

NOVACIÓN Y MODIFICACIÓN DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA: EL ARTÍCULO 1203 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL*

NOVATION AND MODIFICATION OF THE OBLIGATION: ARTICLE 1203 OF THE CIVIL CODE

Rev. Boliv. de Derecho N° 28, julio 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 168-203

Este trabajo se enmarca en el ámbito del Programa Predoctoral de Formación de Personal Investigador No Doctor del Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura del Gobierno Vasco, del Proyecto DER2017-86292-P del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, de la Agencia Estatal de Investigación y del Fondo Europeo de Desarrollo Regional, cuya dirección corresponde al Dr. D. Gorka Galicia Aizpurua y del Grupo de Investigación Consolidado UPV/EHU GIU18/194 — Persona, Familia y Patrimonio, del que es investigador principal el Dr. D. Jacinto Gil Rodríguez.



Sandra
CASTELLANOS
CÁMARA

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de marzo de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 1 de junio de 2019

RESUMEN: El artículo 1203 del Código civil español es invocado como el principal soporte de aquella tesis, predominante en doctrina y jurisprudencia, que atribuye a la novación una eficacia distinta de la típicamente extintiva, al reconocerse junto a ella la existencia de una novación modificativa. Este trabajo tiene por objeto el replanteamiento de dicha conclusión a través de un detenido análisis de la letra de la norma y de los supuestos que engloba.

PALABRAS CLAVE: Obligación, relación obligatoria, novación extintiva, novación modificativa, asunción de deuda, subrogación por pago.

ABSTRACT: *Article 1203 of the Spanish Civil Code is generally used as a support to the main thesis in doctrine and civil law jurisprudence that gives the novation a different effectiveness from its traditional one, creating the so-called modificatory novation. The aim of this paper is to reconsider that conclusion, by means of analyzing not only the text of the law but also the different cases it provides.*

KEY WORDS: *Obligation, mandatory relationship, extinctive novation, modificatory novation, debt assumption, subrogation by payment*

SUMARIO.- I. DE LA NOVACIÓN EXTINTIVO-CONSTITUTIVA A LA MERAMENTE MODIFICATIVA: EXÉGESIS PREDOMINANTE.- II. REPLANTEAMIENTO: EL EXACTO SENTIDO DEL ARTÍCULO 1203 DEL CÓDIGO CIVIL.- 1. La “modificación”: ¿efecto o mecanismo jurídico?- 2. Los supuestos de hecho que contempla la norma.- A) La sustitución de la persona del deudor: ¿subsistencia o extinción de la deuda?- B) La naturaleza jurídica de la subrogación.- C) La variación del objeto o de las condiciones principales de la obligación.- III. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA INTERRELACIÓN ENTRE LOS ARTÍCULOS 1203 Y 1255 DEL CÓDIGO.

I. DE LA NOVACIÓN EXTINTIVO-CONSTITUTIVA A LA MERAMENTE MODIFICATIVA: EXÉGESIS PREDOMINANTE.

Entre los distintos modos de extinción de las obligaciones se encuentra, a tenor del art. 1156 del Código Civil español, la novación, a cuya regulación se consagran los arts. 1203 a 1213, que conforman la Sección 6ª del Capítulo IV que trata “*De la extinción de las obligaciones*”. Además, fuera de estos preceptos, alude a ella el art. 1143 CC en materia de solidaridad, cuando señala que “[l]a novación... hecha(s) por cualquiera de los acreedores solidarios o con cualquiera de los deudores de la misma clase, *extingue(n) la obligación*”. El marco que ofrecen estas normas y su misma ubicación sistemática sugiere por tanto, a primera vista, que debe pensarse en esta institución como un medio extintivo de las obligaciones, en sintonía con su tradición histórica¹.

La *novatio obligationis* encuentra en el Derecho romano clásico su punto de partida, en el que ya se concibe como la sustitución de una obligación por otra, a través del complejo e inescindible efecto “extinción-creación” que ha trascendido hasta nuestros días. La novación tiene en aquella primera etapa un papel decisivo en tanto que principal vía para articular jurídicamente la “transmisión” de la *obligatio* romana que, de otro modo, no puede producirse dada su concepción como vínculo estrictamente personal entre dos sujetos. Así, aunque en sentido técnico-jurídico se traduce en la extinción de una obligación y el nacimiento de otra destinada a

¹ Vid. un estudio detallado de los antecedentes históricos de la institución en SANCHO REBULLIDA, F.: *La novación de las obligaciones*, Nauta, Barcelona, 1964, pp. 15-142 y FUENTESECA DEGENEFTE, M.: *El problema de la relación entre “novatio” y “delegatio” desde Roma hasta las codificaciones europeas*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 17-214.

• Sandra Castellanos Cámara

Graduada en Derecho por la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU) con Premio Extraordinario Fin de Carrera correspondiente al curso 2013/14 y Máster Universitario en Abogacía por la UPV/EHU (2016). Actualmente es investigadora predoctoral en el Departamento de Derecho Civil de la UPV/EHU y beneficiaria de una Beca Predoctoral de Formación de Personal Investigador no Doctor del Gobierno Vasco. Correo electrónico: sandra.castellanos@ehu.es.

ocupar su lugar; desde una perspectiva económica y social se muestra como la manera de trasladar el contenido de la obligación de un sujeto a otro y satisfacer con ello la demanda presente en la práctica. Por ello se dice que la institución surge automáticamente de la idea de la *inmutabilidad del vínculo obligatorio*².

Su singular operativa explica la caracterización de la novación como medio *extintivo-constitutivo*: la válida extinción de la obligación primitiva requiere que de forma correlativa nazca un nuevo vínculo obligatorio, el cual, por tomar para sí algunos elementos de aquella, viene a sustituirla [*transfusio atque translatio prioris debiti in aliam obligationem*, según la conocidísima definición de ULPIANO que se conserva de las fuentes clásicas (Digesto 46, 2, 1, pr.)]. De ahí se extrae uno de los principales caracteres de la novación, que encontramos ya en época clásica: el cambio de un elemento de la *obligatio civilis* en forma de modificación, introducida para que la *prior obligatio* se transforme en *nova obligatio* mediante la inserción de algo nuevo (*aliquid novi*)³. Junto a estos tres elementos (obligación previa a extinguir, obligación nueva que sustituya a aquella y elemento discrepante entre ambas), destaca en aquel periodo la presencia de otro requisito esencial del acto novatorio, el *idem debitum* o identidad en el objeto de la obligación, que se suprime sin embargo en su evolución posterior al tiempo que la decadencia de las formas clásicas romanas –entre ellas, la del instrumento que sirve de soporte a la novación (la *stipulatio*)– hace que la *voluntas* de las partes pase a ser determinante de los efectos jurídicos del acto; se consagra así el *animus novandi* como presupuesto fundamental de la novación. En otras palabras: cuando el acuerdo verbal solemne en que consiste la *stipulatio* se transforma en una promesa documentada que no debe revestir una forma específica, la *novatio* solo puede quedar determinada por el *consensus* de las partes en torno a la extinción de la obligación primitiva, del que de algún modo debe quedar constancia en el negocio jurídico⁴. Las ulteriores etapas giran, en fin, fundamentalmente en torno a la forma en la que debe manifestarse este último requisito, para tratar de dilucidar cuándo el nuevo convenio sustituye el vínculo obligatorio anterior o cuándo, en cambio, crea una nueva obligación que subsiste junto a él.

De ahí posiblemente la ubicación sistemática elegida por nuestro legislador y esa conclusión a la que una primera aproximación a la institución conduce. Sin embargo, la novación no suele entenderse hoy si no es por relación o por contraste con la modificación de las obligaciones, a la que ha terminado por convertirse en una subespecie de aquella. Tan es así que, según la exégesis que actualmente predomina en doctrina y jurisprudencia, junto a la novación *romana*, *extintiva* o *propia* coexiste otra

2 COLIN, A. y CAPITANT, H.: *Curso elemental de Derecho civil* (con notas sobre el Derecho civil español por D. DE BUEN), t. III, 2ª ed., Reus, Madrid, 1943, p. 224.

3 FUENTESECA DEGENEFÉ, M.: *El problema*, cit., p. 23.

4 FUENTESECA DEGENEFÉ, M.: *El problema*, cit., pp. 120 y ss.

impropia o *modificativa*, la cual entraña la subsistencia de la obligación primitiva con el nuevo contenido que resulte de la alteración de alguno de sus elementos. Dicho más claramente, hoy es comúnmente aceptado que la novación puede comportar dos efectos jurídicos bien distintos: por un lado, su característico efecto destructor de una obligación por creación de otra nueva y, por otro y de forma alternativa, un efecto modificativo del vínculo obligatorio que, a pesar de verse alterado en su objeto o en la identidad de los sujetos que conforman la relación, subsiste único⁵. De esta guisa, los arts. 1203 a 1213 del Código no solo se conciben como reguladores de uno de los medios extintivos de las obligaciones, sino, asimismo, como el marco normativo de aplicación a la *modificación convencional de las obligaciones*, admitida sin discusión en nuestro Derecho como manifestación del principio de libertad contractual y, por tanto, como complemento y desarrollo del art. 1255 CC.

- 5 A salvo contadas excepciones (SANCHO REBULLIDA, F.: *La novación*, cit., pp. 155 y ss.; FUENTESSECA DEGENEFTE, M.: *El problema*, cit., pp. 230 y ss.; CRISTÓBAL MONTES, A.: "La llamada novación modificativa en el Derecho civil español", *RCDI*, núm. 498, 1973, pp. 1167-1220; GETE-ALONSO Y CALERA, M. C.: "Apuntes para una explicación de la modificación y novación de la relación obligatoria", en AA.VV., *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1989, pp. 303-320), los autores se decantan por admitir que la novación puede tener por efecto la modificación de la obligación. Entre ellos y sin ánimo de exhaustividad: CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera: la transmisibilidad de las obligaciones*, Madrid, 1912, pp. 268 y ss.; AZURZA, P. J.: "Notas sobre novación", *RDP*, núm. XXXIV, 1950, pp. 590-615; HERNÁNDEZ GIL, A.: "El ámbito de la novación objetiva modificativa", *RDP*, núm. XLV, 1961, pp. 797-807; ENNECCERUS, L.: *Tratado de Derecho civil*, t. II, v. I (estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española por B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER), 2ª ed. (al cuidado de J. PUIG BRUTAU), Bosch, Barcelona, 1966, pp. 222-226; REYES MONTERREAL, J. Mª: "Esencia de la novación", *RJC*, núm. 5, 1960, pp. 601-609; MANRESA Y NAVARRO, J. Mª: *Comentarios al Código civil español*, t. VIII, v. I, 6ª ed. (revisada por M. MORENO MOCHOLI), Reus, Madrid, 1967, p. 855 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, t. III, 17ª ed. (revisada y puesta al día por G. GARCÍA CANTERO), Reus, Madrid, 2008, pp. 501 y ss.; DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, v. II, 6ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 958 y ss.; MUÑIZ ESPADA, E.: *Revisión crítica de la figura de la novación*, Fundación Registral, Madrid, 2011, *passim*; SACRISTÁN REPRESA, G.: "Novación", en AA.VV., *Acciones civiles*, t. II (dir. por E. LLAMAS POMBO), La Ley, Madrid, 2013, pp. 1-56; y CLAVERÍA GOSÁLBEZ, J. H.: "Notas sobre la denominada novación de las obligaciones", en AA.VV., *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, (coord. por M. CUENA CASAS, L. A. ÁNGUITA VILLANUEVA y J. ORTEGA DOMÉNECH), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 427-434.

Son igualmente reiteradas las declaraciones de nuestro Tribunal Supremo en las que reconoce abiertamente que el concepto de novación se *ha ampliado de forma considerable* en nuestro Derecho con relación al que se le atribuía en Derecho Romano. Suele señalarse como punto de partida en esta andadura la STS 29 abril 1947 (RJ 607), en la que se sientan las bases para la admisibilidad de la llamada novación modificativa cuando se afirma abiertamente que "si bien el mencionado artículo 1204 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 1203 e igualmente "a sensu contrario" del texto del artículo 1207". Esta tendencia se confirma en la jurisprudencia posterior: SSTS 20 diciembre 1960 (RJ 4104), 14 octubre 1967 (RJ 3821), 16 febrero 1973 (RJ 475), 29 enero 1982 (RJ 1982, 335), 11 noviembre 1983 (RJ 1983, 6110), 7 marzo 1986 (RJ 1986, 1150), 21 octubre 1991 (RJ 1991, 7229), 7 marzo 1992 (RJ 1992, 2007); y más recientemente, SSTS 13 octubre 1993 (RJ 1993, 7513), 31 mayo 1994 (1994, 3769), 23 febrero 1995 (1995, 1108), 15 marzo 1996 (RJ 1996, 2181), 25 febrero 1999 (RJ 1999, 1132), 24 octubre 2000 (RJ 2000, 9587), 29 diciembre 2003 (RJ 2004, 358), 4 marzo 2005 (RJ 2005, 1778), 16 marzo 2006 (RJ 2006, 5724), 7 noviembre 2008 (RJ 2008, 7701), 12 marzo 2009 (2009, 1645), 11 julio 2011 (RJ 2011, 5014), 21 febrero 2013 (RJ 2013, 2149), 11 febrero 2015 (2015, 335) y 11 febrero 2016 (RJ 2016, 236). Aunque se trata de contadas excepciones, hay también algunas resoluciones que con mayor rigor técnico se inclinan por contraponer a la novación, como medio extintivo de obligaciones, el fenómeno de su modificación, llegando a poner en duda que la figura de la novación sea compatible con la producción de efectos modificativos; entre ellas sobresalen las SSTS 24 febrero 1992 (RJ 1992, 1425) y 20 enero 2000 (RJ 2000, 223).

