a suponer que así fuera; vamos a suponer, lo que a no dudar constituye exceso de imaginación jurídica, que del espíritu de la ley (ya que no de la letra, pues no existe artículo que expresamente lo establezca) pudiera deducirse que en el caso contemplado, con indiferencia de cuál sea el querer o deseo de las partes, hay novación y no mera transmisión de deuda, porque ésta no es posible en el Derecho español (sin importar que no haya norma que la prohíba y olvidando incluso ese principio cardinal, progresista y precioso, de que en Derecho civil lo no prohibido está permitido), ¿dónde hallaremos el *animus novandi* cuando las partes no lo declaren, no lo tengan o de manera expresa y para que no haya duda de su verdadero propósito lo hayan excluido? (33). Porque sin *animus novandi* no hay novación, y si tampoco hay asunción de deuda, porque *a priori* se excluye, no habrá nada. Aquí es donde reside el verdadero problema y empiezan las difíciles piruetas para justificar lo injustificable y donde se pone a prueba la inventiva del autor para encontrar lo inexistente (34).

SANCHO REBULLIDA comienza diciendo, para allanar el camino, que el *animus novandi* no tiene por qué ir dirigido a la novación como mecanismo técnico, como efecto jurídico; como cualquier consentimiento negocial

(33) El artículo 1.315 del Código civil venezolano, recogiendo la tradicional fórmula francoitaliana, establece de manera tajante: «La novación no se presume: es necesario que la voluntad de efectuarla aparezca claramente del acto.»

(34) No es necesario advertir que en el punto que se plantea se excluye la hipótesis de que la antigua y la nueva obligación sean «de todo punto incompatibles» (art. 1.204), porque en ella no es que tenga lugar una novación legal o forzosa, sin *animus novandi*, sino que se trata de una novación presunta con *animus novandi* implícito.

se dirige a los presupuestos económicos o sociales que lo determinan; las partes, cuando cambian el objeto entero de la obligación, lo que quieren es esto: cambiar el objeto debido, A, por un nuevo objeto, B; pueden incluso querer que no haya novación; sin embargo, la novación se produce no «sin» o «contra» el consentimiento de las partes, sino en base a la existencia de *animus novandi*, la voluntad de la alteración sustancial. Y concluye con estas sorprendentes palabras: «El ejemplo más claro lo constituye la novación subjetiva por cambio de deudor: las partes 'quieren' transmitir la deuda, pero como ello no es técnicamente posible sino a través de la novación, este 'querer' es constitutivo de *animus novandi*. La observación tiene mucha importancia para decidir si subsisten ligados los dos deudores o sólo el nuevo, aplicando a esta apreciación del *animus* el juego señalado en el apartado anterior» (35).

La argumentación es, sin duda alguna, ingeniosa, pero de difícil y aun imposible, en nuestra opinión, sostenimiento y defensa. Mantener que el *animus novandi* no tiene por qué ir dirigido a la novación como *effectus iuris* es algo difícil de entender cuando dicho *animus* se reputa, como no puede ser de otra manera, como requisito esencial. Si para que haya sustitución de la precedente obligación por la nueva las partes han de querer y declarar «terminantemente» dicho cambio, y a este querer se le denomina *animus novandi*, ¿cómo cabe sostener que el mismo no tiene por qué estar dirigido hacia semejante efecto? ¿Acaso si está dirigido hacia otra consecuencia se produce la novación? ¿No hemos quedado en que cuando no hay *animus novandi*, explícito o implícito, no hay extinción, sino acumulación de obligaciones? Si no hay voluntad de llevar a cabo la sustitución, no hay novación, y no puede haber duda de que esa sustitución o cambio de la relación obligatoria constituye el *effectus iuris* que la novación produce o, si se prefiere, en que la novación se sustancia.

Por otra parte, no creemos que todo consentimiento negocial se dirige a los presupuestos económicos o sociales que lo determinan. Todo consentimiento negocial, toda declaración de voluntad, se orienta, desde el ángulo jurídico, que es el único a considerar en la visión técnica del problema, hacia la consecución de unos determinados efectos jurídicos, porque si no el negocio jurídico, el contrato, dejarían de ser categorías jurídicas para pasar a serlo económicas o sociales. Otra cosa es que en la visión inmediata de las partes, en la consideración pragmática del negocio, se tengan en cuenta de manera fundamental los intereses o efectos económicos del mismo; pero en cuanto tales efectos se logran mediante la conclusión de un determinado negocio jurídico es obvio que el consentimiento negocial, en cuanto elemento esencial del negocio, no puede estar

(35) SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, págs. 347-348.

dirigido sino hacia la obtención de los efectos jurídicos propios de éste. Cualquier otra consideración constituirá el entorno extrajurídico del negocio, la motivación ajena al Derecho, que lleva a los interesados a la conclusión del mismo; pero nunca podrá incardinarse en la estructura de él ni constituir, desde el punto de vista jurídico, el punto de referencia de las declaraciones de las partes.

Pese a lo que diga SANCHO REBULLIDA, si los interesados quieren que no haya novación, no puede haber novación, porque un efecto legal no puede imponerse cuando la propia ley subordina su producción al efectivo deseo del mismo. Decir que sin *animus novandi* no puede haber novación y sostener, al mismo tiempo, que aunque éste falte o se excluya se produce el juego novatorio constituye, *pure et simpliciter*, un contrasentido; tal situación sólo podría darse en virtud de una explícita previsión legal (cosa que no sucede) y, además, por vía de excepción, porque es obvio que su admisión generalizada conduciría al desmantelamiento del instituto de la novación en su versión histórica y dogmática normal.

