

Examen crítico de los fundamentos dogmáticos
y jurisprudenciales de la expromisión
y del artículo 1205 del Código Civil español
(La *vicenda* modificativa, la sucesión singular de las
deudas, el programa de la prestación y la aplicabilidad
de ciertos principios contractuales)

MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ*

Profesora Contratada Doctor
Departamento de Derecho Civil
UNED

RESUMEN

La expromisión es una institución autónoma, que opera mediante el convenio suscrito entre el acreedor primitivo de un vínculo y un tercero, con diversas consecuencias y cuyos efectos pueden ser modificativos de la relación a la que afecta. Es una figura marcada por el debate sobre la sucesión singular de las deudas, el dogma de la intransmisibilidad y la mayoritaria aceptación de la modificación no extintiva, así como por la visión justinianea de la acumulación de deudores.

Los presupuestos doctrinales en que se asienta el fenómeno modificativo están atravesados por la construcción romana del dogma de la intransmisibilidad, sea para su revisión en profundidad o para su perpetuación. Por tanto, el elemento preliminar sometido a crítica es la estipulación novatoria romana.

* Este trabajo recoge buena parte del capítulo cuarto de la tesis doctoral titulada «La expromisión: el artículo 1205 del CC español», dirigida por el Profesor Carlos Lasarte Álvarez (Catedrático de Derecho Civil de la UNED), cuya lectura y defensa con mención europea tuvo lugar el día 20 de febrero de 2007, en la Facultad de Derecho de la UNED, ante un Tribunal compuesto por el Profesor Angel López y López (Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla) como Presidente; Pasquale Stanzione [Profesor Ordinario de la Universidad de Salerno (Italia)]; Aida Kemelmajer de Carlucci [Profesora de la Universidad de Mendoza (Argentina)]; Alfonso Hernández-Moreno (Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona) y Daniela Memmo [Profesora Ordinaria de la Universidad de Bolonia (Italia)], habiendo obtenido la máxima calificación por unanimidad y premio extraordinario.

La consecuencia directa de la transformación del personalismo y su decidido rumbo hacia el objetivismo, es la relativa aprobación de estas alteraciones pasivas producidas a instancias de un tercero. En ciertos casos, como es el del sistema español, se recurre para ello a las aportaciones doctrinales alemanas, específicamente en materia de asunción de deudas que, sumadas a otras construcciones foráneas, tienen como desenlace la aceptación mayoritaria por doctrina y jurisprudencia de la mutabilidad del vínculo.

Si a los anteriores presupuestos doctrinales se incorporan los efectos referidos, de una parte, al entendimiento de la prestación como instrumento de cooperación y, de otra, los de la declarada intención de legislador de favorecer el cumplimiento de la relación obligatoria independientemente de quién sea quien la ejecute, se cierra el sistema favorable a la libre transmisibilidad de las obligaciones. Es más, la fuerza expansiva de este marco teórico –también normativo y jurisprudencial– de la sucesión singular de las deudas ratifica, a su vez, el valor de ciertos principios en la materia ya que, en particular, la figura de la expromisión se convierte en una excepción de la relatividad contractual.

ABSTRACT

The expromissio is an autonomous institution that operates by means of the agreement subscribed between the primitive creditor and a third, with diverse consequences and whose effects can modify the relationship which it affects. The figure is marked by the debate about the singular succession of the debts, the majority acceptance of the non extinctive modification, as well as for the justinianea vision of the accumulation of debtors.

The doctrinal supposition in that he settles the phenomenon modificativo are crossed by the Roman construction of the dogma of the no transmisibility, be for their deep revision or for their perpetuation. Therefore, the subjected preliminary element to criticise is the Roman novatory stipulation. The direct consequence of the transformation of the personaly and their resolved direction toward the objectivism, are the relative approval of passive alterations taken place to instances of a third. In certain cases, like that of the Spanish system, it is appealed for it to the German doctrinal contributions, specifically as regards assumption of debts that, added to other strange constructions, have like outcome in the majority acceptance for doctrine and jurisprudence of the changeability of the bond.

If to the previous doctrinal supposition they incorporate the referred effects of a part, to the understanding of the benefit like cooperation instrument and, of other, those of legislator's declared intention in favour of the execution of the obligatory relationship independently of whom executes it, he closes the favorable system to the free transferability of the obligations. It is more, the expansible force of this theoretical context -also normative and jurisprudencial- of the singular succession of the debts it ratifies, at the same time in, the value of certain principles in the matter since, the figure of the expromisión becomes an exception of the contractual relativity in particular.

PALABRAS CLAVES

Novación subjetiva pasiva; extinción y modificación de las relaciones obligatorias; delegación; expromisión; asunción de deudas; sucesión singular de las deudas.

