

El concepto de alteración objetiva convencional de la relación obligatoria

LUIS FELIPE RAGEL SANCHEZ

Profesor Titular de Derecho Civil de la Facultad de Derecho
de Cáceres (Universidad de Extremadura)

A mi maestro, Luis Humberto Clavería

1. INTRODUCCION

La doctrina civilista se ha ocupado fundamentalmente de estudiar unos momentos claves de la relación obligatoria: la constitución y la extinción de la obligación, junto al fenómeno del incumplimiento. La constitución de la relación obligatoria interesa especialmente a los autores, puesto en que tal momento se fijan los componentes subjetivos, objetivos y circunstanciales de la obligación; elementos que configuran el programa o plan previsto entre las partes y que son decisivos para determinar la calificación de la relación obligatoria. Las circunstancias que originan la extinción de la obligación merecen también la atención de los juristas, ya que en tal momento quedará normalmente cumplido el programa previsto en el momento de constitución de la relación obligatoria, produciéndose la satisfacción del interés del acreedor y la liberación del deudor. La fase patológica del incumplimiento preocupa esencialmente a la doctrina, ya que el acreedor insatisfecho, por regla general, podrá recabar la adecuada intervención de los órganos judiciales, mediante el mecanismo de la ejecución forzosa, desencadenando la responsabilidad del deudor, que hasta el momento del incumplimiento sólo había existido en potencia.

Sin embargo, existe otro momento importante en la vida de la relación obligatoria que, hasta el día de hoy, ha venido ignorándose casi por completo por la ciencia civilista (1). Nos estamos refiriendo

(1) Cfr. GHOZI (*La modificación de l'obligation par la volonté des parties —Etude de droit civil français—*, Paris, 1980, p. 1): se halla poca información acerca del período precedente al término.

al momento intermedio, posterior a la constitución y anterior a la *definitiva* extinción de la relación obligatoria, que merece un examen más detenido del que hasta ahora le ha dispensado la doctrina.

Si fijamos nuestra atención en ciertos preceptos de nuestro Código civil, observaremos que el legislador ha querido hacer referencia a determinados momentos intermedios. Sin ánimo exhaustivo, enumeraremos a continuación algunos supuestos: el deudor se pone de acuerdo con el acreedor —o acreedores— para cederle sus bienes —en todo o en parte— en pago de su deuda (art. 1.175); un acreedor condona parcialmente la deuda al deudor, que acepta (art. 1.187), para conseguir una mayor seguridad en el pago de la parte no condonada; los socios deciden por unanimidad hacer novedad en los bienes inmuebles sociales (art. 1.695-4.º) o acuerdan prorrogar la sociedad constituida por tiempo determinado (art. 1.702); el depositante y el depositario se ponen de acuerdo para que el segundo se sirva de la cosa depositada (arts. 1.767 y 1.768); los cónyuges —o ex-cónyuges— separados o divorciados deciden sustituir la pensión por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero (art. 99); una vez disuelto el régimen de participación en las ganancias, los cónyuges acuerdan que el deudor sustituya la prestación en dinero por la adjudicación de bienes concretos a favor del acreedor (art. 1.432).

Pueden hallarse, dentro y fuera de nuestro Código civil, otros supuestos distintos de los que hemos enumerado, en los que las partes que componen la relación obligatoria deciden, de común acuerdo, introducir algún cambio en la misma, con anterioridad al momento de la completa extinción del vínculo. Sin embargo, a los fines de esta investigación, son suficientemente ilustrativos los casos mencionados para que podamos comprobar que la ley presta atención a ciertas «alteraciones» que los sujetos de la relación obligatoria introducen en la misma.

Tradicionalmente, este tema ha sido abordado a través de las figuras de la *novación* y de la *modificación* de la relación obligatoria. En mi opinión, la técnica citada no satisface plenamente ni responde adecuadamente a los interrogantes planteados por las variaciones objetivas introducidas en la relación obligatoria por la voluntad de las partes.

Nuestra indagación consta de dos partes claramente diferenciadas. En la primera, trataremos acerca de la llamada «novación objetiva», poniendo de relieve los interrogantes que plantea y las discrepancias doctrinales que surgen en el estudio de tan controvertida figura (2).

(2) El estudio más completo sobre la novación, en nuestro país, se debe a SANCHO REBULLIDA (*La novación de las obligaciones*, Barcelona, 1964). He manejado fundamentalmente otro trabajo suyo, más reciente (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigido por M. ALBALADEJO, tomo XVI, vol. I, pp. 498 a 677, Madrid, 1980), que tiene la ventaja de haber revisado la doctrina española de los últimos años, coincidiendo en su contenido con la obra anteriormente citada. Para SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, p. 510), la novación rebasa la esfera estricta del De-

En un segundo momento, formularemos el concepto de *alteración objetiva convencional* de la relación obligatoria; concepto que, a mi juicio, explica de modo más satisfactorio el mecanismo de las variaciones introducidas en la obligación.

2. LA LLAMADA «NOVACION OBJETIVA»

Nuestro análisis quedará circunscrito a lo que hoy se entiende por *novación objetiva convencional* (3), es decir, la novación *inter easdem personas*, acaecida cuando los mismos sujetos que integran la relación obligatoria acuerdan introducir algún cambio objetivo en la misma. Utilizaremos la expresión «novación objetiva» en un sentido muy amplio, englobando en la misma los cambios en el objeto, los cambios en la causa y los cambios circunstanciales de la obligación (4). Por lo tanto, excluirémos de nuestro estudio la llamada «novación subjetiva» —que consiste en el advenimiento de un tercero en el lado acti-

recho Civil, indicando que «el concepto de novación es referible a toda obligación en sentido técnico como relación jurídica de obligación» (*Comentarios...*, cit., p. 511). Para CODACCI PISANELLI (*Ampiezza del concetto di novazione*, Milano, 1950, pp. 364 y ss.), es posible construir la novación como institución «general» y extender el concepto en todas las ramas del Derecho; no sólo en el Derecho privado, sino también en el Derecho público; no sólo respecto al Derecho de obligaciones, sino respecto a toda relación jurídica. En contra de esta tendencia se manifiesta MESSINEO (*Manuale de diritto civile e commerciale*, tomo III, Milano, 1959, pp. 532 y ss.), y MAGAZZU (voz «*Novazione (diritto civile)*»; Enciclopedia del diritto, tomo XXVIII, Milano, 1978, pp. 779 a 836; en concreto, pp. 832 y ss.), que consideran aislada la teoría de CODACCI PISANELLI, opinando, por el contrario, que el ámbito de la novación se halla en el Derecho de obligaciones. Sobre la novación en el Derecho del Trabajo, cfr. TOSI (*Considerazioni in tema di novazione oggettiva del rapporto di lavoro*, «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1969, pp. 191 y ss.) y MAGNO (*Le vicende modificative del rapporto di lavoro subordinato*, Padova, 1976).

(3) Cfr. MAGAZZU (*ob. cit.*, p. 830): «novacion objetiva» es el contrato por el que el acreedor y el deudor modifican el objeto (o, lo que es sustancialmente lo mismo, el título, la *causa debendi*) de la relación obligatoria existente entre ellos.

(4) En el mismo sentido, cfr. DE BUEN (Notas al *Curso elemental de Derecho civil*, de COLIN Y CAPITANT, tomo III, 4.^a ed., puesta al día por Manuel Batllé, Madrid 1960, p. 298), CASTAN (*Derecho civil español, común y foral*, tomo III, 11.^a ed., puesta al día por Gabriel García Cantero, Madrid, 1974, pp. 393 y 394) y CARBONNIER (*Droit civil*, tomo 4, París, 1982, p. 568). Por el contrario, Díez-PICAZO (*Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, tomo I, Madrid, 1983, pp. 792 a 794) distingue los siguientes tipos de modificación o cambio en la relación obligatoria: a) *Modificación subjetiva*. b) *Modificación objetiva*, que puede consistir en un cambio en la naturaleza de la prestación, en un aumento o una reducción de la prestación, manteniendo su naturaleza o en una plena concreción de la prestación que antes no se encontraba totalmente determinada. c) *Modificación circunstancial*, que puede ser *temporal*, *espacial* o *modificación del régimen de las condiciones*. d) *Modificación funcional* o *causal*, cuando se altera la función económico-jurídica. e) *Modificación del contenido de la relación*, cuando se añaden o suprimen pactos o estipulaciones que contienen reglas de conducta obligatorias para los interesados. En opinión de GHOZI (*ob. cit.*, p. 30), «la noción de causa, para permitir el ejercicio de su función de control, aprehende aquellos motivos de la voluntad que han sido determinantes; ella explica el acto, ella es la razón, mientras que el objeto revela el contenido, la economía. Estas dos nociones están estrechamente ligadas».

vo o pasivo de la obligación (5)—, así como la «novación objetiva no convencional» (6).

A la hora de analizar el tema de la novación objetiva de la obligación, es necesario partir del concepto romano de la *novatio* (7), punto de referencia del que arrancan todos los autores. Aunque el problema del origen de la novación ha sido objeto de vivaces discusiones doctrinales (8), todos los autores parecen admitir que la institución no surge en una época muy antigua, puesto que el testimonio más destacado se remonta a los días de Servio Sulpicio Rufo (primer siglo a.C.) (9).

El primer caso de *novatio* fue el de sucesivas *sponsiones inter diversas personas* (10). Para la jurisprudencia republicana, la novación consistía en la extinción de la obligación en virtud de un acto solemne

(5) Para MAGAZZU (*ob. cit.*, pp. 834 y 835), no deben existir dudas sobre la imposibilidad de construir unitariamente las dos pretendidas «especies» de novación: la objetiva y la subjetiva. En el mismo sentido, cfr. MESSINEO (*ob. cit.*, p. 532), que considera que la novación subjetiva pasiva debe ser concebida, no como supuesto fáctico en sí, sino únicamente como uno de los posibles efectos de la delegación liberatoria, de la expromisión liberatoria y de la asunción —*accollo*— liberatoria, poniendo de manifiesto que, a diferencia de la novación objetiva, no podría concebirse la novación subjetiva (pasiva) como total sustitución de una relación nueva por la antigua (*ob. cit.*, p. 530). Las modificaciones subjetivas de la relación obligatoria son profundamente diversas de la modificación objetiva. Como sostiene BARBERO (*Sistema del diritto privato italiano*, tomo II, Torino, 1902, p. 216), mientras que la novación objetiva contiene una institución autónoma dotada (por su específica función) de autonomía normativa y conceptual y puede ser autónomamente construida, bien bajo el perfil del supuesto fáctico, bien bajo el de la eficacia, la novación subjetiva no constituye una categoría negocial autónoma (caracterizada por su función específica), sino, como mucho, un «suplemento de supuesto fáctico».

(6) A la novación producida por convenio suelen llamarla los franceses novación voluntaria, en contraposición a la novación legal. Cfr. AUBRY y RAU (*Cours de droit civil français*, tomo IV, París, 1871, p. 211). Para CARBONNIER (*ob. cit.*, p. 574), en nuestra época han aparecido las novaciones legales o, al menos, no convencionales, llevadas a cabo por voluntad unilateral en virtud de la ley: conversión de usufructo de cónyuge viudo en renta vitalicia, conversión de aparcería en arrendamiento, etc.

(7) Sobre la novación en Derecho romano, pueden consultarse las obras bibliográficas citadas en MASI (voz «*Novazione (diritto romano)*», Enciclopedia del diritto», tomo XXVIII, Milano, 1978, pp. 767 y ss.; en concreto, pp. 773 y 774), ELEFANTE (voz «*Novazione (diritto romano)*», «*Novissimo Digesto italiano*», tomo XI, Torino, 1965, pp. 425 y ss.; en concreto, p. 425) y SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, pp. 498 y 499).

(8) Cfr. VON SALPIUS (*Novation und Delegation nach römischen Recht*, Berlin, 1864), que parte de la observación de que tanto la *novatio* como la *litiscontestatio* se manifiestan por medio de un acto formal de extinción de la *obligatio*. CORNIL (*Cause et conséquences de l'apparition tardive de l'animus novandi*, en la obra «*Melanges P. Fournier*», París, 1929, pp. 87 y ss.) encontró la razón de ser de la *novatio* en el principio de que una segunda estipulación de *idem*, entre las mismas personas, que no contenga nada nuevo respecto de la primera, es nula; principio que encuentra su explicación histórica en relación a la institución arcaica del cautiverio real. Para MEYLAN (*La réforme justinienne de la novation*, en la obra «*Acta Congressus Juridici Internationalis*», tomo I, Roma, 1935, pp. 288 y ss.) el origen histórico de la *novatio* consiste en dos sucesivas *sponsiones de idem inter diversas personas*.

(9) Cfr. MASI (*ob. cit.*, p. 768): la primera de las dos respuestas de Servio Sulpicio Rufo se refiere a la novación condicional *inter eadem personas*.

(10) En este sentido, cfr. MEYLAN (*ob. cit.*, pp. 288 y ss.) y BONIFACIO (*La novazione nel diritto romano*, Napoli, 1959, p. 14).

en el cual el acreedor consiente que un tercero sustituya al deudor, con la consecuencia imprescindible de que el acreedor abdica en su derecho de crédito, independientemente de que el acto concluido sea o no eficiente para crear a su favor otro vínculo (11). La misma consecuencia se produce cuando, admitida posteriormente la *novatio inter easdem personas*, el acreedor estipula con el antiguo deudor; éste, prometiendo con la *sponsio* el *id quod iam debet*, viene a sustituirse a sí mismo y, en consecuencia, se extingue la *prior obligatio* (12). A juicio de Bonifacio, en este primer período de la historia debe ser elaborado también el canon del *aliquid novi*: si el deudor está ya obligado *verbis*, para justificar que autosustituyéndose asuma una nueva posición jurídica, la nueva *stipulatio*, aun cuando el objeto sea precisamente el *id quod iam debetur*, debe contener alguna cosa nueva respecto a la precedente (13).

De la edad republicana a la edad del principado, la *novatio* sufre una profunda transformación. La jurisprudencia clásica, por medio de Ulpiano, elaboró una definición de novación que se ha hecho célebre: «*Novatio est prioris debiti in aliam obligationem... transfusio atque translatio, hoc est, quum ex praecedenti causa ita nova constituitur, ut prior perimetur; novatio enim a novo nomen accepit et a nova obligationem*» (14). La extinción de una obligación a consecuencia de la novación estaba ligada a la transfusión y a la traslación del relativo *debitum*, en una nueva relación obligatoria. El concepto de *novatio* es ahora más complejo, pues implica la absoluta indisolubilidad del efecto extintivo y del efecto creador de la *stipulatio debiti* (15). La constitución de la nueva relación comporta la extinción de la relación anterior, en virtud de la idea de que no puede haber dos compromisos para una misma deuda (16).

