

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO
CIVIL Y ESPECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

DEPÓSITO LEGAL: M. 968—1962

Año XXXVIII	Enero - Febrero 1962	Núm. 404-405
-------------	----------------------	--------------

La novación de las obligaciones en el Derecho español (*)

I

DERECHO ROMANO.

1. Origen.

No está claro el origen de la novación en el Derecho romano; la cuestión, como dice KASER, continúa abierta.

Recientemente, BONIFACIO ha criticado, con argumentos que parecen convincentes—si no todos, sí, al menos, las soluciones—las tesis precedentes:

La que fué *communis opinio*, a partir de SALPIUS, que lo involucra con el de la *litis-contestatio*, como manifestaciones gemelas del principio *non bis in idem*; el desenvolvimiento de este principio, en cuanto a la novación, se hallaría en la regla de POMPONIO; D. 45, 1, 18.

(*) Constituye este trabajo el original expuesto oralmente como tercer ejercicio de las oposiciones del autor a cátedra de Derecho civil en julio de 1961 y es un resumen y selección de otro estudio más amplio, en vías de publicación, sobre el mismo tema, realizado con la ayuda de una beca de estudios en España de la Fundación «Juan March», con cuya autorización se publica este adelanto.

La de CORNIL, basado también en el principio de incompatibilidad, pero referido a la arcaica concepción del vínculo obligatorio como sujeción física del obligado.

La de MEYLAN, fundada en la doctrina del origen de la *sponsio*; aquí es donde no acaban de convencer los argumentos de BONIFACIO; pero sí la solución, como reconoce el propio KASER, etc.

Para BONIFACIO, en todas estas teorías se prescinde de la hipótesis de que la novación fuese elaborada en época mucho más reciente. Según ello, y sobre la base textual que nos ha sido conservada—principalmente la solución de SERVIO Sulpicio, referida por GAYO, en I, 3, 176—, afirma que para la jurisprudencia republicana la novación no era *transfussio* de una obligación en otra de *idem*, sino su «extinción», merced a un acto solemne en el cual el acreedor consiente que un tercero sustituya al precedente deudor o se autosustituya a sí mismo, *abdicando de su crédito con independencia de la virtualidad concreta del acto para originar el nuevo vínculo*. Sitúa así la novación originaria en la línea de las renunciaciones solemnes.

Es posible que la reconstrucción que hace del pensamiento de SERVIO Sulpicio, e incluso de la jurisprudencia republicana en general, sea correcto; pero no veo que ello resuelva el problema del origen de la novación. Por ello he dicho, siguiendo a KASER, que por ahora la cuestión seguía abierta.

2. Derecho clásico.

Sea de ello lo que fuere, las fuentes nos han transmitido la definición de ULPiano:

Novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem vel naturalem, transfusio adque translatio, hoc est, quum ex praecedenti causa ita nova constituatur ut prior perimatur; novatio enim a novo nomen accipit et a nova obligationem.

Con ella coincide la descripción de GAYO:

... novationem tollitur obligatio... nam interventu novae personae nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem.

Es decir, que a partir del Derecho clásico, la novación es la transfusión, el traslado de un débito que se extingue en una nueva

obligación que nace; es el efecto; complejo e inescindible, «extinción-creación»; el trasplante del *idem debitum*.

No puedo entrar aquí en la rica casuística y abundante problemática de las fuentes; pero sí quiero hacer algunas observaciones generales que pueden arrojar no poca luz a lo largo de nuestro camino:

En primer lugar, que en el Derecho clásico, más que una institución positivamente estructurada, la novación es un efecto jurídico. La institución era la *stipulatio*—también, posiblemente, en su época, la *transcriptio nominum* y la *dotis dictio*—, que, siendo «titulada»—es decir, «referida»: *id quod*—, conteniendo en su estructura *aliquid novi* y por objeto el *idem debitum*, producía como efecto automático y en cierta medida abstracto la «extinción-creación» en que la novación consiste.

Efecto, por lo demás, independiente del *animus novandi*. Naturalmente la voluntad precedía al negocio formal; pero, una vez concluido éste, es opinión unánime—con la única excepción actual, que yo conozca, de Vocr—que el efecto novatorio dependía del mismo negocio formal y no de la efectiva voluntad de las partes: si la estipulación era «titulada» (referida a la *prior obligatio*) y contenía, como prestación, el *idem debitum* (el *id quod iam debetur*), se producía el efecto novatorio, aunque las partes hubiesen efectivamente querido que la *nova obligatio* accediese a la primera en vez de extinguirla, y viceversa: no se producía el efecto novatorio, aunque las partes quisieran efectivamente novar, si utilizaban un acto que objetivamente careciese de tal virtualidad.

Este automatismo no significa que—como afirma parte de la doctrina—la novación fuese el resultado ciego de aquel principio de incompatibilidad—*non bis in idem*—; evidentemente, la voluntad precedía al negocio, y el que no lo influyese no quiere decir que le privara de función. Las partes concluían el acto solemne productor del efecto automático para conseguir una finalidad económica.

Así, función de la novación subjetiva era la transmisión, activa o pasiva, de la obligación a novar.