SUMARIO: I. *Planteamiento y consideraciones preliminares: noción aproximativa de la expromissio.*—II. *El marco dogmático de la expromissio y el ciclo vital de la relación obligatoria: cuestiones terminológicas y sistemáticas:* 1. La vida intermedia de la relación con obligaciones duraderas: A) La prestación duradera; B) Las fases de la relación obligatoria: *vicenda* o vicisitudes que afectan al sujeto pasivo; 2. La transmisión de las relaciones jurídicas desde la perspectiva de la titularidad: A) El artículo 1112 del CC: transmisibilidad de los derechos; B) Inaplicabilidad del precepto para el tráfico de las obligaciones; 3. Terminología y sistemática de los fenómenos sustitutivos del sujeto pasivo: A) La transmisión y la identidad del vínculo o la identidad jurídica de la relación obligatoria: precisiones terminológicas; B) Tratamiento y sistemática doctrinal de los cambios de deudor; 4. La sucesión *mortis causa* e *inter vivos* ante el dogma de la intransmisibilidad.—III. *La doctrina española ante la sucesión singular de las deudas:* 1. La evolución doctrinal y la mayoritaria aceptación de la sucesión singular de las deudas: interdependencia entre doctrina y jurisprudencia e hitos legislativos: A) De los antecedentes del debate doctrinal en España a la admisión de la transmisibilidad de las obligaciones según De Diego; B) La preparación de la admisibilidad de la sucesión singular de las deudas: la influencia doctrinal alemana y la revisión del modelo francés; C) La admisión de la transmisibilidad del vínculo según las aportaciones de Cossío, González Palomino, Hernández Gil, Jordano Barea, García Valdecasas y García Amigo: la interdependencia entre doctrina y jurisprudencia y su inspiración en el B.G.B., el *Tratado* de Enneccerus y sus *Comentarios*; D) La evolución del pensamiento de Castán: la categoría de la transmisión de las obligaciones como fenómeno diverso de la extinción novatoria; E) La aprobación del nuevo CC italiano y la redacción del artículo 118 de la Ley Hipotecaria española como evidencias legislativas que ratifican la admisión dogmática de la transmisión de deuda; F) Roca Sastre y Puig Brutau: la relativa admisibilidad de la transmisión de las deudas; G) La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1960 siendo ponente Bonet Ramón: el B.G.B. y la literatura alemana como fuente de la doctrina jurisprudencial; H) De Castro y las tesis de Sancho Rebullida: el cambio de deudor como *effectus iuris* de la *expromissio*. La inadmisibilidad de la transmisión de las deudas a título singular: Cristóbal Montes y Gete-Alonso Calera; I) Díez-Picazo: la pervivencia de la reglamentación en la sucesión singular de las deudas; 2. El estado de la cuestión y la susceptibilidad de la transmisión singular de las deudas por pactos *inter vivos*: otras aportaciones recientes.—IV. *La posición de las partes y sus deberes: el programa de la prestación:* 1. La patrimonialización del vínculo: la identidad del pago: A) La concepción personalista y patrimonialista del vínculo: el deber de prestación y las facultades de las partes; B) La diligencia exigible al deudor como obligación específica y personalísima que incumbe al sujeto pasivo: ausencia de consecuencias en la expromissio; C) La objetivación de las partes; 2. La realización del programa de la prestación y la prestación como instrumento de cooperación: el deber de colaboración del acreedor.—V. *Examen de la aplicabilidad de ciertos principios contractuales a la asunción espontánea de deuda:* 1. La protección de la parte más débil: A) El *favor debitoris* y el principio de protección al consumidor; B) El principio de no empeoramiento

to de la condición del deudor y su aplicación en las excepciones oponibles por el antiguo deudor al nuevo: *invito beneficium non datur*; 2. El principio de conservación de los negocios jurídicos y el de la relatividad contractual: A) El principio de conservación negocial como principio favorable al efecto acumulativo de deudores; B) El principio de relatividad del contrato: la *expromissio* como excepción a la regla. La intervención de un tercero en una obligación ajena.—VI. *Conclusiones*.

I. PLANTEAMIENTO Y CONSIDERACIONES PRELIMINARES: NOCIÓN APROXIMATIVA DE LA *EXPROMISSIO*

Pese a que se quiera evitar la mera reproducción de preceptos y prefiera, como mi Maestro el Profesor Carlos Lasarte Álvarez, elegir el método exegético, lo cierto es que, razones puramente sistemáticas justifican el dictado legal de la figura objeto de estudio como presupuesto normativo previo. Y éste no es otro que el artículo 1205 del CC cuando al declarar que «la novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor», tipifica el procedimiento expromisorio.

Aquel tenor literal sumado a su ubicación en el capítulo IV «De la extinción de las obligaciones», sección sexta «De la novación» justifica que, siquiera sea de forma puramente nominal, la doctrina española haya configurado la *expromissio* como clase o modalidad de novación subjetiva pasiva. Esta opción y construcción ha sido revisada por la literatura más moderna que ha añadido e incorporado el estudio del artículo 1205 del CC entre las vías de modificación y transmisión de las relaciones obligatorias¹.

De los datos avanzados, como de los que se verán después, se sigue la calificación de la *expromissio* como pacto o acuerdo cuyos efectos, entre otros, pueden ser novatorios; calificación que se ajusta, con más precisión, a la naturaleza de la figura. Con todo, con-

¹ De conformidad a la interpretación más tradicional de buena parte de la doctrina, su estudio se hacía en sede de extinción de las relaciones obligatorias. Con todo, la fórmula generalizada, como luego habrá ocasión de comprobar, es la que incorpora al mencionado capítulo extintivo otro más sobre la modificación del vínculo tal y como hace ALBALADEJO GARCÍA (*vid.*, *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, Barcelona, 2002, pp. 330 y 341, respectivamente). Tratamiento que también adopta mi Maestro que, con la jurisprudencia más reciente, califica como hace el Código a la novación entre los modos extintivos, además de destacar la doble visión del artículo 1203 del CC que justifica un siguiente capítulo diferenciado y autónomo donde se ocupa de la modificación no extintiva (*vid.*, LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil, 2, Derecho de obligaciones*, Madrid, 2007, 11.ª ed., pp. 211 y 229 ss.).

viene tener presente, desde este momento, que uno de los elementos que singularizan a la expromisión de otros pactos previstos en los artículos que el CC dedica a la *novatio*, es el que se refiere a la radical falta de relevancia jurídica del primitivo deudor, circunstancia que responde a su evolución y también concuerda con la formulación que de la figura se ha hecho por las codificaciones de nuestro entorno. En definitiva, con o sin su consentimiento tendrá que estar a las consecuencias del pacto expromisorio, que podrán suponer su liberación del primitivo acreedor o su acumulación a un nuevo deudor.