Huelga decir que nada en común comparten ambas "modalidades", más allá del dato objetivo de que solo por medio de la alteración de una relación obligatoria ya existente puede llegar a alcanzarse alguno de los dos efectos jurídicos apuntados. Ahora bien, mientras la novación "propia" presupone la extinción de la obligación primitiva y el correlativo nacimiento de una nueva que viene a sustituirla, la "impropia" implica la pervivencia de la primera; cuestión en absoluto baladí si se tienen en cuenta sus consecuencias tanto desde el punto de vista de la indisociable extinción o *aparente* subsistencia de los derechos accesorios (entre ellos, claro está, los de garantía), como de la exigibilidad de la obligación resultante desde la perspectiva de la prescripción de la acción de que esté revestida e, incluso, de la distinta capacidad requerida para uno u otro acto, según sea de disposición o de administración.

Tras esta intelección de la ley, tan extendida hoy en el pensamiento jurídico, descansan dos líneas de razonamiento de índole diversa: una de ellas de orden práctico, presidida por la autonomía de la voluntad y ligada a la flexibilidad con que aspira a dotarse a los derechos de crédito en la vida económica moderna; y la otra de orden legal, que se alimenta de la imprecisión técnica del legislador para extraer de la confusión una interpretación acorde al fin recién apuntado⁶.

En cuanto a la primera, sobresale la idea de que las actuales necesidades del mercado no deben quedar encorsetadas por la rigidez de una institución que se muestra de otra época, obsoleta, *superviviente*⁷, acorde al rigor y formalismo que caracterizaba el Derecho romano (cuna de la novación) pero completamente alejada de los principios que inspiran el Derecho moderno, en el que la libertad de contratación y la autonomía privada protagonizan el devenir de las relaciones. Este cambio de paradigma, unido a la evolución que ha sufrido el concepto de obligación desde su entendimiento como un vínculo entre personas determinadas hacia su progresiva despersonalización, se utiliza para justificar la admisión de otros mecanismos jurídicos que, sin comprometer la identidad de la obligación primitiva, permitan articular la alteración deseada en una relación obligatoria tanto desde el punto de vista subjetivo como objetivo: la cesión de créditos o *de deudas*, la subrogación, la dación en pago y la novación *modificativa*⁸. Nótese, empero, que a salvo la cesión de créditos (arts. 1526 y ss. CC), el alcance que se otorgue a las restantes instituciones depende precisamente de la interpretación que se sostenga

6 Así lo reconoce HERNÁNDEZ GIL, A.: "El ámbito", cit., p. 51, cuando escribe que posiblemente la manera de expresarse el Código civil no hubiera sido suficiente por sí sola para dar entrada a la novación meramente modificativa, a lo que ha coadyuvado la búsqueda de instrumentos jurídicos acordes a las actuales necesidades del mercado. En la misma dirección apunta CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil*, cit., pp. 504-505, quien, a pesar de reconocer los inconvenientes sistemáticos que presenta este actual sentido de la novación, lo estima práctico y ventajoso porque permite adaptar con sencillez las soluciones jurídicas a la voluntad de las partes y a las necesidades del tráfico.

7 COLIN, A. y CAPITANT, H.: *Curso elemental*, cit., p. 223.

8 PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J.: notas a ENNECERUS, cit., pp. 222 y ss.; CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Transmisión de*, cit., pp. 98 y ss.; HERNÁNDEZ GIL, A.: "El ámbito", cit., pp. 51 y ss.; y ESPÍN CANOVAS, D.: *Manual de Derecho civil español*, v. III, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983, pp. 148 y ss.

de las normas sobre novación y así, v. gr., de los arts. 1205 y 1206 CC (asunción de deuda) y del 1212 CC (subrogación).

La interpretación predominante de la norma viene, en fin, alentada por unos aires de flexibilización que encuentran en la ambigüedad del legislador el marco perfecto para su desenvolvimiento. Atendido el dato normativo, la idea de que la modificación puede ser uno de los dos efectos jurídicos que cabe asignar a la novación dice sustentarse principalmente en la afirmación con la que el art. 1203 CC abre la regulación de la figura: “[l]as obligaciones pueden *modificarse*: 1º Variando su objeto o sus condiciones principales; 2º Sustituyendo la persona del deudor; 3º Subrogando a un tercero en los derechos del acreedor”. La literalidad de la norma ofrece así una de las claves en las que se sustenta la novación impropia, admitida la teoría de que el precepto en cuestión predica una única consecuencia jurídica para el caso de que concurra alguno de los tres supuestos que describe: su modificación⁹. Esta forma de expresarse el legislador revela, según el parecer dominante, que no está pensando en absoluto en la destrucción de la obligación sino, por el contrario, en su pervivencia, que es lo que en todo caso significa gramaticalmente el verbo *modificar*: la novación, conforme establece en su comienzo el art. 1203 CC, implica “modificación” y modificación no es extinción, ni esta es secuela necesaria de aquella¹⁰. Esta tesis trata de reforzarse, además, aludiendo a la forma en la que se describen los elementos sobre los que de modo específico puede versar la alteración, a cuyo fin se emplean expresiones que denotan no tanto la extinción, sino más bien la subsistencia de lo modificado: *variando, sustituyendo, subrogando*¹¹.

Este argumento gramatical se acompaña, además, de uno de índole sustancial: del mismo modo en que la subrogación por pago no extingue la obligación, no tendría por qué hacerlo la alteración en el objeto o condiciones principales de la obligación, ni, por la misma razón, la transmisión a título singular de la deuda; es decir, dado que el supuesto que el art. 1203 CC describe en su ordinal tercero no conlleva extinción, sino subsistencia de la obligación, el precepto debe leerse en clave de modificación¹².

9 PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J.: notas a ENNECCERUS, p. 224; HERNÁNDEZ GIL, A.: “El ámbito”, cit., p. 804; AZURZA, P. J.: “Notas sobre”, cit., pp. 599 y ss.; ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de*, cit., p. 149; PUIG BRUTAU, J.: *Compendio de Derecho civil*, v. II, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1994, p. 121. Argumento al que igualmente se acoge el TS en la consagración de la llamada novación modificativa [SSTS 29 abril 1947 (RJ 607), 29 enero 1982 (RJ 1982, 335) y 7 marzo 1986 (RJ 1986, 1150), entre otras].

10 PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J.: notas a ENNECCERUS, cit., pp. 222 y 225.

11 Aunque se muestra contrario a la existencia de una novación *modificativa*, reconoce SANCHO REBULLIDA, F.: *La novación*, cit., pp. 158-159, que la descripción que el precepto realiza de cada una de las tres especies de novación más parece referible a la modificación de la *prior obligatio* cuyo vínculo, alterado, subsiste, que a la extinción mediante creación de otra nueva en su lugar. En el mismo sentido, aunque ahora sí como partidarios de aquella: CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Transmisión de*, cit., pp. 283-284; PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J.: notas a ENNECCERUS, cit., p. 417; HERNÁNDEZ GIL, A.: “El ámbito”, cit., pp. 804-805; REYES MONTERREAL, J. M.: “Esencia de”, cit., p. 605.

12 En opinión de PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J.: notas a ENNECCERUS, cit., pp. 222, 408 y 420, “basta leer el artículo 1212 para percatarse de que la novación puede significar sucesión o modificación subjetiva”. Reafirma esta idea, según CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Transmisión de*, cit., pp. 277-278, el contraste entre el Código español y el francés e italiano que le sirvieron de modelo, pues mientras estos últimos sentaban

Ahora bien, este argumento remite, a su vez, a la regulación que de la subrogación contiene el art. 1212 CC, en virtud del cual “[l]a subrogación *transfiere* al subrogado el crédito con los derechos a él anexos”. Una vez más, la propia literalidad de la norma, que habla de *transferencia del crédito*, unida a la idea de que, si ordena la transmisión de *los derechos a él anexos*, es porque está contemplando el efecto contrario al que derivaría de regir la novación *extintiva* (art. 1207 CC), lleva a muchos autores a defender que la subrogación no entraña la extinción de la obligación sino su mera transmisión. El emplazamiento de la institución en sede de novación se percibe, por ende, como uno de los síntomas de la idea ambivalente que sobre esta última tiene el Código civil español. El razonamiento descansa, no obstante, en una premisa que nos conduce a otra discusión: la relativa a la naturaleza jurídica de la subrogación, que abordaremos después.

La conclusión que sobre el art. 1203 CC se acaba de exponer, se completa finalmente con la dicción del precepto que en orden le precede, el cual resuelve según el sentir mayoritario la tensión sobre cuándo debe producirse uno u otro efecto. El inciso inicial “*para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya*” se reputa así sinónimo de “*para que haya novación extintiva*” y a él se vinculan los dos requisitos que seguidamente señala la norma, a saber: “*que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles*” (regla esta última, por lo demás, de muy difícil intelección). En la ausencia de los mismos ve la doctrina una puerta de entrada a la novación *modificativa*: si no concurre declaración terminante de las partes ni incompatibilidad a todo trance (art. 1204 CC), la novación no producirá extinción de la primitiva y creación de una nueva sino, muy al contrario, modificación de la primera y única. En fin, como regla general se asume que mientras el art. 1203 CC prevé en qué circunstancias la novación *modifica*, el precepto que le sigue establece cuándo esa modificación alcanza el estadio de *extinción-constitución* y, por consiguiente, la novación propia solo se producirá como resultado del doble juego e interrelación entre el *aliquid novi* (la *modificación* del 1203) y el *animus novandi* (1204), persistiendo en caso contrario el vínculo modificado (novación impropia o modificativa)¹³.

Aún más, si atendemos a las distintas modalidades de novación existentes en función de cuál sea el elemento sobre el que recae la alteración, observamos que el test de incompatibilidad que predica el art. 1204 CC únicamente se pone en relación con aquella que afecta al objeto de la obligación; o sea, cuando se lleva a cabo una modificación en algún aspecto objetivo de la obligación *inter easdem personas*,

como tercer caso de novación aquel en que, en virtud de una nueva obligación, un nuevo acreedor venía sustituido al antiguo (recogiendo así el efecto extintivo clásico de la novación), el español se aleja de una forma de expresión tan elocuente: en vez de “*en fuerza de una nueva obligación*” dice “*subrogando a un tercero en los derechos del acreedor*”, lo cual evoca la idea de transmisión.

13 GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *El consentimiento de las partes en la novación objetiva de la obligación*, Universidad de León, León, 2000, p. 115.

faltando ánimo extintivo, es cuando se pondera la eventual incompatibilidad para asignar uno u otro efecto al convenio. No así cuando la alteración se produce en el aspecto subjetivo de la obligación. Y es que, entendido el art. 1203 CC como sinónimo de modificación y “admitida” la transmisibilidad de las obligaciones al amparo de la autonomía de la voluntad, la doctrina mayoritaria alega no encontrar óbice para que los supuestos comprendidos en los apartados segundo y tercero puedan articularse sin solución de continuidad en el vínculo obligatorio.

En resumen, admitida como categoría específica la novación “modificativa”, su deslinde con la *típicamente* extintiva se rige, según la *communis opinio*, por los siguientes parámetros: la novación subjetiva activa por cambio de acreedor (art. 1203.3 CC), vía subrogación, se concibe como transmisión del crédito primitivo (art. 1212 CC), en un plano equivalente a la cesión (arts. 1526 y ss.) y, por tanto, como novación *modificativa* que solo mediando voluntad expresa y terminante de las partes podrá ser *extintiva* (art. 1204 CC); la novación subjetiva pasiva por cambio de deudor (art. 1203.2 CC) se regula en principio como extintiva, pero nada impide a las partes convenir la “sucesión” en la deuda ex art. 1255 CC; y por último, la novación objetiva (art. 1203.1 CC) es la única que, en determinados supuestos, será extintiva como consecuencia de la entidad de lo alterado e independientemente del *animus* de las partes. Esto ocurrirá, según una corriente doctrinal, cuando la variación afecte a un elemento *esencial* de la obligación primitiva (léase el objeto o las condiciones principales), mientras que, conforme a otra línea de pensamiento, alejada de reglas predeterminadas, dependerá de la *significación económica* de la modificación, que resolverá cuándo dos obligaciones, por no poder coexistir, son incompatibles ex art. 1204 CC. De lo recién expuesto se percibe el marcado protagonismo que en esta materia se concede a la autonomía de la voluntad, prácticamente concluyente del alcance de la “novación”, de la que, dicho sea de paso, y entendida propiamente como extinción por creación, queda bien poco¹⁴.

A la desafortunada redacción de los arts. 1203 y 1204 CC se le coloca, por último, el broche que ofrece el art. 1255 CC, exponente de libertad y flexibilidad. Se concluye así que, frente a la voluntad *declarada* de las partes de no querer extinguir la obligación existente (sino de modificarla) y considerando que no se produce lesión a lo prescrito por las leyes (a la *modificación* alude expresamente el art. 1203), ni habiendo afectación a la moral o al orden público ni perjuicio a tercero, “debe autorizarse tal modificación sin calificarla de novación en su sentido estricto”¹⁵. Sin embargo, resulta harto discutible que la modificación no cause, en efecto, perjuicio a terceros en determinados supuestos, hasta el punto de que tal vez y, precisamente por ello, los arts. 1203 y ss. del Código deban leerse no en clave de lo que autorizan o permiten sino, antes bien, de lo que proscriben o limitan.

14 SANCHO REBULLIDA, F.: *La novación*, cit., p. 204.

15 PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J.: notas a ENNECCERUS, cit., p. 223.

II. REPLANTEAMIENTO: EL EXACTO SENTIDO DEL ARTÍCULO 1203 DEL CÓDIGO CIVIL.

I. La “modificación”: ¿efecto o mecanismo jurídico?

Conforme ha quedado expuesto, del tenor y contenido del art. 1203 CC se extraen dos argumentos en apoyo de ese *extraño híbrido*¹⁶ en que consiste la novación modificativa: uno primero meramente gramatical y formal, que se aferra con firmeza a la afirmación de que “las obligaciones pueden *modificarse*” para concluir que la novación puede tener ese efecto precisamente; y uno segundo de carácter sustantivo que, atendiendo a la naturaleza jurídica de las diferentes instituciones que el precepto regula (principalmente la subrogación, aunque también, por extensión, la llamada “asunción de deuda”), y supuesto que no entrañan extinción sino subsistencia del vínculo obligatorio, refuerza la idea de que la norma no ha de leerse en clave de extinción.