La estructura dogmática de la novación objetiva en el período clásico resulta del texto de Ulpiano, del que pueden inferirse los elementos esenciales de la figura, que son los siguientes:

a) La existencia de una obligación que se extingue, en cuanto que la *novatio*, operando principalmente como causa de extinción de las obligaciones, presupone una *prior obligatio* que pueda ser extinguida.

b) La subentrada en su puesto de una nueva obligación, contraída por el mismo deudor frente al mismo acreedor (*novatio inter easdem personas*).

c) El *id quod iam debetur*, es decir, la identidad de contenido entre la vieja y la nueva obligación, porque sólo mediante la absor-

(11) Cfr. BONIFACIO (*ob. cit.*, p. 23).

(12) Cfr. BONIFACIO (*ob. cit.*, p. 28).

(13) Cfr. BONIFACIO (*ob. cit.*, pp. 28 y 29).

(14) D. 46, 2, 1 pr.

(15) Cfr. BONIFACIO (*ob. cit.*, p. 46).

(16) Cfr. PLANIOL-RIPERT-BOULANGER (*Traité de droit civil*, D'après le *Traité de Planiol*, tomo II, París, 1957, pp. 632 y 633).

ción del contenido de la vieja obligación por la nueva se extingue aquélla.

d) La solemnidad y la formalidad del acto novativo, porque sólo en tal caso puede actuar la *translatio* del *idem debitum* (17).

El negocio a través del cual se produce la novación era la *stipulatio*, negocio jurídico de carácter formal y solemne (18), que debía tener el mismo objeto que la obligación precedente, a la que debía mencionar en su formulación (19). En la época clásica no tenía relevancia alguna el *animus novandi*, puesto que la novación sólo podía llevarse a cabo con elementos puramente objetivos (20).

Que la nueva obligación contenga algún elemento nuevo respecto de la precedente (*aliquid novi*) era requisito no citado por Ulpiano. Este requisito podía venir representado, bien por la adición o supresión de un elemento considerado accidental —como la condición o el término— o bien por la constitución o extinción de garantías personales (21).

Sin embargo, el requisito del *aliquid novi* no podía consistir en una variación del objeto de la obligación. Para que pudiera producirse la novación, era esencial el requisito del *idem debitum*, entendido no en el sentido de simple equivalencia, sino en el de absoluta identidad —o unicidad— del objeto (22). La necesidad de que las dos obligaciones tuvieran idéntico objeto venía determinada por la misma estructura de la novación, surgida como sustitución de una persona en la posición de otra (*novatio inter diversas personas*). Tal sustitución, en un Ordenamiento que no daba ninguna relevancia al *animus novandi*, sólo podía producirse por medio de una promesa de un *idem* (23). No pudiendo radicar en un elemento subjetivo, la extinción de la obligación precedente debía tener su fundamento en un inequívoco elemento objetivo, como era el *idem debitum* (24). Cuando se admite la *novatio inter easdem personas*, el *idem debitum* es el requisito que permite el traslado de un débito que se extingue en una nueva obligación que nace (25), aunque —lógicamente— permitía acoger alguna variación, pues carecía de sentido la existencia de dos

(17) En este sentido, cfr. BONIFACIO (*ob. cit.*, pp. 50 y 51) y ELEFANTE (*ob. cit.*, p. 426).

(18) Sobre las características de la *stipulatio* clásica, cfr. GIARDINA (*Studi sulla novazione nella dottrina del diritto intermedio*, Milano, 1952, pp. 65 y 66).

(19) Cfr. BONIFACIO (*ob. cit.*, p. 61) y MASI (*ob. cit.*, p. 769).

(20) Cfr. ELEFANTE (*ob. cit.*, p. 427).

(21) Cfr. GIARDINA (*ob. cit.*, 51), que cita a GAYO, en este sentido: «podrá ser novación por cambio de acreedor o de deudor («GAI» III, 177, 178), por la sustitución de una obligación *verbis* a una obligación surgida de otra fuente («GAI» II, 38, III, 170)».

(22) En este sentido, cfr. BONIFACIO (*ob. cit.*, p. 123). Para GIARDINA (*ob. cit.*, p. 11), la identidad se concreta más exactamente como unicidad de objeto de la prestación.

(23) Cfr. BONIFACIO (*ob. cit.*, p. 126).

(24) Cfr. ELEFANTE (*ob. cit.*, p. 429).

(25) Cfr. SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, cit., p. 499).

estipulaciones de *idem* entre los mismos sujetos, cuando la segunda no contiene un *aliquid novi* (26).

La novación clásica se transforma en el Derecho postclásico (27) y, con mayor intensidad, en el Derecho justiniano. La *stipulatio* deja de ser un negocio formal y la creación de obligaciones se hace depender sobre todo de la voluntad de las partes: todo depende del *animus novandi* (28), requisito que relega el *idem debitum* a un segundo plano (29). La reciente doctrina ha querido hallar el fundamento del *animus novandi* en el hecho de que, para el acreedor, la extinción de la obligación precedente supone una renuncia al derecho que tenía y de ahí la necesidad de aplicar a la novación el principio *renunciatio non praesumitur* (30). Con todo, la compilación justiniana no desarrolló todas las consecuencias del giro voluntarista de la novación: a la cabeza del título *De novationibus et delegationibus* se colocó inadecuadamente la definición de Ulpiano (31) y en él se conserva, bien que interpolada, casi toda la reglamentación clásica, aflorando la supremacía del *animus*, timidamente, aquí y allá, con lo que la compilación ofrece un panorama de compromiso entre lo nuevo y lo antiguo (32).

En el Derecho intermedio se produjo una progresiva transforma-

(26) Discute la doctrina sobre el alcance del texto de POMPONIO («*qui bis idem promittit, ipso iure amplius quam semel non tenetur*»). Para GIARDINA (*ob. cit.*, p. 52), que sigue la opinión mayoritaria, «cuando intervienen sucesivamente dos estipulaciones idénticas, la novación no se produce». Sin embargo, BONIFACIO (*ob. cit.*, p. 9) considera que tal interpretación no resulta necesariamente de la letra del texto citado, que autoriza sólo la conclusión de que el deudor está comprometido una sola vez al cumplimiento. Aclara la cuestión GIARDINA (*ob. cit.*, p. 57): «sin duda, la fórmula de la estipulación novativa significaba, por regla, la voluntad de las partes de novar la obligación; pero, una vez pronunciada la fórmula, no era más la voluntad de novar, sino la fórmula misma, de la que derivaba el efecto jurídico»; por otro lado, este mismo autor (*ob. cit.*, p. 151) indica que la Glosa reconoció que en un tiempo *antiquissimum* se podía realizar novación sin *aliquid novi*.

(27) Para BONIFACIO (*ob. cit.*, p. 178), la historia de la novación está estrechamente ligada a la historia del instrumento con que se producía —la *stipulatio*—: sólo la transformación de ésta pudo influir en una transformación en la estructura de aquélla, en el período postclásico.

(28) Cfr. BONIFACIO (*ob. cit.*, p. 181) que, al comentar la Constitución de Justiniano del 530, aclara: «requiriendo que el *animus* sea expreso, habría terminado con instaurar un nuevo formalismo, obteniendo un resultado diametralmente opuesto a aquel que se proponía con su reforma», por lo que, parece lógico inferir que el emperador intentaba afirmar la prevalencia absoluta de la *voluntas* sobre los *verba*.

(29) En este sentido, cfr. ELEFANTE (*ob. cit.*, p. 431): «la preeminencia del *animus novandi* no se lleva todavía a la extrema consecuencia. El requisito del *idem debitum* continúa existiendo».

(30) En este sentido, cfr. RICCI (*Derecho civil teórico y práctico*, tomo XIV, Barcelona, 1973, p. 50), COVIAN (voz «*Novacion*», Enciclopedia Jurídica Seix, Barcelona, 1910, pp. 493 y ss.; en concreto, p. 494), WEILL Y TERRÉ (*Droit civil. Les obligations*, París, 1980, pp. 1091 y 1095), GHOZI (*ob. cit.*, p. 41) y CARBONNIER (*ob. cit.*, p. 569).

(31) Cfr. BONIFACIO (*ob. cit.*, p. 193) y ELEFANTE (*ob. cit.*, p. 431): después de todas las transformaciones sufridas en las épocas postclásicas y justiniana, la definición de Ulpiano no parece la más idónea.

(32) Cfr. BONIFACIO (*ob. cit.*, p. 188) y SANCHO REBULLIDA (*Comentario... cit.*, p. 501).

ción de algunos de los requisitos de la novación. Los glosadores, comentaristas y cultos no realizan disputas referentes al concepto de novación (33). Para Bartolo, la novación es *effectus iuris*, es decir, el efecto de un negocio jurídico sobre un negocio preexistente (34). Los glosadores y comentaristas ignoraron el requisito del *idem debitum* (35) —posteriormente rehabilitado por Cuyacio (36)— y acogieron el requisito del *aliquid novi* limitadamente, sólo como requisito de la llamada novación tácita, en la que el deudor se liberaba de la obligación antigua *per exceptionem*, soportando la carga de la prueba acerca del efecto extintivo (37).

La Glosa está dominada por el principio de la presencia necesaria del *animus novandi* en todo negocio novatorio. Sin embargo, la formalidad de las palabras —cuando la mayoría de las veces la misma condición de las cosas era espejo suficiente de la intención de las partes— constituía un vínculo intolerable, un molestísimo obstáculo para las exigencias prácticas, lo que dio lugar a la admisión de la novación tácita y, en consecuencia, de las presunciones del *animus novandi* (38); presunciones que, para Juan de Imola, debían fundarse sobre conjeturas verosímiles y vehementes, decisivas y relevantes (39).

En esta época, los autores introducen el concepto de novación impropia, cuando se referían al fenómeno por el cual se variaban algunos aspectos de una obligación sin producir su extinción (40). Parece que el concepto de novación impropia procede de un error de los glosadores y comentaristas (41), que ligaban el concepto de delegación al de novación, sin tener en cuenta que la primera tiene un ámbito más extenso que la segunda (así, por ejemplo, la delegación de pago no tiene efectos novatorios) (42). La delegación se calificaba equi-

(33) Cfr. GIARDINA (*ob. cit.*, p. 99).

(34) Citado por GIARDINA (*ob. cit.*, p. 101). Más tarde, CUYACIO afirmaría que «*nam ubi nullus apparet effectus novationis, nec ulla novatio facta videri potest*».

(35) Cfr. GIARDINA (*ob. cit.*, pp. 143 y 146): para los glosadores y comentaristas, el objeto de la segunda obligación podía ser diverso, ya sea en la naturaleza o en la cuantía, de aquél de la primera.

(36) Cfr. GIARDINA (*ob. cit.*, p. 148).

(37) Cfr. GIARDINA (*ob. cit.*, pp. 149 y 151).

(38) Cfr. GIARDINA (*ob. cit.*, pp. 166 a 171).

(39) Citado así por GIARDINA (*ob. cit.*, p. 170).

(40) Cfr. SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, p. 502).

(41) En este sentido, cfr. GIARDINA (*ob. cit.*, pp. 221 a 236) y CRISTOBAL-MONTES (*La llamada novación modificativa en el Derecho civil español*, «RCDI», 1973, pp. 1167 a 1271; en concreto, p. 1173).

(42) Cfr. SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, pp. 635 a 638): la delegación es una figura más amplia que la novación. Delegación es la designación unilateral, expresa o tácita, de un sustituto en la posición de acreedor (delegación de crédito o novativa activa) o en la de deudor (delegación de débito o novativa pasiva) o en la de *accipiens* (delegación de pago activa) o en la de *solvens* (delegación de pago pasiva); pero, independientemente de este cuadro, la *delegatio* se manifestaba también en supuestos —donación, constitución de dote, mutuo— en que no existía previa obligación. Para que la *delegatio* produjese efectos novatorios se requería: a) existencia de una previa obligación; b) que la delegación no fuese de entrega o pago, sino de obligarse, de adquirir una obligación, y c) que la nueva obligación se contrajese mediante estipu-

vocadamente como impropia cuando no producía la extinción de la obligación y, por tales razones, no es extraño que el error se consumara al hablar de novación impropia.

Eclos de esta teoría se encuentran en España, en la época de gestación de nuestro Código civil. Para los autores del «Febrero reformado» —entre los que se encontraba García Goyena—, la novación consiste en la «*modificación* de una obligación preexistente o en su destrucción, sustituyéndola en este último caso con otra nueva, así que puede decirse con razón que en todo rigor no siempre la novación lleva consigo la destrucción de la obligación» (43).

Comentando el artículo 1.134 del proyecto de Código civil de 1851 —precepto inspirado en los artículos 1.271 y 1.273 del *Code civil* francés—, escribía García Goyena: «La novación, cuando queda el mismo deudor, supone dos obligaciones; la antigua *que se extingue*, y la nueva sustituida en lugar de aquélla» (44). Y no podía ser de otro modo, pues inspirándose García Goyena en el Derecho francés, no debe olvidarse que la novación se produce en este Ordenamiento cuando el deudor contrae frente a su acreedor una nueva deuda que sustituye a la antigua, *que se extingue* (45). Para la doctrina francesa, sólo se produce la novación cuando la antigua obligación se extingue y es reemplazada por una nueva obligación (46).

Como ha puesto de relieve unánimemente nuestra doctrina (47), el legislador de 1889 reguló deficientemente el tema de la novación, apartándose claramente —al menos en lo literal, añadimos nosotros— del *Code Napoléon*, que en tantos otros aspectos había sido modelo inspirador (48). La regulación de la institución en nuestro Código civil

lación «titulada» *in quod*; en síntesis, para que la delegación sea novación es necesario un doble calificativo: pasiva y novativa, liberatoria o privativa.

(43) Cfr. «Febrero reformado» (Madrid, 1852, tomo III, p. 182).

(44) Cfr. GARCÍA GOYENA (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomos III-IV, Madrid, 1852, p. 153).

(45) Sobre una comparación entre la *novatio* romana y la *novation* francesa, cfr. COLINT y CAPITANT (*ob. cit.*, p. 214). Respecto al Derecho italiano, cfr. MAGAZZU (*ob. cit.*, p. 786).

(46) Cfr. AUBRY y RAU (*ob. cit.*, p. 211) y BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE (*Traité théorique et pratique de droit civil*, vol. XIV, tomo III, París, 1908, p. 1). En el mismo sentido, para el Derecho suizo, cfr. VON TUHR (*Tratado de las obligaciones*, tomo II, trad. por W. Roces, Madrid, 1934, p. 147).

(47) Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (Notas a ENNECCERUS, *Derecho de obligaciones: doctrina general*, en la obra «Tratado de Derecho Civil», de Enneccerus, Kipp y Wolff; tomo II, vol. 1.º, Barcelona, 1954, pp. 222 y ss.), A. HERNÁNDEZ GIL (*El ámbito de la novación objetiva modificativa*, «RDP», 1961, pp. 797 y ss.), AZURZA (Notas sobre novación, «RDP», 1950, pp. 590 y ss.), ESCOBAR (*El contrato de cuenta corriente y, en especial, sus caracteres de novación e indivisibilidad*, «RGLJ», 1942, pp. 280 y ss.), LOZANO BERRUZO (*La novación en el Código civil*, «RFDM», 1959, pp. 182 y ss.), REYES MONTERREAL (*Esencia de la novación*, «RJC», 1960, pp. 601 y ss.), VELASCO (*La teoría sobre novación de valores mobiliarios*, «RDM», 1952, pp. 7 y ss.) y las obras que han sido citadas anteriormente de SANCHO REBULLIDA, DIEZ-PICAZO, CASTÁN y CRISTÓBAL MONTES.