De modo que atendida la función del contrato como acuerdo capaz no sólo de crear sino, también, de alterar, modificar y extinguir relaciones obligatorias, se ha de convenir que la sustitución –o con cautelas, la acumulación– del deudor primitivo puede surgir no sólo de ciertas circunstancias especiales sino, generalmente, del pacto expromisorio². A esta interpretación del alcance del contrato compartida por la doctrina francesa y, como luego se verá, por la literalidad del nuevo Código italiano en su artículo 1321³, también se ha sumado la jurisprudencia española pudiéndose traer a colación, entre otras, la *Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1970* por cuanto declara que «la amplia definición contenida en el artículo 1254 del CC que, más bien sirve para la fijación del punto ontológico de arranque de la biología del contrato, si éste existe desde que una o varias personas “consienten en obligarse”, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio, es indudable que el contrato puede nacer o, una vez perfeccionado, ampliarse, por expresa determinación de quienes lo contrajeron o por cesión de derechos o asunción de obligaciones derivadas del mismo, a otras o por otras personas»⁴.

Pues bien, este acuerdo con el que se pretende relevar al elemento pasivo original, vinculará al titular del derecho de crédito con un tercero ajeno a aquella relación preexistente. En principio, la perfección del pacto expromisorio provocará, habitualmente, la

² Con ello quiere reconocerse que el contrato «tiene como efecto el nacimiento, la modificación, la transmisión o la extinción de las obligaciones y, en su caso, de los derechos reales [...]» (vid., PLANIOL, *Tratado práctico de Derecho civil francés*, 7, *Obligaciones*, 2, La Habana, 1940, p. 73).

³ «Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale» (acerca del contrato modificativo y de la adscripción de la *espromissione* a esta categoría, vid., MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, p. 43).

⁴ Afirmación también seguida por otra resolución que declara que: «Siempre que por razones especiales no se justifique la hipótesis del efecto más fuerte, lo que puede emanar bien por la modificación de la prestación debida en cuanto a su contenido, lugar, tiempo o condiciones (contrato de modificación) (...)» (STS de 22 de noviembre de 1982).

sustitución del sujeto comprometido por un tercero que ocupará, en adelante, la posición pasiva gracias a la autorización del acreedor. El deudor relevado no es parte del acuerdo, caracterizado por tanto, por su falta de participación en dicho convenio por el que un tercero asume como propia la deuda ajena⁵.

Por cuanto se ha planteado, la *expromissio* se erige como institución autónoma que opera mediante el convenio suscrito entre el acreedor primitivo de un vínculo y un tercero, con diversas consecuencias y cuyos efectos pueden ser modificativos de la primera relación. En el caso de que el efecto sea novatorio, de conformidad al entendimiento más ortodoxo de esta fórmula extintiva, aquella relación previa pasa a ser reemplazada por una segunda *obligatio*, con la clásica interdependencia de fenómenos característica de la novación, extinguiéndose también sus accesorios. Excepcionalmente y en atención a los intereses de otros afectados, podrán subsistir ciertas obligaciones dependientes de la principal si el tercero vinculado a ellas no presta su consentimiento⁶.

Por el contrario, si los efectos del convenio expromisorio se circunscriben a una mera modificación de la relación precedente, las consecuencias jurídicas de este cambio tendrán el alcance que las partes dicten observando, preceptivamente, los intereses de terceros afectados por el pacto modificativo de conformidad a lo prevenido en el artículo 1207 del CC.

Situación distinta será la que surja a consecuencia del pacto acumulativo expreso o sobrevenido ante la falta de *animus novandi*. En estos supuestos, el sujeto activo dispone de un nuevo deudor sumado al preexistente sin que se vea relevado el sujeto pasivo primitivo. En su virtud, en este pacto expromisorio con consecuencias acumulativas, está ausente la nota característica de la liberación del deudor y se refuerza el proceso de mera modificación de la relación sin extinción subsiguiente; así que en la acumulación, como se produce una situación sobrevenida de pluralidad de deudores, habrá de convenirse con el acreedor el sistema que atienda a la

⁵ Esta falta de presencia jurídica del deudor en el convenio expromisorio, es el elemento diferenciador de otra institución muy próxima como es la *delegatio*. En general, su esencia reside en el acuerdo que media entre el antiguo deudor delegante y el nuevo deudor delegado. Si el acreedor presta su aquiescencia al cambio propuesto, el deudor delegado pasa a ocupar en su totalidad la posición jurídica del antiguo deudor. La única salvedad que permitirá al acreedor recuperar las acciones que le correspondan contra el antiguo deudor, será el caso contemplado en el artículo 1206 del CC, al decir que «la insolvencia del nuevo deudor, que hubiese sido aceptado por el acreedor, no hará revivir la acción de éste contra el deudor primitivo, salvo que dicha insolvencia hubiese sido anterior o pública o conocida del deudor al delegar su deuda».

⁶ En este sentido, el artículo 1207 del CC, señala que «cuando la obligación principal se extinga por efecto de la novación, sólo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento».

organización de esta pluralidad de sujetos, o, en su defecto, y con las apreciaciones que luego se verán, se aplicará la regla jurisprudencial de la solidaridad.

En cuanto a los presupuestos jurídicos para que el convenio entre un tercero ajeno a una relación jurídica de crédito y quien ocupe la posición activa surta, entre otros, los efectos prevenidos en el 1207 del CC, han de concurrir varias circunstancias básicas como una primera relación válida y eficaz en la que la conducta comprometida aún esté sin ejecutar⁷. A este requisito previo se añade el *animus novandi* o intención común en el acreedor y su futuro nuevo deudor de sustituir, extintivamente, la primera relación por la nueva⁸. Como elemento que subyace en los anteriores, se encuentra el necesario mantenimiento o la identidad de la deuda ya que, en su defecto, antes que en presencia de extinción novatoria estaríamos en una mera sucesión de contratos autónomos sin interdependencia entre sí.