Atendida dicha tesis, no deja de causar empero cierta perplejidad que la regulación de una figura tradicionalmente vinculada con la producción de un efecto jurídico muy concreto, consistente en la extinción de la obligación, comience su desarrollo legal con la previsión en el art. 1203 CC de un efecto alternativo que exceptúa tal regla general. Antes bien, parece más lógico pensar que mediante aquel primer artículo debería, por el contrario, describirse en qué consiste la novación o cuáles son los supuestos de hecho que pueden dar lugar a un efecto que se da por sentado a tenor de la propia ubicación sistemática de la institución (Cap. IV: “De la extinción de las obligaciones”).

La pregunta es: ¿puede sostenerse que la novación consiste en la *modificación* de una obligación? Ya se sabe que, entendida desde la perspectiva de su eficacia extintiva, la novación solo se produce en virtud de la sustitución de una obligación por otra, es decir, que para que una obligación se extinga por novación es condición necesaria el nacimiento de otra nueva que ocupe su lugar. Sin embargo, esta última no surge *ex novo*, sino que toma como base una relación obligatoria ya existente en la realidad material y jurídica (cfr. art. 1208 CC): la obligación anterior es tanto presupuesto ineludible como parte necesaria de la nueva relación obligatoria. Vistas las cosas desde esta perspectiva, la *nova obligatio* siempre parte de una obligación preexistente cuyo contenido necesariamente *modifica* en su aspecto objetivo y/o subjetivo para la inserción de algo nuevo (*aliquid novi*). Dicho de otra forma, para que exista novación se exige en todo caso la *modificación* de la obligación a extinguir; pues solo a su través puede alcanzarse el efecto jurídico novatorio. Así, la “modificación”, lejos quizás de ser uno de los efectos que cabe atribuir a la novación, lo que sin duda constituye es el mecanismo jurídico a través del cual se alcanza:

16 CRISTÓBAL MONTES, A.: “La llamada”, cit., p. 1171.

toda novación requiere de la *modificación* de una obligación preexistente, aunque no toda modificación comporte novación. Resulta más apropiado colegir, por tanto, con GETE-ALONSO Y CALERA, que mediante el art. 1203 CC el legislador no está confiriendo a la novación una eficacia distinta a la extintiva, sino aludiendo al medio del que han de valerse las partes para alcanzar tal efecto jurídico¹⁷.

MANRESA Y NAVARRO nos ofrece una pista más al respecto: la “modificación” de que habla el Código hace alusión a la particularidad que presenta la novación respecto de los restantes modos de extinción de las obligaciones; y es que, si bien en ellos se produce una extinción “absoluta”, entendida en el sentido de que, si subsisten tras de sí relaciones jurídicas, será solo por accidente (v. gr., la repetición contra el deudor en el pago hecho por un tercero), en la novación esa subsistencia de relaciones es indispensable y un resultado directo de ella. Por ello, la novación, más que *extinguir* las obligaciones, lo que hace es *cambiarlas* en otras¹⁸. Esto explica, a nuestro juicio, que el Código se refiera a ella como “modificación”: solo mediante la modificación de la primera obligación puede nacer aquella destinada a reemplazarla.

Si se echa la vista atrás, se observará que esta forma de expresarse el legislador evoca a las fórmulas previamente utilizadas tanto en el Proyecto de Código Civil de 1851 como en el de 1836. Este último daba comienzo a la regulación de la novación mediante un artículo (el 1950) que preveía lo siguiente: “[e]ntiéndase por novación la *alteración* que las personas interesadas efectúan en una obligación cualquiera, ya sea *variándola* en su esencia, ya sujetándola a nuevas condiciones, o *modificándola de cualquier modo*”. No obstante, acto seguido consagraba el carácter extintivo de la institución: “[e] efecto de la novación es *extinguir absolutamente la obligación principal y las accesorias* que la corroboran” (art. 1951). De esta forma, la novación se describía aludiendo al mecanismo modificador necesario para alcanzar su particular efecto extinción-creación.

Idéntica conclusión se extrae del art. 1134 del Proyecto isabelino, en virtud del cual “[h]ay novación de contrato¹⁹, cuando las partes en él interesadas *lo alteran*,

17 GETE-ALONSO Y CALERA, M. C.: “Apuntes para”, cit., p. 306.

18 MANRESA Y NAVARRO, J. M^o: *Comentarios al*, cit., p. 855. Parecidos términos emplean las SSTs 11 junio 1947 (RJ 770), 1 diciembre 1951 (RJ 2619) y 18 marzo 1992 (RJ 1992, 2206). Por su parte, RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: “El concepto de alteración objetiva convencional de la relación obligatoria”, *ADC*, 1987, núm. 3, pp. 910-911, pone de manifiesto que la novación se diferencia de otras figuras jurídicas en la presencia de *continuidad* y *discontinuidad* que hacen de ella un complejo fenómeno: la finalidad de las partes no consiste en crear una relación jurídica “independiente” de la anterior sino *incidir* en ella, variando alguno o algunos de sus elementos y consiguiendo así una *adaptación* de la relación obligatoria a sus actuales intereses.

19 Se habla impropiaemente de novación *de contrato* cuando en realidad, a la vista del resto del articulado y del capítulo en el que se integra, lo es de la obligación, lo que se achaca generalmente a un error de redacción (FUENTESECA DEGENEFÉ, M.: *El problema*, cit., p. 211 y MORETÓN SANZ, F.: *La asunción espontánea de deuda*, Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 139), si bien SANCHO REBULLIDA, F.: *La novación*, cit., p. 125, propone que tal vez no se quiso decir “novación de contrato” sino “novación por contrato”, en alusión al acto novativo del que deriva. Sin embargo, con ello estaría limitándose expresamente la novación a la libre convención de las partes, excluyendo que pueda tener también otras fuentes: *vid.* un estudio sobre el particular en GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *La novación extintiva por cambio de objeto*, Comares, Granada, 1999, *passim*.

sujetándolo a distintas condiciones o plazos, sustituyendo una deuda a la antigua, o persona distinta en lugar de la que antes era deudor, o haciendo *cualquier otra alteración sustancial* que demuestre claramente la intención de novar". Pues bien, la elección en el uso del verbo *alterar* no suponía consagración de un efecto distinto de aquel que derivaba de la tradición romanística. El precepto se limitaba, en realidad, a describir qué circunstancias daban lugar a la novación, sin prejuzgar su consecuencia jurídica, expresamente contemplada después en el art. 1138: "[p]or la novación se *extingue, no solo la obligación principal, sino también sus accesorias*" y, en coherencia con aquel, en el art. 1137 en materia de obligaciones solidarias, en el que se reiteraba la fórmula utilizada respecto del pago (art. 1063), medio extintivo por excelencia, lo que demuestra la pareja eficacia que se asignaba a ambos. A ello apunta además la fórmula genérica con la que se cierra el precepto: solo su lectura en clave de extinción explica que la variación deba ser de notable entidad ("*cualquier otra alteración sustancial*"), así como que el ánimo de novar deba aparecer con absoluta claridad ("*que demuestre claramente la intención de novar*"), lo cual no sería preciso si la novación comprendiese la mera modificación de la obligación primitiva²⁰.

FUENTESECA DEGENEFÉ se remonta aún más atrás: la "modificación" que predica el Código en el art. 1203 podría considerarse un residuo de la *novatio* postclásico-justiniana, tal y como se recoge en la C. 8, 42, (41), 8, en la que la modificación de determinadas condiciones de las obligaciones también implicaba *novatio* si las partes así lo manifestaban expresamente²¹. Sea como fuere, entendida de esta forma, la modificación de la que habla el Código no es incompatible con el concepto de extinción romano, más bien al contrario: el cambio o modificación de la relación obligatoria primitiva ha estado siempre presente en la novación como parte necesaria de ella.

Además, concebido así el art. 1203 CC cobra sentido que se limite a enumerar aquellas tres circunstancias: alteración en el contenido esencial, sea el objeto sean las condiciones principales, o en los sujetos que conforman la relación obligatoria, pues se trata de "modificaciones" de una entidad tal que son perfectamente susceptibles

20 Lo anterior queda confirmado a la vista de los antecedentes y concordancias que a la norma anuda GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. III, Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852, p. 153. Entre los antecedentes destaca la definición ulpiana del Digesto (46, 2, 1) y la alusión al *renovamiento* de las Siete Partidas (P. 5, 14, 15), de cuyas fuentes en ningún momento se infiere que la novación pueda traducirse en una tal *modificación*. A ello se suman afirmaciones del principal autor del texto isabelino como las que siguen: "la novación, cuando queda el mismo deudor, supone *dos obligaciones, la antigua que se extingue y la nueva substituida* en lugar de aquella"; "la renuncia a los derechos que daba la *obligación primitiva* no debe pender de una presunción"; "la opinión casi uniforme de los Jurisconsultos más autorizados es que, si el acreedor prorroga al deudor el término *solutiois (non obligationis)*, no por esto hay *novación*", lo mismo que "según las leyes Romanas *no había novación* por añadirse simplemente cláusula penal a una obligación anterior" (nótese que si "no la hay" es porque se piensa en ella como extinción, pues si se contemplase también el presunto efecto modificativo, "sí la habría"). Lo mismo se infiere cuando analiza la "novabilidad" de una obligación pura en otra condicional y viceversa: no habrá novación si llega a faltar la condición puesta en alguna de ellas, porque en ese caso "no hay más que una sola obligación, y *toda novación requiere dos*".

21 FUENTESECA DEGENEFÉ, M.: *El problema*, cit., pp. 171-173.

de provocar la extinción de la obligación primitiva y el correlativo nacimiento de la nueva. La interpretación contraria, es decir, aquella que ve en el art. 1203 CC una relación de los supuestos en los que una obligación se modifica, no resulta por el contrario satisfactoria: no solo por la total evidencia de que las partes puedan alterar la obligación con eficacia modificativa en aspectos no contemplados en el precepto²², sino porque, pudiendo hacerlo precisamente al amparo del principio de la autonomía de la voluntad que consagra el art. 1255 CC, ninguna lógica guarda que el legislador regule en sede de novación manifestaciones concretas de esa libertad si no es, precisamente, para limitarla.

En definitiva, todo indica que cuando el legislador se sirve de los verbos “modificar” y “variar”, no busca con ello atribuir a la novación un efecto distinto, sino únicamente describir el medio a través del cual se alcanza: mediante la *modificación* de los *aspectos sustanciales* de una obligación. Ahora bien, sentado lo anterior, procede a continuación valorar si los tres supuestos que el precepto enumera confirman la tesis sostenida y refutan, así, el segundo de los argumentos expuestos al inicio. Para ello se hace necesario ahondar en la naturaleza jurídica de las dos instituciones que se relacionan en los apartados segundo y tercero de la norma, y buscar respuesta a los dos siguientes interrogantes: ¿puede sustituirse la persona del deudor con subsistencia de la obligación primitiva?; ¿puede subrogarse un tercero en los derechos del acreedor sin comprometer con ello la identidad en el crédito? Una vez resueltas tales cuestiones, estaremos en disposición de abordar el análisis de su apartado primero y concluir, en fin, el sentido que consideremos más adecuado para tan controvertido precepto.

2. Los supuestos de hecho que contempla la norma.

A) La sustitución de la persona del deudor: ¿subsistencia o extinción de la deuda?

El reemplazo del deudor, que el art. 1203 CC enuncia en el apartado segundo, nos coloca de nuevo ante la disyuntiva de su naturaleza extintiva o modificativa: ¿puede llevarse a cabo sin solución de continuidad en la obligación primitiva o, por el contrario, extingue inevitablemente la deuda contraída en primer lugar y hace nacer una distinta a cargo del nuevo obligado? Esta cuestión, indiscutida en la doctrina tradicional²³, que encontraba en la novación (*extintiva*) el único cauce para procurar

22 DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, v. II-1, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2016, p. 238.

23 Vid. por todos, SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho civil*, t. IV, 2ª ed., Madrid, 1899, pp. 424 y ss. Posteriormente, a pesar del giro interpretativo, continúan mostrándose como partidarios de esta tesis DE CASTRO Y BRAVO, F.: “Cesión del arrendamiento y subarriendo”, en *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro*, t. I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997, pp. 97-123; SANCHO REBULLIDA, F.: *La novación*, cit., pp. 163-164, 393 y ss.; REY PORTOLÉS, J. M.: “La pretendida asunción automática de la deuda por parte del adquirente de finca hipotecada”, en *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, pp. 117-153; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: *Curso de Derecho civil*, II, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 189-194; ROCA SASTRE, R. M. (con la colaboración de PUIG

la sustitución de un elemento que se consideraba esencial a la relación obligatoria y sin el que por tanto no podía subsistir, se percibe hoy de manera muy distinta. A partir de la aportación de CLEMENTE DE DIEGO, numerosos autores han seguido sus pasos mostrándose favorables a la sucesión de deuda convencional, es decir, a la transmisión de deuda sin novación, al amparo de la libertad de pacto que rige en nuestro Derecho: ninguna razón se opone, a su juicio, a que el cambio de deudor pueda realizarse sin pérdida de identidad de la obligación primitiva, que perdurará con la única salvedad que supone el cambio en la persona del sujeto pasivo que integra la relación²⁴.