En nuestra opinión, ni siquiera en el supuesto de incompatibilidad *in radice*, previsto en el artículo 1.204 del Código civil, cabe prescindir del *animus novandi*. Allí hace falta también este elemento para que la precedente obligación desaparezca y la nueva ocupe su lugar, esto es, para que la novación se produzca, porque si no, por más incompatibilidad que se dé entre las relaciones obligatorias, el juego extintivo no podrá darse por medio de la novación. El susodicho precepto no elimina la exigencia del *animus*, sino que lo único que hace es prescindir de su declaración terminante o expresa, porque la incompatibilidad entre la antigua y la nueva obligación se estima como manifestación o exteriorización suficiente de dicho ánimo y constituye la versión tácita, la única admisible en el Derecho español, del mismo.

Por tanto, y volviendo al supuesto de siempre, si la voluntad de las partes se orienta a que cambie la persona del deudor en una determinada relación obligatoria, en forma tal que el primitivo deudor quede liberado, pero al mismo tiempo la obligación continúe siendo la misma, en el Derecho español no cabrá hablar de novación porque el efecto extintivo propio de ésta, la sustitución de una obligación por otra, sólo se produce cuando los interesados así lo quieran y específica y claramente lo expresen. Admitir lo contrario supondría trastornar el cuadro conceptual de la novación e incluso negar su indudable entraña o sustancia voluntaria, porque en la hipótesis en consideración no puede haber duda de que estaríamos ante una auténtica novación forzosa o impuesta, lo que, como es natural, sólo sería posible por una excepcional y tajante declaración legal en tal sentido, caso que, en nuestra opinión, no sucede.

Decir, como lo hace SANCHO REBULLIDA, que las partes pueden querer transmitir la deuda, pero como ello no es técnicamente posible sino a través de la novación, ese «querer» es constitutivo del *animus novandi*, encierra graves contradicciones y da solución gratuita a serios problemas indemostrados. En primer lugar, porque no es exacto que en el Derecho español no sea posible transmitir las deudas fuera de la novación; es más, lo que técnicamente no es posible es la transmisión del débito mediante novación, pues si hay extinción no puede haber transferencia. No vamos a extendernos más sobre el punto; en el Derecho hispánico nada obsta, antes bien todo coadyuva (comenzando por la propia regulación de la figura novatoria) a la admisión de la sucesión en las deudas a título particular y por acto *inter vivos*, y, por tanto, en nuestro sentir, partir de la idea de que no es técnicamente posible la asunción de deuda constituye una petición de principio, ya que coloca como premisa lo que debería constituir conclusión demostrada (36). Se afirma que todo cambio del sujeto pasivo supone novación y, en consecuencia, que no es posible hablar de transmisión de deuda, cuando el procedimiento correcto debería consistir en demostrar que en el ordenamiento español y en base a específicos preceptos no es posible la asunción de débitos, y, por tanto, siempre que en una relación obligatoria se mute la persona del deudor habrá tenido lugar, por novación subjetiva pasiva, la extinción de la antigua y el nacimiento de una nueva obligación, tal como ocurría en el Derecho romano.

Y en segundo término, nos parece que el «querer» de las partes orientado hacia la transmisión pueda entenderse como constitutivo de *animus novandi* supone una metamorfosis singularísima, que rompe el cuadro lógico de la novación y conduce de retruque a tener que admitir la existencia de la novación forzosa o impuesta por la ley, lo que nadie hace ni aun siquiera en el supuesto de incompatibilidad absoluta de obligaciones. Si las partes quieren excluir la novación y ésta es voluntaria, ¿cómo explicar que semejante deseo constituye precisamente la expresión de su voluntad novatoria? ¿Acaso el *animus non novandi* cabrá entenderlo en algún supuesto como *animus novandi* sin incurrir en contradicción y paradoja? Si las partes quieren transmitir la deuda, su voluntad, su querer, se dirige hacia ese único objetivo jurídico; pero vamos a suponer que el mismo no es alcanzable porque el ordenamiento lo excluye (que es lo que se afirma, aunque por vía indirecta, ocurre en el Derecho español y, en nuestra opinión, no se da bajo ningún concepto), ¿querrá decir esto que en aras de la prohibición legal su voluntad se transmuta en voluntad nova-

(36) Cfr. JORDANO BAREA: «Asunción de deuda», en *Anuario de Derecho civil*, 1950, págs. 1372 y sigs.

toria, en *animus novandi*? Desde luego que no; si las partes quieren transmitir y esto no es posible, no habrá transmisión, pero tampoco habrá novación, porque nos encontraremos ante un acto radicalmente nulo, por ir contra norma imperativa (¿cuál es ésta?); para que haya novación, los interesados deberán tener precisamente la intención de sustituir una obligación por otra, y este singular *animus* no es posible suplirlo por otro dirigido a distinto objetivo y menos por uno que implique voluntad de permanencia de la misma relación obligatoria (como sucede en todo *animus transferendi* por hallarnos en el estricto campo de las modificaciones subjetivas de las relaciones jurídicas).

En el Derecho romano, al estar prohibida la transmisión de las obligaciones, las partes recurrían a la novación, aunque sólo desearan aquélla; pero ésta era una verdadera novación y, por tanto, dotada de su correspondiente *animus novandi*. Que se afirme corrientemente que de esta manera se lograba, entre otros fines, la transmisión activa y pasiva de las obligaciones no pasa de ser una manera de describir las cosas, porque lo cierto es que desde un estricto ángulo jurídico nunca será posible hablar de transmisión en cuanto ha tenido lugar la extinción de la obligación al consumarse la novación (cosa distinta es que a los efectos reales, prácticos o económicos se tenga por producida la sucesión en el crédito o en la deuda). Por tanto, no es exacto que en el Derecho romano se alcanzase la transmisión de las obligaciones a través de la novación, sino que lo correcto es decir que en dicho ordenamiento no existía la posibilidad de tal transmisión directa y que la novación sólo servía jurídicamente para extinguir las obligaciones, si bien la novación subjetiva servía para lograr en el plano patrimonial (y aun esto sería muy discutible y difícil de admitir en términos absolutos) unos efectos similares a la cesión de créditos y a la asunción de deudas.