En el supuesto de que se produzca la yuxtaposición de ambas relaciones —o del nuevo deudor al ya existente—, parece evidente que el ánimo novatorio no resulta del todo imprescindible o, con mayor precisión, no es exigible según su dictado clásico, tal y como sucede en el convenio cuyos efectos sean meramente modificativos. En suma, se requerirá el consentimiento válido y eficaz de las partes (acreedor y tercero) que operará, a su vez, sobre una relación preexistente, de modo que se añade otro elemento diferenciador entre el convenio expromisorio que libera al deudor y el acumulatorio que añade un nuevo deudor sin relevación del precedente, dada la ausencia específica de intención novatoria en general.

Por lo que se refiere a otra consecuencia adicional y subsiguiente del convenio, resulta imprescindible fijar que el pretendido altruismo que ha presidido el cambio del deudor puede provocar, una vez ejecutada la prestación comprometida por el nuevo deudor, el nacimiento de ciertos efectos y relaciones entre el antiguo deudor y quien le haya sustituido. Al fin y al cabo, una vez que el expromitente haya cumplido podrá pasar a ser el acreedor de quien ha sustituido, subrogándose en la posición del sujeto activo o, cuando menos, ostentando la correspondiente acción de reembolso⁹.

⁷ El artículo 1208 del CC determina que «la novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen».

⁸ Las consecuencias de su defecto, son las prevenidas en el artículo 1204 del CC, en los siguientes términos: «para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles».

⁹ Si bien los recursos que asisten al expromitente y *solvens* serán objeto de estudio detenido en otro lugar, de momento conviene apuntar que, atendiendo al hecho de que un

Así, habrá que estar a la actitud mantenida por el antiguo deudor en el momento de la perfección del pacto entre el nuevo deudor y el acreedor ya que, en principio, dicho pacto se habrá podido suscribir sin su conocimiento y, quizá, sin su consentimiento e, incluso, contra su deseo expreso.

En síntesis, el antiguo deudor única y exclusivamente se verá liberado por el acreedor del derecho de crédito que éste ostentaba contra él, por lo que bien puede verse compelido después a reintegrar a quien ocupó su lugar el objeto de la prestación de la que fue relevado¹⁰.

Una vez plasmadas estas nociones iniciales, las líneas posteriores tendrán por objeto el análisis de los presupuestos doctrinales previos como estructura donde se asienta la *expromissio*. En definitiva, esta figura está señalada por las consecuencias del debate sobre la sucesión singular de las deudas y la mayoritaria aceptación de la modificación no extintiva –consecuencia de un proceso delegatorio o expromisorio–, así como las particulares consecuencias de la visión justiniana de la acumulación de deudores.

A su vez, los presupuestos doctrinales en que se asienta el fenómeno modificativo están atravesados por la construcción romana del dogma de la intransmisibilidad, sea para su revisión en profundidad o para su perpetuación. Por tanto, el elemento preliminar sometido a crítica es la estipulación novatoria romana, cuya consecuencia primordial era la extinción de la *prior obligatio* y su sustitución por una nueva con idéntico *debitum* que la precedente¹¹. Su

tercero puede verificar el pago, Espín declara que son tres las posibilidades que asistirán al *solvens* en función de la intención o ánimo que haya presidido la ejecución material de la prestación. Así «si no ha verificado el pago *animo donandi*, puede pedir el reembolso al deudor por medio de las acciones que se deriven de la relación existente entre ambos (la *actio mandati contraria*, si era mandatario, la *negotiorum gestorum contraria* si obró como gestor, la de *in trem versio* si el deudor se enriqueció con el pago, etc.); pero puede interesarle ejercitar las acciones que tendría el acreedor, bien por tratarse de un crédito privilegiado, bien por llevar unidas determinadas garantías; y por esto desde antiguo se pensó en hacer pasar los derechos del acreedor al *solvens*, operación que tropieza con el inconveniente de que, extinguiéndose por el pago la obligación con todos sus accesorios, no pueden ya ser transmitidos. Tales son la finalidad que persigue la subrogación y la dificultad teórica con que tropieza para realizarla» («Sobre el pago con subrogación», *RDP*, XXVI, 303, 1942, pp. 300 y 301). En este sentido también COLIN, *Curso elemental de Derecho civil*, 3, *Teoría general de las obligaciones*, Madrid, 1987, p. 195.

¹⁰ La aplicación analógica de las reglas previstas para el pago del tercero, permitiría sustentar que el nuevo deudor pudiera ejercitar, en su caso, la acción de reembolso o de reintegro. Por ello conviene tener presentes las vías previstas en el artículo 1158 que declara que «puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor. El que pague por cuenta de otro podrá reclamar lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad. En este caso sólo podrá repetir del deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago».

¹¹ Vid., d'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona, 2002, 9.ª ed., pp. 425 ss., pp. 485 ss.

funcionamiento fue objeto de revisión hasta que en la fase codificadora se comienza a poner término, en mayor o menor medida, a la visión personalista de la relación obligatoria. Ante esta esencialidad del sujeto, su acusada relevancia provocaba la necesaria extinción del vínculo donde quedaba afectado alguno de sus componentes personales. Consecuencia directa de la transformación del personalismo y su decidido rumbo hacia el objetivismo es la relativa aprobación de las alteraciones pasivas producidas a instancias de un tercero. En ciertos casos, como es el del sistema español, se hace gracias a las aportaciones doctrinales alemanas, específicamente en materia de asunción de deudas que, sumadas a otras construcciones foráneas, tienen como desenlace la aceptación mayoritaria por doctrina y jurisprudencia de la mutabilidad del vínculo.