Esta nueva orientación de la cuestión se nutre de una serie de argumentos de orden doctrinal y legal²⁵. En cuanto a los primeros, y partiendo de la conveniencia de admitir la transmisibilidad de las deudas para la vida útil, se alega que la desaparición de la concepción personalista del vínculo obligatorio que regía en Derecho clásico permite desvincularlo de los sujetos que integran la relación, en un entendimiento enteramente patrimonialista de aquel. Además, si pueden transmitirse las deudas a título universal, ¿por qué no a título singular? Y admitida la cesión de créditos, ¿por qué no la asunción de deudas? En segundo lugar y por lo que hace a los argumentos legales, no existe un criterio unánime respecto de las normas que sirven de soporte a la figura, es decir, sobre si puede construirse al amparo de las que regulan la novación (arts. 1203.2º, en relación con el 1204, 1205 y 1206 CC), considerando que

BRUTAU, J.): "La transmisión pasiva de las obligaciones a título singular", en *Estudios de Derecho Privado*, t. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 361-388, si bien este autor parece desvincularse de aquella tesis en el análisis que al respecto del art. 118 LH realiza en ROCA SASTRE, R. M. et al., *Derecho hipotecario*, t. VIII, 9ª ed., Bosch, Barcelona, 2009, pp. 226 y ss.; y, por último, CASTILLO MARTÍNEZ, C. C.: *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 255-290.

- 24 A CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Transmisión de*, cit., *passim*, principal precursor de esta corriente, se le suman, entre otros muchos, los siguientes autores: VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho civil español*, t. III, 4ª. ed., Valladolid, 1937, pp. 156 y ss.; DE COSSIO Y CORRAL, A.: "La transmisión pasiva de las obligaciones, a título singular", AAMN, núm. 1, 1945, pp. 183-206; JORDANO BAREA, J. B.: "Asunción de deuda. Sentencia 10 febrero de 1950", ADC, núm. 4, 1950, pp. 1372-1382; GARCÍA-AMIGO, M.: *La cesión de contratos en el derecho español*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, pp. 227-246; CRISTÓBAL MONTES, A.: "La cesión de contrato", ADC, núm. 4, 1968, pp. 851-890; GARCÍA VALDECASAS, G.: "La sucesión en las deudas a título singular", en AA.VV., *Estudios de Derecho civil en honor del Profesor Castán Tobeñas*, t. II, Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, pp. 209-226; STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, J. G.: "Construcción jurídica de la asunción de deuda en el derecho español", *La Ley*, núm. 4, 1987, pp. 1089-1116; ADAME MARTÍNEZ, M. A.: *Asunción de deuda en el Derecho civil*, Comares, Granada, 1996, pp. 20 y ss.; BASOZABAL ARRUE, X.: "El contrato de asunción de deuda", ADC, núm. 1, 2000, pp. 83-160; GÁLVEZ CRIADO, A.: *La asunción de deuda en el Derecho civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 22-35; HERBOSA MARTÍNEZ, I.: *La asunción de deuda garantizada con hipoteca*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, pp. 59-65, 505 y ss., y de la misma autora, "Transmisión pasiva de las obligaciones", en AA.VV., *Acciones civiles* (dir. por E. LLAMAS POMBO) t. II, *La Ley*, Madrid, 2013, pp. 59-174.

Por su parte, si bien la jurisprudencia inicialmente estimó axiomático que toda novación por cambio subjetivo de deudor era rigurosamente extintiva, posteriormente ha venido a admitir la transmisibilidad de las obligaciones en el aspecto pasivo, con excepción de las contraídas *intuitu personae*. Esta moderna concepción se plasma por primera vez en la STS 22 febrero 1946 (RJ 254) y, de forma decisiva, en la 10 febrero 1950 (RJ 194), a las que les siguen numerosas resoluciones: SSTS 11 diciembre 1979 (RJ 1979, 4359), 7 junio 1982 (RJ 1982, 3407), 1 diciembre 1989 (RJ 1989, 8786), 23 diciembre 1992 (RJ 1992, 10687), 20 febrero 1995 (1995, 887), 16 marzo 1995 (RJ 1995, 2659), 10 junio 2003 (RJ 2003, 4595), 8 noviembre 2007 (RJ 2007, 8105) y 30 enero 2015 (2015, 317), entre otras muchas. Para un resumen de la posición de la jurisprudencia, *vid.* BATUECAS CALETRIO, A.: "La asunción de deuda en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", RDP, núm. 2, 2007, pp. 71-92.

- 25 Se sigue en este punto la exposición de SANCHO REBULLIDA, F.: *La novación*, cit., pp. 310 y ss.

la doctrina actual atribuye a esta figura una posible eficacia modificativa, o si debe acudir, a falta de una regulación específica al modo del Derecho alemán (arts. 414 a 418 del B.G.B.), al principio de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC). Sea como fuere, según esta segunda tesis, la sustitución de la persona del deudor tendrá una eficacia extintiva o modificativa respecto de la primera obligación en función de cuál sea el *animus* o voluntad de las partes, incluyendo no solo la de los deudores llamados a suceder, sino asimismo la del acreedor, sin cuya anuencia no puede llevarse a cabo la alteración por exigencia del art. 1205 CC: “[I]a novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de este, pero no sin el consentimiento del acreedor”. Pues bien, si el acreedor, a quien más directamente afecta el cambio en la persona del deudor, pues con él muta el entero patrimonio que queda respondiendo de la deuda, presta su consentimiento, no a la alteración (lo cual es exigencia insoslayable ex art. 1205), sino a que el cambio revista efectos modificativos, ¿por qué no habría de permanecer la misma deuda?²⁶.

A todo lo anterior se opone, desde el punto de vista dogmático, el concepto mismo y la significación económica de la deuda como valor negativo, que hace de su identidad con la cesión de créditos mera apariencia. El crédito constituye un activo en el patrimonio del acreedor sobre el que este tiene derecho de disposición y que por ello es susceptible de transmisión, mientras que la deuda forma parte del pasivo, es una sujeción o limitación de la libertad de acción del deudor de la que no puede liberarse sino pagando²⁷. En suma: el hecho de que pueda transmitirse un crédito no significa que pueda hacerse lo mismo con una deuda, porque su naturaleza es bien distinta. De ahí que el acreedor pueda prescindir del consentimiento del deudor en la cesión de su crédito (arts. 1526 y ss. CC) y, en cambio, la presencia del primero sea necesaria en la cesión de deuda, que puede realizarse, sin embargo, intervenga o no la voluntad del deudor (art. 1205 CC), lo que demuestra claramente que no es el antiguo sujeto pasivo quien “cede” su deuda ni el nuevo quien “sucede” jurídicamente al anterior, sino el acreedor quien, como verdadero titular del derecho, puede consentir la recepción de la prestación de otro sujeto distinto del deudor originario²⁸. Del mismo modo, el que las deudas puedan transmitirse a título universal no significa que puedan hacerlo a título particular: en los supuestos de sucesión universal *mortis causa*, por la evidente razón de que el heredero no solo recibe las deudas, sino que lo hace conjuntamente con el resto de bienes del causante; así, el patrimonio que queda afecto al pago de aquellas es el mismo (el del finado) antes y después de la sucesión, al que además podrá unirse el del heredero en aquellos

26 CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Transmisión de*, cit., p. 287.

27 LACRUZ BERDEJO, J. L. et al.: *Elementos de Derecho civil*, t. II, v. I, 5ª ed. (revisada y puesta al día por F. RIVERO HERNÁNDEZ), Dykinson, Madrid, 2011, p. 311.

28 ROCA SASTRE, R. M. Y PUIG BRUTAU, J.: “La transmisión”, cit., p. 365.

casos en los que no se limite su responsabilidad²⁹. Por esta razón el acreedor no ha de consentir la sucesión, al contrario de lo que sí ocurre, como ya hemos apuntado, cuando el cambio de deudor tiene lugar *inter vivos* y a título singular. E idéntica razón subyace cuando la transmisión se produce a título universal *inter vivos*: las deudas solo son transmisibles en tanto en cuanto lo sean con el patrimonio al que gravan, pero no aisladamente consideradas³⁰.

Desde el punto de vista legal, la regulación del Código Civil en materia de novación no parece ofrecer alternativa en este punto diferente a la del efecto extintivo-creativo. Así, el art. 1205 CC exige el consentimiento del acreedor para que pueda operar “la novación”, que consiste en sustituirse un “nuevo deudor” en lugar del “primitivo”, mientras que el 1206 prevé como regla general la extinción de la acción del acreedor contra el deudor “primitivo” si el “nuevo deudor” deviene insolvente, con la única excepción de que dicha insolvencia hubiera sido “anterior y pública o conocida del deudor”, en cuyo caso la acción frente al primero *revive*. Súmese a lo anterior el art. 1207 CC, sistemáticamente ubicado en la regulación del cambio de deudor y que impone la extinción de las obligaciones accesorias cuando la obligación principal se extinga por efecto de la novación, así como el 1208, que convierte en nula la novación si lo fuere también la obligación “primitiva”, por la elemental exigencia que impone la concurrencia de una *prior* y una *nova obligatio* válidas³¹.

Mas ¿*quid* respecto del art. 1255 CC? ¿Podría servir de soporte a la admisibilidad de la figura? En principio, nada parece oponerse a ello. Ahora bien, ¿frente a quienes resultaría, en realidad, oponible el pacto? Ya se ha dicho que el convenio celebrado entre el deudor y el tercero que se obliga a asumir la deuda carece de virtualidad (más allá de sus relaciones internas) frente al acreedor que no preste su anuencia (art. 1205)³². Si este consiente, seguirá no obstante resultando inoponible frente a

29 *Vid.* un estudio reciente y detallado de esta materia en AA.VV.: *Deudas y herencia* (dir. por G. GALICIA AIZPURUA), Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

30 SANCHO REBULLIDA, F.: *La novación*, cit., p. 317, con cita, a modo ilustrativo, de un ejemplo de LACRUZ BERDEJO respecto de la imposibilidad de un camión de transportar un agujero: en sí mismos, los agujeros 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.

31 SANCHO REBULLIDA, F.: *La novación*, cit., p. 319.

32 El convenio entre el que asume la deuda y el deudor primitivo constituye una disposición de derecho ajeno que, como tal, queda subordinada a la *ratihabito* del acreedor que subsana el defecto de legitimación [STS 11 diciembre 1979 (RJ 1979, 4359)]. Cuestión distinta es que, a pesar de la negativa del acreedor al cambio de deudor, la asunción de deuda por un sujeto ajeno a la relación obligatoria pueda constituir una *asunción cumulativa de deuda*, “que no libera al deudor originario sino que supone la incorporación de un nuevo obligado que refuerza la garantía de pago” [STS 5 noviembre 2015 (R) 2015, 4789)]. Algunas sentencias inducen a confusión cuando califican de “novación modificativa” a esta última [*vid.* a modo de ejemplo, las SSTS 27 noviembre 1990 (R) 1990, 9056) y 27 junio 1991 (R) 1991, 4631)], pero es importante tener en cuenta que en estos supuestos no hay en rigor novación de ningún tipo, pues ni siquiera concurre el supuesto de hecho que prevé el art. 1203.2 CC: la sustitución de la persona del deudor. En ella, ni se extingue ni se modifica la obligación prístina, que se mantiene intacta, sino que se añade una nueva obligación libérrimamente contraída por un tercero que refuerza el resultado final del pago, en los términos, condiciones, circunstancias y modos que ese tercero ofrezca [STS 22 marzo 1991 (R) 1991, 2428)].

los titulares de los derechos accesorios constituidos en garantía de la deuda, que se extinguirán ex art. 1207 CC salvo que acepten su subsistencia, pues de lo contrario se lesionaría su posición a consecuencia del cambio de deudor (sobre todo si el nuevo resulta insolvente), teniendo en cuenta que cuando concedieron la fianza, prenda o hipoteca lo hicieron en atención a la persona del deudor garantizado y a sus características personales o patrimoniales³³. Y aun cuando todos los anteriores se mostraran favorables a la identidad sucesoria, el pacto continuaría resultando inoponible frente a los acreedores del nuevo deudor; los cuales no podrían ser pospuestos en el cobro de su derecho en un hipotético concurso de acreedores sino a partir de la fecha en la que el nuevo obligado hubiese contraído el débito (art. 1924.3 CC), que es el instante a partir del cual queda gravado su patrimonio (garantía común de los acreedores en virtud del principio de responsabilidad universal ex art. 1911 CC)³⁴. Por lo demás, esta misma solución es la que rige en el sistema alemán, en el que por imperativo del párrafo 418, se extinguen los derechos de garantía inicialmente creados, salvo consentimiento en contrario del garante, y desaparecen los privilegios del crédito que el acreedor hubiera podido oponer en el concurso de acreedores contra el deudor; que no pueden hacerse valer en el concurso del asumente.

Lo recién expuesto pone en evidencia, entonces, que la pretendida sucesión en la deuda necesita de los mismos requisitos y ofrece la misma estructura que la novación subjetiva por cambio de deudor; es decir, demanda el mismo grado de consentimiento por parte de todos los sujetos (deudor, acreedor, terceros garantes, etc.) que el exigido para el nacimiento de una nueva obligación de *idem debitum* con distinto sujeto obligado. Y ¿acaso cabe asignar a dos instituciones con idénticos presupuestos efectos tan dispares como la extinción y la conservación de la obligación primitiva? ¿De qué sirve llamarla *asunción de deuda* en vez de *novación*, si precisa las mismas condiciones y comporta idénticas consecuencias prácticas? En fin, como acertadamente apunta SANCHO REBULLIDA, lo único que se consigue en realidad es cambiar de nombre a la vieja novación, dándole el de *sucesión*, para añadir que no se trata de verdadera sucesión jurídica³⁵, lo que se pone de manifiesto siempre que alguno de los sujetos antes apuntados se oponga al pacto: entonces aflorará la novación (extintiva) enmascarada por la convención de los interesados, para actuar como salvaguarda de los derechos de dichos terceros, frente a quienes se entenderá extinguida la deuda.