Conocida es la intransmisibilidad, a título particular; en esta época, de las obligaciones; de ella da testimonio GAYO (I, 2, 38); intransmisibilidad que respondía a la concepción personalista de

la obligación y al formalismo contractual. Sin embargo, la realidad social demandaba la posibilidad de ceder créditos y asumir deudas; y, ante la imposibilidad jurídica, tal necesidad arbitró medios sustitutorios: primero, la *novatio*; después, el más artificioso de la *procuratio* (o *cognitio*) *in rem suam*. Mediante el primero—que es el que aquí interesa—, cuando *Primus*, acreedor de *Secundus*, deseaba transferir su crédito a *Tercius*, no pudiendo hacerlo por *mancipatio*, *in iure cessio* o *traditio*, autorizaba a *Tercius* para que estipulase de *Secundus* lo que a él le debía; y si *Secundus* prometía, efectivamente, a *Tertius* lo que debía a *Primus*, éste perdía su derecho y, en cambio, *Tertius* adquiría uno semejante. Con ello, económicamente se obtenía la transmisión; pero jurídicamente se cumplía con las exigencias del principio personalista, aprovechando las consecuencias del formalismo.

Junto a ella, la novación objetiva cumplía varias funciones prácticas:

Añadir, modificar o suprimir una determinación accesoria, *dies* o *conditio*, inincrutable—ni siquiera de común acuerdo—en la precedente obligación.

Cambiar la causa—*ex stipulatione*—de la obligación, para darle mayor agilidad y, en ocasiones, eficacia, a efectos de *acceptilatio*, *sponsio* o *fideipromisso*, desplazamiento de la prueba, exigibilidad a los herederos (si la obligación novada era *ex delicto*).

Todo ello explica la importancia que tuvo la novación en sus diversas especies en el Derecho romano clásico.

3. Evolución post-clásica y Derecho justiniano.

A partir del Derecho clásico, la novación va perdiendo automatismo mientras penetra en su esencia el requisito del *animus novandi*.

Es natural que así fuese; el hecho de que a partir sobre todo de la *Lex poeelia de nexis* se vaya acusando progresivamente el carácter patrimonial de la obligación y que el consentimiento alcance un reconocimiento jurídico cada vez más intenso, en tanto que el viejo formalismo atenúa sus antiguas exigencias, hace que decaigan los requisitos de la titulación y del *idem debitum*, para convertirse la novación en una cuestión de voluntad.

En la época post-clásica, empero, el *animus* había de ser averiguado a través de elementos externos valorados como presunciones.

Ello dió lugar a controversias y *ambiguitates*, de las que JUSTINIANO conserva memoria en su Constitución C. 8, 41, 8, parafraseada en I. 3, 29, 3, por lo que el Emperador cambió los términos, en el sentido de que la novación sólo tenía lugar cuando hubiera sido declarada como querida.

Sin embargo, la compilación justiniana no desarrolló todas las consecuencias deducibles de este giro voluntarista de la novación: a la cabeza del título *De novationibus et delegationibus* se colocó la definición de ULPIANO, y en él se conserva, bien que interpolada, casi toda la reglamentación clásica, aflorando la supremacía del *animus*, tímidamente, aquí y allá, con lo que la compilación ofrece un panorama de compromiso entre lo nuevo y lo antiguo.

II

EVOLUCIÓN POSTERIOR.

Con este mismo signo y dirección—desenvolvimiento de sucesivas consecuencias del *animus novandi*—atraviesa la glosa y la doctrina del Derecho común, llegando hasta los umbrales de la codificación.

Tampoco aquí puedo entretenerme en detalles; pero sí señalar tres hechos o matices sumamente reveladores:

a) Por aparecer en el *Digesto* juntas y mezcladas la novación y la delegación, se incurre en el error—que habrá de durar hasta la monografía de SALPIUS—de considerar la segunda como especie de la primera, siendo, sin embargo, una figura mucho más amplia que en una de sus manifestaciones—delegación novatoria—produce novación.

b) Se rechaza el sistema justiniano de expresión del *ánimus* con objeto de poder admitir la novación tácita que respondía a exigencias vivas de la práctica medieval. Con ello se vuelve, for-

malmente al menos, al sistema de las presunciones; y, aunque sin el sufragio de la mayoría, algunos autores formulan ya la máxima de que «se debe tener por novada la relación cuando la segunda obligación es incompatible con la primera». Nótese qué cerca está este principio de la actual redacción del artículo 1.204 de nuestro Código Civil.

Esta regla se refiere especialmente a la doctrina de los *incrementa* (obligación accesoria de intereses, agregación de una garantía), que, naturalmente, no extinguen la obligación principal, sino que, precisamente, presuponen su subsistencia. Y, en virtud de la confusión señalada en el apartado anterior, como a la delegación no novatoria, que no libera al primitivo deudor, se le llama «impropia», a ésta adición a la primera obligación, que no la extingue, se le llama «novación impropia».

c) En tercer lugar, desaparecidas en el Derecho común las razones que en el romano forzaban a recurrir a la novación para toda alteración del contenido de la obligación, se admite la modificación del crédito existente sin destruir su identidad.

Y como el resultado de esta posibilidad es muy parecido—aunque su esencia y etiología sean diversas—a la que llamaron «novación impropia» se explica perfectamente el error de nuestra doctrina del siglo XIX—error en el cual, sin embargo, no había incurrido la francesa—, que culminó en la deforme construcción de la «novación modificativa».