Si a los anteriores presupuestos doctrinales se incorporan los efectos referidos, de una parte, al entendimiento de la prestación como un instrumento de cooperación y, de otra, los de la declarada intención del legislador de favorecer el cumplimiento de la relación obligatoria independientemente de quién sea quien la ejecute, se cierra el sistema favorable a la libre transmisibilidad de las obligaciones. Es más, la fuerza expansiva de este marco teórico –también normativo y jurisprudencial– de la sucesión singular de las deudas ratifica, a su vez, el valor de ciertos principios en la materia ya que, en particular, la figura que nos ocupa se convierte en una singular excepción de la relatividad contractual.

II. EL MARCO DOGMÁTICO DE LA *EXPROMISSIO* Y EL CICLO VITAL DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA: CUESTIONES TERMINOLÓGICAS Y SISTEMÁTICAS

1. LA VIDA INTERMEDIA DE LA RELACIÓN CON OBLIGACIONES DURADERAS

A) La prestación duradera

Desde que una relación nace hasta que se extingue definitivamente, sea por el efectivo cumplimiento del destino al que estaba llamada como por otros motivos, ciertos hechos pueden afectar a su desenvolvimiento. En este sentido, sus elementos pueden ser alterados, modificados y sustituidos; mutados en suma. En virtud de este fenómeno y pese a la vocación de autoextinción de los dere-

chos de crédito¹², la categoría funcional de las relaciones duraderas se configura como uno de los presupuestos básicos para el objeto de este estudio toda vez que, única y exclusivamente resultará posible el cambio de los componentes en vínculos con permanencia más o menos dilatada en el tiempo¹³.

Desde dicha perspectiva se sigue que ha de concursar una prestación de tracto sucesivo o continuo, de ejecución periódica o duradera, respectivamente¹⁴. Si se ventila un vínculo con prestaciones diversas se requerirá, cuando menos, que una de ellas sea persistente y no se agote con su simultánea creación y ejecución¹⁵. En síntesis, estamos en presencia de lo que se ha convenido en denominar «cinemática jurídica», categoría que inspira el dinamismo que preside las relaciones obligatorias¹⁶.

B) Las fases de la relación obligatoria: *vicenda* o vicisitudes que afectan al sujeto pasivo

Visto el presupuesto mayor, que no es otro que la existencia de una prestación de las características mencionadas¹⁷, conviene ocu-

¹² En definitiva, este destino natural de la relación jurídica obligatoria pone de manifiesto su tendencial transitoriedad ya que los derechos de crédito, en palabras de mi Maestro «son estructuralmente derechos transitorios y con vocación de autoextinción» (LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil*, 2, cit., p. 11).

¹³ No cabe la alteración de los componentes de un vínculo cuya prestación sea de cumplimiento instantáneo. En síntesis, para que tenga lugar una modificación estructural que afecte a los elementos personales de una relación, es requisito preliminar que el vínculo del que se trate tenga, cuando menos, cierta perdurabilidad. Sobre otros requisitos aplicables, vid., MORETÓN SANZ, «Obligaciones novables: examen de la *expromissio* y las relaciones contractuales, legales y extracontractuales», *Homenaje al Prof. Cuadrado Iglesias*, Madrid, 2008.

¹⁴ Sobre esta clasificación de las obligaciones, atendido el tiempo y la duración o momento jurídico del objeto o prestación, vid., ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, cit., pp. 38 y 39; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, *La Obligación (Concepto, estructura y fuentes)*, Madrid, 1989, p. 53; BLASCO GASCÓ, «El objeto de la obligación. La prestación», en VALPUESTA FERNÁNDEZ y otros, *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Valencia, 1995, p. 100; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral, III, Derecho de Obligaciones. La obligación y el contrato en general*, Madrid, 1992, 16.^a ed., p. 186. Desde la perspectiva de la divisibilidad del programa o proyecto de la prestación, vid., Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, Madrid, 2001, 9.^a ed., pp. 148 y 149 y en cuanto las obligaciones duraderas en sí, p. 162; GARCÍA AMIGO, *Lecciones de Derecho civil II. Teoría general de las obligaciones y contratos*, Madrid, 1995, pp. 485 y 486; LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones, I*, Madrid, 2003, 3.^a ed., p. 53; LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil*, 2, cit., pp. 60 ss.; MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, I, Buenos Aires, 1986, pp. 429 ss.; MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligacionales, I*, Barcelona, 1995, pp. 8 a 11; O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho civil, II, vol. 1.º*, Madrid, 1987, pp. 14 y 15.

¹⁵ De entre las pactadas con carácter infungible.

¹⁶ Vid. BORRELL SOLER, *Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones contractuales civiles*, Barcelona, 1954, p. 5.

¹⁷ Con todo no es cuestión sencilla calificar con exactitud la relación obligatoria tal y como se evidencia en la reforma del B.G.B. del año 2002. En este sentido, y ante la modificación del desistimiento en las relaciones de esta naturaleza se ha evidenciado que «el legislador ha renunciado a definir las relaciones obligatorias duraderas. La cuestión de

parse del marco genérico de la sustitución de los componentes o elementos personales. Por ello resulta necesaria la determinación de la fase o momento en el desarrollo de la vida de las relaciones donde se sitúan los cambios de deudor, en el entendido de que son tres las especies de vicisitudes y la del estudio es, en sentido amplio, la modificativa¹⁸.