En definitiva, las partes podrán en el marco de su libertad contractual configurar la nueva obligación “como si se tratase de la antigua” a todos los efectos relacionados

33 ROCA SASTRE, R. M. y PUIG BRUTAU, J., “La transmisión”, cit., pp. 366-367.

34 SANCHO REBULLIDA, F.: *La novación*, cit., p. 406; BASOZABAL ARRUE, X.: “El contrato”, cit., pp. 146-149.

35 SANCHO REBULLIDA, F.: *La novación*, cit., p. 182. En un sentido parecido, CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil*, cit., p. 382.

para con ellas, pero mantener que la deuda no ha cambiado después de que pase a otro deudor; de que se halle respaldada por un patrimonio distinto e incluso de que pierda los privilegios y garantías que le servían anteriormente de refuerzo, se queda, cuando menos, en intento infructuoso³⁶.

B) La naturaleza jurídica de la subrogación.

La subrogación, enunciada en el apartado tercero del art. 1203 CC y con desarrollo en los arts. 1209 a 1213 CC, sirve sin lugar a dudas como principal argumento a quienes abogan por una novación *modificativa*. Sin embargo, el recurso a esta figura solo es posible en la medida en que se dé por válido el presupuesto de que la subrogación opera una transmisión del crédito en favor de un tercero, lo que no resulta en absoluto doctrinalmente pacífico.

La *subrogación por pago* o el *pago con subrogación* es un efecto complementario que, en determinadas circunstancias, se anuda bien al pago de débito ajeno realizado por tercero (arts. 1158, 1159, 1209 y 1210 CC) bien al efectuado por el propio deudor cuando para ello haya tomado prestado el dinero también de un tercero (art. 1211 CC). Pues bien, más allá de la relación interna que medie entre el deudor y dicho tercero en función de si este último ha intervenido como mandatario, prestamista, etc., puede producirse en estas hipótesis, como consecuencia jurídica añadida, la de la subrogación, o sea, el ingreso del tercero en el lugar que ocupaba el primitivo acreedor. Ahora: ¿en qué se subroga exactamente?, ¿adquiere por mor de la subrogación la titularidad del crédito que, aunque pagado, subsiste, o únicamente los privilegios y garantías de aquel para refuerzo del crédito del que ha devenido titular como consecuencia del pago?

La subrogación plantea, entonces, la siguiente disyuntiva: o bien se entiende que excepciona el efecto extintivo que, de acuerdo con la teoría general del Derecho de obligaciones, produce todo pago (art. 1156 CC), permitiendo en su lugar la transmisión del crédito primitivo, o bien se admite la extinción de este último pero no la de sus adminículos, que subsisten y se transmiten para adorno del nuevo crédito de regreso que ostenta el tercero contra el deudor; con la consiguiente alteración del principio de accesoriedad³⁷. La doctrina se divide así, principalmente, entre las teorías de la transmisión del crédito y las del pago o extinción³⁸, con clara preeminencia de las primeras. Y es que está hoy día ampliamente extendida en el pensamiento jurídico la idea de que la subrogación comporta una transmisión del crédito y de los derechos a él anexos desde el patrimonio del acreedor *accipiens* al

36 ROCA SASTRE, R. M. Y PUIG BRUTAU, J.: "La transmisión", cit., p. 385.

37 CAÑIZARES LASO, A.: *El pago con subrogación*, Civitas, Madrid, 1996, p. 53.

38 Vid. una clasificación detallada de las distintas teorías en ESPÍN CÁNOVAS, D.: "Sobre el pago con subrogación", RDP, núm. 303, 1942, pp. 300-326.

del tercero *solvens*³⁹, de acuerdo a una interpretación literal del art. 1212 CC: “[...]a subrogación *transfiere* al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor; ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas”.

La *communis opinio* sitúa así la subrogación por pago en un plano equivalente a la cesión de créditos (arts. 1526 y ss.) por lo que a su naturaleza y a la identidad de sus efectos se refiere (arts. 1212 y 1528 CC)⁴⁰, y conduce irremediablemente a negar que nuestro Código regule la novación (extintiva) por cambio de acreedor; que se relega a la libre convención de las partes en el marco de su libertad contractual (art. 1255 CC). Lo que, sin embargo, no puede obviarse es que, si algo diferencia a la cesión de créditos de la subrogación, es que mientras en la primera el crédito objeto de negociación es único y se transmite de cedente a cesionario en virtud del pacto alcanzado, en la subrogación coexisten dos derechos de crédito titularidad del *solvens* que paga en nombre de tercero: primero de todo, el crédito de repetición que ostenta frente al deudor por el que intercedió⁴¹; y, segundo, el crédito pagado, que, según esta tesis, paradójicamente subsiste y se le transfiere en virtud de la subrogación. Para los autores que defienden esta teoría se hace necesario determinar entonces cómo se articulan uno y otro⁴².

- 39 CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Transmisión de*, cit., pp. 277 y ss.; PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J.: notas a ENNECCERUS, cit., p. 408; SANCHO REBULLIDA, F.: *La novación*, cit., pp. 161-163; ALBALADEJO, M.: *Derecho civil*, t. II, 14ª ed., Edisofer, Madrid, 2011, pp. 344 y ss.; VATTIER FUENZALIDA, C.: “Notas sobre la subrogación personal”, *RDP*, núm. 6, 1985, pp. 491-514; DEL OLMO GARCÍA, P.: *Pago de tercero y subrogación*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 297 y ss.; RUBIO GARRIDO, T.: *La subrogación por pago. Régimen jurídico y supuestos prácticos de aplicación*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 39 y ss.; ARNAU RAVENTÓS, L.: *Pago parcial, subrogación en el crédito y preferencia para el cobro: el artículo 1213 del Código civil*, Cedecs, Barcelona, 2000; BAYO RECUERO, N.: *El pago del tercero*, Dijusa, Madrid, 2000, p. 326.
- 40 Idea a la que igualmente se suma el TS [S. 29 mayo 1984 (R) 1984, 2804]: “la subrogación personal es una de las figuras de sucesión en el crédito con sustancial identidad a la modalidad de cesión regulada en los arts. 1526 y ss. CC”.
- 41 Este varía en función de las circunstancias que hayan acompañado a su intervención. En efecto, el art. 1158 CC contempla en favor del tercero *solvens* hasta tres diferentes acciones de regreso contra el deudor: a) una primera posibilidad para quien paga con aprobación (expresa o tácita) del deudor, que, convertido en mandatario suyo, dispone frente a él de una *acción contraria de mandato* que le procurará ex arts. 1728 y 1729 CC una *absoluta indemnidad*, de suerte que la reclamación podrá comprender no solo el valor de la prestación, sino también todos los gastos en que hubiere incurrido y los perjuicios que hubiera podido sufrir (v. gr. los intereses de las cantidades anticipadas en concepto de lucro cesante), a lo que ha de añadirse que el tercero se *subrogará* en los privilegios y garantías correspondientes al débito saldado (art. 1210.2º CC); b) una segunda alternativa se ofrece, en forma de *actio negotiorum gestorum contraria*, a quien paga en la ignorancia del deudor y por consiguiente se erige en *gestor officioso* del negocio del obligado, cuyo reembolso queda condicionado a que el pago haya reportado una *efectiva utilidad* al deudor, si bien, existiendo esta, podrá demandarle no solo lo que objetivamente importe la obligación, sino todos los gastos necesarios en que hubiera incurrido y la indemnización de los perjuicios sufridos; no habrá, en cambio, *subrogación* salvo acuerdo con el acreedor satisfecho (arts. 1159 y 1209 CC); y c) a quien pague contra la expresa voluntad del deudor (art. 1158.III CC) solo resta, por último, la vía que le ofrece la acción de enriquecimiento injusto, con la que podrá exigir al obligado, no el entero empobrecimiento patrimonial que haya padecido, sino únicamente el *efectivo enriquecimiento* que al primero haya proporcionado (con exclusión, por tanto, de las expensas realizadas y de los perjuicios padecidos); no habrá, por ello, subrogación ni posible acuerdo al respecto. Este último régimen se extiende, además, a quien paga “*animo depraedandi*”, o sea, anteponiendo su interés al del obligado o gestionando más bien un asunto propio que ajeno. *Vid.* con mayor amplitud la doctrina que en este punto se ha seguido en CASTILLA BAREA, M., GALICIA AIZPURUA, G., GONZÁLEZ CARRASCO, Mª C., MADRAZO LEAL, J. y CONESA PÉREZ, C.: “Eficacia del contrato”, en AA.VV., *Tratado de contratos* (dir. por R. BERCOVITZ), t. I, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1278-1281.
- 42 *Vid.* una relación de las distintas maneras de entender la relación entre el derecho personal del tercero y el derecho adquirido por subrogación en DEL OLMO GARCÍA, P.: *Pago de*, cit., pp. 282 y ss. y GALICIA AIZPURUA,

Si se entiende que el *solvens* debe optar entre el crédito del que supuestamente ha devenido titular como consecuencia de la subrogación y aquel que deriva de su acción de regreso (porque tratándose de dos modos de reclamar frente al deudor lo que por él se ha satisfecho se excluyen recíprocamente), se plantean dos claros inconvenientes cuando la extensión objetiva de ambas acciones no coincida plenamente. El crédito del tercero puede, en efecto, importar una cuantía superior de la que resultaría de la mera restitución del importe del crédito pagado, como cuando, v. gr., tenga derecho a la reparación de los perjuicios que su intervención le haya irrogado; en esas circunstancias, la necesidad de optar entre una u otra acción le coloca en la grave tesitura de elegir entre la íntegra restitución que le reportará el ejercicio de su acción personal o la inherente a aquel crédito que, aunque de menor cuantía, previsiblemente estará revestido de mayores garantías para su satisfacción. El tercero podría resultar entonces económicamente dañado como consecuencia de la subrogación sin que concurra razón alguna que lo justifique. Pero, además, también podría ocurrir, de forma alternativa, que se viese enriquecido sin causa cuando hubiese acordado con el acreedor primitivo la satisfacción de su crédito por una cantidad menor a la que este importe, al adquirirlo por su valor nominal ex art. 1212 CC: “[l]a subrogación transfiere... el crédito”. Pues de esta forma se le estaría autorizando a reclamar del deudor mayor cuantía de la correspondiente a su derecho de regreso⁴³. Al margen de estos supuestos, la opción por una u otra vía conlleva para el *solvens* otra elección de gran trascendencia, pues ambas acciones tendrán un distinto plazo de prescripción⁴⁴, de suerte que, de reclamar el crédito del acreedor primitivo, podría disponer de un breve periodo de tiempo para compeler al deudor el pago; y si prescribiese, ¿todavía restaría al tercero el ejercicio de su acción personal de regreso?⁴⁵.

Los obstáculos anteriores parecen quedar a salvo si se concibe la subrogación como adquisición del crédito pagado *en garantía* del derecho personal subyacente del *solvens*, de tal forma que este último quede garantizado mediante el crédito que el primer acreedor ostentaba frente al deudor⁴⁶. Así, el *solvens* quedaría facultado, de un lado, para hacer uso del crédito saldado al objeto de asegurarse la satisfacción de su derecho de regreso dentro de los límites cuantitativos de aquel (valiéndose, por tanto, de las garantías y privilegios que lo acompañen) y, de otro, para exigir la parte no cubierta por él si su crédito es cuantitativamente más elevado, aunque eso sí, sin privilegios especiales⁴⁷.

G.: *La disciplina sobre el pago por tercero y el alcance de la subrogación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 45 y ss.

43 De sendos peligros advierte GALICIA AIZPURUA, G.: *La disciplina*, cit., pp. 47-48.

44 RUBIO GARRIDO, T.: *La subrogación*, cit., p. 139.

45 Vid. STS 29 mayo 1984 (RJ 1984, 2804).

46 DEL OLMO GARCÍA, P.: *Pago de*, cit., pp. 298 y ss.

47 GALICIA AIZPURUA, G.: *La disciplina*, cit., p. 49.

Ahora bien, considerando que el *solvens* ya es titular de un derecho personal de regreso como consecuencia de su intervención, ¿qué razón habría de tener el legislador para poner a su disposición un crédito complementario que debería reputarse extinto como consecuencia del pago? ¡No es cierto, además, que el acreedor que se subroga no persigue el crédito de otro, considerando que ninguna utilidad le reporta a salvo la de la posible utilización de sus privilegios y garantías para revestir el suyo propio? Pues bien, si se trasciende la letra del art. 1212 CC, la interpretación sistemática del Código lleva a inclinarse más bien hacia el entendimiento de la subrogación, no propiamente como la pervivencia del crédito pagado, sino como la simple comunicación al derecho de regreso que compete al *solvens* del rango, privilegios y garantías de que el primero disfrutaba⁴⁸. La clave para esta segunda explicación nos la ofrece, de un lado, la interpretación conjunta de los arts. 1212 y 1213 CC y, de otro, la regulación de la subrogación *ex parte debitoris* (art. 1211 CC).

En cuanto a la primera, porque, como pone de manifiesto GALICIA AIZPURUA, solo puede dotarse de pleno sentido a la previsión del art. 1213 CC si se concibe la subrogación como la comunicación de los adminículos del crédito satisfecho y no como la efectiva transmisión del crédito mismo. Según sus dictados, “[e]l acreedor, a quien se hubiere hecho un pago parcial, puede ejercitar su derecho por el resto *con preferencia al que se hubiere subrogado en su lugar* a virtud del pago parcial del mismo crédito”. Pues bien, si se entendiese, de acuerdo a la teoría de la transmisión, que lo que se produce aquí es una suerte de división del crédito entre el acreedor primitivo y el tercero que paga parcialmente, la norma provocaría, en el caso de que el crédito estuviese desprovisto de toda garantía o privilegio, un resultado paradójico: el tercero subrogado que concudiese con el acreedor originario sobre el insuficiente patrimonio del deudor ocuparía peor posición que aquel tercero que nunca hubiese accedido al “beneficio” que reporta la subrogación. Dicho más claramente: el art. 1213 CC estaría determinando que el acreedor fuese *preferente* al subrogado, cuando sin embargo no lo es ante el tercero que ex art. 1158 CC realiza un pago extintivo o no subrogatorio⁴⁹.