Pero obsérvese que esto es bien distinto de lo que ahora se pretende: Ahora se pretende que la sucesión singular en las deudas continúa prohibida (sin que este extremo se acredite a fehaciencia) y que, por tanto, cuando las partes pretenden la transmisión de deuda en realidad quieren la novación subjetiva de la obligación por cambio de deudor, lo que equivale a sostener la existencia de una novación no querida. En el Derecho romano habría novación orientada a la transmisión, pero novación querida; en la actualidad estaríamos también ante una novación con finalidad transmisiva, pero una novación no querida, lo cual resulta mucho más grave y difícil de justificar, aparte de que el aireado desarrollo y adelanto del Derecho moderno frente al Derecho romano, al menos en este sector, quedaría en entredicho. Una admisión semejante hablaría muy poco a favor de la autonomía negocial, de la libertad de formas y del respeto

a la voluntad real de las partes, que se predicen como encomiables conquistas de los ordenamientos jurídicos de nuestros días.

Una última dificultad encontramos en la construcción que se comenta y a la que antes aludíamos de pasada. Se trata de la siguiente: Si en el Derecho español está prohibida la sucesión particular en las deudas, es obvio que cualquier negocio orientado a obtenerla (y, por tanto, integrado por unas voluntades que buscan la transmisión) será radicalmente nulo (artículo 4.º del Código civil); ahora bien, si se sostiene que en tal supuesto, aunque las partes quieren la transmisión, ese querer da lugar a un auténtico *animus vivandi*, se están afirmando, además, dos cosas: que dicho paso de voluntad transmisiva a voluntad extintiva sólo puede ser obra de la ley, es una imposición legal ineluctable, y que en cuanto ahora en lugar del originario negocio nulo tenemos un negocio novatorio válido, se ha producido un supuesto de conversación legal, ya que no cabe pensar en actividad subsanatoria por las partes en cuanto éstas no han mutado su voluntad negocial y en cuanto no se estaría en presencia de una invalidez convalidable (anulabilidad). Mas, como es sabido, la conversión legal de un negocio nulo en otro válido sólo puede ordenarla la propia ley en forma clara y terminante, sin que quepan formulaciones tácitas ni sea posible tratar de inducirla mediante el juego combinado de factores y situaciones extraños a la hipótesis que se considere, y resulta que en la que estamos contemplando el precepto legal que ordene una semejante conversión del negocio nulo de asunción de deuda no se avizora por lado alguno.

5. LA ADECUADA INTERPRETACION DE LOS ARTICULOS 1.203 Y 1.204 DEL CODIGO CIVIL

Si el Código civil español, en el artículo que dedica a las clases de novación, hubiese utilizado la fórmula francoitaliana, los problemas que hoy confrontamos en esta materia y el surgimiento y desarrollo en la doctrina y jurisprudencia españolas de esa incongruente novación modificativa, en buena medida, no los padeceríamos.

Según la fórmula referida, la novación se realiza de tres modos: a) Cuando el deudor contrae con su acreedor una nueva deuda, que sustituye a la antigua, la cual queda extinguida. b) Cuando un nuevo deudor sustituye al antiguo, que es liberado por el acreedor. c) Cuando, por efecto de una nueva obligación, un acreedor sustituye al acreedor primitivo, respecto al cual el deudor queda libre. Ahí no puede haber

duda; trátase de novación objetiva o de novación subjetiva activa o pasiva, queda en todo caso claro que para que cualquiera de esas especies se produzca hace falta la creación de una obligación nueva, que viene a reemplazar o sustituir a otra precedente. Toda ambigüedad se disipa porque los términos legales son meridianos y no hay espacio para encuadrar la pseudoespecie de la novación modificativa.

Por desgracia, el Código civil español, que en tantos otros sectores se inspiró en el modelo francés, en éste desechó el prototipo galo y fungió de creador, generando el artículo 1.203, en cuya desdichada redacción se encuentra el origen de todos los problemas. Dice textualmente el mencionado precepto: «Las obligaciones pueden modificarse: 1.º Variando su objeto o sus condiciones principales. 2.º Sustituyendo la persona del deudor. 3.º Subrogando a un tercero en los derechos del acreedor.»

La verdad es que a la vista del texto desnudo del artículo 1.203, la tentación por inclinarse hacia la denominada novación modificativa es demasiado fuerte y se explica, aunque no se justifica, que a ella haya sucumbido la casi generalidad de la doctrina española. El precepto comienza hablando de que las obligaciones pueden modificarse y luego se refiere a «variar», «sustituir» y «subrogar», términos todos ellos próximos a la mera mutabilidad de las relaciones jurídicas, sin que en ningún momento utilice la expresión extinguir. ¿Pero hacía falta, en realidad, utilizarla?

Si el artículo considerado fuera una norma aislada y reguladora de un instituto sin proyección histórica, quizá el empleo del término resultase ineludible; pero no se trata de eso ni remotamente, sino de un precepto que tiene un origen y una trayectoria histórica perfectamente conocidos y que debe interpretarse en forma lógica y sistemática, sin que quepa su aislamiento al objeto de convertirlo en matriz de una nueva figura jurídica, ya que ni su razón de ser ni su estricto contenido permiten semejante actuación.