Fueron muchos los distintos aspectos dogmáticos que afectaron a esta categoría de la vicisitud de la relación obligatoria, si bien se erige como determinante la influencia ejercida por el historicismo e idealismo alemanes. En particular, se generalizó entre la doctrina que defendía la transmisibilidad del lado pasivo, la visión de Savigny que percibe la relación jurídica como ente orgánico que nace, se desarrolla y muere. En definitiva, estas propiedades atribuidas a la relación jurídica se identifican con los «fenómenos de la vida». De este modo, se sustenta la concepción de la relación en sí como algo vivo¹⁹ inspirándose, a su vez, en el método histórico-natural²⁰.

Si aquellos esquemas dogmáticos gozaron, como se ha dicho, de una relativa fortuna entre los civilistas españoles para la elaboración doctrinal de la teoría de las obligaciones, por el contrario, fueron aplicados sin titubeos, específicamente, en el análisis de los cambios del sujeto pasivo. Este último extremo y al margen de otras consideraciones, se materializa tanto en la obra de De Diego que sitúa el marco genérico de la dinámica de las relaciones entre los fenómenos de la vida –nacimiento, modificación y extinción²¹– como en la notable influencia doctrinal que tuvieron sus enseñanzas, estableciendo los fundamentos de la consolidación y admisión de la intercambiabilidad de las obligaciones²².

cuándo estamos o no ante una relación jurídica duradera seguirá abierta en la doctrina y en la jurisprudencia» (ALBIEZ DOHRMANN, «Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del B.G.B.», *ADC*, LV, III, 2002, p. 1197).

¹⁸ La doctrina italiana precisa que son tres estos sucesos que afectan a la estructura del negocio. Además de la modificativa, que exige como presupuesto la previa existencia de una relación, también presentan interés la constitutiva y la extintiva (*vid.*, BISCONTINI, «Vicenda modificativa, prestazione in luogo dell'adempimento e novazione del rapporto obbligatorio», *Rassegna di diritto civile*, 1989, 2, pp. 263 ss.).

¹⁹ *Vid.* HERNÁNDEZ-GIL ALVAREZ-CIENFUEGOS, «La idea del sistema en Savigny», *ARAJL*, 9, 1981, pp. 130; 144 ss. En particular, SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano Actual*, Madrid, 1876, 2.ª ed., §§ CIV ss.

²⁰ Por su parte, LARENZ estima que la relación obligatoria ha de ser considerada como un organismo, perspectiva ésta que afecta a la noción de las fórmulas extintivas y, en particular, a su desenvolvimiento, manteniéndose idéntica la relación preexistente (*vid.*, *Derecho de Obligaciones*, I, Madrid, 1958-1959, p. 389).

²¹ *Vid.* *Instituciones de Derecho civil español*, II, *Derecho de obligaciones, contratos y derecho de familia*, Madrid, 1930, p. 76.

²² Como SAVIGNY percibe a la relación como un ente con un desarrollo específico; así, «por chica y reducida que sea una institución jurídico-civil, ella tiene una estructura y vida propias especiales suya; comparadas entre sí la estructura y vida, los órganos y funciones de cada una de las instituciones que componen el organismo entero del Derecho

Con estos fundamentos se construye la tesis del evento o vicisitud del ciclo vital de la relación obligatoria que, a su vez, trae causa de las aportaciones doctrinales de Allara y Betti²³. En sentido estricto esta *vicenda* aísla, de entre las alteraciones de un vínculo, aquellas que cobren entidad suficiente y conciernan a sus elementos estructurales²⁴. A su vez, de entre estos sucesos o eventos posibles cobran relevancia los que afecten al sujeto pasivo sea para modificar, sin necesidad de extinción subsiguiente de la relación afectada, o para alterarla radicalmente provocando su extinción y posterior reemplazo por otra que la sustituya²⁵.

En síntesis, la vida intermedia de la relación se refiere al lapso entre la perfección contractual, la realización del suceso que dé lugar al nacimiento de un vínculo, y su extinción por alguna de las causas previstas en el ordenamiento jurídico. En este ciclo pueden concursar multitud de eventos capaces de alterar la relación si bien, de entre ellos, presentan interés para este estudio los que modifiquen al sujeto pasivo, siempre y cuando la alteración tenga lugar sin la participación jurídica del deudor primitivo²⁶.

civil, ¿no será posible extraer por inducción el sistema general de estructura y funcionamiento del mismo, algo así como una teoría general del Derecho civil, como una anatomía y fisiología comparadas del Derecho civil?» [*Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera (La transmisibilidad de las obligaciones)*, Madrid, 1912, p. 13, asimismo *vid.*, la consideración organicista y el perpetuo flujo de la vida, p. 32].

²³ La expresión *vicenda* la introduciría BETTI a finales de 1929. En particular, esta modificación se refiere a cualesquiera fenómenos que alteren la relación o bien a aquellos que abran una nueva fase o, incluso, que la extingan definitivamente (*vid.*, *Teoría general de las obligaciones*, II, Madrid, 1970, pp. 185 ss.). ALLARA, por su parte, normaliza su uso unos diez años después (sobre la historia de esta idea y otras cuestiones relacionadas con las alteraciones en la relación obligatoria, *vid.*, IRTI, «Prefazione», ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, Torino, 1999, pp. 3 ss.).

²⁴ *Vid.* ALLARA, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico. Corso di diritto civile. Anno Accademico 1949-1950*, Torino, 1950; *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*. Prefazione di Natalino IRTI, Torino, 1999; «Contributo alla teoria della novazione condizionale nel Diritto Civile Italiano», *Rivista di Diritto Civile*, 4, 1926, pp. 314 a 334; *Pagine di Teoria delle Vicende del Rapporto Giuridico*, a cura del Prof. Carlo SARASSO, Milano, 1983; BETTI, *Teoría General de las obligaciones*, Madrid, 1970; «Diferenza tra *expromissio* e *delegatio*», *Annuario di Diritto comparato*, I y VI, 1931, pp. 7 ss.; 577 ss.