(48) Para una comparación entre la regulación de la novación en el *Codice civile* italiano de 1865 y el de 1942, cfr. MAGAZZU (*ob. cit.*, pp. 780 y ss.) y RESCIGNO

arranca, a primera vista, con un importante error sistemático: mientras que el Capítulo IV del Título I del Libro Cuarto se denomina «De la extinción de las obligaciones», el artículo 1.203, comprendido en la sección 6.ª del citado capítulo, indica que las obligaciones pueden *modificarse...* variando su objeto o sus condiciones principales (49).

Clemente de Diego y Navarro de Palencia, influidos por la legislación y doctrina alemanas, indicaron que «cabe que la segunda obligación afecte a la esencia de la primera y que, sin embargo, coexistan en el régimen de la *novación modificativa*» (50), dando por supuesta la existencia de esta categoría, dentro del ámbito de la novación objetiva (51). En el mismo sentido, Pérez González y Alguer defendieron brillantemente la idea de que junto a la *novación en sentido propio* o *novación extintiva* existe la llamada *novación modificativa*, que no produce la extinción de la obligación primitiva. Empero, no sería un tema tan pacífico, cuando los autores últimamente citados tuvieron que emplear términos tan enérgicos como los que producimos: «*si queremos percatarnos de una vez* que la novación, conforme dice en su comienzo el artículo 1.203, implica «modificación» y que la modificación no es extinción, ni ésta secuela necesaria de aquélla» (52). Concluyen estos autores, recalcando que la palabra novación debe interpretarse en el sentido ambiguo que tiene dentro del Código civil español, significando tanto la extinción de una obligación mediante la creación de una nueva (novación en sentido estricto) como la modificación de una obligación existente (novación en sentido lato) (53).

(voz «*Novazione (diritto civile)*», «Novissimo Digesto italiano», tomo XI, Torino, 1965, pp. 431 a 438; en concreto, pp. 431 y 432).

(49) El artículo 1.230, párrafo 1.º, del *Codice civile* italiano de 1942, situado entre los «modos de extinción de las obligaciones distintos del cumplimiento», establece que «la obligación se extingue cuando las partes sustituyen a la obligación originaria por una nueva obligación con objeto o título diverso». En opinión de MAGAZZU (*ob. cit.*, p. 832), cuando se quiere intentar el encuadramiento sistemático en categorías genéricamente esquematizadas de un fenómeno tan singular como la novación, se corre el peligro de perder de vista su especial peculiaridad, al ser un supuesto fáctico negocial autónomo que se coloca en la categoría de los negocios modificativos, que operan como negocios de segundo grado en el campo de las relaciones obligatorias.

(50) Cfr. CLEMENTE DE DIEGO y NAVARRO DE PALENCIA (*Consulta sobre efectos de un contrato*, «RDP», 1914, pp. 472 y ss.).

(51) Sin embargo, autores de la época, como COVIAN (*ob. cit.*, p. 493), consideran que mediante la novación, la primera obligación queda extinguida por la segunda. Es curioso comprobar cómo DE BUEN (Notas a COLIN y CAPITANT, *ob. cit.*, p. 298), indica que la obligación anterior queda extinguida, mientras que BATLE —autor de la puesta al día, en 1960— añade una nota que dice: «El profesor De Buen define aquí la novación extintiva, y a ella se refiere; pero si la novación es modo de extinguir las obligaciones, también puede ser mera modificación sin efectivos extintivos».

(52) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (Notas a ENNECCERUS, *ob. cit.*, p. 222).

(53) Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (Notas a ENNECCERUS, *ob. cit.*, p. 225). Añaden estos autores: frente a la declaración expresa de las partes, o deducida directa y lógicamente de su voluntad (art. 1.281) de no querer extinguir la obligación existente, sino de modificarla, debe autorizarse tal modificación sin calificarla de novación en su sentido estricto; con ello se gana el poder interpretar fielmente la voluntad de las partes, se evita la pérdida de garantías que por permanecer idénticas no pueden producir perjuicio alguno en el patrimonio de los afectados por ellas (Notas a ENNECCERUS, *ob. cit.*, p. 223).

Esta corriente ha conseguido el respaldo mayoritario de nuestra doctrina y el de nuestra jurisprudencia (54), puesto que el tenor literal del artículo 1.203 del Código civil parece postular tales argumentos.

La doctrina expuesta tiene algunos puntos vulnerables, pues los elementos interpretativos sistemáticos e históricos pueden ser esgrimidos en su contra —recuérdese, en este sentido, que el artículo 1.143 del Código civil establece que la novación hecha por cualquiera de los acreedores solidarios o con cualquiera de los deudores de la misma clase *extingue* la obligación—. Por otro lado, el elemento gramatical semántico, principal bastión de los defensores de la llamada *novación modificativa*, puede volverse contra esa teoría, puesto que el significado gramatical de la voz «novación», según la 12.^a edición del Diccionario de la Lengua Castellana, de 1884, es el de «sustitución de una obligación que se contrae nuevamente en lugar de otra anteriormente contraída, la cual queda *extinguida* en este acto» (55).

Frente a la doctrina mayoritaria que defiende la existencia de la llamada novación modificativa (56), se alzó la brillante pluma del pro-

(54) Cfr. AZURZA (*ob. cit.*, p. 602), MUCIUS SCAEVOLA (*Código civil*, tomo XIX, revisado por Pascual Marín Pérez, Madrid, 1957, p. 1105), CASTAN (*ob. cit.*, p. 383), PUIG BRUTAU (*Derecho general de las obligaciones*, en la obra «Fundamentos de Derecho Civil», tomo I, vol. II, Barcelona, 1976, p. 458) y BATLLE (puesta al día de COLIN y CAPITANT, *ob. cit.*, p. 298, nota 1). Más tibiamente, cfr. ALBALADEJO (*Curso de Derecho Civil*, tomo II, vol. I, Barcelona, 1980, p. 317). En cuanto a la jurisprudencia, nos remitimos a las sentencias del Tribunal Supremo citadas por SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, pp. 548 a 557). Recientemente, pueden consultarse las sentencias de 29 de enero y 22 de noviembre de 1982, 16 de febrero y 11 de noviembre de 1983, 11 de julio, 3 y 26 de octubre de 1985.

(55) Diccionario de la Lengua Castellana (Madrid, 1884, p. 743). Hemos manejado esta edición, por coincidir temporalmente con el momento de la génesis de nuestro Código civil. En el Diccionario de la Lengua española (20.^a ed., Madrid, 1984, p. 959), novación es «acción y efecto de novar», es decir, de «substituir una obligación a otra otorgada anteriormente, la cual queda anulada en este acto».

(56) En otros países europeos se ha intentado realzar la figura de la modificación, como categoría distinta de la novación. Así, en Francia hay que destacar la formulación de GHOZI (*ob. cit.*, p. 4), que define a la modificación como «el acto jurídico por el cual las partes convienen cambiar en el curso de ejecución uno o varios elementos de la convención que les une, manteniendo la relación contractual». Para este autor, la modificación constituye una categoría jurídica claramente diferenciada en el Derecho positivo; basada en la autonomía de la voluntad, dispone de un ámbito de aplicación y de un régimen jurídico que le son propios. A nuestro juicio, esta teoría no resulta plenamente convincente. Para Ghози, el contenido de la modificación consiste en aparecer como un factor de estabilidad y de salvaguarda del lazo contractual, puesto que permite evitar la ruptura o la inexecución del contrato; sin embargo, este cometido, en nuestra opinión, puede también predicarse respecto de la novación y, por otro lado, no consideramos acertado restringir el ámbito de la llamada «modificación» a la relación contractual, excluyendo a las obligaciones que no tienen origen convencional. Cuando Ghози intenta diferenciar la modificación de la novación (*ob. cit.*, p. 22) recurre al criterio de la fungibilidad: en la modificación, las cosas «a los ojos de las partes tienen el mismo valor satisfactorio: su aptitud para extinguir la relación de obligación originaria. Los bienes fungibles tienen entonces el mismo poder liberatorio». En nuestra opinión, este criterio no resuelve definitivamente la cuestión, puesto que también en la novación la nueva obligación tiene, a los ojos de las partes, el mismo valor satisfactorio y, por eso precisamente deciden llevar a cabo el convenio novatorio.

fesor Sancho Rebullida, que, en un profundo y reflexivo estudio, puso en tela de juicio los argumentos que han sido anteriormente expuestos. Para el autor citado, «el concepto mismo de modificación predica la subsistencia esencial del *prius* modificado y es, por tanto, incompatible con el de extinción» (57); por lo que se pregunta: «si el propio Código enumera la novación como una de las especies de extinción, ¿puede reducirse a subespecie lo que signifique subsistencia?» (58). En opinión de Sancho Rebullida, la novación objetiva «tiene lugar cuando un acreedor y un deudor extinguen la obligación que les vinculaba, sustituyéndola por otra de contenido o eficacia distinta» (59). Tal concepción en modo alguno supone rechazar la modificación de las obligaciones; al contrario —indica Sancho Rebullida—: al rectificar su contenido y sede, al darles otra base y tratamiento legal (el art. 1.255 del Código civil), su campo de acción en el Derecho de obligaciones es más amplio y flexible (60), como categoría paralela a la extinción de las obligaciones (61).

A. Hernández Gil concibe la modificación, en el seno de la novación, tal y como la configura el Código civil, como un *concepto básico y genérico*; siempre que no haya extinción, la novación será sólo modificativa —cuando, quedando comprendido el supuesto en el número 1.º del artículo 1.203, no llega a penetrar en la esfera del artículo 1.204— (62). «La novación modificativa —indica el autor citado—, más que una modalidad de la novación, paralela pero distinta de la extintiva, es un primer estadio de ésta. Para modificar basta variar el objeto o las condiciones principales; para extinguir se requiere, además, el concurso de los requisitos del artículo 1.204» (63). En la misma línea, Díez-Picazo considera que la figura de la modificación de la relación obligatoria cobra en sí misma una evidente autonomía y para esclarecer el panorama deben invertirse los términos tradicionales. En lugar de hablar de una novación extintiva y de una novación modificativa, debe hablarse de una *modificación simple* con pervivencia de efectos y de una *modificación extintiva* con total sustitución de la reglamentación o del sistema de organización de intereses establecidos por las partes (64).

La distinción entre novación y la simple modificación ha sido también formulada en Italia por PERLINGIERI (*Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, en la obra «Comentario del Codice civile», a cura de A. Scialoja y G. Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 117) y MAGAZZU (*ob. cit.*, pp. 811 y ss.); en Suiza por VON TUHR (*ob. cit.*, p. 148) y en Alemania Federal por DEGENKOLB (citado por GHOZI, *ob. cit.*, p. 4, nota 12).

(57) Cfr. SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, p. 504).

(58) Cfr. SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, p. 559).

(59) Cfr. SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, p. 519).

(60) Cfr. SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, pp. 563 y 564).

(61) Cfr. SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, p. 513). En el mismo sentido, cfr. CRISTÓBAL-MONTES (*ob. cit.*, pp. 1190 y 1191).

(62) Cfr. A. HERNÁNDEZ GIL (*ob. cit.*, pp. 804 y 805). En análogos términos, cfr. MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, tomo VIII, vol. I, revisado por Miguel Moreno Mocholí, Madrid, 1967, p. 860).

(63) Cfr. A. HERNÁNDEZ GIL (*ob. cit.*, p. 806).

(64) Cfr. Díez-PICAZO (*ob. cit.*, p. 800).

Junto a la cuestión referente a la posibilidad de que exista o no la llamada novación modificativa, hay otro tema en el que reina confusión, aunque no haya sido objeto de tan encendidas discusiones: ¿es la novación el *efecto jurídico* producido por una convención o, por el contrario, consiste precisamente en esa convención? ¿Es la acción de novar o se trata del efecto de novar?

Esta cuestión ha sido perfectamente analizada por Díez-Picazo, que distingue con claridad entre la modificación de la relación obligatoria y las fuentes de tal modificación. Para este autor, la primera de las fuentes de su eventual modificación será el negocio jurídico celebrado por las partes —contrato de modificación—; puede advenir también a través del ejercicio unilateral de una facultad de modificar, que se concede a uno sólo de los dos sujetos; finalmente, y de manera excepcional, cabe una modificación que se produzca de una manera automática e *ipso iure*, cuando aparezca preordenada por una disposición legal (65).

Sancho Rebullida, siguiendo la opinión formulada por Bartolo para el Derecho intermedio (66), considera que la novación es un *efecto jurídico*; una institución de consecuencia, claramente diferenciada del negocio jurídico que la genera (67).

Sin embargo, nuestro Código civil no refleja tan clara concepción de la novación como efecto jurídico. Por el contrario, para nuestro legislador, la novación puede ser también la fuente, el contrato que

(65) Cfr. Díez-Picazo (*ob. cit.*, p. 794). Para Azurza (*ob. cit.*, p. 600), cabe hablar de novación *convencional* y *legal*, incluyendo en esta última el caso de subrogación por pago.

Respecto de la individualización que se opera en las obligaciones genéricas, Sánchez Calero (*Las obligaciones genéricas*, «RDP», 1980, pp. 644 a 660; en concreto, pp. 656 y 567) considera que «la voluntad de las partes va dirigida a la consecución de un resultado material, no a la producción de un efecto jurídico, a la modificación de una relación jurídica». En relación al acto de concretación, en las obligaciones alternativas, De la Cuesta (*Las obligaciones alternativas*, «RDP», 1984, pp. 3 a 25; en concreto, p. 15) opina que no se produce novación, «pues a pesar de modificar la regulación aplicable, la declaración de elección no reúne los requisitos de un acto de voluntad dirigido a producir efectos novatorios, y ello porque la elección no es sino un presupuesto normativo de la obligación alternativa, al que sirve y está encaminado el hecho mismo de la pluralidad de contenidos». Respecto del acto de elección de la obligación facultativa, considera Vattier Fuenzalida (*Contribución al estudio de las obligaciones facultativas*, «RDP», 1982, pp. 643 a 644; en concreto, p. 662) que «la semejanza de la obligación facultativa y la novación objetiva proviene del derecho aparente de que existe en ambas una alteración del objeto de la relación obligatoria, pero la figura de que nos ocupamos no es un supuesto ni de novación propia ni de novación impropia, y no lo es, de una parte, porque el ejercicio del derecho de elección no extingue obligación alguna, y si recae sobre la prestación facultativa no da lugar a una obligación nueva entre los contratantes, y, de otra parte, porque la posibilidad de sustituir la prestación, al estar prevista de antemano por las partes, no supone una verdadera modificación de la relación obligatoria».

(66) Citado por Giardina (*ob. cit.*, p. 101). Para Bartolo, la novación no es acto, sino un *effectus iuris*.