En otro orden de cosas, la doctrina del Derecho común mantiene como dogma la intransmisibilidad de las obligaciones. Todavía la ciencia pandectista considera la novación como un instrumento apto para que la modificación subjetiva pueda operarse.

El Código francés—también el italiano de 1865—mantienen y regulan la novación justinianeá, como causa de extinción de las obligaciones, en sus tres especies tradicionales y sin confundirla con la modificación. Las tres definiciones o descripciones del artículo 1.271 descansan sobre el dato de extinción de la obligación primitiva, y, en cambio, el 1.275 trata de la «delegación impropia que no produce novación». Ello, sin perjuicio de que al amparo del principio de libertad contractual se pueda simplemente modificar la obligación. Por otra parte, admite y regula la cesión de créditos.

Pues bien, estas dos posibilidades—simple modificabilidad de la obligación y transmisibilidad de créditos—hacen que, en la doctrina, la novación entre en crisis; crisis que podría resumirse en esta acusación: la novación descansa únicamente en ideas hace siglos olvidadas.

Jalón importante en esta evolución es la doctrina de BRINZ, quien, en 1852, es el primero que niega decididamente el dogma de la intransmisibilidad —también pasiva—de las obligaciones. Al año siguiente, la obra de DELBRÜCK, a pesar de su carácter conciliador y vacilante, abre el camino a un nuevo planteamiento del problema que habría de encontrar en WINDSCHEID su formulación más acusada. Sin embargo, al afirmar contra KUNTZE la transmisibilidad de la relación inalterada, se preocupa enormemente—esto es sintomático—de determinar la naturaleza jurídica de la intervención del acreedor *que estima en todo caso necesaria*.

La crisis culmina con la promulgación del BGB, que prescindió de regular la novación. La extinción de una obligación y creación de otra nueva que la sustituya es un simple efecto de la libertad de convención de las partes, pero carente de regulación específica. Se regulan, en cambio:

El «contrato de modificación», al menos en alguna de sus manifestaciones.

La «cesión de créditos».

La «asunción de deudas» mediante contrato del que asume con el acreedor (en cuyo caso no es necesario el asentimiento del hasta entonces deudor) o con el antiguo deudor, en cuyo caso su eficacia pende de la ratificación del acreedor.

Por lo que al Derecho español respecta, tras la regulación—muy romanizada—de las Partidas, el proyecto de 1851 sitúa la novación entre los medios «extintivos» de las obligaciones, pero consumando, sin duda, erróneamente ideas apuntadas en el Derecho común, ofrece ya brechas a la admisión de lo que, después, la doctrina y la jurisprudencia han llamado «novación modificativa». PÉREZ y ALGUER han puesto de manifiesto que GARCÍA GOYENA fué uno de los autores del *Febrero reformado* que define la novación como «modificación de una obligación preexistente, o su destrucción».

Por otra parte, si bien es cierto que regula sus tres especies tradicionales, también lo es que proclama expresamente el principio

de libertad contractual (a cuyo amparo pueden modificar las obligaciones) y que regula expresamente la cesión de créditos y la subrogación por pago, a través de cuyas instituciones se produce la transmisión activa de la obligación inalterada.

III

DERECHO ESPAÑOL VIGENTE.

1. Código Civil; crítica.

Con estos precedentes, no es de extrañar que el Cc.—producto de su tiempo—ofrezca una regulación confusa, ambigua y desconcertante—mejor diríamos, desconcertada—de la novación.

Por una parte, la enumera en el artículo 1.156 como causa de extinción de las obligaciones y la regula en el capítulo dedicado a tales causas.

Pero, por otra parte, en su desarrollo, la idea de extinción está mezclada o sustituida por la modificación, en medio de una exasperante ambigüedad...

En efecto:

Dando un paso más, respecto del proyecto de 1851, y haciéndose eco del estado de la doctrina inmediatamente anterior, el artículo que primero trata de la novación, el 1.203, dice que las obligaciones pueden *modificarse*..., y, al desarrollar a continuación las tres especies tradicionales, habla de: «*variar* su objeto o condiciones principales», «*sustituir* la persona del deudor» y «*subrogar* a un tercero en los derechos del acreedor». Verbos todos ellos —modificar, variar, sustituir, subrogar—más referibles a la subsistencia del vínculo que a su extinción.

Y no es cuestión puramente terminológica, gramatical; si de la descripción pasamos al contenido normativo, nos encontramos con las realidades siguientes:

a) Proclamado el principio de libertad contractual por el artículo 1.255, la novación objeto del número 1.º del artículo 1.203 puede ser referida a la simple modificación, en principio al menos.

b) El número 3.º del 1.203 y su desarrollo en los artículos 1.209 y siguientes se refieren al pago con subrogación, en el que, indudablemente, se opera una transmisión del crédito mismo, sin que, en cambio, haya ningún artículo que trate de la novación por cambio de acreedor.

c) Al hablar los artículos 1.205, 1.206 y 1.207 de «nuevo deudor», «deudor primitivo», «obligación primitiva», únicamente la novación subjetiva por cambio de deudor conserva en el Código significado romano de medio extintivo.

En síntesis, podríamos decir que el Código *enumera* y *sitúa* la novación como modo extintivo, la *describe* como simple modificación y la *regula*: la objetiva, con criterio ambivalente, en principio; el cambio de acreedor como transmisión de créditos, y el cambio de deudor como extinción mediante creación.