El artículo 1.203 es el primero de la sección sexta del capítulo cuarto (del título primero del libro cuarto del Código civil), capítulo que lleva por rúbrica «De la extinción de las obligaciones. Disposiciones generales», y está integrado por un único artículo (el 1.156), que señala en forma taxativa los seis supuestos en que legalmente se produce la extinción de las relaciones jurídicas obligatorias, entre los cuales, en último lugar, incluye la novación. El señalado capítulo cuarto se descompone en seis secciones, una para cada uno de los medios extintivos previstos, siendo la sexta la que está dedicada a la novación y precisamente bajo este título: «De la novación».

Hasta aquí no nos hemos salido en nada del estricto campo de la

extinción de las obligaciones. La novación viene expresamente conceptualizada por la ley como un modo de extinguir, sin ninguna puntualización o matización y sin reserva o condicionamiento alguno; se respeta en ella, pues, su sentido y significado gramatical, técnico e histórico.

Pues bien, así las cosas, el primero de los artículos de la referida sección sexta, el 1.203, parece trastornarlo todo, porque no se refiere textualmente a la novación y no habla para nada de extinción, sino de modificación. Aquí es donde se halla la raíz del problema y el punto de arranque y apoyo de todos los que sostienen la existencia en el Derecho español de una nueva especie novatoria no extintiva: la novación modificativa.

¿Hay basamento suficiente en el propio Código, prescindiendo ahora de razones dogmáticas e históricas, que antes se expusieron, para una tal conclusión? A nosotros nos parece que de ninguna manera, pues, como antes señalábamos, los autores han dado excesiva beligerancia a unos términos legales que el codificador no utilizó con plena conciencia ni menos con pretensiones definitorias. El artículo 1.203, diga lo que diga, se exprese como se exprese, nunca puede referirse, en una visión racional sistemática del mismo, a la modificación de las obligaciones, porque pertenece a una sección que se intitula «De la novación», y la novación ha sido calificada por el propio legislador como modo de extinguir las obligaciones y en ninguna forma como mecanismo modificador de las mismas.

Además, aun prescindiendo de su incorrecta ubicación legal, ¿es razonable pensar que el Código civil se ocupe *in abstracto* de la modificación de las obligaciones? La modificación genérica de las relaciones obligatorias es una categoría o construcción dogmática que no puede tener regulación jurídica en cuanto carece de sustancia normativa; la ley podrá regular *in concreto* las particulares formas de modificación (y así lo hace, por ejemplo, a propósito de la cesión de créditos), pero lo que no tiene sentido ni es posible, es proceder a la normación de algo, cual la modificación de las obligaciones genéricamente entendida, que nunca podrá constituir el supuesto de hecho de una regla jurídica.

Por otro lado, si el artículo 1.203 del Código civil se refiriese, en realidad, a la modificación parece lógico pensar que tras el enunciado principista que el mismo implicaría habría de seguir la regulación legal concreta de las hipótesis en él previstas, esto es, la forma de actuación, requisitos y efectos de las particulares especies de modificación objetiva y subjetiva de las obligaciones; mas lo cierto es que los artículos siguientes hablan de manera constante de extinción y de novación, y respecto a ésta, si bien cabría su relativo olvido en el artículo 1.203, que

no la menciona, no es posible ignorar, en los preceptos que de manera expresa la recogen, el indefectible efecto extintivo que el Código civil le ha asignado en un precepto tan caracterizador y de tan superior rango, en una ordenación racional de la materia, como es su artículo 1.156.

En fin, según el numeral primero del mencionado artículo 1.203, las obligaciones pueden modificarse «variando su objeto o sus condiciones principales». Frente al parecer jurisprudencial, tendente a estimar que existe novación extintiva en todo cambio de objeto y condiciones principales y mera modificación no extintiva en la mutación de las condiciones secundarias, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, con variados argumentos e inteligente manejo de los recursos legales, han sostenido una posición que hoy es mayoritaria en la civilística española. Según los mencionados autores, del tenor literal del artículo 1.203, número 1.º, no se desprende para nada que la modificación de las condiciones principales represente la destrucción de la obligación. El precepto dice escuetamente que las obligaciones pueden modificarse variando su objeto o sus condiciones principales; el verbo modificar gramaticalmente no expresa extinción de lo modificado, sino, antes bien, su permanencia, y lo mismo debe decirse del verbo variar. Y añaden: «Sin embargo, la jurisprudencia, teniendo, sin duda, en cuenta que dicho artículo no habla para nada de condiciones principales, bajo influjos tradicionales ha considerado fácil su tarea, consistente en ver novación en todo cambio de objeto y condiciones principales y considerar mera modificación no extintiva toda mutación en las condiciones secundarias. Pero esta concepción de la jurisprudencia parte de una base poco firme, ya que el hecho de estar previstas unas condiciones y silenciadas otras no puede determinar por sí solo las distintas soluciones que respectivamente les asigna. Nada dice el artículo 1.203 de las variaciones de las condiciones secundarias, pero ello no es óbice para que tal fenómeno se produzca con eficacia, como justamente reconoce la jurisprudencia; mas igualmente tiene que reconocerse la misma solución para el caso de mutación de las condiciones principales, puesto que si bien este cambio está reconocido en el referido artículo, en éste se dice expresamente que pueden variar y no otra cosa» (37).

Prescindiendo ahora del vidrioso problema de qué debe entenderse por condiciones principales y por condiciones secundarias, para nosotros, la argumentación aludida no tiene la solidez que la doctrina le reconoce. Los autores citados atribuyen excesivo valor al sentido gramatical de los términos utilizados por el legislador cuando en este sector, según se ha tenido ocasión de señalar con reiteración, el Código civil ha pecado de

(37) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *op. cit.*, I, págs. 220-221.

falta de rigor al emplear expresiones verbales que no se compadecen con la *ratio iuris* de la institución regulada; aquí, el valor gramatical de los preceptos, antes que ayuda, representa un obstáculo, que hay que superar y debelar para la recta inteligencia y aplicación de los mismos.