²⁵ Este tratamiento de los cambios de deudor resulta más coherente con el sistema que aprobó el vigente Código italiano. Como se ha tenido ocasión de revisar, en él no se desarrolla técnicamente la novación subjetiva pasiva, sino únicamente la objetiva (arts. 1230 a 1234). De modo que el artículo 1235, sobre la novación subjetiva pasiva, concreta la existencia de la institución si bien se remite a las previsiones que sobre la *delegazione, espromissione* y *accollo* disponen, respectivamente, los artículos 1268 ss. MORETÓN SANZ, *La asunción espontánea de deuda*, Valladolid, 2008, pp. 289 ss.)

²⁶ En el sistema de BETTI las modificaciones, en general, se pueden referir tanto a las alteraciones, a la apertura de una nueva fase o, incluso, a la extinción de la relación en sí misma (*vid.* *Teoría general de las obligaciones*, II, *cit.*, pp. 185 ss.).

2. LA TRANSMISIÓN DE LAS RELACIONES JURÍDICAS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA TITULARIDAD

A) El artículo 1112 del CC: Transmisibilidad de los derechos

La transmisibilidad de las relaciones obligatorias implica su capacidad y aptitud para pasar de un sujeto a otro distinto, perviviendo la esencia del vínculo y sin necesidad de que dicho cambio provoque su extinción. La sustitución del sujeto, en principio, puede darse tanto entre quienes ocupen la posición activa del derecho de crédito como entre quien o quienes ostenten la situación de deber²⁷.

Pues bien, la mencionada aptitud para la mutación del sujeto activo permaneciendo idéntica la relación, está prevista en la mayor parte de los textos codificados como también sucede en nuestro caso, específicamente, en el artículo 1112 del CC²⁸. En él se otorga carta de naturaleza a la libre transmisibilidad de los derechos nacidos de obligaciones sin mención, dicho sea de paso, sobre los derechos reales²⁹.

Cierta doctrina no ha dudado en incluir aquel precepto en la órbita de la autonomía de la voluntad privada³⁰ y con dicho funda-

²⁷ Vid. DE DIEGO, *Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera (La transmisibilidad de las obligaciones)*, cit., p. 8 e *Instituciones de Derecho civil español, II, cit.*, p. 314.

²⁸ «Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario». En el Anteproyecto, la redacción de su inmediato precedente era el artículo 1129, que decía: «Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación, son transmisibles con sujeción a las disposiciones de este Código». Este artículo 1129, tenía a su vez antecedente en el 1028 del Proyecto de 1851, «todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación, sea real o personal, son transmisibles, con sujeción a las leyes, si no se hubiere pactado lo contrario» [vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto del CC español (1882-1888). Publicado con un estudio preliminar, notas y concordancias*, Madrid, 1965, p. 350].

²⁹ Por su parte, en el Código vigente se recogen ciertos supuestos de transmisibilidad de pretensiones reales, como es el caso del poder de disposición del derecho censualista y la finca gravada según los términos del artículo 1617 («pueden transmitirse a título oneroso o lucrativo las fincas gravadas con censos, y lo mismo el derecho a percibir la pensión»). En este sentido, los anotadores del *Tratado* de ENNECCERUS relacionan, además, el caso de cesión de créditos hipotecarios del 1878 por cuanto declara que «el crédito hipotecario puede ser enajenado o cedido a un tercero en todo o en parte, con las formalidades exigidas por la ley». A la vista de su contenido en este caso se cede, conjuntamente, el crédito que garantiza el derecho real y la titularidad de la hipoteca (vid. ENNECCERUS Y LEHMANN, *Derecho de Obligaciones, tomo II, vol. I*, traducido y anotado por PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, Barcelona, 1954, 2.ª ed., p. 389).

³⁰ Esta interpretación es la empleada por MANRESA en sus comentarios al artículo 1112 donde desarrolla, a renglón seguido de la transmisión activa, la de las obligaciones. De modo que la sucesión singular pasiva la cohonesta con el cambio activo, con la sustitución convencional de la deuda y con la objetivación de la prestación (vid. *Comentarios al CC español, VIII, I*, Madrid, 1967, 6.ª ed., pp. 12 y 616; 340 ss.; vid. también desde idéntica perspectiva más recientemente, SANTOS BRIZ, «Comentario al artículo 1112», en *Comentario del CC*, 6, Barcelona, 2000, pp. 171 a 173).

mento autorizan su extensión a la transmisibilidad de las deudas o del cambio modificativo del deudor³¹. Con todo, en la transmisión activa no hay objeción que impida la alteración del sujeto activo perviviendo idéntico el vínculo ya que, entre otras cuestiones, afecta de modo distinto al interés del acreedor el cambio del sujeto pasivo. De hecho, como ponía de manifiesto Huc³², la persona del acreedor tiene una importancia relativa frente a la que ofrece la persona del deudor y las cualidades que la adornan³³.

Por tanto, la mencionada aplicación extensiva de las prescripciones del artículo 1112 al supuesto de la sustitución del lado pasivo ofrece, de modo preliminar, ciertas vacilaciones ya que, al fin y al cabo, el Código contempla únicamente la transmisibilidad de los derechos. De lo dicho se sigue que si el legislador hubiera querido autorizar el libre cambio de deudor perviviendo la misma relación con distinto sujeto, lo habría hecho y la evidencia acredita que no fue así³⁴.