Ante esta regulación, la doctrina y la jurisprudencia posteriores reaccionan de diverso modo; pero, en sus líneas generales, podemos señalar dos actitudes muy definidas:

Primera. Consagran la categoría de la «novación modificativa», novación pasa a ser género que se especifica en «extintiva» y «modificativa», presumiéndose la última como efecto más débil.

Segunda. Admiten explícitamente la transmisión activa y pasiva de las obligaciones.

En el primer aspecto es de destacar la obra del profesor CASTÁN.

En las dos primeras ediciones de su obra clasifica la novación en «objetiva» y «subjetiva», y ésta, en cambio de acreedor y cambio de deudor. También en «expresa» y «tácita». En la tercera edición añade una nueva clasificación: propia o extintiva e impropia o «cumulativa». Finalmente, en ediciones posteriores sustituye esta última clasificación por la de «propia o extinta» e «impropia o modificativa», consagrando y difundiendo un estado de opinión que se venía fraguando desde GARCÍA GOYENA.

En cuanto a la jurisprudencia, sería interminable la lista de sentencias que establecen, aluden o aprovechan esta distinción.

En el segundo aspecto—transmisibilidad de las obligaciones—, es de destacar la obra del maestro CLEMENTE DE DIEGO.

Afirmó que si la técnica del Cc. No ampara la transmisión de deudas—como la de los créditos—, tampoco la estorba; que nues-

tro. Código representa una de las etapas del desmoronamiento general de la novación que ha consumado el Código alemán, etapa de transmisión caracterizada por ubicar su régimen en la extinción de las obligaciones, pero incluyendo en él el pago con subrogación (que no extingue la deuda) y equiparando, con carácter general, la novación a la modificación en el artículo 1.203.

Rechazado el formalismo clásico, nada se opone a la transmisibilidad, activa y pasiva, de las obligaciones; el Cc. equipara novación a modificación y regula la subjetiva activa como pago con subrogación que no extingue, sino transmite... Así las cosas, aunque el artículo 1.205 caracterice como novación-extinción la sustitución de un deudor por otro, a la vista del 1.255, no puede interpretarse como una imposición, sino, a lo sumo, como una presunción que puede ser destruida mediante prueba en contrario.

A partir de 1912—fecha de la monografía de DE DIEGO—, la doctrina evolucionó hacia el sendero por él abierto, con notable desarrollo en las *Notas* de PÉREZ y ALGUER—que llegan a referir la no presumibilidad de novación, también al cambio de deudor—; recientemente, desde las páginas de la «Revista Jurídica de Cataluña», se ha llegado a propugnar un cambio terminológico llamado novación propia a la modificativa e impropia a la extintiva.

Se exceptúan, empero, de esta línea DE BUEN—cuya apreciación, sin embargo, prácticamente desaparecida—y, posteriormente, ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU.

He aquí el vacilante panorama que ofrece el Cc. y la reacción doctrinal y jurisprudencial consagrando la categoría de las obligaciones; en general, lo que de novación propiamente dicha (extinción por oración) queda, se desprecia...

Pues bien, en ninguno de los dos aspectos me parece que sea éste el tratamiento sistemático adecuado a la institución, ni la interpretación más conforme con el espíritu del Código, ni la concepción más práctica y más útil para las necesidades del tráfico jurídico.

Digamos, en primer lugar, que «modificar» es algo distinto de «extinguir», en cierto sentido, contrario, pues predica la subsistencia del *quid* modificado. Si el Código involucra los conceptos, la doctrina debe separarlos y diferenciarlos, aunque advirtiendo—tratando de aclarar y de corregir—la ambigüedad legal.

Yo creo que debe estudiarse la novación como especie del género extinción; y como un género diferente, pero de rango semejante al de la extinción, la modificación de las obligaciones. Y explicar entonces que la disciplina legal de la modificación está en el Código involucrada con la disciplina de la novación, de la cual debe extraerse.

Lo mismo cabe decir de la transmisión. Sistemáticamente es otro género en el estudio de la vida jurídica del vínculo, género de rango semejante al del nacimiento, extinción o modificación. Como tal debe estudiarse la cesión de créditos, advirtiendo que su disciplina legal está contenida en el Código dentro de la novación (como «pago con subrogación»), y dentro de la compraventa (como «transmisión de créditos y demás derechos incorpóreos»).

De la transmisión de deudas no puede decirse lo mismo, por cuanto, a lo que entiendo y según intentaré demostrar, éstas son intransmisibles.

2. Concepto.

Con este criterio sistemático el concepto esencial de novación sigue siendo el mismo que en Roma: extinción de una obligación y creación de otra nueva que la sustituye.

La extinción de la obligación primitiva no es sólo el efecto, sino, además, la causa de la nueva, llamada a sustituirla, hasta el punto de que nacimiento y extinción se condicionan recíprocamente, y la obligación nueva no se produce si la anterior era nula y viceversa: artículo 1.208. Lo característico es esta unidad compleja «creación-extinción», la mutua independencia: se extingue la obligación primitiva *porque* nace la nueva, pero ésta nace *para* extinguir la anterior y ocupar su sitio.

Sigue siendo la novación, como en el Derecho romano, un efecto jurídico, una consecuencia prevista y regulada por el Ordenamiento positivo.