(67) Cfr. Sancho Rebullida (*Comentarios...*, *cit.*, p. 509). En el mismo sentido, para el Derecho italiano, cfr. Codacci Pisanelli (*ob. cit.*, p. 346) y Piras (*Appunti sulla novazione*, «Studi Sassaressi», 1947, pp. 21 y ss.).

da lugar a la extinción de la obligación —o a su modificación, para los autores que defienden la existencia de la llamada novación modificativa—. Así, el artículo 1.207 del Código civil, al indicar que «cuando la obligación principal se extinga *por efecto de la novación...*», concibe a la novación como equivalente al convenio —contrato novatorio— que puede dar lugar a la extinción de la obligación. Con semejante formulación legal, no resulta extraño que un importante sector de nuestra doctrina atribuya al concepto «novación» un significado ambivalente, comprensivo tanto de la acción como del efecto de novar (68); ambivalencia que también tiene lugar para ciertos sectores de las doctrinas francesa e italiana (69).

Así, pues, resulta que, para algunos autores, la novación coincide únicamente con la extinción de la obligación, mientras que, para otros, comprende también la modificación. Por otro lado, para un sector doctrinal, la novación es un efecto jurídico; para otro sector, es también el convenio que produce tales efectos. En consecuencia, el significado del término «novación» adolece de falta de precisión y de falta de claridad. Ante tal perspectiva, podríamos preguntarnos si resulta necesario mantener el concepto de novación o si, por el contrario, podría prescindirse de él.

Como es sabido, el BGB alemán no menciona la figura de la novación, lo que es un dato relevante, dada la depurada técnica utilizada por el codificador teutón (70). Sin embargo, tal circunstancia no impide que, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, puedan las partes contratantes sustituir la antigua obligación por una

(68) En este sentido, cfr. PUIG BRUTAU (*ob. cit.*, p. 464) y CRISTOBAL-MONTES (*ob. cit.*, p. 1187). Por otra parte, los precedentes del actual artículo 1.207 —el artículo 1.138 del proyecto de 1851 y el artículo 1.224 del anteproyecto de 1882— expresan la idea de manera semejante.

(69) Para el Derecho italiano, cfr. SCHLESINGER (*Mancanza dell'effetto estintivo nella novazione oggettiva*, «Riv. dir. civ.», 1958-1.ª, pp. 353 a 384; en concreto, p. 354), que se refiere al doble significado del término novación; alguna vez en relación al supuesto fáctico, otra a la eficacia. Así, por ejemplo —también dejando aparte el encuadre legislativo de la institución entre los «modos de extinción de las obligaciones diversas del cumplimiento»— en el artículo 1.233 del *Codice civile* se habla de una novación que se *efectúa* entre el acreedor y uno de los deudores *in solido* y en el artículo 1.234 se habla de una novación «*sin efecto*», con evidente referencia al *acuerdo*, mientras en el artículo 1.231 se habla de la entrega de un documento que no produce novación, es decir, que no tiene cierta *eficacia*. Para PERLINGIERI (*ob. cit.*, pp. 59 y 60), la distinción entre la novación como supuesto fáctico y la novación como efecto es de interés fundamentalmente teórico, reseñando que la doctrina mayoritaria niega a la novación la naturaleza de supuesto negocial y agota su estudio en la teoría de las vicisitudes de la obligación.

Para el Derecho francés, cfr. PLANIOL-RIPERT-BOULANGER (*ob. cit.*, p. 639) y CARBONNIER (*ob. cit.*, p. 570).

(70) El párrafo 364-2 del «BGB» alemán, que se refiere a la dación en pago, parece aludir también a la novación objetiva, cuando establece que «la relación obligatoria se extingue si el acreedor acepta en lugar del cumplimiento una prestación distinta de la debida. Si con el fin de satisfacer al acreedor asume el deudor frente a éste una nueva obligación, en la duda no ha de entenderse que él asuma la obligación en lugar del cumplimiento». El «ABGB» austríaco deja para la novación (*Neuerungsvertrag*) una disciplina autónoma (párrafos 1376 y ss.).

nueva que ocupe su lugar (71). Algunos Códigos posteriores al alemán han preferido mencionar y regular la novación, como sucede con el Código suizo de obligaciones de 1911 y con los Códigos civiles italiano de 1942 y portugués de 1966.

En nuestro Derecho, De Cervera ha propugnado recientemente la conveniencia de prescindir del concepto de «novación», demostrando que, desde la primitiva novación hasta nuestros días, muchas figuras han derivado, algunas de las cuales suelen ser ya situadas (unas u otras, según los Ordenamientos) fuera de la novación. Indica este autor que, cuando en un concepto «novación» incluye un Ordenamiento figuras tan diversificadas como las derivadas de tal concepto, el tratamiento de la novación, que ha de ser un tratamiento unitario o no es un tratamiento de la «novación», suscita dificultades; tantas que, a pesar de los esfuerzos, apenas es posible evitar que el resultado parezca la superposición del tratamiento de varias figuras, con un hilo conductor poco visible o esforzadamente logrado (72).

A mi juicio, el concepto de novación objetiva sería necesario, si con tal término individualizáramos y definiéramos un concreto fenómeno jurídico (73). Empero, cuando el concepto es confuso —e incluso contradictorio—, como acontece en el Derecho español, deja de ser *necesario* para explicar las variaciones objetivas que pueden producirse en las relaciones obligatorias. En tales condiciones, intentaremos realizar una construcción jurídica, prescindiendo del término «novación», aun siendo conscientes de que se trata de un término que goza de una gran raigambre en nuestro Derecho.

3. LA ALTERACION OBJETIVA CONVENCIONAL: COMETIDO Y EFECTOS

De manera provisional, llamaré alteración objetiva convencional de la relación obligatoria al acuerdo o convenio llevado a cabo entre dos personas, previamente unidas por un lazo obligacional, por el que introducen cambios en los elementos de tal relación (74). En la parte final de nuestra exposición comprobaremos la utilidad de este concepto y formularemos las matizaciones y correcciones que sean necesarias.

(71) Cfr. ENNECCERUS (*ob. cit.*, p. 370).

(72) Cfr. DE CERVERA (*En torno al futuro de la novación*, en la obra «Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Federico De Castro», tomo I, Madrid, 1976, pp. 451 y ss.; en concreto, pp. 472 y 473).

(73) Como ocurre en otros países europeos. Véase la nota 56.

(74) Para el Derecho francés, cfr. GHOZI (*ob. cit.*, p. 4), que define la *modificación* como el *acto* jurídico por el cual las partes convienen cambiar en el curso de ejecución uno o varios elementos *de la convención* que les une, manteniendo la relación contractual. Nótese que nuestro concepto de «alteración objetiva convencional» es más neutro que el concepto de «modificación» formulado por Ghazi, cuyo trabajo tiene por finalidad —no lograda plenamente, a nuestro juicio— *deslindar* esa figura respecto de la novación. Mi investigación, por el contrario, pretende *prescindir* del concepto de novación.

Aquello que de forma puramente instrumental he llamado «alteración» consiste, como indica el Diccionario de la Lengua Española, en la *acción* de alterar o cambiar algún elemento de la obligación (75). En esta investigación, centraremos nuestra atención en el momento en que se produce dicho cambio, excluyendo el estudio pormenorizado de los resultados que la alteración va a producir.

El momento en que se produce la alteración es trascendental: a tal momento dirigiremos nuestra indagación, pues estamos convencidos de que es el momento clave para entender el fenómeno que hasta ahora ha sido denominado «novación objetiva».

Nuestro método consistirá en analizar el cometido del convenio de alteración y los efectos que las partes pretenden alcanzar, pues sólo tras un examen de dichas cuestiones puede llegarse a la formulación del concepto de una figura jurídica (76).

Para indagar acerca del cometido del convenio de alteración objetiva de la relación obligatoria, debemos preguntarnos cuál es el interés práctico perseguido por las partes. En una primera aproximación, considero que las partes tienen interés en *alterar* ciertos elementos objetivos de la obligación preexistente cuando pretenden realizar un acto que les exima de llevar a cabo dos actuaciones sucesivas. Alterando la relación obligatoria, las partes quedan exoneradas de realizar un *mutuo disenso* y de llevar a cabo una segunda declaración constituyendo una nueva obligación independiente de la primera.

La finalidad de las partes no consiste en crear una relación jurídica «independiente» de la anterior, sin ninguna conexión objetiva. Por el contrario, las partes pretenden *incidir* en la relación preexistente, variando alguno o algunos de sus elementos objetivos. En otras palabras: las partes pretenden conseguir una *adaptación* de la relación obligatoria a sus intereses, que han sufrido una variación desde el momento del nacimiento de la obligación. El programa o plan previsto va a acomodarse a las nuevas aspiraciones de las partes, sin tener que recurrir a la vía traumática del mutuo disenso seguido de la creación de una nueva obligación.

En mi opinión, la función del convenio de alteración objetiva consiste en facilitar, mediante la realización de un solo acto (77), la «con-

(75) Mientras que, según el Diccionario de la Lengua Española (20.^a ed., Madrid, 1984), la alteración es la *acción* de alterar o alterarse (p. 76), la novación es la «*acción y efecto de novar*» (p. 959) y la modificación es la «*acción y efecto de modificar o modificarse*» (p. 917). La supresión de la acepción de alteración como efecto no es un hecho causal, sino voluntariamente pretendido por los académicos de la lengua, puesto que en la 12.^a ed. del Diccionario de la Lengua Castellana (Madrid, 1884, p. 60), la alteración se definiría como la «*acción y efecto de alterar o alterarse*».

(76) En este sentido, cfr. PUGLIATTI (*Nuovi aspetti del problema della causa die negozi giuridici*, en la obra «Diritto civile. Método. Teoría. Práctica», Milano, 1951, pp. 75 y ss.) y MAGAZZU (*ob. cit.*, p. 791).

(77) Cfr. PERLINGIERI (*ob. cit.*, p. 67): para discernir la última esencia de la novación no es inútil el paralelismo con la función negocial de la permuta. Para el Dere-

tinuidad» de la relación obligatoria (78). Aquí se encuentra la clave que explica todo el fenómeno que estamos describiendo: las partes pretenden seguir vinculadas sin solución de continuidad. La obligación resultante de la alteración hunde sus raíces en la antigua obligación, tiene en ella su origen. Sólo en este sentido cabe decir que el requisito del *idem debitum*, característico de la *novatio* romana del período clásico y posteriormente olvidado (79), tiene resonancia en nuestros días.

Las mismas partes que en su día dieron lugar, por su voluntad o por su comportamiento, a la creación de un vínculo jurídico, *acuerdan* posteriormente *alterar ese vínculo, incidiendo en la disciplina pre-existente*. El resultado de la alteración será una obligación «distinta», no exactamente igual a la primitiva y, en ese sentido, podemos decir que se produce una «discontinuidad» de la relación obligatoria.

Es precisamente ese complejo fenómeno, dotado a la vez de continuidad y de discontinuidad, el elemento característico de la alteración objetiva convencional, que le hace diferenciarse claramente de otras figuras jurídicas cercanas, caracterizadas únicamente por la continuidad —reconocimiento de deuda (80) y renovación (81)— o por la dis-

cho francés, GHOZI (*ob. cit.*, pp. 20 a 33) formula el criterio de la fungibilidad: se reconoce a la voluntad de las partes el poder de convertir jurídicamente fungibles entre ellos objetos de naturaleza diferente. El nuevo objeto cumple el mismo destino que aquel al que sustituye. Todo ocurre como si... no hubiera habido sustitución del objeto, puesto que el nuevo objeto es en todo punto idéntico al primero, objetiva o subjetivamente. El acontecimiento de la modificación —sin alteración de la relación jurídica— supone necesariamente la fungibilidad de los objetos entre sí, el respeto de la relación instrumental existente entre el objeto y la causa. Sólo con esta doble condición el nuevo objeto «pagará» la relación jurídica originaria. La conservación de la relación jurídica originaria impone entonces la equivalencia de los objetos entre sí, tanto en su valor satisfactorio a los ojos de las partes como por su papel instrumental en relación a la causa. A este fenómeno le llama Ghozi la *doble fungibilidad*.

(78) Cfr. MANRESA-MORENO MOCHOLI (*ob. cit.*, p. 855): para la novación «esa subsistencia de relaciones jurídicas es indispensable, esencial y de directo resultado». Para GHOZI (*ob. cit.*, p. 15), la novación supone la destrucción de la primera relación, mientras que la modificación implica la continuidad. Sin embargo, este mismo autor reconoce más adelante (*ob. cit.*, p. 39) que «el recurso a la novación —sucesión de dos obligaciones distintas, aunque ligadas entre sí— justifica a la vez la «continuidad» del vínculo y su sujeción a categorías jurídicas diferentes»; e incluso llega a destacar, como característica común de la novación y de la modificación frente al mutuo disenso seguido de la creación de una nueva obligación, que aquéllas se caracterizan por la continuidad de la relación jurídica (*ob. cit.*, p. 49).

(79) Para SANCHO REBULLIDA (*Comentario...*, *cit.*, p. 516), en el Derecho moderno no existe el requisito del *idem debitum*. Sin embargo, como pone de relieve MAGAZZU (*ob. cit.*, p. 806) para el Derecho italiano, bajo el perfil que contempla la relación en su estructura elemental, puede hablarse ciertamente de un *idem debitum* y bien puede tomar el sentido de la continuidad entre la «vieja» y la «nueva» obligación.

(80) Cfr. BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE (*ob. cit.*, p. 8): si no existen diferencias entre la primera y segunda obligación, no puede haber novación, sino sólo reconocimiento de la primera deuda. Para BETTI (*Teoría general de las obligaciones*, tomo II, traducción y notas de De los Mozos, Madrid, 1970, p. 326), difieren de la novación «por el diferente problema práctico que resuelven, tanto el reconocimiento de la relación jurídica —dirigida, como está a excluir cualquier futura contestación mediante una concorde apreciación del *quid juris* (por ejemplo: 1988)— como de la declaración

continuidad —acumulación de obligaciones (82) y mutuo disenso seguido de la creación de una nueva obligación (83)—. Es la dialéctica entre continuidad y discontinuidad el fenómeno que explica la esencia de la alteración objetiva convencional (84).

Si analizamos la estructura del convenio de alteración objetiva, encontraremos algunos elementos que son residuos de la *novatio* clásica, aunque hayan sufrido las lógicas mutaciones impuestas por una realidad social diversa. Tales elementos son:

1.º El convenio de alteración objetiva se lleva a cabo entre personas previamente unidas por un nexo obligacional, que no tiene por

convencional, dirigida a definir y a fijar la situación existente entre las partes, de modo que se les prohíba inmiscuirse en el negocio y practicar la consiguiente relación de forma diferente de aquella que se ha declarado (transacción: 1965)». Sobre este tema, cfr. PERLINGIERI (*ob. cit.*, pp. 87 a 89).

En análogos términos, para el Derecho español, cfr. MANRESA-MORENO MOCHOLI (*ob. cit.*, p. 876), CASTAN (*ob. cit.*, p. 391) y PUIG BRUTAU (*ob. cit.*, p. 462), así como las recientes sentencias del Tribunal Supremo de 22 y 25 de noviembre de 1982.