Si por el contrario, se parte de la premisa de que la subrogación comporta una mera transferencia al derecho de regreso de los adminículos que rodeaban el crédito saldado, en ningún caso podría resultar peor la posición del *solvens* con derecho a subrogación que la del tercero que no ostentase tal beneficio, por la sencilla razón de que no existiendo privilegios ni garantías de ningún tipo, nada habría

48 GALICIA AIZPURUA, G.: *La disciplina*, cit., p. 51. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ VILLA, J.: *El pago con subrogación: revisión del artículo 1212 del Código civil español*, Comares, Granada, 1999, pp. 249 y ss.; CAÑIZARES LASO, A.: *El pago*, cit., pp. 76 y ss.; y VITERI ZUBIA, I.: *El pago anticipado en las obligaciones a plazo. El derecho al reembolso anticipado en el sector específico del crédito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 243 y ss.

49 GALICIA AIZPURUA, G.: *La disciplina*, cit., pp. 51-52. De esta misma incongruencia advierte CORDERO LOBATO, E.: *La hipoteca global (La determinabilidad del crédito garantizado)*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997, p. 168.

en lo que subintrar y no resultaría de aplicación la regla que, en materia de prelación de créditos, contiene el art. 1213 CC: acreedor primitivo, subrogado y tercero sin derecho a subrogación concurrirían en plano de igualdad conforme a la regla de la *par conditio creditorum*. En fin, tratándose de créditos hipotecarios o privilegiados, así también cobraría pleno sentido la previsión del legislador: comoquiera que el acreedor originario era quien desde un inicio disfrutaba del rango, privilegios y garantías que rodeaban al crédito ahora parcialmente satisfecho, se comprende que pueda hacer uso de ellos para cobrarse “*con preferencia*” al tercero que se subrogue en su lugar y sea, por tanto, preferentemente pagado al *solvens*⁵⁰.

En la misma dirección apuntan el art. 1211 CC y la norma que, en el ámbito hipotecario, le sirve de desarrollo: la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. En efecto, al amparo de aquel, la subrogación puede tener lugar no solo a instancias del tercero que paga un débito ajeno, sino también cuando es el propio deudor quien “*para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero por escritura pública*”, es decir, cuando es el propio obligado el que materializa la *solutio* con el numerario obtenido mediante préstamo concertado con otro acreedor. Ello pone claramente de manifiesto que la subrogación no comporta adquisición por el prestamista del crédito saldado: primero, porque ni tan siquiera es él quien efectúa el pago sino el propio deudor, a favor de quien se extiende la correspondiente “*carta de pago*”⁵¹ (falla por tanto la tesis sobre el *pago no extintivo o traslativo* que parte de que cuando el tercero paga la prestación no lo hace *animo solvendi* sino con la finalidad última de adquirir el crédito⁵²); y, segundo, porque, considerando que ya dispone de su propio crédito *ex mutuo*, lo único que verdaderamente puede interesarle es la ventaja que para su cobro puedan procurarle los privilegios y garantías que acompañaban al ahora extinguido⁵³.

Esta conclusión se ve reforzada si atendemos a los precedentes más inmediatos del art. 1211 CC. El precepto procede directamente de su homónimo 1250 del *Code Napoléon* que, a su vez, recoge un Edicto del Rey Enrique IV de Francia y III de Navarra del día 20 de mayo de 1609, titulado “*Declaration du Roy portant pouvoir de succeder aux hypothèques des anciens créanciers, sans cession d’iceaux*” y que, con ocasión de una bajada generalizada en los tipos de interés, promovía la subrogación de aquellos prestamistas que estuviesen dispuestos a conceder un interés más bajo, en cuyo caso el primitivo acreedor había de ceder *las garantías* que estaban en su

50 GALICIA AIZPURUA, G.: *La disciplina*, cit., pp. 52-53.

51 FERNÁNDEZ VILLA, J.: *El pago*, cit., p. 257: “en este singular caso, nadie puede siquiera aventurar que el pago no extingue la obligación, porque aquí el pago lo realiza el mismo deudor, con dinero que, aunque proceda de otro, le pertenece, si no se quiere desnaturalizar también la propia esencia del préstamo de cosa fungible, que, según el artículo 1753 del Código civil, transmite la propiedad al prestatario, obligándose este a devolver otro tanto del mismo género y calidad”.

52 ESPÍN CÁNOVAS, D.: “Sobre el pago”, cit., pp. 313-315.

53 GALICIA AIZPURUA, G.: *La disciplina*, cit., pp. 56-57 y CAÑIZARES LASO, A.: *El pago*, cit., p. 132.

poder. El texto contemplaba en todo momento la sucesión en *las antiguas hipotecas* y privilegios en beneficio de los nuevos prestamistas, pero nunca en el derecho de crédito mismo, que se extinguía al ser satisfecho⁵⁴.

En fin, admitido entonces que la subrogación no comporta la transferencia del crédito sino la de sus privilegios y garantías, cuando se produce *ex parte debitoris*, la misma conclusión debe hacerse extensiva a los supuestos contemplados en los arts. 1209 y 1210 CC, aunque el fenómeno subrogatorio se produzca aquí *ex parte creditoris*: la razón de que el legislador contemple las dos conjuntamente no puede ser otra que la de la identidad de sus efectos. De este modo se evitan las dos principales dificultades que plantea la teoría de la transmisión: primero, la necesaria conciliación del derecho del tercero con el crédito que presuntamente adquiere por subrogación y, segundo y principalmente, la supuesta excepción al principio extintivo del pago, que no cuenta con respaldo positivo alguno.

En lo que a esto último se refiere, destaca certeramente FERNÁNDEZ VILLA que el pago, en tanto que modo de extinción de las obligaciones, está positivado en la generalidad de los textos normativos en un sentido amplio, sin incluir entre sus requisitos que deba realizarse por el deudor. Tal es el caso de nuestro Código civil: lo enuncia en el art. 1156 CC como medio extintivo, lo define con una redacción impersonal en el 1157 (como la “*entrega de la cosa o la realización de la prestación en que la obligación consista*”) y permite a continuación que pueda ser sujeto activo de ese pago extintivo “*cualquier persona*” (art. 1158 CC) independientemente de cuáles sean sus móviles e incluso de los pareceres de deudor y acreedor (con la única excepción de que se trate de una prestación personalísima: art. 1161 CC); mientras que, desde el punto de vista pasivo, el receptor de la cosa o servicio en que consista la prestación tampoco tiene que ser necesariamente el acreedor (arts. 1162 y 1163 CC), pudiendo realizarse incluso en favor de quien lo sea solo aparentemente (art. 1164 CC). En esta última hipótesis, el pago también extingue la obligación entre deudor y acreedor, con independencia de que surja en favor del último un nuevo crédito cuya fuente es la ley, distinto del anterior y ejercitable frente al *accipiens* para recuperar de él lo que indebidamente haya recibido, al igual que, del pago realizado por el tercero, nace a su favor un derecho de reembolso frente al deudor. En definitiva, el pago equivale en nuestro Código civil a la “*realización de la prestación debida*” y ello solo y por sí mismo produce indefectiblemente la extinción del vínculo obligacional al margen de quién sea el sujeto que lo ejecute y, por tanto, aunque no se trate del deudor. Quienes, por el contrario, defienden que en ocasiones el pago no extingue la obligación, solo pueden ampararse en realidad en la hipótesis prevista en el art. 1212 CC y en el significado que a la subrogación otorgan: si se considera que equivale a la transmisión en el crédito, debe coherentemente sostenerse que el pago efectuado por tercero no extingue la obligación. Ahora, si la subrogación deja

54 VITERI ZUBIA, I.: *El pago*, cit., pp. 243 y ss.

de concebirse como una sucesión en el crédito del acreedor satisfecho y se percibe como un traspaso de sus privilegios y garantías, decae toda objeción a la eficacia extintiva de cualquier pago, incluso de aquel que haya sido efectuado por tercero⁵⁵. Vemos, entonces, que la subrogación *por pago* no encierra la *contradictio in terminis* que tradicionalmente ha percibido en ella la doctrina.

Aún más: la tesis que aquí se defiende justifica el porqué de la ubicación sistemática de la subrogación, que ni se explica en atención al efecto modificativo que puede revestir la novación ni se corresponde, muy probablemente, con una incoherencia del legislador: Muy al contrario, si se tiene en cuenta que la subrogación presenta la particularidad de dejar subsistentes los privilegios y garantías que rodeaban al crédito saldado para adornar el que une a *solvens* con deudor, cobra toda lógica su inserción como un supuesto de novación y fuera, por tanto, de la sección dedicada al pago⁵⁶. Ciertamente que a la subrogación precede siempre un pago, bien lo realice el deudor (art. 1211 CC) bien un tercero (art. 1210 CC), pero existe entre este medio extintivo y la novación una diferencia fundamental: mientras el pago supone una extinción “absoluta” del vínculo obligatorio primitivo, la novación se caracteriza por serlo solo “relativamente”, es decir, por crear tras de sí o como consecuencia de ella otra relación jurídica dispar. Vistas así las cosas, podría decirse que la subrogación reúne todo requisito que exige la novación (extintiva): una obligación previa entre el acreedor primitivo y el deudor que se extingue como consecuencia del pago (*prior obligatio*) y una obligación nueva entre el deudor y el tercero (*nova obligatio*) que deriva directa o indirectamente de aquella (pues se constituye *per relationem* con ella⁵⁷) y a la que se comunican las garantías y los privilegios de la primera, pero con la que presenta una notable diferencia, consistente en el cambio de acreedor (aquí se hallaría el *aliquid novi*). De esta guisa, hay entre ellas una única diferencia en cuanto al alcance de sus efectos: mientras que la novación opera por lo general la extinción de la obligación principal y la de las accesorias que le acompañan (art. 1207 CC), no ocurre lo mismo con la subrogación, que exceptúa, en el sentido que luego se dirá, el principio de accesoriedad por lo que hace a estas últimas (art. 1212 CC).

En suma, subrogación y novación comparten la misma *esencia* y encierran un característico efecto extintivo-constitutivo que no puede predicarse del pago ni, en general, de ningún otro medio extintivo; de ahí probablemente la decisión del legislador de unificar su regulación, cumpliendo con ello la tarea que le encomendaba la Base 19 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1988: “se simplificarán los modos

55 FERNÁNDEZ VILLA, J.: *El pago*, cit., pp. 195-212.

56 Ubicación escogida por el legislador francés y más cercana a la elegida en el Proyecto de 1851, que le dedicaba una sección aparte pero inmediatamente posterior a aquella asignada al pago.

57 Como pone de manifiesto FERNÁNDEZ VILLA, J.: *El pago*, cit., p. 325, el derecho de reembolso del *solvens* (o, añadimos, el crédito derivado del contrato de préstamo en el caso de la subrogación *ex parte debitoris*), aunque autónomo e independiente del derecho que tenía el acreedor satisfecho frente al deudor, viene a sustituirlo, y en determinada medida está vinculado a él, hasta el punto de que si aquel por el motivo que fuese no existe, este, como claramente puede comprenderse, tampoco llegar a nacer efectivamente.

de extinguirse las obligaciones, *reduciéndolos a aquellos que tienen esencia diferente*, y sometiendo los demás a las doctrinas admitidas, respecto de los que como elementos entran en su composición”.

Ahora bien, no puede negarse que la subrogación, así entendida, supone una excepción al principio de accesoriedad que rige en materia de garantías. En efecto, la extinción por pago del crédito principal debería conllevar correlativamente la de aquellos derechos accesorios que le acompañan y, por ello, existe ruptura de dicho principio tanto si se pretende que la garantía subsista sin un derecho principal, como si se admite que pasa a adornar otro diverso de aquel para el que inicialmente se constituyó. Sin embargo, ya se ha apuntado que la subrogación coloca al intérprete en la disyuntiva de optar entre admitir una excepción el efecto extintivo del pago o introducir una salvedad al principio de accesoriedad de las garantías y los privilegios, permitiendo que estos, establecidos para la salvaguarda de un concreto crédito, pasen a respaldar otro distinto. Y, mientras no encontramos qué razones podrían llevar al legislador a reconocer un pago no extintivo en materia de subrogación (pues verdaderamente nada aporta al *solvens* un crédito de otro acreedor como no sea la ventaja cierta de ocupar su privilegiada posición), sí las hallamos para excepcionar el principio de accesoriedad.

El fenómeno subrogatorio se explica sencillamente por razones de equidad: el legislador no pretende mediante él compensar el quebranto patrimonial que padece el tercero como consecuencia del pago de un débito ajeno, sino reforzar la satisfacción del derecho de regreso previsto a tal fin. Y ello solo puede conseguirse si se incentiva la intervención solutoria de aquel tercero que allana el terreno del acreedor y se expone, sin tener obligación de ello, a la posible insolvencia del deudor⁵⁸. Lo mismo ocurre, precisamente, en el supuesto del art. 1211 CC y en su desarrollo legal (Ley 2/1994); a su través el legislador pretende favorecer que el deudor obtenga mejores condiciones de financiación, poniendo a su disposición un buen aliciente que ofrecer a sus potenciales prestamistas, a saber, una garantía de mejor rango que asegure la satisfacción de su crédito.