Varios autores—GIORGI, LOMONACO, ANNDREOLI, en Italia, y en nuestra doctrina. VALVERDE y, recientemente, AZURZA—han denunciado, casi con los mismos términos, que la palabra novación no es usual en la práctica notarial ni se usa en los negocios para indicar un determinado contrato. «Apenas se hacen—afirman—

contratos de novación; se estipulan compraventas, arrendamientos, mutuos o préstamos con imputación de precios, se adjudican o ceden en pago o para pago créditos contra terceros, regulan deudas mediante letras de cambio o cuentas corrientes, etc.».

Todo ello es cierto, pero nada dice contra la vigencia actual de la novación; su explicación la encontramos ya en la doctrina de BARTOLO referida a la Glosa: *novationem vocat hic non ipsum contractum scilicet in modo faciendi, sed effectum ipsius secundum glossam.*

3. Estructura genérica.

La novación en nuestro Derecho se descompone, estructuralmente, en casi los mismos elementos y requisitos que en el Derecho justiniano. Como dicen la sentencias de 1 de diciembre de 1951 y 9 de abril de 1957, «son requisitos esenciales una obligación preexistente, la creación de otra nueva, la disparidad entre ambas y la voluntad de llevar a cabo la sustitución (*animus novandi*)».

No puedo detenerme, en esta ocasión, en el análisis de cada uno de estos elementos, pese al interés teórico y práctico que presentan algunas de las cuestiones suscitadas; la mayor parte, empero, están superadas por la doctrina y la jurisprudencia.

4. Clases.

Por el elemento afectado de *aliquid novi*, la *summa diviso* de la novación la diversifica en objetiva, subjetiva por cambio de acreedor, y subjetiva por cambio de deudor.

Por la expresión del *animus*, la novación puede ser expresa y tácita.

Rechazo, en cambio, la clasificación en extintiva y modificativa:

Lógicamente, porque son categorías heterogéneas de distinto rango.

Sistemáticamente, porque es perturbadora y agrava y consolida errores del Código.

Históricamente, porque descansa en una defectuosa interpretación de la doctrina del Derecho común.

Este, confundiendo delegación y novación, llamó novación impropia al efecto acumulativo *inter easdem personas*, efecto acumulativo que, en los supuestos de *incrementa*, se asemejaba en su resultado a la modificación del contenido... Pues bien, la clasificación aquí rechazada consume el error al confundir ambos efectos y llamar novación impropia a la simple modificación.

Sin embargo, el Código no llega a tanto. La doctrina y la jurisprudencia se basan, principalmente, en el artículo 1.204, que, al decir *para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles*, creen consagra la división referida, estableciendo una presunción a favor de la novación modificativa como efecto más débil. Sin embargo, a la luz de los datos históricos aportados, se comprueba que el sentido del artículo 1.204 es muy diverso: por de pronto, su redacción predica la existencia de dos obligaciones, ya que la incompatibilidad exige, precisamente, alteridad: una obligación no puede ser incompatible consigo misma.

Y es que el artículo 1.204 para nada enfrenta «novación» con «modificación», sino «novación» con «acumulación».

Sus raíces tienen una historia mucho más antigua: su cuna se encuentra en la evolución postclásica y en el derecho justiniano. Los autores del Código hubieron de resolver el problema de la novación tácita o bien admitiendo un sistema de presunciones o bien exigiendo la expresión del *animus*. El artículo 1.273 del Código francés y el 1.269 del italiano—Códigos en los que no hay traza siquiera de «novación modificativa»—lo resuelven a favor de la exigencia del *animus* y, faltando, resuelven que existirá acumulación de obligaciones; el artículo 1.204 del Código español exige también el *animus*, pero admite, además, una presunción: la incompatibilidad entre las dos obligaciones, determinando que sólo en este caso existirá novación tácita.

Este es, a mi entender, el verdadero sentido del malparado artículo 1.204 del Código Civil. Con mayor o menor oportunidad o anacronismo, se limita a decir que para que haya novación—es decir, extinción por creación—se requiere expresión del *animus* y a autorizar una sola presunción: la incompatibilidad de la *prior obligatio* con la nueva. Es decir, que si falta expresión del *animus*

y ambas obligaciones son entre sí compatibles la nueva «accederá, sin extinguirla, a la anterior, por vía de solidaridad, afianzamiento, etc. Para nada «novación modificativa».

5. *Novación objetiva:*

Tiene lugar cuando *inter eadem personas* varia—al decir del artículo 1.203, 1.º—el objeto o las condiciones principales de la obligación.

Resulta dudoso determinar si el Código define y regula la novación o la modificación objetiva de la obligación. ALBALADEJO da por supuesto que esto último; sin embargo, pese a la liberalidad de los términos del 1.203, aparte del argumento sistemático y de la ambigüedad ya aludidos, está como argumento principal en favor de lo primero el que dicho número 1.º habla de «condiciones principales»... ¿Por qué esta principalidad si se refiere a la simple modificación?

En todo caso, la solución es intrascendente, pues si se resuelve en el sentido de que lo regulado es la modificación, el mismo ALBALADEJO reconoce la admisibilidad de la novación extintiva al amparo de los artículos 1.156 y 1.255. Y si se concluye que se refiere a la extinción, es evidente que toda obligación será modificable al amparo de este último precepto.