(81) Cfr. TRABUCCHI (*Instituciones de Derecho civil*, tomo II, anotado por L. Martínez Calcerrada, Madrid, 1967, p. 87): «Es preciso distinguir las transformaciones operadas en el título de las modificaciones meramente formales. Las modificaciones formales se dan con la *reproducción* o renovación literal del contrato que es la fuente de las obligaciones. No se trata, entonces, de una nueva relación obligatoria, como en el caso de la novación; únicamente se produce una mutación extrínseca en la fuente de la relación, porque las partes se ponen de acuerdo en reproducir un negocio precedente, para evitar posibles discusiones, para aclarar los términos de un contrato anterior (caso de interpretación auténtica), para completar la relación con medidas de ejecución, o para —finalmente— dar al título la forma requerida a los fines de la prueba o de la inscripción». Sobre este tema, cfr. también RESCINGNO (*ob. cit.*, pp. 87 y 88) y PERLINGIERI (*ob. cit.*, pp. 97 y 98).

Por influencia del contenido de la Partida 5.ª, título XIV, ley 15, que consideraba al *renovamiento* como «otra manera de quitamento, que desata la obligación principal de la deuda, bien así como la paga», equiparan novación y renovación GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (*Elementos del Derecho civil y penal de España*, tomo II, Madrid, 1869, p. 221) y MUCIUS SCAEVOLA (*ob. cit.*, p. 1098).

(82) Cfr. ALBALADEJO (*ob. cit.*, p. 333): «si el *animus* modificativo no consta, nace una segunda obligación *además* de la otra (pues, entonces, hay que decidirse por la voluntad, no de modificar la obligación, sino de obligarse de nuevo)». En el mismo sentido, cfr. CRISTÓBAL-MONTES (*ob. cit.*, p. 1198): sin el *animus novandi*, «por más que se cree una nueva obligación, no habrá extinción y reemplazo de la precedente, sino acumulación». Para A. HERNÁNDEZ GIL (*ob. cit.*, p. 807), si se cumple en un todo la obligación primera más la segunda, nos hallamos fuera de los dominios de la novación en cualquier significado. Habrá tan sólo dos obligaciones yuxtapuestas.

(83) Cfr. GHOZI (*ob. cit.*, p. 39): «en materia de novación, la interdependencia de las obligaciones que se suceden hace que la nulidad de la primera se extienda a la que la reemplaza, mientras que en el cuadro del *mutuus dissensus* seguida de la creación de una nueva obligación, la independencia de las dos obligaciones protege a la segunda de las consecuencias de la nulidad de la primera».

(84) En este sentido, para el Derecho italiano, cfr. MAGAZZU (*ob. cit.*, pp. 807 y 820): la vicisitud novativa manifiesta su verdadera esencia, su inconfundible peculiaridad en la dialéctica del «continuo» y del «discontinuo». En la novación, la relación originaria se extingue para renacer *ex novo*, existiendo una «línea de continuidad» entre las dos relaciones, en cuanto se manifiesta un cierto nexo de derivación y de filiación entre tales relaciones. Pero, por otro lado, existe una solución de continuidad, «discontinuidad» o «ruptura», al ser la disciplina de la relación totalmente «independiente» de la originaria. La idea de «discontinuidad» procede de CARBONNIER (*ob. cit.*, p. 570).

qué ser necesariamente contractual (85). La segunda obligación tiene su origen en la obligación primitiva —*idem debitum*, en el sentido de continuidad, no de total identidad—. Ambas obligaciones son *interdependientes* (86), lo que explica la existencia de preceptos, como el artículo 1.208 del Código civil español (87).

2.º La alteración objetiva convencional introduce cambios en los elementos de la relación obligatoria. Con esta exigencia, aludimos claramente al requisito del *aliquid novi* (88): el convenio de alteración ha de establecer diferencias, por pequeñas que sean, entre la obligación preexistente y la obligación alterada (89). En este sentido, puede hablarse de discontinuidad, que puede referirse a la naturaleza de la prestación; a su cuantía o calidad; al modo, tiempo o condiciones de ejecución o, incluso, a la causa de la obligación.

Los efectos del convenio de alteración objetiva de la relación obligatoria, a mi juicio, no deben ser calificados de «extintivos» o «meramente modificativos», como ha venido sosteniendo hasta el momento la doctrina, al estudiar la llamada «novación objetiva». En mi opinión, la *alteración objetiva convencional tendrá el alcance que las partes quieran darle*, sin que esos efectos puedan ser equiparados, de modo un tanto simplista, a la extinción o a la simple modificación de la relación obligatoria. Al amparo del artículo 1.255 del Código civil, las partes pueden establecer las variaciones objetivas que estimen convenientes y, por lo tanto, podrán convenir, si así lo desean, que determinados elementos permanezcan inalterados. En otras palabras: la adaptación del programa inicialmente previsto a los nuevos intereses de las partes produce, a través del convenio de alteración objetiva, una *sustitución* de ciertos elementos de la relación obligatoria y esa sustitución podrá o no afectar al núcleo fundamental de la obligación preexistente.

(85) En análogos términos, respecto de la novación, cfr. AZURZA (*ob. cit.*, p. 606).

(86) Cfr. GHOZI (*ob. cit.*, pp. 39 y 49).

(87) El artículo 1.234 del *Codice civile* italiano establece: «La novación no tiene efectos, si no existía la obligación originaria. Cuando la obligación originaria deriva de un título anulable, la novación es válida, si el deudor ha asumido válidamente el nuevo débito conociendo el vicio del título originario». Para un estudio exhaustivo de este precepto, cfr. SCHLESINGER (*ob. cit.*, pp. 356 a 384).

(88) La doctrina española es partidaria de la exigencia de dos obligaciones en la novación. Así, GARCÍA GOYENA (*ob. cit.*, p. 153): «la antigua, que se extingue, y la nueva substituida en lugar de aquélla; pero es necesario que en la posterior *aliquid novi sit, forte si conditio, aut dies, aut fidejussor adjiciatur, aut detrahatur*». En el mismo sentido, cfr. CASTAN (*ob. cit.*, p. 389) y ALBALADEJO (*ob. cit.*, p. 317).

Sin embargo, no queda claro que el *aliquid novi* haga discrepar en todo a la antigua y a la nueva obligación. En este sentido, CODACCI PISANELLI (*ob. cit.*, pp. 346 y ss.) considera, en relación al Derecho italiano, que uno al menos de los requisitos esenciales de la relación —el objeto, los sujetos y la causa— debe permanecer inmutable, así como el requisito del *aliquid novi* exige que, uno al menos de tales elementos esenciales cambie. Para SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, p. 516), «en principio, el *aliquid novi* puede afectar a la totalidad de la prestación e, incluso, en la novación mixta, a todos los elementos de la relación obligatorias». Más resultadamente se manifiesta PERLINGIERI (*ob. cit.*, p. 63) y CRISTÓBAL-MONTES (*ob. cit.*, p. 1215), que opinan que en la nueva obligación se pueden cambiar todos los elementos de la antigua y no sólo uno o algunos.

(89) Cfr. ALBALADEJO (*ob. cit.*, pp. 317 y 318).

A través de la alteración objetiva convencional, las partes pueden tener la intención de conseguir una nueva disciplina o «reglamentación» particular de la relación obligatoria, que sustituya a la que existía con anterioridad a la alteración (90). Se trata de una *sustitución global*: nace una nueva obligación, que absorbe a la anterior (91). Hablamos de *nueva* obligación porque, como resultado de la alteración, la obligación tiene nueva individualidad, por haberse alterado el *núcleo fundamental* de la relación obligatoria preexistente (92).

Pero no siempre ocurrirá así, ya que las partes pueden perseguir únicamente el cambio en algún elemento de la relación obligatoria, conservando, en lo demás, la misma disciplina particular que regulaba la obligación preexistente (93), que mantiene su estructura elemental (94).

La intención de las partes puede manifestarse de dos maneras: en primer lugar, cuando declaran de forma categórica su intención, de modo que no quepan dudas acerca de lo declarado (intención expresa); en segundo lugar, la intención puede inferirse del contenido del convenio de alteración, aunque las partes no hayan manifestado tal intención con palabras categóricas (intención tácita). Cuando la intención expresa no coincide con la intención real, inferida del contenido del convenio de alteración, deberá prevalecer la intención real sobre las palabras. La alteración objetiva convencional tiene, como su nombre indica, naturaleza contractual (95) y, en tal sentido, resul-

(90) El término «reglamentación» ha sido utilizado por la doctrina en ocasiones. Cfr. Díez-PICAZO (*ob. cit.*, p. 800), que habla de una «total sustitución de la reglamentación» al referirse a la modificación extintiva. En la doctrina italiana, cfr. MAGAZZU (*ob. cit.*, p. 802), que se refiere al «*diverso regolamento*» producido por la novación.

(91) En este sentido, cfr. BETTI (*ob. cit.*, p. 193): «La novación es un fenómeno de conversión de la relación obligatoria, debida a una situación que se opera en el vínculo preexistente, por otro nuevo que lo absorbe, que lo suplanta en tanto en cuanto suprime su objeto, y asume su contenido más elemental consistente en el deber-tener del acreedor». En análogos términos, cfr. VON TUHR (*ob. cit.*, p. 147) y MAGAZZU (*ob. cit.*, p. 806). Por esa razón, no existe en el Derecho español actual la posibilidad de optar por el cumplimiento de la primera obligación, si se incumple la segunda, como proponían con anterioridad a la promulgación de nuestro Código civil, GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (*ob. cit.*, p. 223).

(92) Cfr. MAGAZZU (*ob. cit.*, pp. 815 y 820).

(93) Cfr. Díez-PICAZO (*ob. cit.*, p. 800), al referirse a la «modificación simple con pervivencia de efectos».

(94) Cfr. PERLINGIERI (*ob. cit.*, pp. 805 y 831).

(95) Nótese que empleamos el término «convenio» en un sentido amplio, equivalente a contrato. En opinión de Díez-PICAZO (*ob. cit.*, pp. 73 y 74), el criterio para distinguir el contrato frente a los acuerdos no es tanto la contemplación del paralelismo o de la contraposición de los intereses en juego, como la diversa posición o situación jurídica que las partes ocupan. En el acuerdo, las partes ocupan ya una misma posición o situación jurídica y el acuerdo es por ello la expresión de la voluntad de esta posición o situación. El acuerdo es la declaración de voluntad de una cotitularidad, con independencia de que los cotitulares persigan unos mismos o distintos intereses. En el contrato, en cambio, las partes ocupan siempre inicialmente posiciones jurídicas diversas, aunque éstas estén llamadas a integrarse en un superior precepto de autonomía privada obligatorio para los contratantes. La doctrina alemana distingue entre con-

ta plenamente aplicable el párrafo segundo del artículo 1.281 del Código civil (96). La intención de realizar o no una sustitución global, mediante el convenio de alteración, no depende esencialmente de las palabras empleadas, sino de la entidad de la alteración producida, es decir, del *aliquid novi* (97). En realidad, el *aliquid novi* y la inten-

trato (*Verrag*) y convenio (*Vereinbarung*): en el contrato, dos o más personas emiten declaraciones de voluntad que son intrínsecamente diferentes, pero que se corresponden entre sí y que coinciden en el alcance de un mismo efecto jurídico; el convenio es un negocio jurídico plurilateral, en el cual las partes declarantes no se enfrentan entre sí como portadores de unos intereses contrapuestos y, por consiguiente, no emiten unas declaraciones intrínsecamente diferentes, sino que sus declaraciones son coincidentes e iguales. Cfr. DÍEZ-PICAZO (*ob. cit.*, p. 73).

Defienden la naturaleza contractual de la novación, entre otros, AUBRY y RAU (*ob. cit.*, p. 211), BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE (*ob. cit.*, p. 17), PLANIOL-RIPERT-BOULANGER (*ob. cit.*, p. 633), VON TUHR (*ob. cit.*, p. 149), RESCIGNO (*ob. cit.*, p. 435), MAGAZZU (*ob. cit.*, p. 788), A. HERNÁNDEZ GIL (*ob. cit.*, p. 798) y MANRESA-MORENO MOCHOLI (*ob. cit.*, p. 872). Consideran que la novación puede tener origen distinto del contrato CARBONNIER (*ob. cit.*, p. 574), PERLINGIERI (*op. cit.*, p. 61) y GHOZI (*ob. cit.*, p. 4).

(96) Tiene razón ALBALADEJO (*ob. cit.*, p. 326) cuando afirma que «las partes, si ciertamente son dueñas de construir un caso concreto —que objetivamente permita la elección— bien como extinción de una obligación y nacimiento de otra, bien como modificación de una obligación, de lo que no son dueñas —porque iría contra la naturaleza de las cosas— es de: 1.º Realizar una novación extintiva en un caso en el que el cambio que se establezca sea tan exiguo que objetivamente excluya la posibilidad de pensar que se está frente a otra obligación (pues es sólo la anterior con un ligero retoque). 2.º Establecer una novación *modificativa* cuando la antigua obligación y la nueva sean de todo punto incompatibles; pues, entonces, la naturaleza de las cosas (además, art. 1.204, *in fine*), implica novación extintiva, y lo único que las partes pueden hacer, si no quieren extinción, es llevar a cabo un cambio menos trascendental». En el mismo sentido, cfr. SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, pp. 518 a 520), PUIG BRUTAU (*ob. cit.*, p. 462) y CRISTÓBAL-MONTES (*ob. cit.*, p. 1209). En contra, cfr. MUCIUS SCAEVOLA (*ob. cit.*, p. 1109): cuando hay declaración terminante de las partes, «la novación queda establecida en su totalidad, aunque resulte de hecho que las diferencias entre la obligación antigua y la nueva son insignificantes».

A la misma conclusión que ALBALADEJO llega la doctrina italiana. Respecto al derogado *Codice civile* de 1965, cfr. NICOLO (*Transazione e novazione*; «Anr. dir. comp.», 1934, IX, pp. 501 y ss.; en concreto, p. 508); más confusa resulta la opinión de RICCI (*ob. cit.*, p. 51) al respecto: «el conceder una dilación en el pago no implica novación, pero sí en el caso de que las partes lo declaren. Por el contrario, si el acto implica novación, ¿pueden las partes declarar que no quisieron novar? Ciertamente no, porque los hechos son superiores a las palabras y no pueden quedar destruidos por ellas». En el mismo sentido que defendemos en el texto, para el *Codice civile* de 1942, cfr. MESSINEO (*ob. cit.*, p. 525), MAGAZZU (*ob. cit.*, pp. 802, 809 y 831) y RESCIGNO (*ob. cit.*, pp. 435 y 436). Con rotundidad, declara PERLINGIERI (*ob. cit.*, pp. 71 y 78), para quien *sin cambio en el objeto o en el título no hay novación, ni tácita ni expresa*. El papel del *animus novandi* es mucho más limitado y es insuficiente a los fines de la novación. Para este autor, el recurso a la noción de autonomía privada no es de por sí determinante: la clasificación de un supuesto de hecho negocial no se infiere de la denominación exterior, sino de los efectos esenciales que dicho supuesto de hecho tiende a realizar (*ob. cit.*, pp. 114 y 115). En contra, cfr. BUCISSANO (*La novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi*, Milano, 1968, p. 30): la voluntad de las partes es predominante y a ella hay que atender para distinguir la novación de la modificación y de la acumulación.