Dicen PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER que el hecho de que el artículo 1.203 no mencione a las condiciones secundarias no constituye obstáculo para que su variación se estime como modificación de las obligaciones, ni a ello se opone el que el fenómeno se catalogue igual cuando se esté ante una mutación de las condiciones principales. En el fondo, late en la construcción una simple aplicación del argumento *a fortiori* en su variante *a maiori ad minus*, esto es, si la norma considera que la obligación se modifica cuando se cambian las condiciones principales, igual solución deberá predicarse cuando tan sólo haya tenido lugar la variación de las condiciones secundarias o accesorias, y aquí es donde creemos reside el error.

Si el artículo 1.203 cobijase estrictamente la modificación de las relaciones obligatorias vendría a decirnos en su ordinal primero que aquélla puede tener lugar variando el objeto o las condiciones *principales* de éstas. ¿Tendría sentido y razón de ser este señalamiento? No parece que así sea, pues es obvio que la mera modificación de las obligaciones siempre ha de tener lugar cuando se alteren sus condiciones, porque es indudable que por pequeño e intrascendente que sea el cambio, la obligación ya no permanece inalterada y, por tanto, se ha modificado. ¿Se habla de condiciones principales precisamente para significar que aunque la mutación alcance a las mismas no se ha rebasado el campo de la escueta modificación? No se ve la necesidad porque el mismo resultado se habría alcanzado, aparte de no plantear cuestión alguna respecto a las secundarias, con haber hablado la ley simplemente de condiciones. Pero no, la ley matiza; la ley habla de condiciones principales.

A no dudar, y en esto coincidimos con PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, que la obligación puede modificarse variando sus condiciones accesorias, pero la ley menciona tan sólo la variación de las condiciones principales y, por tanto, aquí ya encontramos un primer indicio de que, pese a su restante terminología, el artículo 1.203 puede no referirse a la modificación de los vínculos obligacionales. ¿Cuál es el sentido exacto que hay que atribuir a la expresión? Nosotros lo vemos de la siguiente manera:

La novación, en principio, precisa para darse del *animus novandi*, que constituye su requisito básico y caracterizador, pero requiere también de una nueva obligación, que va a reemplazar a la que se extingue, *nova obligatio*, cuyo carácter le viene de que discrepa en algo de la

antigua, esto es, de que se da en ella un *aliquid novi* en relación a la precedente, pues si en nada se diferenciara se estaría, como señala NÚÑEZ LAGOS, ante un mero reconocimiento de ésta (38).

Pues bien, esto supuesto, cabe adoptar dos posturas respecto a la entidad e incidencia del elemento novatorio *aliquid novi* en su faceta objetiva, pues el legislador puede prescindir de cualquier exigencia o puntualización al respecto, en cuyo caso, existiendo *animus novandi*, tendrá lugar la novación por insignificante e intrascendente que sea el cambio operado en el contenido de la obligación (es lo que hacen los Códigos seguidores del modelo francés, que se limitan a hablar *lato sensu* de que el deudor contraiga con su acreedor nueva obligación en sustitución de la anterior, pero sin señalar matices ni límites mínimos para que se reconozca la existencia de una auténtica *nova obligatio*) o puede exigir que el cambio objetivo operado tenga determinada trascendencia o significado.

Esto último es lo que ocurre en el Derecho español. En él, sin duda, hace falta el *animus novandi*; pero aunque exista éste, la novación no se dará cuando en la *nova obligatio* únicamente se hayan cambiado condiciones secundarias o accesorias respecto a la antigua, es decir, se le impone al requisito *aliquid novi* una cierta entidad o importancia. Si se mutan las condiciones principales habrá novación; si tan sólo se alteran las condiciones secundarias, por más que haya *animus novandi*, no tendrá lugar la novación, porque la ley viene a establecer un límite a la operancia de dicho *animus*, en el sentido de que sólo cabrá hablar de nueva obligación cuando el cambio de contenido operado respecto a la *prior obligatio* sea de determinada entidad e importancia.

De las dos posturas, la más respetuosa con la voluntad de las partes y con el principio de la autonomía negocial es la primera, pues deja en todo supuesto, dado el *aliquid novi*, la producción o no de la novación a lo que deseen los interesados, mientras que la segunda impide la producción de tal efecto, aun querido por las partes, cuando el cambio operado no revista cierta entidad; pero no por eso deja de tener justificación, porque, como con sensatez ha escrito ALBALADEJO, si las partes son ciertamente dueñas de construir un caso concreto, que objetivamente permita la elección, bien como extinción de una obligación y nacimiento de otra, bien como modificación de obligación, sin embargo, de lo que no son dueñas, porque mira contra la naturaleza de las cosas, es de realizar una novación extintiva en un caso en que el cambio que se establezca sea tan exiguo que objetivamente excluya la posibilidad de

(38) NÚÑEZ LAGOS: *Hechos y derechos en el documento público*, Madrid, 1950, págs. 325 y sigs.

pensar que se está frente a otra obligación, pues es sólo la anterior con un ligero retoque (39).

Pensamos, en consecuencia, que cualquier variación de las condiciones de una obligación, sea mayor o menor su entidad e importancia, supone la modificación objetiva de la misma; cuando el Código, en su artículo 1.203, habla de alteración de las condiciones principales, no se puede estar refiriendo *stricto sensu*, aunque así la denomine, a la modificación: por un lado, porque resultaría insuficiente y dogmáticamente inexacto, y, por el otro, porque cabe interpretar el señalamiento en forma consona y lógica mediante la entrada de la figura novatoria. En nuestro sentir, la mención de que se hayan variado las condiciones principales constituye una llamada lógica e inexcusable a la novación, un primer elemento de que el artículo 1.203, no obstante su defectuosa expresión, está contemplando la única novación existente: la novación de signo extintivo.