6. *La novación objetiva tácita.*

La novación objetiva expresa apenas plantea problemas. Únicamente interesa determinar que la voluntad de las partes encuentra como límite la entidad objetiva del *aliquid novi*. Si éste es tan exiguo que objetivamente excluye la posibilidad de que sea «otra» la obligación, iría contra la naturaleza misma de las cosas y contra el requisito legal de la «principalidad».

La determinación, en cada caso, de esta suficiencia objetiva y principalidad legal es, a mi juicio, cuestión de hecho que debe quedar al arbitrio de los Tribunales.

Mayores problemas suscita la novación objetiva tácita.

¿Cuándo puede afirmarse, faltando expresión del *animus*, que la antigua y la nueva obligación son de todo punto incompatibles?

En general, doctrina y jurisprudencia, colacionan aquí los cri-

terios del mismo artículo 1.203, 1.º: cuando varía el objeto o las condiciones principales. Las sentencias de 5 de diciembre de 1947 y 24 de junio de 1948 lo cifran en la modificación sustancial; las de 6 de febrero de 1928, 11 de junio de 1947 y 10 de diciembre de 1951, en la alteración de la esencia.

A mi juicio, la regla es más sencilla y, sobre todo, más práctica; radica en el mutuo condicionamiento característico de la novación: hay novación cuando la nueva obligación priva de causa—causa, en el sentido del artículo 1.274 del Código Civil—a la antigua, tomándola para sí, con lo que la primera obligación deviene ineficaz conforme al 1.275 y su cumplimiento repetible conforme al 1.895 y siguientes. Las dos obligaciones son «de todo punto incompatibles» cuando la nueva no tiene otra causa explicable (insisto en el sentido del artículo 1.274) que la misma de la anterior, la cual, para ello, tiene que quedar extinguida; si hubiese causa explicable de la segunda, incluso la mera liberalidad, no habría novación tácita, sino acumulación.

Esta regla o interpretación no es nueva ni personal mía; se encuentra ya en algunos autores del Derecho común—por ejemplo, en Bartolomeo SALICETO—. En cierto modo, también, en la definición de ULPIANO, prescindiendo aquí de si el periodo en cuestión es o no interpolado: ... *hoc est, quoniam es preecedenti causa ita nova constituatur ut prior perimatur*.

7. Novación subjetiva por cambio de acreedor; remisión.

Los artículos 1.209 a 1.213 del Código Civil regulan el «pago con subrogación» que—en ello está conforme toda la doctrina—no supone extinción del crédito; junto con la «transmisión de créditos y demás derechos incorporales» (en el capítulo de la compraventa) y con el principio general del artículo 1.112, componen la disciplina legal de la transmisión de créditos.

Pero, independientemente de ello, es evidente que en base a los artículos 1.203, 3.º (en relación con el 1.156) y 1.255 es posible y válida, en nuestro Derecho, la novación subjetiva activa, la extinción de una obligación y el nacimiento de otra idéntica frente a distinto acreedor (si hay, además, variación del objeto, es novación mixta).

Ahora bien, supuestas su posibilidad y licitud, lo que sucede es que carece de interés, pues ni es instrumento técnico para una función jurídica de carácter general, ni cabe presumirla nunca (siempre ha de ser expresa), ni presenta problemática en la vida real.

8. *Novación subjetiva por cambio de deudor; la intransmisibilidad pasiva de las obligaciones a título singular.*

Todo lo contrario sucede con la novación subjetiva pasiva, que sigue teniendo una función trascendental: operar en sus diversas manifestaciones—la transmisión económica de la deuda; que en el Código está regulada como tal extinción (sin que, en cambio, se regule la transmisión pasiva de la obligación); y que presenta interesantes problemas doctrinales y prácticos.

En efecto, la *communis opinio* que sostiene la actual transmisibilidad a título singular se apoya, fundamentalmente, en los siguientes argumentos:

I. Doctrinales:

1.º Desaparecida la concepción personalista de la obligación y el formalismo contractual, no hay razón que se oponga, en una concepción patrimonialista del vínculo y en un régimen aformal y espiritualizado de la contratación, a que las obligaciones puedan también transmitirse del lado pasivo.

2.º Si la doctrina reconoce unánimemente la transmisibilidad a título universal, ¿qué se opone a su admisión cuando es a título singular?

3.º Si la doctrina y la generalidad de las legislaciones admiten la cesión de créditos, ¿por qué no la asunción de deudas?

II. Legales:

4.º El artículo 1.112 del Código Civil, que establece la regla general de la transmisibilidad de los derechos.

5.º Los artículos de nuestro Código Civil que regulan la novación por cambio de deudor pueden interpretarse, sin obstáculo serio—dado que el mismo Código admite la «novación modificativa»

y. que regula como simple modificación, como transmisión del vínculo subsistente, la novación por cambio de acreedor—pueden interpretarse, dicen, como permisivos de la transmisión de deudas. Y, aunque así no fuera, lo innegable es que el Código, si no la permite, tampoco la prohíbe; luego será siempre posible al amparo del artículo 1.255.

6.º Los artículos 642 y 643 del Código Civil presuponen un caso de transmisión de deudas por parte del donante al donatario. Por analogía, su argumento será extensible a cualquier otro supuesto.