(97) Como indican las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1983 y de 3 de octubre de 1985, el deslinde entre la extinción y la simple modificación ha de hacerse tomando en consideración la voluntad de las partes y la significación económica de la modificación que se introduzca.

ción de las partes son las dos caras de una misma moneda (98) y el problema de determinar el alcance de la alteración objetiva convencional no es otra cosa que un problema de interpretación del contrato (99).

¿Es un dato relevante, para decidir si existe o no intención de producir la sustitución global, la existencia de un pacto de reserva de garantías (100) o de un pacto que declare expresamente la subsistencia de elementos accesorios de la primera obligación?

En mi opinión, la existencia de pactos de reserva de garantías no decide la cuestión de la existencia o no de sustitución global de la obligación preexistente por la obligación resultante de la alteración. En Derecho romano, la extinción de las garantías y de los elementos accesorios era consecuencia lógica y obligada de la *novatio*, en virtud del principio de accesoriedad (101). Sin embargo, en el Derecho moderno, por influencia de las doctrinas de Pothier (102), se admite la posibilidad de «extinguir» —llamémosle así, usando la terminología tradicional— una obligación y de realizar simultáneamente pactos para conservar algunos elementos de la obligación precedente, sin que la existencia de tales pactos influya en la cuestión de la subsistencia del núcleo fundamental de la antigua relación obligatoria. Sin embargo, cuando no existen los pactos de reserva, la eficacia del principio de accesoriedad —con la excepción prevista en el artículo 1.207 del Código civil español, establecida en beneficio de los terceros (103)— implicaría la extinción de las garantías y los elementos accesorios de la relación obligatoria primitiva, en los supuestos en que se produce la sustitución global. Esa razón es la que justifica la tesis —acogida por la doctrina y la jurisprudencia (104)— de que, en caso de duda,

(98) En este sentido, para el Derecho italiano, cfr. MAGAZZU (*ob. cit.*, p. 808). Sin embargo, para el Derecho francés, considera GHOZI (*ob. cit.*, p. 41) que hace falta un elemento nuevo —*aliquid novi*—, pero no es suficiente: las partes deben indicar, expresa o implícitamente, su intención de novar.

(99) En el mismo sentido, cfr. PERLINGIERI (*ob. cit.*, p. 77): «será cuestión de interpretación de la reglamentación la finalidad de una correcta subsunción del fenómeno en la novación o en la modificación».

(100) El pacto de reserva de garantías está recogido en el artículo 1.278 del *Code civil* francés: «Los privilegios e hipotecas del antiguo crédito no pasan a aquel que lo ha sustituido, a menos que el acreedor así lo haya reservado expresamente». En análogos términos, el artículo 1.232 del *Code civile* italiano establece: «Los privilegios, la prenda y las hipotecas del crédito originario se extinguen si las partes no convienen expresamente mantenerlos para el nuevo crédito». Ambas normas tienen, pues, carácter dispositivo. La voluntad de las partes dirigida al mantenimiento de las garantías se justifica por la línea de continuidad que es propia del convenio de alteración.

(101) Cfr. ELEFANTE (*ob. cit.*, p. 430).

(102) Citado por PLANIOL-RIPERT-BOULANGER (*ob. cit.*, pp. 639 y 640). La fórmula de POTHIER era: las seguridades reales pueden ser conservadas por el acreedor, pero *solamente con el consentimiento del propietario de los bienes sobre los que existe el gravamen*. En análogos términos, para el Derecho español anterior a 1889, cf. GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (*ob. cit.*, p. 222).

(103) Sobre este precepto, cfr. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ (*El artículo 1.207 del Código civil*, «RCDI», 1973, pp. 1413 y ss.).

(104) Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (*ob. cit.*, p. 222), A. HERNÁNDEZ GIL (*ob. cit.*, pp. 803 y 804) y CASTAN (*ob. cit.*, p. 392). Para GARCÍA GOYENA (*ob. cit.*, p. 154), este punto queda en cierto modo al prudente arbitrio del Juez; pero «no

se presume querido el efecto más débil, es decir, que no se produzca lo que venimos llamando sustitución global (105).

Aclarada esta cuestión, estamos en condición de preguntarnos: ¿cuándo podemos inferir del contenido del convenio de alteración, en Derecho español común, la intención de producir la sustitución global de la obligación preexistente por la obligación resultante?

Para un sector doctrinal, encabezado por Sancho Rebullida, la variación de los elementos esenciales produce la extinción de la obligación anterior, como se desprende del artículo 1.203-1.º del Código civil, que, al hablar de «variar el objeto o las condiciones principales», se está refiriendo al efecto extintivo de la alteración, puesto que el artículo 1.204, *in fine*, al establecer el criterio de la incompatibilidad, sólo resuelve la tensión novación-acumulación, cuando, creada una nueva obligación, hay que resolver si sustituye a la precedente o coexiste junto a ella (106).

Para otro sector doctrinal, cuyas figuras más representativas son Pérez González y Alguer, es perfectamente posible que la alteración de elementos esenciales no produzca la extinción de la obligación preexistente, puesto que el artículo 1.203-1.º del Código civil sólo indica que tales obligaciones «pueden modificarse». Según esta corriente doctrinal, para que se produzca la extinción es necesario que, además de introducirse cambios esenciales, la obligación alterada y la obligación precedente sean de todo punto incompatibles, como indica el artículo 1.204 *in fine* (107).

debe perderse de vista que la presunción está contra la novación; y, por consiguiente, en caso de duda deberá decidirse contra la segunda». Muy expresivamente, ALBALADEJO (*ob. cit.*, p. 322) escribe: «así como la voluntad de novación modificativa es posible obtenerla después de haber sometido a la declaración a una interpretación *normal*, la de novación extintiva sólo procede después de haber sometido a aquélla a una interpretación restrictiva». Es doctrina constante del Tribunal Supremo que la novación nunca se presume, ni se puede inferir de meras deducciones o conjeturas. En ese sentido, pueden consultarse las recientes sentencias de 29 de enero de 1982 y de 26 de octubre de 1985.

El artículo 1.273 del *Code civil* francés establece: «La novación no se presume; es preciso que la voluntad de producirla resulte claramente del acto». En el mismo sentido, el párrafo 1.º del artículo 116 del Código de obligaciones suizo ordena: «La novación no se presume»; y el párrafo 2.º del artículo 1.230 del *Codice civile* italiano dispone: «La voluntad de extinguir la obligación precedente debe resultar de modo no equivoco».

(105) Cfr. COLIN y CAPITANT (*ob. cit.*, p. 218): todos los accesorios que acompañan a la antigua deuda desaparecen y lo mismo ocurre con las diferentes acciones. Y es evidente que, a causa de esta consecuencia radical, es muy poco empleada. El acreedor cuyo crédito está acompañado de garantías o provisto de una acción particularmente eficaz, no quiere generalmente renunciar a estas seguridades o a su acción en tanto no ha cobrado. En el mismo sentido, cfr. VON TUHR (*ob. cit.*, p. 149): «un indicio contra la voluntad de novación reside en la existencia de garantías que el acreedor pierde si se presta a la novación».

(106) Cfr. SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, p. 565) y CRISTÓBAL-MONTES (*ob. cit.*, pp. 1198 y 1216).

(107) Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (Notas a ENNECCERUS, *ob. cit.*, pp. 222 a 225), A. HERNÁNDEZ GIL (*ob. cit.*, p. 805) y ALBALADEJO (*ob. cit.*, p. 337).

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha mantenido durante un largo período la primera de las posiciones que han sido expuestas: únicamente la entidad de lo alterado (el objeto o las condiciones principales) puede determinar el efecto extintivo independiente de la voluntad presunta cuando no se modifica expresamente en contrario (sentencias de 14 de junio de 1916, 28 de enero de 1928, 4 de junio de 1919 y 5 de diciembre de 1947; recientemente, sentencias de 29 de enero y de 22 de noviembre de 1982). Sin embargo, en los últimos tiempos hemos advertido una nueva corriente jurisprudencial, favorable a la segunda de la tesis anteriormente reseñadas: cuando se varían el objeto o las condiciones principales (art. 1.203-1.º del Código civil), se da lugar a la denominada novación modificativa, distinta de la propiamente dicha que regula el artículo 1.204, que inexorablemente produce la extinción de la obligación anterior (sentencias de 11 de noviembre de 1983 y de 11 de julio de 1985). ¿Suponen estas recientes sentencias un giro de la jurisprudencia, un abandono de su anterior posición y el inicio de una corriente distinta? ¿Tiene tales pronunciamientos valor de jurisprudencia o constituyen únicamente *obiter dicta*? (108).

La discrepancias doctrinales reseñadas tienen su origen en la deficiente formulación del artículo 1.203-1.º del Código civil, al establecer que las obligaciones pueden *modificarse* variando su objeto o sus condiciones *principales*. Para Sancho Rebullida, el legislador empleó el término «modificar», por imprecisión técnica; «modificar» es término referido conjuntamente a los números 1.º y 2.º y al número 3.º en el que no hay una nueva obligación, sino subsistencia de la existente, por lo que concluye diciendo este autor: «como el encabezamiento del artículo se refiere a los tres, emplea el término más elástico» (109). Sin embargo, para otro sector doctrinal, el término «modificar» gramaticalmente no expresa extinción de lo modificado, sino antes bien su persistencia; tal término fue elegido deliberadamente por el legislador y, por lo tanto, del artículo 1.203-1.º no puede obtenerse más consecuencia que la que escuetamente resulta de su texto literal (110).

A mi juicio, la clave de la distinción no se halla en el artículo 1.203-1.º, que es un precepto que tiene la finalidad de enunciar las diversas maneras de alterar una obligación, sin que puedan predicarse de tal artículo mayores pretensiones técnicas (111).

(108) No deja de ser significativo que en ambas sentencias sea ponente don José Beltrán de Heredia y Castaño.

(109) Cfr. SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, cit., p. 565).

(110) Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (Notas a ENNECCERUS, ob. cit., p. 224).

(111) Cfr. LASSO GAITE (*Crónica de la Codificación española*, tomo IV, vol. I, Madrid, 1970, pp. 506): «La Comisión codificadora consagró sus dos últimas sesiones a tratar de las obligaciones y contratos. Los hizo —leal de confesarlo— con cierta ligereza y apresuramiento. Los Letrados de las provincias aforadas llevaban mucho tiempo de residencia en Madrid, y asuntos de tanta importancia como urgencia exigían imperiosamente el regreso a sus hogares. Por esta razón no hubo en rigor polémica ni casi votaciones, salvo en algunos puntos capitales».

La distinción depende de la interpretación que demos al artículo 1.204 del Código civil (112), precepto que, en mi opinión, no resuelve únicamente la tensión novación-acumulación, como preconiza Sancho Rebullida (113). Para este autor hay extinción de la obligación preexistente y creación de otra obligación, que sustituye a la anterior (novación), cuando se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 1.204 del Código civil; hay acumulación cuando no se cumplen tales requisitos, es decir, cuando no hay declaración expresa de sustitución o cuando la antigua y la nueva obligación no son de todo punto incompatibles.

En mi opinión, la acumulación supone la compatibilidad: lo que debo ahora por la compra de un automóvil es compatible con lo que anteriormente debía por la compra de un piso (114). Pero la compatibilidad, por sí sola, no determina la acumulación; para que ésta se produzca, es necesario que, además, exista intención de añadir la segunda obligación a la primera: ambas obligaciones son «independientes» (115), en el sentido de que la obligación acumulada *no altera* los elementos de la primera (no son interdependientes, ni hay continuidad). Sigo debiendo por la compra del piso, aunque ahora debo, *además*, por la compra del automóvil; pero la ineficacia de una operación no acarreará la ineficacia de la segunda, porque son obligaciones «independientes». Si la primera obligación queda alterada por la segunda, existiendo compatibilidad entre ambas, no habrá «extinción» de la primera (art. 1.204, *a sensu contrario*). Tampoco habrá acumulación, porque son obligaciones interdependientes. Existirá, por lo tanto, lo que la doctrina llama «simple modificación» o, utilizando nuestros términos, conservación del núcleo fundamental de la relación obligatoria preexistente. Para que se produzca la sustitución global de la primitiva obligación por la segunda deben acontecer las circunstancias enumeradas en el artículo 1.204 del Código civil. En caso contrario, se producirá la «simple modificación» —si hay alteración de la obligación— o la acumulación —si la segunda obligación no altera a la primera—.

La regla de la incompatibilidad, contenida en el artículo 1.204 del Código civil español, puede aclararnos la cuestión que estamos examinando. Tal regla tuvo su origen en el Derecho intermedio, en relación a la novación tácita (116), cuando Menochio formuló la pre-

(112) En el mismo sentido, cfr. MANRESA-MONTERO MOCHOLI (*ob. cit.*, p. 862).

(113) Cfr. SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, p. 562).

(114) Cfr. DE BUEN (Notas a COLIN y CAPITANT, *ob. cit.*, p. 302): «No basta para que exista novación que dos personas ligadas por un vínculo obligatorio creen otro nuevo; es preciso que conste que la segunda obligación ha sido creada por el intento de dar por extinguida la primera, pues cabe muy bien que dos personas quieran crear una obligación que coexista con la anterior». En parecidos términos, cfr. COVIAN (*ob. cit.*, p. 502).

(115) Cfr. MANRESA-MORENO MOCHOLI (*ob. cit.*, p. 875): «nada se opone a que existan entre varias personas distintos vínculos jurídicos, independientes entre sí, ninguno de los cuales se extinga por la aparición de otro».

(116) Cfr. MAGAZZU (*ob. cit.*, p. 810).

sunción de que «*Secundus est coniectura novationis, quando secundus contractus est incompatibilis cum primo*» (117). Aunque el artículo 1.273 del *Code civil* francés no recoge esta regla, al establecer que «la novación no se presume; es preciso que la voluntad de producirla resulte claramente del acto», la doctrina francesa indica que «la novación objetiva, resulta virtual y necesariamente, de todo cambio que, producido sobre el objeto mismo de la prestación o sobre la naturaleza jurídica de la obligación, la transforme en una obligación nueva, distinta de la primera, e *incompatible* con ella» (118). Siguiendo el modelo francés, el proyecto español de Código civil de 1851 no incluía en su articulado la regla de la incompatibilidad (119), aunque García Goyena estimaba que «por de contado, la intención de novar será clara, cuando la nueva obligación sea *incompatible* con la primera» (120). Como escribe Sancho Rebullida, el legislador español de 1889 reprodujo el artículo 1.273 del *Code civil* francés (requisito de la expresión del *animus*), pero le añadió una sola presunción, la más caracterizada en la doctrina y práctica del Derecho intermedio, la regla de la incompatibilidad (121).