El art. 118.2 LH nos ofrece otro ejemplo más en apoyo de esta teoría cuando regula el supuesto de venta de finca hipotecada; en su virtud, “[s]i no se hubiere pactado la transmisión de la obligación garantizada, pero el comprador hubiese descontado su importe del precio de la venta, o lo hubiese retenido y al vencimiento de la obligación fuere ésta satisfecha por el deudor que vendió la finca, *quedará subrogado este en el lugar del acreedor* hasta tanto que por el comprador se le reintegre el total importe retenido o descontado”. De guisa que, si el vendedor es finalmente quien salda la deuda (*propia*), el crédito se extinguirá con el pago, pero subsistirá la garantía real para refuerzo del derecho de reintegro del importe

58 GALICIA AIZPURUA, G.: *La disciplina*, cit., p. 64.

retenido o descontado por el comprador⁵⁹ por así estimarlo equitativo el legislador al objeto de paliar, con mayores probabilidades de éxito, el empobrecimiento que ha sufrido el vendedor como consecuencia del descuento. Así, el vendedor se subroga en la hipoteca (*y solo en ella*) no obstante la extinción del crédito de que él mismo era deudor⁶⁰. Como pone de manifiesto GALICIA AIZPURUA, “he aquí una prueba evidente de que a la ley, cuando lo reputa justo, no le repugna el trasplante de los accesorios de un crédito a otro”⁶¹.

Además, esta comunicación de las garantías y privilegios en ningún caso genera perjuicio a terceros: primero, porque hubiesen tenido que soportarlos igualmente si el *solvens* que se subroga no hubiese intervenido y, segundo, porque, aun cuando pasen ahora a asegurar un crédito distinto, es evidente que el subrogado solo podrá hacer uso de ellos en la misma medida en que los hubiera podido emplear el acreedor satisfecho; de este modo, si la acción de restitución es objetivamente más extensa que el crédito pagado, el exceso podrá ser obviamente reclamado por el *solvens*, pero huérfano de toda garantía o privilegio especial⁶².

En fin, la idea hoy tan extendida en nuestra doctrina y jurisprudencia de que la subrogación comporta una sucesión en el crédito, muy similar a la que opera en la cesión de créditos, únicamente encuentra asidero en la literalidad del art. 1212 CC, pero no en los datos históricos, lógicos y sistemáticos que acompañan a la institución y que proporcionan una muy distinta intelección acerca de su naturaleza jurídica.

Si se sigue esta última, debe desecharse la afirmación de quienes concibiendo la subrogación como un supuesto de transmisión en el crédito, sostienen que el Código no regula en realidad la novación por cambio de acreedor y la relegan a la libre convención de las partes (art. 1255 CC), mostrándola ayuna de una función genérica y, por ende, alejada de toda utilidad e interés. A nuestro juicio, la novación por cambio de acreedor y la subrogación son una y la misma cosa: la primera se produce por y como consecuencia de la subrogación de un tercero en los derechos del acreedor originario y puede ser, en efecto, legal (arts. 1210 y 1211 CC) o convencional, si bien esta última encuentra su fundamento, no en el art. 1255 CC, sino en el 1209.2. De esta guisa, el titular de un crédito tiene a su disposición dos mecanismos extraños entre sí: puede, de un lado, transmitir su derecho conforme a las reglas previstas para la cesión de créditos (arts. 1526 y ss.) o puede, de otro, recabar con mayor facilidad de una tercera persona la *solutio* de su crédito mediante la vía que le proporciona el instituto subrogatorio, es decir, haciendo uso de la posibilidad de transferir los adminículos de aquel a quien legalmente no tendría

59 CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, M. J.: *Tratado de los derechos de garantía*, T. I, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 949.

60 FERNÁNDEZ VILLA, J.: *El pago*, cit., pp. 307-309.

61 GALICIA AIZPURUA, G.: *La disciplina*, cit., p. 92.

62 CAÑIZARES LASO, A.: *La subrogación*, cit., p. 61.

per se derecho a ellos⁶³. Y es que concebida la subrogación como productora de extinción de la obligación primitiva y comunicación de los *adminicula* a la nueva que nace en favor del tercero, desaparece toda diferencia entre esta y la novación por cambio de acreedor⁶⁴. Por el contrario, la identidad entre una y otra permite otorgar pleno sentido a la regulación de la institución: en los supuestos previstos legalmente o por mera voluntad de las partes expresada *con claridad* (art. 1209 *in fine*), puede producirse un cambio en el sujeto activo de la obligación que, aunque productor de novación (art. 1203.3 CC), se aleja de las consecuencias típicas de esta en lo que a la extinción de las obligaciones accesorias se refiere (arts. 1207 CC); solo de esta forma (art. 1212 CC) es posible incentivar una pronta liquidación de las relaciones obligatorias aunque sea por iniciativa de un tercero y solo así es posible, además, dotar de utilidad práctica a la novación activa por cambio de acreedor, pues nadie desconoce que, de no hallarse contemplado tal beneficio, resultaría mucho más complicado que un tercero accediese voluntariamente a pagar una deuda ajena.

C) La variación del objeto o de las condiciones principales de la obligación.

El análisis de los dos supuestos que el legislador enumera en los apartados segundo y tercero del art. 1203 CC parece confirmar aquella conclusión que anticipábamos de que, cuando el precepto habla de “modificación”, se está refiriendo en realidad al mecanismo (variación en una obligación previa) que en determinadas circunstancias produce novación y no al efecto jurídico asociado a la institución: la sustitución en la persona del deudor encierra inexorablemente la extinción de la obligación frente a los terceros no intervinientes en el acuerdo por el que pretende darse continuidad al vínculo, mientras que la subrogación conlleva únicamente la subsistencia de los privilegios y garantías del crédito, que se comunican al del tercero *solvens* (art. 1210 CC) o al del nuevo prestamista (art. 1211 CC), pero no la del vínculo obligacional primitivo, que se extingue como consecuencia del pago. Por consiguiente, ambos apartados enuncian sendas hipótesis en las que la *modificación* de la obligación produce como efecto jurídico su *extinción*.

63 Vid. la diferencia entre ambas en DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del*, cit., pp. 996-997 y GALICIA AIZPURUA, G.: “El cumplimiento”, cit., p. 1281.

64 Alejado de esta idea se halla SANCHO REBULLIDA, F.: *La novación*, cit., pp. 391-392, no únicamente en cuanto a su punto de partida, al concebir la subrogación como un supuesto de transmisión del crédito, sino porque pone de manifiesto una diferencia más entre la subrogación y la novación por cambio de acreedor: con cita de ALBALADEJO, sostiene que se requiere para esta última la concurrencia de las voluntades de los dos acreedores y del deudor, mientras que en la subrogación no se requiere la de este último. Y basa la exigencia en la siguiente razón: en la novación se extingue una obligación y nace otra a cargo del mismo deudor y “esto no puede conseguirse sin su consentimiento”. Sin embargo, del régimen del pago por tercero de débito ajeno (con derecho a subrogación o no) se concluye que bien puede ocurrir esto mismo, es decir, que la deuda primitiva se extinga como consecuencia de la *solutio* materializada por un tercero y, sin embargo, subsista a cargo del deudor un nuevo débito en favor de quien ha intervenido en su nombre. Resulta, por tanto, enteramente posible que, sin intervención del deudor y sin contar con su anuencia, la injerencia de un tercero provoque la extinción de una deuda a cargo del primero y la creación de otra nueva de la que deba responder ante él, aunque solo sea en la medida en que el pago le haya resultado útil (art. 1158 CC). Así, puede haber subrogación sin consentimiento del deudor, como también puede haber novación por cambio de acreedor faltando aquel, pues son, en definitiva, una y la misma cosa.

El número primero del art. 1203, que prevé la variación de la obligación en su objeto o en sus condiciones principales, es sin embargo y posiblemente el que mayores dudas puede suscitar al respecto. Pues mientras la conclusión recién apuntada coincide con la naturaleza jurídica de las instituciones incumbidas (asunción de deuda, pago con subrogación), no siendo por ello susceptible de alteración mediante pacto —entiéndase bien: oponible frente a terceros—, nadie duda de que en el sistema del Código civil está ampliamente admitida la modificación objetiva de la obligación. Ahora, ¿dónde ha de residenciarse esta posibilidad?, ¿en el propio art. 1203.1, o más bien, en el 1255?

Si nos detenemos por un instante en el argumento gramatical en el que se apoyan los partidarios de la novación *modificativa*, observamos que el legislador únicamente emplea el término “modificar” al comienzo del enunciado del 1203; el primer supuesto se describe mediante el verbo “variar”, sinónimo, a juicio de HERNÁNDEZ GIL, del primero y del cual se prescinde “probablemente por evitar la repetición”⁶⁵. Pero ¿no resulta más razonable pensar que se excluye el término técnico porque la norma en realidad no tiene por fin consagrar la modificación como consecuencia jurídica de la novación? De lo contrario, es decir, si se aspirara a exceptuar en ella el efecto típicamente novatorio, ¿no debería haberse sentado con mayor precisión y claridad? Sea como fuere, la letra de la ley nos ofrece un dato que de ninguna manera puede pasarse por alto, consistente en la exigencia de principalidad en el elemento alterado: ¿por qué habría de hacerlo así el legislador si su propósito era referirse a la simple modificación?, ¿acaso no son susceptibles de alteración otros elementos de la relación obligatoria que revistan menor transcendencia que los reseñados en la norma?⁶⁶

Esta última apreciación constituye sin duda un indicio del efecto extintivo que cabe atribuir a la variación de la obligación *inter easdem personas* cuando esta reviste especial transcendencia. En este sentido, constituye lugar común en la doctrina —incluso en aquellos que ven en la norma la admisión de la novación modificativa— que la voluntad de las partes debe sujetarse siempre a ciertos límites, de suerte que no toda modificación objetiva de la obligación deja subsistente el vínculo aun cuando esa sea la expresa y real intención de los sujetos contratantes. Y es que en ocasiones ello puede atentar contra *la naturaleza misma de las cosas*, como, v. gr., cuando la obligación resultante de la modificación sea absolutamente distinta de la originaria o cuando se altere su “causa”⁶⁷; de la misma forma que, en sentido opuesto, hay quien considera atentatorio contra la regla *res ipsa loquitur* la atribución de efectos extintivos al convenio por el que se introduce un cambio en la obligación

65 HERNÁNDEZ GIL, A.: “El ámbito”, cit., p. 805.

66 SANCHO REBULLIDA, F.: *La novación*, cit., pp. 164-165.

67 SANCHO REBULLIDA, F.: *La novación*, cit., p. 165; ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de*, cit., p. 156; REYES MONTERREAL, J. M.: “Esencia de”, cit., p. 608; RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: “El concepto”, cit., pp. 895-928.

tan nimio que objetivamente excluye la posibilidad de pensar que se está frente a otra distinta⁶⁸.

Hay, en definitiva, dos normas que, tras una apresurada lectura, parecen dar cabida a la modificación objetiva de las obligaciones: una de ellas en tanto que consagración de la libertad de pacto (art. 1255 CC); la otra, enunciada en la regulación de uno de los modos de extinción de las obligaciones y referida solo a variaciones de una cierta entidad (art. 1203.I CC). No existe consenso en la doctrina en torno al ámbito de actuación de cada uno de los preceptos indicados y, por ende, qué es lo que los caracteriza y distingue; lo que no significa que no medien diferencias. Ahora, mirado de cerca el segundo de ellos, bien puede percibirse como un límite al modo de proceder de las partes: hay “modificaciones” que por su naturaleza y transcendencia no pueden comportar la subsistencia del *prior* “modificado”. Parece, en fin, que el legislador *algo más* quiere decir a través del art. 1203.I CC que el simple hecho de reconocer que las obligaciones son, al amparo de la autonomía de la voluntad, susceptibles de ser *modificadas*. Y ello nos aleja definitivamente de aquella interpretación que, apegada a la literalidad de la norma, obvia la tradición histórica de la novación, su regulación como modo extintivo de las obligaciones y las restantes normas de la sección, de cuya recta intelección se colige que produce un único efecto jurídico: el extintivo.

III.A MODO DE CONCLUSIÓN: LA INTERRELACIÓN ENTRE LOS ARTS. 1203 Y 1255 DEL CÓDIGO.

De lo expuesto hasta ahora parece claro que el art. 1203 CC se halla lejos de ofrecer apoyo normativo a la libre modificación convencional de las obligaciones, y más lejos aún de dar cabida a una categoría jurídica que, amén de no añadir nada a aquella, supone un contrasentido en sí misma: la novación *modificativa*.

La novación es, en Roma y en nuestro ordenamiento vigente, un modo de extinción de las obligaciones (arts. 1156 y 1143 CC) que presenta la particularidad de vincular la extinción de una obligación al efectivo nacimiento de una segunda, la cual toma para sí algunos elementos de aquella y viene a ocupar su lugar: la *nova obligatio* es, entonces, el resultado de la *prior* “modificada”. Esta última es muy probablemente la razón del empleo del término *modificación* en el art. 1203 CC, en ningún caso dirigido a exceptuar el efecto extintivo-constitutivo de la novación, sino a describir el mecanismo que conduce a ella, esto es, la alteración de algún aspecto de la obligación primitiva con la que dar satisfacción a uno de los requisitos típicos de la institución: el *aliquid novi* o necesaria disparidad entre la *prior* y la *nova obligatio*. Eso es, ni más ni menos y a pesar del transcurso de los siglos, lo que viene a plasmar nuestro art. 1203 CC. Y a esta intelección conduce el análisis de

68 ALBALADEJO, M.: *Derecho civil*, cit., p. 330; CRISTÓBAL MONTES, A.: “La llamada”, cit., p. 1209.

los supuestos que contempla el precepto: la novación objetiva como alteración *sustancial* de la obligación, recayente sobre su objeto o sus condiciones principales; la novación subjetiva pasiva cuya naturaleza es, frente a terceros, necesariamente extintiva (arts. 1205 a 1207 CC); y la novación subjetiva activa, que comporta la extinción del crédito satisfecho y la transmisión al adquirido por el tercero de los *adminicula* del primero (arts. 1209 a 1213 CC). El art. 1203 debe leerse, entonces, coherentemente con lo que la novación significa, en clave de extinción.