7.º El artículo 118 de la Ley Hipotecaria regula otro supuesto, admitiendo expresamente el pacto de transmisión de deuda. Y como la Ley Hipotecaria es complementaria del Código Civil y posterior a él, tal precepto significa la admisión en nuestro Derecho de la transmisión pasiva y no novatoria de la obligación a título singular.

Notemos, antes de pasar al examen respectivo de estos argumentos, que todos los autores que, a partir de DE DIEGO, los exponen y defienden, añaden en seguida que, sin embargo, para su validez o para su eficacia se precisa el consentimiento del acreedor, consentimiento que—al decir de la jurisprudencia (la cual sigue estas mismas rutas)—puede ser anterior, simultáneo o posterior, y que en ello se diferencia de la cesión de créditos. Y añaden, también, que si hubiese obligaciones accesorias, su subsistencia exige igualmente el consentimiento de quienes las prestaron. Ello es lo que hacía comentar a DE BUEN: «la cesión de deuda producirá los mismos efectos que la novación por cambio de deudor».

Veamos ahora la trascendencia y alcance de los argumentos expuestos:

Ad 1.º El decaimiento del formalismo y del personalismo deja sin fundamento las exigencias de la novación romana que descansaban sólo en ello: la novación objetiva y el cambio de acreedor. Pero no las que respondían, además, a otras causas y éstas subsistan.

La incredibilidad de las deudas descansaba en aquellas concepciones hoy desaparecidas; pero descansaba también en el propio concepto de deuda, en su esencial indisponibilidad, hoy subsistente.

Esto lo han intentado explicar PACCHIONI y LIPPMANN, y, en nuestra doctrina, ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU.

Según esta opinión, la cesión, transmisión, sólo es posible respecto de aquello que representa un valor para el cedente; y el débito no es otra cosa, tanto desde el punto de vista económico como desde el jurídico, que una falta de valor, un «no valor»... Porque el derecho de crédito no puede disociarse en poder y deber, es un todo unitario, un solo vínculo que en un extremo es crédito y en el otro deuda. Y, naturalmente, sólo puede disponerse de ese todo unitario desde el extremo que representa un valor... Quien debe una prestación no la posee para nada, la «padece», y si esto es así, ¿cómo podrá disponer de ella?... Por otra parte, ¿no resulta que cambiando el patrimonio que garantiza el crédito varía la identidad del crédito mismo?... Evidentemente, aun sin recurrir a la distinción *Schuld* y *haftung*, a la vista del artículo 1.911 de nuestro Código se comprende la imposibilidad de configurar toda circulación de deudas. Esta imposibilidad—casi diría «ontológica»—de la transmisión de deudas a título singular la explica en sus lecciones de cátedra muy gráficamente (en tema, principalmente, de sucesión *mortis causa*, pero perfectamente referible aquí) mi maestro el profesor LACRUZ, recurriendo—con lo que, además, consigue que renazca la atención de los alumnos—al conocido chiste del camión que transportaba un agujero... Al subir una cuesta se le cayó de la caja; entonces el conductor dió marcha atrás para recogerlo y, sin querer, se cayó él mismo en el agujero que había quedado en la carretera... Una postura lógica—dice LACRUZ—ante semejante chiste plantea, como previa, una cuestión: ¿acaso los agujeros pueden transportarse?... Para contestarla—añade—hay que distinguir: en sí mismos, no pueden transportarse, porque no tienen existencia aislada; pero practicados en la materia, sí; de hecho, un camión transporta muchos agujeros cuando lleva una carga de regaderas; pero el agujero del chiste es intransportable.

Así sucede con las deudas: no son transmisibles aisladamente, es decir, a título singular; pero sí que lo son junto con el patrimonio que gravan, es decir, a título universal, porque, ciertamente, las deudas son «agujeros de los patrimonios»...; junto a ellos pueden transmitirse; sin ellos, lo único que cabe es tapar el agujero

en una regadera y abrir otro del mismo diámetro en otra distinta.

Con ello quedan también contestados los argumentos:

2.º y 3.º El que las deudas se transmitan a título universal y el que los créditos sean cedibles (o, si se quiere, que el vínculo obligacional sea cedible, transmisible, por el lado activo por donde supone un valor) no predica que deban serlo también las deudas a título singular, sino que, más bien, ayuda a comprender que no lo sean.

Tampoco los argumentos legales son convincentes:

Ad 4.º El artículo 1.112 del Código Civil dice que son transmisibles todos los derechos nacidos de una obligación..., pero ello no supone que lo sean también las deudas consecuentes a un derecho. Más bien, la redacción de este precepto parece responder al argumento de PACCHIONI de que el vínculo obligacional sólo es transmisible desde el lado activo. La sentencia de 12 de enero de 1931 dice que «este artículo autoriza tan sólo la cesión de los derechos y no de las obligaciones».

Ad 5.º Los artículos 1.205—que exige el consentimiento del acreedor—, 1.206—que establece como regla la «ruerte» de la acción del acreedor contra el deudor *primitivo*, pese a la insolvencia del *nuevo*—, 1.207—sistemáticamente ubicado en la regulación del cambio de deudor y que habla de extinción de la obligación e insubsistencia de las obligaciones accesorias—, y 1.208—que habla de obligación primitiva y desarrolla su causalidad sobre la nueva—, no parecen fomentar su referencia a la cesión no extintiva de la deuda.

Hay que reconocer que el Código se expresa aquí como referido a la verdadera novación, consistente en extinción por creación.