En opinión de Sancho Rebullida, la incompatibilidad hace referencia a la causa (causa de la obligación, en el sentido en que la define el artículo 1.274). Siguiendo a la doctrina francesa, para el autor citado «hay novación cuando la nueva obligación priva de causa —en el sentido del artículo 1.274— a la anterior, tomándola para sí, con lo que la primera deviene ineficaz conforme al 1.275 y su cumplimiento repetible conforme al 1.895; las dos obligaciones son «de todo punto incompatibles» cuando la segunda no tiene otra causa explicable que la misma de la obligación anterior, la cual, para cederla, tiene que sucumbir» (122). Por el contrario, Díez-Picazo considera que «la cuestión no estriba en decidir si la nueva obligación absorbe a la anterior para dar satisfacción a la misma *causa obligandi*, sino en decidir si la reglamentación de intereses subsiste en aquellos casos en que tal subsistencia no quede especialmente contradicha. Por ello, la idea de incompatibilidad por naturaleza del Anteproyecto (de 1882-1888) me parece reveladora. En rigor, la incompatibilidad existe cuando las obligaciones pertenecen a tipos distintos» (123).

Debemos reconocer que la regla de la incompatibilidad es difusa

(117) Citado por SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, p. 570).

(118) En este sentido, cfr. AUBRY y RAU (*ob. cit.*, p. 217).

(119) El artículo 1.134 del proyecto de Código civil de 1851 se inspira fundamentalmente en los artículos 1.271 y 1.273 del *Code civil* francés, que no contienen la regla de la incompatibilidad.

(120) Cfr. GARCÍA GOYENA (*ob. cit.*, p. 154).

(121) Cfr. SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, p. 562).

(122) Cfr. SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, p. 563).

(123) Cfr. DíEZ-PICAZO (*ob. cit.*, p. 800). A lo que SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, p. 575) opone: «el argumento es reversible: también es posible que el Código cambiase de criterio respecto de su precedente. Además, resulta difícil delimitar el concepto de “naturaleza” de la obligación para apoyar en él la regla de la incompatibilidad».

y puede dar lugar a variadas interpretaciones (124). A mi juicio, la incompatibilidad se producirá cuando se altere algún elemento *esencial* de la obligación primitiva (125). La esencia es lo permanente e invariable de un ser. Cuando se altera algún elemento esencial de la relación obligatoria, *se altera también el núcleo fundamental de la misma*. En consecuencia, la obligación deja de ser lo que era y, en su lugar, nace una nueva obligación, que está informada por el elemento esencial resultante de la alteración. La sustitución de un elemento esencial es un acontecimiento tan importante que ocasiona la *sustitución global* de la relación obligatoria primitiva por la nueva. Puede suceder que existan otros elementos esenciales de la obligación preexistente que no hayan sido alterados, lo que no impide que adquieran una nueva dimensión tras la alteración producida.

La fórmula empleada en el artículo 1.204 del Código civil es demasiado rigurosa, al exigir que la antigua y la nueva obligación sean *de todo punto incompatibles*, puesto que, con una interpretación literal del precepto, podrían hallarse muy pocos supuestos de alteración objetiva productora de sustitución global, cuando no existe una voluntad expresa en tal sentido. A mi juicio, la incompatibilidad no supone una radical contraposición entre *todos* los elementos de la obligación alterada y la nueva obligación. Puede haber incompatibilidad entre ambas obligaciones, aunque la nueva tome para sí numerosos elementos de la precedente (126) y sin que pueda influir en el

(124) Cfr. ANDREOLI (*La novazione tacita obbiectiva*, Roma, 1929, pp. 22 y ss.): el criterio de la incompatibilidad, «por ser demasiado vago y genérico, antes que resolver el problema, no logra en sustancia sino plantearlo de nuevo bajo otra forma». En el mismo sentido, cfr. PERLINGIERI (*ob. cit.*, p. 80): la noción de incompatibilidad es muy difícil de individualizar.

(125) Cfr. VALVERDE (*Tratado de Derecho civil español*, tomo III, Valladolid, 1926, pp. 194 y 195): «la incompatibilidad significa que la segunda obligación contenga un cambio tan profundo y sustancial en comparación a la primera, que no permita considerarla como simple modificación de la obligación precedente». En análogos términos, cfr. MANRESA-MORENO MOCHOLI (*ob. cit.*, p. 862): «la incompatibilidad ha de ser en lo sustancial, pues no deja de existir en la simple modificación en lo que afecta a la parte modificada».

Establece el párrafo 1.º del artículo 1.230 del *Codice civile* italiano: «La obligación se extingue cuando las partes sustituyen la obligación originaria por una nueva obligación con objeto o título diverso», añadiendo el artículo 1.231 que «la entrega de un documento o su renovación, la aposición o la eliminación de un término y cualquier otra modificación accesoria de la obligación no produce novación». Para PERLINGIERI (*ob. cit.*, pp. 72 y 73), el *cambio cualitativo* del objeto, incidiendo sobre la naturaleza de la prestación, produce la novación de la relación obligatoria, siendo evidente el *cambio cualitativo* del objeto cuando una prestación de hacer se sustituye por una de no hacer o de dar, o viceversa. En opinión de este mismo autor (*ob. cit.*, p. 106), las modificaciones que no inciden sobre la identidad estructural y funcional de la obligación son accesorias y no comportan novación. En el mismo sentido, para el Derecho francés, cfr. WEILL y TERRE (*ob. cit.*, p. 1088): la novación es una operación jurídica por la que una obligación nueva sustituye a la obligación originaria en razón de un cambio aportado a uno de los *elementos constitutivos* de ella. En análogos términos, el artículo 2.213 del Código civil de México de 1928 exige para la novación una *alteración sustancial*.

(126) Cfr. MUCIUS SCAEVOLA (*ob. cit.*, p. 1109): la incompatibilidad a que se re-

resultado de sustitución global la subsistencia de obligaciones accesorias que aprovechen a terceros conforme establece el artículo 1.207 del Código civil (127).

Como indica la doctrina, no podemos ocultar que existe una gran dosis de relatividad en el límite que separa lo esencial de lo accesorio, lo que provoca una gran inseguridad de los resultados (128). Como hemos dicho anteriormente, el problema de determinar el alcance de la alteración objetiva convencional es un problema de interpretación del contrato, labor que corresponde en última instancia a los órganos judiciales (129), que analizarán el caso concreto y decidirán los supuestos en que la alteración produce la sustitución global de una obligación por la otra.

De todo modos, existe un supuesto que puede ser calificado sin discusión como cambio de un elemento esencial: el cambio de la causa de la obligación. Como escribe Albaladejo, «quien debía mil pesetas como precio de una compra y continúa con ellas en concepto de mutuo (por lo que ha de resolverlas *ex mutui datione*), no sigue teniendo la misma obligación de antes»; y añade este autor: «en pro de que el cambio de causa extingue —y no sólo modifica— la obligación, se puede, además, alegar el débil argumento literal de que el artículo 1.203, si no menciona la causa es porque estima que la variación de ésta es más que una modificación»; en conclusión, para Albaladejo, «la novación por cambio de causa no puede ser sino extintiva» (130).

La doctrina y la jurisprudencia suelen considerar alteración de ele-

fiere el artículo 1204 no es necesariamente la que se produce en el fondo de la obligación, sino lo que existe en alguno de sus términos principales. En parecidos términos, para el Derecho italiano, cfr. PERLINGIERI (*ob. cit.*, p. 133): no hay incompatibilidad entre la extinción de la relación y la persistencia de excepciones: las partes pueden atribuir a la relación cualesquiera contenidos merecedores de tutela por parte del Ordenamiento.

(127) Cfr. CASTAN (*ob. cit.*, p. 393): si tuviese interés en la obligación accesorial alguien que no hubiere intervenido en la novación, subsistirá aquella con respecto a él (art. 1.207), por aplicación del principio *res inter alios acta, nec nocet nec prodest*.

(128) Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (Notas a ENNECERUS, *ob. cit.*, p. 224) y AZURZA (*ob. cit.*, p. 609). Como indica para el Derecho francés DURAND, citado por GHOZI (*ob. cit.*, p. 31, nota 41), «no existen en un contrato obligaciones esenciales en sí, sino sólo aquellas que las partes han calificado implícitamente como tales, porque dependen del objetivo que quieren atender».

Para VATTIER FUENZALIDA (*Contribución al estudio de las obligaciones accesorias*, «RDP», 1980, pp. 28 a 49; en concreto, p. 39), «la accesoriedad es, pues, en el campo del Derecho de obligaciones, un factor relativo de índole subjetiva que depende primordialmente de la configuración que los contratantes hayan dado al conjunto de prestaciones debidas y a la relación interna existente entre ellas.

(129) Cfr. GARCÍA GOYENA (*ob. cit.*, p. 154), COLIN y CAPITANT (*ob. cit.*, p. 217), CARBONNIER (*ob. cit.*, p. 574) y MAGAZZU (*ob. cit.*, p. 810).

(130) Cfr. ALBALADEJO (*ob. cit.*, pp. 325 y 326). En el mismo sentido, cfr. AZURZA (*ob. cit.*, p. 606) y MANRESA-MORENO MOCHOLI (*ob. cit.*, p. 31); la causa constituye la esencia de la obligación y al modificar aquella se produce la destrucción del vínculo jurídico. Para el Derecho italiano, cfr. TRABUCCHI (*ob. cit.*, p. 87), que denomina *trans-formación en el título* al cambio en la causa, siguiendo la terminología utilizada en el artículo 1.230 del *Codice civile*.

mentos accesorios la prórroga del plazo de la obligación (131), el cambio en la cuantía de la prestación (132), las variaciones que afectan al modo (133) o al lugar de ejecución (134) y la introducción o supresión de garantías (135), mientras que, por el contrario, suele considerarse alteración de elementos esenciales la introducción o supresión de condiciones en sentido técnico (136).

(131) En este sentido, cfr. GARCÍA GOYENA (*ob. cit.*, p. 153), AZURZA (*ob. cit.*, p. 607) y ALBALADEJO (*ob. cit.*, p. 336). SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, pp. 523 y 524) resume la doctrina del Tribunal Supremo: la prórroga del plazo constituye novación tan sólo cuando es condición esencial del contrato; no existe novación cuando, subsistiendo la obligación principal, se otorgan simples *facilidades para el cumplimiento* de la obligación mediante prórroga o plazos fraccionados o cuando se admiten letras de cambio aceptadas para el pago de los plazos establecidos, lo cual constituye una modalidad de la obligación, independiente de su esencia y establecida como garantía del acreedor. En opinión de SANCHO REBULLEDA. «sin embargo, en cuanto a la prórroga, la doctrina del artículo 1.851 del Código civil conduce a una solución distinta; cabría aplicar el mismo criterio que a los *incrementa*, estimando que hasta el vencimiento del término inicialmente pactado, se mantiene la misma obligación y que, vencido aquél, se opera novación, naciendo otra obligación de igual contenido, pero con vencimiento en el segundo término pactado». Sobre el particular, pueden consultarse las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1983, 3 de marzo de 1984 y 3 de octubre de 1985.

Para el Derecho francés, no consideran novación la variación en el plazo de la obligación AUBRY y RAU (*ob. cit.*, p. 218), BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE (*ob. cit.*, p. 12), PLANIOL-RIPERT-BOULANGER (*ob. cit.*, p. 638), WEILL y TERRE (*ob. cit.*, p. 1094) y GHOZI (*ob. cit.*, pp. 132 y 133).

(132) Cfr. AZURZA (*ob. cit.*, pp. 608 y 609), MANRESA-MORENO MOCHOLI (*ob. cit.*, p. 876) y ALBALADEJO (*ob. cit.*, p. 336). En opinión de SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, p. 522), «es necesario distinguir entre reducción e incremento del *quantum*; en el caso de reducción se tratará de mera modificación, pero en el de incremento, aunque económicamente la obligación sea la misma aumentada —así también *inter partes*— jurídicamente, como muy bien señaló parte de la doctrina del Derecho común, se trata de dos obligaciones yuxtapuestas; es un caso de acumulación en que la primera subsiste con sus garantías y privilegios, no extendidos, sin embargo, en perjuicio de tercero, a la segunda, al incremento». Para el Derecho francés, cfr. BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE (*ob. cit.*, pp. 15 y 16), PLANIOL-RIPERT-BOULANGER (*ob. cit.*, p. 638) y GHOZI (*ob. cit.*, pp. 132 y 133). Sobre este tema, pueden consultarse las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero y 25 de noviembre de 1982 y de 11 de julio de 1985.

(133) Cfr. AZURZA (*ob. cit.*, pp. 608 y 609), CASTAN (*ob. cit.*, p. 395), ALBALADEJO (*ob. cit.*, p. 336) y SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, p. 523) y las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio y de 21 de diciembre de 1985.

La jurisprudencia italiana (Cass. 26 de junio de 1976, 24 de octubre de 1970 y 26 de mayo de 1962) establece que cuando las partes cambian la modalidad relativa a la ejecución de la obligación preexistente, sin alterar el objeto o el título, no se verifica novación alguna. Cfr. PERLINGIERI (*ob. cit.*, pp. 104 y 105). En el mismo sentido, para el Derecho francés, cfr. AUBRY y RAU (*ob. cit.*, p. 218), BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE (*ob. cit.*, p. 16) y GHOZI (*ob. cit.*, pp. 132 y 133).

(134) Cfr. AZURZA (*ob. cit.*, pp. 608 y 609), MANRESA-MORENO MOCHOLI (*ob. cit.*, p. 876), CASTAN (*ob. cit.*, p. 395), ALBALADEJO (*ob. cit.*, p. 336) y SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, p. 523). Para el Derecho francés, cfr. AUBRY y RAU (*ob. cit.*, p. 218).

(135) Cfr. AZURZA (*ob. cit.*, pp. 608 y 609), MANRESA-MORENO MOCHOLI (*ob. cit.*, p. 876), CASTAN (*ob. cit.*, p. 395), ALBALADEJO (*ob. cit.*, p. 336) y la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1985. Para el Derecho francés, cfr. AUBRY y RAU (*ob. cit.*, p. 218) y BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE (*ob. cit.*, pp. 14 y 15).

(136) Cfr. SÁNCHEZ DE MOLINA (*El Derecho civil español* —en forma de Código

Sin embargo, todas estas reglas son relativas. Cuando se sustituye la ejecución de una prestación periódica por la ejecución de una prestación instantánea, la relación obligatoria puede perder su fisonomía originaria (137). Por el contrario, cuando la introducción o supresión de una condición sólo incide sobre una obligación accesoria, no se produciría la sustitución global (138). Como puede observarse, la consideración del carácter esencial o accesorio del elemento alterado dependerá de la relevancia que las partes le hayan otorgado en el momento de establecer el programa inicial y en el momento intermedio en que se produce la adaptación de ese programa.