Ya se ha señalado antes que la particular concepción que sostenemos respecto a la novación en el Derecho español no supone en forma alguna la exclusión en el mismo de la libre modificación de las obligaciones, tesis que carecería por completo de fundamento. Porque aunque no lo digan de manera expresa, algo de esto parece alentar en los defensores de la denominada «novación modificativa» en cuanto se empeñan en enlazar la idea de modificación con el artículo 1.203.

Y, en realidad, no sólo no hace falta referir a dicho precepto las vicisitudes de cambio subjetivo u objetivo que pueden experimentar las relaciones obligatorias, sino que incluso, rectamente entendido, el mismo conduce, al menos en su numeral primero, a tener que prescindir del mecanismo de la modificación. Como antes se apuntaba, la modificación de las obligaciones tiene cumplida admisión en el Derecho español sin necesidad de tener que demandar la ayuda de la mera literalidad del artículo 1.203 del Código civil, pues para ello bastará atenerse al juego combinado del artículo 1.281, que ordena la remisión en los contratos a la intención de las partes, y del artículo 1.255, que permite, en base a la autonomía privada que consagra, alcanzar cualesquiera fines jurídicos que no sean contrarios a la ley, a la moral o al orden público. Si los contratantes han querido la modificación de la obligación y si semejante convención no es ilegal, inmoral o prohibida, ¿cómo sostener que de todas maneras lo que ha ocurrido ha sido la novación del vínculo?

Como dice SANCHEZ REBULLIDA, la modificación tiene su sede conceptual junto a la originación, transmisión y extinción de las obligaciones, y su base legal en el artículo 1.255 del Código, puesto que, en abstracto,

(39) ALBALADEJO: *Instituciones de Derecho civil*, Barcelona, 1961, pág. 631.

el pacto de modificación no es contrario a las leyes, a la moral ni al orden público; tiene sus reglas de determinación (mucho más cómodas que la rígida e inadecuada del 1.204) en los artículos 1.281 y siguientes, y su límite objetivo concreto en el mismo 1.255 y en el 1.203, 1.º (40), aunque respecto a este último precepto sea otra nuestra opinión, según se expuso en las páginas precedentes.

Lo curioso es que algunos de los autores que defienden la posición que rechazamos se encuentran muy cerca de la recta formulación del fenómeno en estudio; tan sólo el influjo nocivo de la letra del artículo 1.203 les arrastra en el último instante hacia la tesis equivocada. Es lo que ocurre con PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, quienes después de encuadrar adecuadamente la figura acaban claudicando por la novación modificativa, siquiera no la llamen de esta manera. Oigamos sus palabras:

«El artículo 1.203 dice que las obligaciones pueden modificarse variando su objeto o sus condiciones principales, y el 1.255 dispone que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público, afirmando el 1.166 que el deudor no puede obligar a su acreedor a que reciba otra prestación diferente y que tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor. Tomando en consideración los preceptos citados, ¿no podrá construirse la modificación de una relación obligatoria sin que tal fenómeno implique novación extintiva? Frente a la declaración expresa de las partes o deducida directa y lógicamente de su voluntad (art. 1.281) de no querer extinguir la obligación existente, sino de modificarla, aceptada por las partes dicha modificación, ni se produce lesión en lo prescrito por las leyes (ningún precepto positivo se opone, reconociendo la modificación o variación al art. 1.203), ni afecta a la moral ni al orden público, no debiendo tampoco aceptarse, en principio, que con ello se produce perjuicio a tercero ni que la modificación violenta el interés del acreedor, puesto que la acepta. Frente a esta situación legal y de hecho entendemos que debe autorizarse tal modificación sin calificarla de novación en su sentido estricto» (41).

Obsérvese lo correcto de los lineamientos maestros de la doctrina sostenida por los anotadores de ENNECCERUS; ante la pregunta de si cabrá construir la modificación de las obligaciones sin tener que recurrir a la novación extintiva se pronuncian con toda razón por la afirmativa, pero no logran desasirse del error que supone la admisión de la novación

(40) SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, pág. 307.

(41) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *op. cit.*, I, pág. 219.

modificativa, puesto que ponen a jugar al mismo tiempo las ideas de novación y modificación, ideas que son entre sí incompatibles, en cuanto la primera entraña la desaparición del vínculo obligatorio, mientras la segunda supone la subsistencia del mismo, aunque alterado. Así no contraponen la modificación a la escueta novación, sino a la novación extintiva, como si pudiera existir otra modalidad novatoria que no sea ésta, y al final, al entender que debe aceptarse la modificación de las obligaciones, puntualizan que tal admisión no implica calificar la figura de «novación en su sentido estricto», esto es, que no hay obstáculo para considerarla novación en sentido lato, con lo cual vienen a aceptar, aunque no la nominen así, la sedicente novación modificativa.

Ya nos hemos extendido en repetidas ocasiones sobre la influencia que en el nacimiento de esta figura ha tenido la nuda literalidad del artículo 1.203 del Código civil, que al hablar de modificación de las obligaciones, a continuación de un título de sección que se nomina novación, constituye una tentación demasiado fuerte amén de una trampa lo suficientemente operante como para que la doctrina española haya sucumbido casi en bloque en pro de la llamada novación modificativa. Ahora bien, ni siquiera desde este ángulo la situación es tan meridiana y rotunda como para que hayan dejado de generarse legítimas dudas, porque, como antes se ha señalado, en la propia letra del artículo 1.203 cabe encontrar algún indicio de que el precepto no va referido a la escueta modificación de las obligaciones, concretamente, en el ordinal primero, cuando habla de variación de las condiciones principales. No vamos a insistir más sobre el punto, como tampoco queremos volver a insistir en que siendo el artículo 1.203 el primero de una sección que se refiere a la novación, y habiendo sido calificada ésta por el superior artículo 1.156 como modo de extinguir las obligaciones, aquél no puede referirse, en una consideración lógica, ordenada y armónica de la situación, a la simple modificación o alteración con subsistencia de las relaciones obligatorias; ello suena a impropio, sobre todo cuando la modificación de las obligaciones no necesita de previsión y regulación legal específica en los ordenamientos jurídicos, como el nuestro, en que está consagrada la autonomía contractual.