Al amparo del artículo 1.255, las partes pueden, evidentemente, configurar la deuda «como» la anterior y fingir, para ello, que es la misma, pero frente a terceros, en su funcionalidad extrínseca, esta identidad no podrá ser respetada. Por de pronto, no sólo se requiere el consentimiento del acreedor, sino el de los aseguradores..., pues ¿qué identidad de vínculo hay aquí cuando se exige la misma extensión e intensidad de consentimiento que el requerido para que nazca una nueva obligación?

Contesta a ella la doctrina que *inter partes* tiene lugar la sucesión; pero que este contrato de asunción de deuda no es eficaz sin el consentimiento del acreedor...; pero es de observar que, entonces, la obligación inmediata del asumente es, no sólo otra, sino muy distinta; avenirse a cumplir la obligación antigua si el acreedor acepta...

Hay todavía otro aspecto—que da trascendencia práctica a la puntualización doctrinal en esta materia—de la observación del fenómeno desde el punto de vista exterior, en cuanto a su afección a terceros:

Supongamos que el antiguo y el nuevo deudor han convenido, al amparo del artículo 1.255, el ceder la deuda del primero inalterada: la misma deuda; supongamos que el acreedor ha consentido la cesión y la identidad del vínculo cedido... y también los fiadores, si los hubiese, en cuanto a la existencia y extensión de las garantías...; supongamos, incluso, que la solvencia del nuevo deudor es equivalente a la del antiguo...; la deuda, en suma, del asumente es «como» la antigua. Pero... ¿es efectivamente la antigua?... Si se trata de un crédito quirografario, ¿qué rango tendrá respecto de los acreedores, también quirografarios, del nuevo deudor?... ¿Se antepondrá a sus créditos porque la deuda del cedente era anterior?... Evidentemente, no; y, sin embargo, éste sería el resultado a que debiera conducir la identidad de la deuda asumida: la misma solución que, indiscutidamente, se admite en tema de cesión de créditos.

Ad 6.º El artículo 642 del Código Civil contempla como «modo» de la donación una «delegación de pago». Pero de la obligación que trata del precepto es de la que adquiere el donatario frente al donante, mientras el acreedor no preste su consentimiento liberatorio seguirá teniendo, conforme al artículo 1.205, acción contra el donante—con lo que no sólo no habrá transmisión o sucesión en la deuda, sino tampoco novación—; y si presta su consentimiento liberatorio, el supuesto en nada difiere de cualquier otro que imagineros al margen del artículo 642. El 643 es una variante del mismo; en principio, pues, una acumulación de responsabilidad; y si el donante ha devenido insolvente, todavía es libre el acreedor de esperar a que el deudor primitivo adquiera nuevos bienes (de

los que no puede disponer, conforme al 635) para dirigirse contra ellos.

Por lo demás, nótese que se trata de una delegación de pago o cumplimiento, no de una delegación de deuda.

Ad 7.º El artículo 118 de la Ley Hipotecaria nada añade al 1.205 del Código Civil sino en su terminología y expresión; en definitiva, siguió exigiendo el consentimiento del acreedor, aunque lo admita también en forma tácita.

Tampoco la subsistencia de excepciones en el nuevo deudor supone argumento en pro de la subsistencia del vínculo inalterado, por cuanto—aparte de que las excepciones personales no pasan al nuevo deudor—tal subsistencia se da también en los casos de novación subjetiva por cambio de deudor; en el Código italiano de 1942 la regulación de la delegación titulada y de la expromisión, que suponen verdadera novación, incluye este trasplante o subsistencia de excepciones. En el fondo, la oponibilidad de las mismas excepciones por el nuevo deudor es el resultado del mutuo condicionamiento que entraña la novación, un efecto similar, en cierta medida al de la nulidad de la novación (y no nacimiento, por tanto, de la *nova obligatio*) cuando la *prior obligatio* sea nula: artículo 1.208 del Código Civil.

En conclusión creo poder afirmar:

- a) Que las deudas no pueden transmitirse a título singular.
- b) Que toda transmisión, en este sentido, se opera a través de una verdadera y propia novación; y
- c) Que lo único que ha variado es la estructura accidental del negocio delegatorio o expromisorio.

Entre la vieja delegación y el moderno negocio de asunción de deuda no hay, desde el punto de vista de la novación, otra diferencia que la de enfoque y protagonización. En la delegación, desde el punto de vista novatorio, el acento principal aparece cargado en la estipulación novatoria, en la relación del acreedor con el nuevo deudor; la relación de cobertura (la del antiguo y el nuevo deudor), el *iussum*, queda en la penumbra.

En cambio, en el negocio de asunción de deuda, el primer plano lo ocupa la relación del antiguo y el nuevo deudor, el contrato de asunción de deudas. La intervención del acreedor queda palide-

cida y notablemente flexibilizada: puede prestar su consentimiento *ex intervallo*, antes o después del contrato de asunción, incluso en forma tácita, con eficacia, en su caso retroactiva... Pero sigue siendo este consentimiento determinante de la eficacia liberatoria. La diferencia, por tanto, 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 operándose, necesariamente, a través del fenómeno de la novación.

Una vez más—de las muchas que esto sucede en Derecho civil—, «el vino nuevo en odres viejos»...

FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA.

Catedrático de Derecho civil.