4. RECAPITULACION

Nuestro Código civil no utiliza el término «alteración» en sede de novación, a diferencia del proyecto de Código civil de 1851, en cuyo artículo 1.134 se establecía: «Hay novación de contrato cuando las partes en él interesadas lo *alteran*, sujetándolo a distintas condiciones o plazos, sustituyendo una nueva 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».

La mayoría de los autores que han estudiado el tema de la novación objetiva utilizan el término «alteración» (139), cuando quieren referirse al fenómeno que se produce al llevarse a cabo un convenio entre dos personas ligadas previamente por lazos obligacionales. Del mismo modo, el Tribunal Supremo español ha recurrido en numerosas ocasiones al término citado, para expresar ideas afines (140). Hemos de reconocer, no obstante, que la doctrina y la jurisprudencia usan el vocablo «alteración» cuando pretenden aludir a la cuestión de un modo genérico, sin intención de darle un significado técnico-jurídico.

Madrid, 1871, p. 282), AZURZA (*ob. cit.*, p. 607) y SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, p. 523). Para el Derecho francés, cfr. PLANIOL-RIPERT-BOULANGER (*ob. cit.*, p. 638), WEILL y TERRE (*ob. cit.*, p. 1094) y GHOZI (*ob. cit.*, p. 132).

(137) Para el Derecho italiano, cfr. PERLINGIERI (*ob. cit.*, p. 110).

(138) Cfr. PERLINGIERI (*ob. cit.*, p. 108). En el mismo sentido, cfr. MANRESA-MORENO MOCHOLI (*ob. cit.*, p. 876).

(139) Cfr. AZURZA (*ob. cit.*, pp. 608 y 609), MUCIUS SCAEVOLE (*ob. cit.*, pp. 1097 y 1098), MANRESA-MORENO MOCHOLI (*ob. cit.*, p. 857), A. HERNÁNDEZ GIL (*ob. cit.*, pp. 797 y 798), PUIG BRUTAU (*ob. cit.*, p. 458), ALBALADEJO (*ob. cit.*, p. 336), CRISTÓBAL-MONTES (*ob. cit.*, p. 1191), DIEZ-PICAZO (*ob. cit.*, p. 792), SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, p. 518) y los traductores de ENNECCERUS (*ob. cit.*, p. 369), de RICCI (*ob. cit.*, p. 54) y de BETTI (*ob. cit.*, p. 185). Emplean el término «alterar» como sinónimo de «extinguir», GHOZI (*ob. cit.*, p. 20) y el traductor de VON TUHR (*ob. cit.*, p. 148).

(140) Sin ánimo exhaustivo, pueden citarse las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1909, 12 de junio de 1930, 11 de junio de 1947 y 17 de febrero de 1959. Recientemente, sentencias de 22 de noviembre de 1982, 28 de marzo, 26 de octubre y 21 de diciembre de 1985.

En sentido gramatical, el término «alteración» es «la acción de alterar o alterarse», es decir, de «cambiar la esencia o forma de una cosa» (141). Se trata de un término con amplio significado, ya que puede producir el cambio en lo principal (esencia) o en lo accesorio (forma) de un objeto. En ese sentido, lo preferimos a otros términos más concretos, como «transformación», que se refiere únicamente al cambio en la forma (142).

Lo que nosotros llamamos «alteración» no coincide con lo que Allara denomina «vicisitud» —*vicenda*—, pues este último término tiene un sentido distinto, referido fundamentalmente a los efectos. Para este autor, existen tres tipos de vicisitudes de la relación jurídica: constitución, modificación y extinción (143). A mi juicio, la alteración objetiva convencional no se identifica con tales vicisitudes, ni puede decirse que el efecto de la alteración consista, sin más, en la extinción o en la simple modificación de la obligación preexistente.

Como hemos manifestado anteriormente, la alteración objetiva convencional tendrá el alcance que las partes quieran darle. Esta observación, sin embargo, debe ser matizada, en cuanto que, dependiendo los efectos siempre de la voluntad de las partes, es ineludible, a mi juicio, reconocer diferencias cualitativas entre uno y otro tipo de efecto de la alteración. Cuando se altera un elemento esencial, se produce la sustitución global de la obligación anterior por la nueva obligación: se trata de una sustitución que es *global*, pues afecta al núcleo fundamental de la obligación primitiva, lo cual no impide que subsistan en la nueva obligación algunos elementos accesorios, en virtud de los pactos llevados a cabo por las partes o por imperativo de lo dispuesto en el artículo 1.207 del Código civil; pueden incluso subsistir algunos elementos esenciales —no todos— de la obligación preexistente, que adquieren una nueva dimensión con la introducción del nuevo elemento esencial. En los casos en que sólo se produce la alteración de un elemento accesorio, no se produce la sustitución global de la obligación precedente por la obligación alterada, puesto que

(141) *Diccionario de la Lengua española*, 20.^a ed., Madrid, 1984, p. 76. Véase la nota 75.

(142) *Diccionario de la Lengua española*, 20.^aed., Madrid, 1984, p. 1330: transformar es «hacer cambiar la forma a una persona o cosa». El término «transformación» ha sido utilizado por PLANIOL-RIPERT-BOULANGER (*ob. cit.*, p. 632), así como por los traductores de ENNECERUS (*ob. cit.*, p. 367) y de TRABUCCHI (*ob. cit.*, p. 87).

(143) Cfr. ALLARA (*Pagine di teoria delle vicende del rapporto giuridico*, a cura di Sarasso, Milano, pp. 5 a 11): hay constitución cuando, dados dos instantes inmediatamente sucesivos del tiempo, en el primer instante la relación no existe y en el segundo existe; hay modificación cuando, dados dos instantes inmediatamente sucesivos del tiempo, en el segundo instante la relación continúa existiendo, pero con algunos elementos nuevos; estamos en presencia de la extinción cuando, dados dos instantes inmediatamente sucesivos del tiempo, en el primer instante la relación existe y en el segundo no existe. DIEZ-PICAZO (*ob. cit.*, p. 792) utiliza el término «vicisitud» en un sentido más estricto, tratando de captar el fenómeno del cambio o alteración que en su devenir histórico puede sufrir una relación jurídica cualquiera y las consecuencias y efectos jurídicos que este cambio o alteración está llamado a producir. En el mismo sentido utiliza el término citado la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1986.

permanece el núcleo fundamental de la obligación, lo cual no obsta para que se hayan alterado algunos elementos secundarios de la misma.

La intención real e inequívoca de las partes, inferida del contenido de la alteración, prevalece sobre las palabras que hayan declarado terminantemente. En realidad, la declaración expresa, en el sentido de sustituir globalmente una obligación por la otra, tiene valor como un elemento interpretativo más, aunque de importancia: en caso de duda sobre el carácter esencial o accesorio del elemento que ha sido alterado, la parte primera del artículo 1.204 decide la cuestión, ya que no se desprende del convenio de alteración una intención *evidente* en contrario y, por lo tanto, no entra en juego el párrafo segundo del artículo 1.281 del Código civil (144).

A mi juicio, el término «alteración objetiva convencional» debe dejar de ser una voz puramente instrumental, para convertirse en unos términos con significado técnico-jurídico. La alteración hace referencia a un fenómeno distinto al de extinción de la obligación. Mientras que la alteración se produce en un momento intermedio, la extinción se refiere al momento final de la relación obligatoria. Incluso en el caso en que se produzca la sustitución global por efecto de la alteración, no puede decirse en rigor que la primera obligación haya quedado extinguida definitivamente (145), puesto que pueden subsistir numerosos elementos de la misma y, por otra parte, la segunda obligación ocupa su lugar.

La alteración objetiva convencional se distingue de la llamada «modificación sobrevenida de las circunstancias» por excesiva onerosidad y por desaparición de la base del negocio. El convenio de alteración objetiva tiene naturaleza contractual y su existencia depende de los variados motivos que las partes puedan tener para llevarlo a cabo —v.gr., asegurar un crédito, dar mayores facilidades al deudor, favorecer más plenamente el interés del acreedor, etc.—. Por el contrario, la resolución o revisión declaradas judicialmente, a consecuencia de la excesiva onerosidad y de la desaparición de la base del negocio, no tienen naturaleza contractual y dependen de una alteración extraordinaria de las circunstancias, que produce la destrucción de la

(144) Del mismo modo, para el Derecho italiano, cfr. PERLINGIERI (*ob. cit.*, p. 82), comentando el párrafo 2.º del artículo 1.230 del *Código civile* («la voluntad de extinguir la obligación precedente debe resultar de modo no equívoco»), considera que el párrafo transcrito «tiene un valor exclusivamente interpretativo que tiene utilidad preferente en relación a algunas hipótesis de novación tácita».

(145) Ya escribía PAOLO DI CASTRO, citado por GIARDINA (*ob. cit.*, p. 101) que «la obligación preexistente no resulta enteramente extinguida por novación, en cuanto que continúa existiendo en la nueva, en la cual está transfusa». Por esa razón, GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (*op. cit.*, p. 221) consideraban que la novación, «más que un medio de extinguir las obligaciones lo es de transferirlas, porque si una perece es reemplazada inmediatamente por otra». En análogos términos, cfr. RICCI (*ob. cit.*, p. 51), COVIAN (*ob. cit.*, p. 493), MANRESA-MORENO MOCHOLI (*ob. cit.*, p. 855) y CARBONNIER (*ob. cit.*, p. 566).

relación de equivalencia o la imposibilidad de alcanzar la finalidad del negocio (146).

El concepto de alteración objetiva convencional de la relación obligatoria, a nivel sistemático, ocupa un lugar propio, posterior a la constitución y anterior a la extinción de la relación. La base legal de la figura que estamos estudiando se halla en el artículo 1.255 del Código civil, que permite el acuerdo entre las partes, para llevar a cabo la sustitución de elementos objetivos —en un sentido muy amplio— de la relación obligatoria.

La figura de la alteración objetiva convencional tiene tantas aplicaciones y obedece a motivos tan variados como puedan imaginarse —aunque con los límites enunciados en el artículo 1.255 del Código civil—. Así, el acuerdo que precede —aunque sea por un solo instante— a la *dación en pago* no es otra cosa que una alteración objetiva convencional de esa relación obligatoria concreta (147). Lo mismo podemos decir respecto de los supuestos legales enumerados al comienzo de este trabajo: todos ellos son convenios de alteración

(146) Cfr. DÍEZ-PICAZO (*ob. cit.*, pp. 876 a 888).

(147) La dación en pago tiene un origen distinto del de la novación. Como pone de relieve SERRANO ALONSO (*Consideraciones sobre la dación en pago*, «RDP», 1978, pp. 416 a 433, en concreto, pp. 418 y 419), el Derecho romano clásico admitió la *satisfactio* o *datio in solutum*, que consistía en la liberación del deudor mediante la entrega de una prestación diversa de la asumida en principio por el mismo deudor, figura que difiere de la novación, porque la *datio in solutum* viene caracterizada por la pervivencia de la obligación originaria. Sin embargo, en el Derecho intermedio, DONELLO y VINNIO, citados por GIARDINA (*ob. cit.*, p. 240) llegaron a afirmar que la novación es un subrogado del pago, una *datio in solutum*. En la doctrina moderna, MANRESA-MORENO MOCHOLI (*ob. cit.*, p. 876) opinan que la dación en pago constituye novación, y, muy recientemente, PASCUAL ESTEVILL (*La dación en pago*, «RCDI», 1986, pp. 1109 a 1130; en concreto, pp. 1125 y 1126) considera que la *datio in solutum* tiene la estructura jurídica de la novación impropia o modificativa. En parecidos términos, para el Derecho francés, GHOZI (*ob. cit.*, p. 106) indica que la dación en pago es una aplicación de la teoría de la modificación, puesto que resulta de la aceptación, por el acreedor, del efecto liberatorio de otra prestación diversa de la prevista en el origen. Sin embargo, los dos autores últimamente citados no tienen en cuenta que la dación en pago, en un sentido amplio —admitido por toda la doctrina—, puede consistir en la realización de una prestación distinta —de hacer, en vez de dar, por ejemplo— a la que inicialmente se había establecido, y tal alteración puede afectar a la causa y, en consecuencia, producirá lo que venimos llamando *sustitución global*.

Por tal razón, todos los autores que formulan diferencias entre la novación y el acuerdo que precede a la dación en pago, ponen el acento en el hecho de que este acuerdo no es de por sí idóneo para extinguir la obligación originaria, dejando sin contestar qué ocurriría cuando varíe la naturaleza de la prestación a cargo del deudor. Ese automatismo induce a salir a SERRANO ALONSO (*ob. cit.*, pp. 428 y 432) que mientras no se realiza la prestación diversa subsiste la obligación originaria, forzando —por otro lado— la función de la dación en pago al exigir que sólo puede llevarse a cabo una vez llegado el vencimiento de la prestación inicialmente pactada, cuando el deudor esté imposibilitado para realizar tal prestación. A nuestro juicio, el acuerdo que precede a la dación en pago no tiene por qué basarse en la imposibilidad de cumplir por parte del deudor. En mi opinión, tal acuerdo reflejará, lisa y llanamente, las conveniencias de las partes interesadas, sin más límites que los que determina el artículo 1.255 del Código civil; en consecuencia, ese acuerdo podrá preceder al momento del vencimiento y no tendrá que basarse necesariamente en la imposibilidad de cumplir por parte del deudor.

objetiva, ya sea con sustitución global de la relación obligatoria, ya sea con pervivencia de la reglamentación fundamental de la obligación primitiva (148). El contrato de *transacción* es también un convenio de alteración objetiva, puesto que las partes, previamente ligadas por lazos obligacionales, llegan a un acuerdo para introducir algunos cambios objetivos en la relación preexistente; cambios que obedecen —en el caso de la transacción— a la intención de poner término a una contienda judicial o de evitar la provocación de un pleito, a cuya finalidad ambas partes realizan determinados sacrificios (149).

Cáceres, enero de 1987

(148) No es la finalidad de mi indagación analizar pormenorizadamente las diversas aplicaciones de la figura de la alteración objetiva convencional; sin embargo, tal estudio no carecería de interés, puesto que, con la excepción del acuerdo de pago por cesión de bienes, los restantes momentos intermedios no han merecido hasta el momento una atención detallada por parte de nuestra doctrina.

(149) Cfr. GULLÓN (*La transacción*, en la obra «Tratado práctico y crítico de Derecho civil», tomo XLIII, vol. II, Madrid, 1964, p. 75): «Si mantenemos la tesis declarativa, la transacción y la novación serán figuras totalmente distintas, no produciéndose por la primera los efectos de la segunda. Si, por el contrario, afirmamos que el efecto transaccional consiste en una modificación o sustitución de la realidad preexistente, porque las partes no pueden fijar o declarar convencionalmente sus derechos, es lógico concluir diciendo que toda transacción implica novación». Para PERLINGIERI (*ob. cit.*, p. 100), los posibles efectos de extinción de una obligación y constitución de otra son eventuales en la transacción, que tiene autonomía lógica y funcional. En opinión de GHOZI (*ob. cit.*, p. 57), «habrá modificación o transacción según que las partes se hubieran comprometido únicamente para la salvaguardia del vínculo contractual o, al contrario, para prevenir un litigio».