Sí vamos, en cambio, a ocuparnos en este lugar de cómo la obligada interpretación conjunta de los artículos 1.203 y 1.204 del Código civil nos lleva hacia la tesis que propugnamos de exclusión de la novación modificativa; con ello daremos por terminado el presente trabajo.

El Código civil español sigue en la presentación de la novación el mismo formato que instaurara en su día el *Code Napoléon* y siguieran después la casi generalidad de los Códigos latinos. Este formato consiste

en indicar primero las especies de novación, o el señalamiento de los elementos de la obligación, cuya mutación puede ocasionar su extinción, y después en resaltar de manera enfática que sin *animus novandi* no puede haber novación y que hace falta que el mismo conste de manera clara, ya que la noción no se presume.

Dos variantes, empero, se observan en la fórmula española: una, tantas veces señalada, que en el primer precepto no se habla de novación, sino de modificación, y la otra, que en el segundo se recoge la incompatibilidad absoluta entre la antigua y la nueva obligación como supuesto de extinción o, si se prefiere, como modalidad de *animus novandi* implícito.

La existencia de esta segunda circunstancia no enturbia en nada el panorama de la novación ni desdibuja conceptualmente las líneas maestras de la figura; se trata tan sólo de un residuo histórico que otros Códigos civiles marginaron (porque, en realidad, no era precisa su conservación) y que el Código español, por el contrario, acogió. SANCHO REBULLIDA ha sintetizado admirablemente el origen y explicación del supuesto de incompatibilidad de obligaciones previsto en el artículo 1.204: «El Derecho romano postclásico había admitido la novación tácita deducible a través de reglas formuladas como presunciones; la situación de ambigüedad e inseguridad a que este sistema conducía fue determinante de que JUSTINIANO impusiese como requisito la expresión del *animus novandi*; pero después, como quiera que la novación objetiva tácita respondía a necesidades vivas de la práctica medieval, el Derecho común introdujo algunas presunciones, entre las que destaca la de la incompatibilidad. A la hora de la codificación, el legislador encontró así dos sistemas entre los que elegir: el justiniano y el del Derecho intermedio. El legislador francés (para el que nunca supuso nada la 'novación modificativa') optó por el primero y en el artículo 1.273 impuso el requisito de la expresión del *animus*; el legislador español reprodujo el precepto, pero le añadió una sola presunción, la más caracterizada en la doctrina y práctica del Derecho intermedio, la regla de la incompatibilidad» (42).

Por lo que hace a la primera circunstancia, volvemos a insistir en lo que reiteradamente hemos venido señalando a lo largo de este trabajo: se trata de una defectuosa expresión, de una incorrección terminológica, que no puede ni debe servir de base para la creación de una nueva figura jurídica (la contradictoria novación modificativa), sino que hay que tratar de clarificar y superar mediante el adecuado juego de los factores

(42) SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, págs. 304-305.

histórico y dogmático y la ayuda que pueda proporcionar la visión racional sistemática del fenómeno.

En particular, nosotros creemos que bajo este último aspecto pueden obtenerse resultados halagüeños, porque, en nuestro sentir, el Código civil español proporciona suficientes elementos en tal sentido aun olvidando en este momento, pues ya se ha hecho suficiente alusión al respecto, el engarce y coordinación que debe darse entre el artículo 1.156 y los artículos 1.203 y siguientes, por un lado, y la clarificación parcial del problema que cabe obtener de la propia expresión literal del numeral primero del artículo 1.203.

En buena parte, la confusión existente en la actualidad sobre la materia tiene su origen en la visión parcial e incorrectamente divisoria que la doctrina española mantiene respecto al punto en estudio. Partiendo de una literalidad deformadora e inexacta, los autores han resultado prisioneros y tributarios de sus propias concepciones y se han visto obligados a pagar un precio excesivo por una aparente facilidad inicial. En efecto, parece que respetando la letra del artículo 1.203, que habla de «modificar», se elimina el problema y la dificultad que supone el tratar de subsumir el mencionado precepto dentro de la estructura que histórica y dogmáticamente corresponde a la novación; ahí está la facilidad, pero ahí está también el gravamen, porque en adelante ya no habrá manera de enlazar el artículo 1.203 con el que, de manera evidente, constituye parte de una misma realidad jurídica, elemento componente de un solo y único supuesto, esto es, el artículo 1.204.

Porque si el 1.203 se contrae a la esfera de la modificación de las obligaciones, el 1.204 ya no guarda ninguna relación con él, en cuanto se refiere a la necesidad de que se dé un típico elemento novatorio, como es el *animus novandi*; ahora bien, si tal disección es absurda en relación al primero de los citados preceptos, porque supone incluir dentro del campo normativo de la novación algo que corresponde a una distinta vicisitud jurídica de la relación obligatoria, como es la modificación, resulta fatal, y de esto parece no haberse percatado la doctrina, para la segunda de dichas normas, ya que desdibuja y mutila la conformación y estructura de la *novatio*.