Vistas así las cosas, se tornan compatibles dos conceptos que parecían por completo antagónicos (el de extinción y el de modificación) y se explica que el legislador, que enumera la novación como una de las especies de extinción, ciertamente no llegue a convertir en subespecie aquella que significa subsistencia⁶⁹. Nada más lejos de la realidad: la novación producirá siempre extinción de la obligación inicial y nacimiento de la que se constituye *per relationem*, mientras que la modificación como efecto jurídico, con acomodo en otras normas del Código, no será nunca “novación”. Efectivamente, lo anterior en ningún caso implica negar la *modificabilidad* de la relación obligacional: las partes podrán convenir la alteración de la relación obligatoria otorgando al convenio efectos meramente modificativos, si bien habrán de hacerlo en otra sede y con otra base legal claramente distinta, a saber, la que proporciona el art. 1255⁷⁰.

Sentado lo anterior, se hace preciso delimitar el alcance del art. 1203 CC y su interconexión con aquel: ¿podrían las partes modificar ex art. 1255 CC el objeto o condiciones principales de una obligación manteniendo sin embargo subsistente el vínculo? La respuesta debe ser, a nuestro juicio, negativa. El art. 1203 del Código, lejos de representar manifestaciones concretas de la libertad de pacto que enuncia el art. 1255, constituye en realidad un límite a tal posibilidad, destinado a proteger a todos aquellos terceros que no hayan intervenido en el acuerdo “modificativo”. Así lo sostiene, y con él convenimos, el profesor SANCHO REBULLIDA: “el art. 1203.1 limita el campo de la autonomía de la voluntad para modificar, con subsistencia, la anterior obligación”, de tal forma que los contratantes, si bien pueden al amparo del art. 1255 modificar el vínculo obligatorio que les une, no pueden imponer su voluntad frente a terceros (otros acreedores, garantes reales o personales) cuando la variación es de entidad tan grande como la que afecte al objeto mismo o a las condiciones principales de la obligación; *inter partes* podrán, así, “simular” que se hallan frente a la misma obligación, pero no pueden alterar la naturaleza de las cosas *en perjuicio de terceros* (art. 1255 CC)⁷¹. Como afirma REYES MONTERREAL, “aunque queramos

69 SANCHO REBULLIDA, F.: *La novación*, cit., p. 301.

70 SANCHO REBULLIDA, F.: “Sección sexta: de la novación”, en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO y S. DIAZ ALABART), t. XVI, v. I: *Artículos 1156 a 1213 del Código civil*, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1991, pp. 610, 667 y ss.

71 SANCHO REBULLIDA, F.: “Comentario a los artículos 1203 y 1204”, en AA.VV., *Comentarios al*, cit., pp. 667-669. Esta es, por lo demás, una idea que subyace en la doctrina de la mayoría de los autores que estudian

decir —y aunque las partes quieran seguir diciéndolo— que esa supuesta novación ha modificado el precedente convenio, no podremos hacerlo, si nos expresamos con la adecuada técnica jurídica, cuando del anterior contrato u obligación no queda nada”⁷². Nacerá en estos casos una nueva obligación, que coexistirá con la anterior o la extinguirá en función de si concurre o no el *animus* (expreso o tácito por incompatibilidad) que previene el 1204 CC⁷³. Mientras que, en el polo opuesto, las modificaciones que no alcancen la transcendencia de esos elementos y por ende carezcan del carácter esencial que exige el legislador, no podrán producir novación (entiéndase, oponible frente a terceros) aun cuando ese sea el *animus* de las partes, por faltar precisamente uno de los requisitos que exige toda novación: el *aliquid novi*, al que el legislador reviste de notable entidad⁷⁴.

Por consiguiente, lejos de la idea de que la novación ha devenido inútil, una vez desaparecida en gran medida la función traslativa a la que originariamente servía desde el momento en el que se ha admitido la transmisibilidad (*activa*) de las obligaciones, lo cierto es que la institución continúa desempeñando eficazmente una función protectora de la posición jurídica de los terceros. Entendida de esta forma, puede delimitarse con absoluta precisión y fluidez el ámbito que corresponde tanto a la novación (sinónimo siempre de extinción) como a la modificación convencional de las obligaciones.

Esta última, alejada del régimen de la novación, halla refugio en el principio de la autonomía de la voluntad que sanciona el art. 1255 CC y que concede a las partes una libertad de la que pueden hacer uso con un único límite: el perjuicio a terceros. En su presencia, no podrá contrariarse lo prescrito por la ley, que no es otra cosa que: a) la alteración que afecte al objeto o a las condiciones principales de la obligación conlleva novación o, alternativamente, subsistencia del primitivo vínculo y creación de uno nuevo (arts. 1203.1 y 1204 CC); b) la sustitución del sujeto pasivo debe encauzarse, salvo consentimiento de “todos” los afectados, por la única vía que ofrece la novación (arts. 1203.2, 1205 y 1206 CC), alejada de la utópica *sucesión jurídica de la deuda*; y c) la subrogación comporta la extinción de la *prior obligatio* por pago (arts. 1157 y ss. CC) y la subsistencia de sus privilegios y garantías para refuerzo

la novación y que les lleva sostener, v. gr., que la modificación cuantitativa del objeto de la obligación no pueda realizarse al alza existiendo posibles terceros perjudicados. El perjuicio a terceros como límite a la libertad de las partes también se encuentra presente en la doctrina de PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J.: notas a ENNECCERUS, cit., p. 223.

72 REYES MONTERREAL, J. M.: “Esencia de”, cit., p. 608, si bien este autor está aludiendo únicamente a la alteración de la causa como fuente de incompatibilidad ex art. 1204 CC, pues se posiciona a favor de la novación modificativa cuando el cambio recaiga sobre cualesquiera otros elementos. A nuestro juicio, lo mismo cabe inferir cuando se alteran aquellos otros aspectos (objeto y condiciones principales) sin los cuales no puede decirse que la obligación sea la misma; pues tan esencial es al contrato su causa como el objeto sobre el que recae la obligación (cfr. art. 1261 CC).

73 Sobre este precepto, vid. SANCHO REBULLIDA, F.: *La novación*, cit., pp. 301 y ss.

74 CRISTÓBAL MONTES, A.: “La llamada”, cit., p. 1209, sostiene que los arts. 1203 y 1204 CC no son dos normas autónomas, sino partes de un todo; entre ambos conforman la estructura de la novación sin que ninguno pueda faltar so pena de mutilar y desfigurar la institución.

de la *nova* (art. 1212 CC) y, por tanto, no es el cauce adecuado para materializar la transmisión del crédito, para lo que habrá de acudir a otras instituciones jurídicas bien distintas.

BIBLIOGRAFÍA

ADAME MARTÍNEZ, M. A.: *Asunción de deuda en el Derecho civil*, Comares, Granada, 1996.

ALBALADEJO, M.: *Derecho civil*, t. II, 14ª ed., Edisofer, Madrid, 2011.

ARNAU RAVENTÓS, L.: *Pago parcial, subrogación en el crédito y preferencia para el cobro: el artículo 1213 del Código civil*, Cedecs, Barcelona, 2000.

AA.VV.: *Deudas y herencia* (dir. por G. GALICIA AIZPURUA), Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

AZURZA, P. J.: "Notas sobre novación", *RDP*, núm. XXXIV, 1950.

BASOZABAL ARRUE, X.: "El contrato de asunción de deuda", *ADC*, núm. 1, 2000.

BATUECAS CALETRÍO, A.: "La asunción de deuda en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *RDP*, núm. 2, 2007.

BAYO RECUERO, N.: *El pago del tercero*, Dijusa, Madrid, 2000.

CAÑIZARES LASO, A.: *El pago con subrogación*, Civitas, Madrid, 1996.

CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, M. J.: *Tratado de los derechos de garantía*, T. I, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, t. III, 17ª ed. (revisada y puesta al día por G. GARCÍA CANTERO), Reus, Madrid, 2008.

CASTILLA BAREA, M., GALICIA AIZPURUA, G., GONZÁLEZ CARRASCO, Mª C., MADRAZO LEAL, J. y CONESA PÉREZ, C.: "Eficacia del contrato", en AA.VV., *Tratado de contratos* (dir. por R. BERCOVITZ), t. I, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

CASTILLO MARTÍNEZ, C. C.: *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, J. H.: "Notas sobre la denominada novación de las obligaciones", en AA.VV., *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, (coord. por M. CUENA CASAS, L. A. ANGUIA VILLANUEVA y J. ORTEGA DOMÉNECH), Dykinson, Madrid, 2013.

CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera: la transmisibilidad de las obligaciones*, Madrid, 1912.

COLIN, A. y CAPITANT, H.: *Curso elemental de Derecho civil* (con notas sobre el Derecho civil español por D. DE BUEN), t. III, 2ª ed., Reus, Madrid, 1943.

CORDERO LOBATO, E.: *La hipoteca global (La determinabilidad del crédito garantizado)*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997.

CRISTÓBAL MONTES, A.: "La llamada novación modificativa en el Derecho Civil Español", *RCDI*, núm. 498, 1973.

CRISTÓBAL MONTES, A.: "La cesión de contrato", *ADC*, núm. 4, 1968.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: "Cesión del arrendamiento y subarriendo", en *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro*, t. I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997.

DE COSSIO Y CORRAL, A.: "La transmisión pasiva de las obligaciones, a título singular", *AAMN*, núm. 1, 1945.

DEL OLMO GARCÍA, P.: *Pago de tercero y subrogación*, Civitas, Madrid, 1998.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, v. II, 6ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

ENNECCERUS, L.: *Tratado de Derecho civil*, t. II, v. I (estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española por B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER), 2ª ed. (al cuidado de J. PUIG BRUTAU), Bosch, Barcelona, 1966.

ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho civil español*, v. III, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983.

ESPÍN CÁNOVAS, D.: "Sobre el pago con subrogación", *RDP*, núm. 303, 1942.

FUENTESECA DEGENEFTE, M.: *El problema de la relación entre "novatio" y "delegatio" desde Roma hasta las codificaciones europeas*, Dykinson, Madrid, 2000.

FERNÁNDEZ VILLA, J.: *El pago con subrogación: revisión del artículo 1212 del Código civil español*, Comares, Granada, 1999.

GALICIA AIZPURUA, G.: *La disciplina sobre el pago por tercero y el alcance de la subrogación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

GÁLVEZ CRIADO, A.: *La asunción de deuda en el Derecho civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

GARCÍA-AMIGO, M.: *La cesión de contratos en el derecho español*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964.

GARCÍA VALDECASAS, G.: "La sucesión en las deudas a título singular", en AA.VV., *Estudios de Derecho civil en honor del Profesor Castán Tobeñas*, t. II, Universidad de Navarra, Pamplona, 1969.

GETE-ALONSO Y CALERA, M. C.: "Apuntes para una explicación de la modificación y novación de la relación obligatoria", en AA.VV., *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1989.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *El consentimiento de las partes en la novación objetiva de la obligación*, Universidad de León, León, 2000.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *La novación extintiva por cambio de objeto*, Comares, Granada, 1999.

HERNÁNDEZ GIL, A.: "El ámbito de la novación objetiva modificativa", RDP, núm. XLV, 1961.

HERBOSA MARTÍNEZ, I.: *La asunción de deuda garantizada con hipoteca*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001.

HERBOSA MARTÍNEZ, I.: "Transmisión pasiva de las obligaciones", en AA.VV., *Acciones civiles* (dir. por E. LLAMAS POMBO) t. II, La Ley, Madrid, 2013.

JORDANO BAREA, J. B.: "Asunción de deuda. Sentencia 10 febrero de 1950", ADC, núm. 4, 1950.

LACRUZ BERDEJO, J. L. et al.: *Elementos de Derecho civil*, t. II, v. I, 5ª ed. (revisada y puesta al día por F. RIVERO HERNÁNDEZ), Dykinson, Madrid, 2011.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: *Curso de Derecho civil*, II, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

MANRESA Y NAVARRO, J. Mª: *Comentarios al Código civil español*, t. VIII, v. I, 6ª ed. (revisada por M. MORENO MOCHOLÍ), Reus, Madrid, 1967.

MORETÓN SANZ, F.: *La asunción espontánea de deuda*, Lex Nova, Valladolid, 2008.

MUÑOZ ESPADA, E.: *Revisión crítica de la figura de la novación*, Fundación Registral, Madrid, 2011.

PUIG BRUTAU, J.: *Compendio de Derecho civil*, v. II, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1994.

REY PORTOLÉS, J. M.: "La pretendida asunción automática de la deuda por parte del adquirente de finca hipotecada", en *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995.

REYES MONTERREAL, J. M^a: "Esencia de la novación", *RJC*, núm. 5, 1960.

ROCA SASTRE, R. M. (con la colaboración de PUIG BRUTAU, J.): "La transmisión pasiva de las obligaciones a título singular", en *Estudios de Derecho Privado*, t. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

ROCA SASTRE, R. M. et al.: *Derecho hipotecario*, t. VIII, 9^a ed., Bosch, Barcelona, 2009.

RUBIO GARRIDO, T.: *La subrogación por pago. Régimen jurídico y supuestos prácticos de aplicación*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

SACRISTÁN REPRESA, G.: "Novación", en AA.VV., *Acciones civiles*, t. II (dir. por E. LLAMAS POMBO), La Ley, Madrid, 2013.

SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho civil*, t. IV, 2^a ed., Madrid, 1899.

SANCHO REBULLIDA, F.: *La novación de las obligaciones*, Nauta, Barcelona, 1964.

SANCHO REBULLIDA, F.: "Sección sexta: de la novación", en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO y S. DIAZ ALABART), t. XVI, v. I: *Artículos 1156 a 1213 del Código civil*, 2^a ed., Edersa, Madrid, 1991.

STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, J. G.: "Construcción jurídica de la asunción de deuda en el derecho español", *La Ley*, núm. 4, 1987.

VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho civil español*, t. III, 4^a ed., Valladolid, 1937.

VATTIER FUENZALIDA, C.: "Notas sobre la subrogación personal", *RDP*, núm. 6, 1985.

VITERI ZUBIA, I.: *El pago anticipado en las obligaciones a plazo. El derecho al reembolso anticipado en el sector específico del crédito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.