El artículo 1.204 dice que «para que una obligación quede extinguida por otra, que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente», lo cual supone caracterizar el fenómeno novatorio por las circunstancias (o requisitos) de que existan una *prior* y una *nova obligatio* y de que exista y se proclame una voluntad orientada a la extinción de la primera mediante la creación de la segunda, que la va a sustituir: el

animus novandi; mas es claro que con ello la figura no queda precisa y totalmente formulada, ya que sigue faltando todavía algo para que la novación se plasme de manera plena, y ese algo consiste en que la nueva obligación debe diferenciarse de la precedente; nos estamos refiriendo, como es obvio, a ese elemento esencial de la novación, ayer como hoy, que es el *aliquid novi*.

Algo nuevo o todo nuevo, porque pensamos, contra el parecer de CODACCI PISANELLI (43), que en la nueva obligación se han podido cambiar todos los elementos de la antigua y no sólo uno o algunos; pero, en cualquier caso, es necesario e insoslayable que se dé diferencia entre una y otra relación obligatoria, ya que de otra manera estaríamos, según antes se advertía, ante un simple reconocimiento de obligación. Mas ¿cualquier innovación en la *prior obligatio* será determinante de novación? No; sólo lo será en cuanto afecte a los elementos esenciales de la misma: sujetos, objeto y causa. Surgen así la novación subjetiva, la novación objetiva y la novación mixta (44).

Pues bien, el Código civil español se mueve en este orden de ideas y así es como hay que entender su plasmación normativa de la novación. El artículo 1.203 determina en qué puede consistir el *aliquid novi*, el cambio que se produzca en los elementos de la relación obligatoria a extinguir, ya afecte al objeto o condiciones principales de la misma (novación objetiva), ya al sujeto activo (novación subjetiva activa), ya al sujeto pasivo (novación subjetiva pasiva), ya a todos los elementos de la relación obligatoria (novación mixta); ése es el punto de partida, la plataforma o supuesto de hecho que es necesario y del que tiene que arrancar la actuación del mecanismo novatorio.

Así entendido el artículo 1.203 hasta cobran un relativo sentido sus defectuosas expresiones, porque al no considerarlo en forma aislada, sino como formando parte de la formulación normativa de la novación, no hay por qué referirlo al campo de la modificación de las relaciones obligatorias y, en consecuencia, entender que cuando el mismo habla de que «las obligaciones pueden modificarse» se está refiriendo y está contemplando, en realidad, el juego de ese peculiar requisito de la nova-

(43) Para este autor, entre las dos relaciones debe existir una íntima conexión en función de que la novación no es más que una especie de renovación, y no es posible renovar sino conservando algún elemento de lo que ya existía, por lo que uno al menos de los elementos esenciales de la obligación extinguida debe permanecer en la que la reemplaza («Ampiezza del concetto di novazione», en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1950, págs. 346 y sigs.).

(44) AZURZA: «Notas sobre la novación», en *Revista de Derecho Privado*, 1950, págs. 599 y sigs.

ción que es el *aliquid novi*. Como no puede haber novación sin que la nueva obligación discrepe en algo de la antigua, el artículo 1.203 se encarga de allanar el camino procediendo a señalar en qué debe consistir la diferencia entre una y otra y precisando el elemento o elementos de la obligación afectados por el cambio, mutación o alteración: los sujetos, el objeto o las condiciones principales.

Con semejante inteligencia del precepto no hay mayor inconveniente en hablar de modificación de las obligaciones, porque en tal caso es evidente que al modificación de la relación obligatoria no se considera como el fin y objetivo jurídico perseguido, sino como simple paso previo, amén de elemento constitutivo imprescindible, para que pueda actuarse la figura novatoria; sencillamente, consiste en la materialización y especificación del *aliquid novi*.

Algún autor parece haber avizorado esta interpretación; tal es el caso de AZURZA cuando habla de que el artículo 1.203 reconoce las especies de novación objetiva, subjetiva del deudor y subjetiva del acreedor; pero de seguida neutraliza este atisbo al admitir como clases de novación, en función de sus efectos, la novación propia o extintiva y la novación impropia o meramente modificativa (45).

En definitiva, pues, los artículos 1.203 y 1.204 del Código civil español no pueden separarse, no contemplan dos situaciones jurídicas distintas, no son dos normas autónomas, sino partes de un todo, elementos integrantes de una única estructura, una sola norma en realidad. Su contenido podría perfectamente haber constituido los dos apartados o proposiciones de un único precepto. El primero de dichos artículos se refiere a la necesidad de la presencia del *aliquid novi* en la novación; el segundo, a la existencia y declaración del *animus novandi* para que la vieja obligación quede sustituida por la de reciente factura: el artículo 1.203 resulta absurdo, innecesario y anodino sin el siguiente; éste queda incompleto y carente de base al prescindir del precedente. El uno precisa del otro porque, repito, son partes de un todo y entre ambos conforman la estructura de la novación, sin que, por tanto, ninguno pueda faltar so pena de mutilar y desfigurar la institución.

Creemos que a través de esta interpretación logicosistemática queda nítidamente delimitada la figura novatoria en el Código civil español, se dota de armonía y sentido a los distintos artículos del mismo referidos al instituto, se produce una purificación dogmática e histórica que ubica a la novación española en el lugar adecuado dentro del campo de las

(45) *Ibid.*, pág. 599.

vicisitudes de las relaciones obligatorias y, sobre todo, se procede a erradicar con argumentos y recursos extraídos del propio Código civil esa insulta, innecesaria y equívoca novación modificativa, que sin mayor razón de ser ni méritos propios ha calado tan hondamente en la doctrina y jurisprudencia españolas.

ANGEL CRISTÓBAL-MONTES

Catedrático de Derecho romano y Derecho civil en las Universidades Central de Venezuela y Católica «Andrés Bello» (Caracas)