De modo que parece más consecuente deducir que el codificador deliberadamente esquivó la previsión de la libre transmisibilidad de las deudas³⁵, sea porque no existía consenso doctrinal entre los comisionados, sea porque las prescripciones de los artículos 1203 y siguientes resultaban lo suficientemente amplias como para permitir que el cambio de sujeto pasivo no conllevara la extinción necesaria del vínculo modificado. En este sentido, la doctrina contemporánea a la renovación del CC italiano defendió la inaplicabilidad de la autonomía de la voluntad privada como argumento

³¹ De modo incidental y con carácter de *obiter dicta*, consta el meritado artículo como una de las citas legales que sustentan la asunción de deudas. Así, «si bien reviste caracteres de negocio atípico, no obstante las referencias que el ordenamiento hace respecto a la misma –arts. 1112 del CC, 642 y 643 del mismo, con relación a las donaciones, 118 de la Ley Hipotecaria, etc.–, es perfectamente procedente» (STS de 27 de junio de 1991, en particular, de las que en la misma fecha tratan cambios de deudor, la dictada siendo ponente VILLAGÓMEZ RODIL).

³² Vid. *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances, tome I et II*, Paris, 1891, pp. 317 ss.

³³ Vid. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil, I, 2, Derecho general de las obligaciones*, Barcelona, 1988, 4.ª ed., pp. 401 ss. y ESPÍN, *Manual de Derecho civil español, III, Obligaciones y contratos*, Madrid, 1983, 6.ª ed., pp. 263 ss.

³⁴ Sobre la transmisión de la *facultas exigendi*, vid. LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil, II, I, cit.*, p. 215.

³⁵ En ocasiones se ha puesto en duda no sólo su ubicación en el capítulo relativo a la naturaleza y efectos de las obligaciones sino que, incluso, se ha afirmado que lo oportuno hubiera sido dedicarlo a la transmisibilidad de las obligaciones. En este sentido, MARÍN PÉREZ afirmaba lo siguiente: «redactado como lo está el artículo 1112, no parece propio de este lugar, puesto que, como se desprende de su sola lectura, trata solamente de la transmisión de los derechos y no de la transmisibilidad de las obligaciones, que es lo que hubiera correspondido a este sitio» (SCAEVOLA, *CC. Comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales Códigos europeos y americanos. Tomo XIX. Artículos 1088 a 1213. De las Obligaciones*, redactado por MARÍN PÉREZ, Madrid, 1957, 2.ª ed., p. 706).

jurídico capaz de sostener la sucesión singular de las deudas ya que, en su opinión, sólo la ley podía contemplar tal y como había hecho en materia de derechos, la modificación de los sujetos de las obligaciones³⁶.

El trasfondo coincidente tanto en la transmisibilidad pasiva como en la activa es, precisamente, la interdependencia de ciertos fenómenos que se producen con la negociación del derecho de crédito en su conjunto. En este sentido si el Derecho común recupera los viejos principios del Derecho romano, por el contrario, el Derecho de los comerciantes se nutre de la práctica y, por ello, ofrece soluciones quizá no tan sólidas técnicamente pero sí con resultados y eficacia inmediatas. La clásica transmisión del crédito privado resultaba una operación harto compleja e insegura ya que afectaba a sus relaciones accesorias, de modo que se idearon mecanismos hábiles que atendiesen las necesidades del tráfico mercantil. En particular, el título-valor impide la cesión de sus garantías, ya que se recibe el crédito según el contenido objetivado en el documento³⁷. Por tanto y frente a estas novedades comerciales, el Derecho común no encontró fundamentos con que atemperar los obstáculos que para el nuevo titular implicaba la pérdida de derechos accesorios y la desaparición de las garantías.

B) Inaplicabilidad del precepto para el tráfico de las obligaciones

De modo que el artículo 1112 del CC disciplina la transmisión de los derechos o el tráfico de las relaciones jurídicas desde la perspectiva de la titularidad, siendo dudoso que en él se sustente el tráfico del lado pasivo o vinculación³⁸. Albaladejo resume con contundencia, «no tiene, pues, nada que ver: Ni con la transmisión pasiva de las obligaciones o transmisión de deudas, o novación por cambio de deudor, tema que no viene a cuento ahora, porque es otra cosa (...)»³⁹. Por tanto y pese a que ambos fenómenos presen-

³⁶ Vid. NICOLÓ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, pp. 278 ss.

³⁷ Vid. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, «Los títulos-valores», en *Derecho mercantil*, 2, Barcelona, 2003, 8.ª ed., pp. 4 ss.

³⁸ Vid. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho de Obligaciones. Vol. I. Teoría General de la obligación*, Madrid, 2000, p. 138. Vid., GARCÍA AMIGO, «Transmisión de las relaciones obligatorias nacidas de un contrato», *RDP*, XLVII, 1963, pp. 25 a 45; *La cesión de contratos en el Derecho español*, Madrid, 1964, pp. 236 a 245; «Comentario al artículo 1112», en *Comentario del CC, II*, Madrid, 1993, 2.ª ed., p. 71; ÁLVAREZ JOVEN, «El fundamento de la transmisibilidad de las obligaciones», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, 1983, pp. 2 a 24.

³⁹ «Comentario al artículo 1.112», *Comentarios al CC y Compilaciones forales*, XV, 1, Madrid, 1989, p. 987.

tan evidencias y notas comunes⁴⁰, fundar en este precepto la posibilidad teórico-práctica del cambio del lado pasivo, más que afianzarla, la obstaculiza⁴¹.

Pese a todo, intermitentemente, resurge la pretensión de encontrar el fundamento común de ambas instituciones en el sistema de la transmisión del derecho de crédito. En este sentido, Santos Briz recupera la visión de Manresa y funda la posibilidad conceptual de la transmisión de las deudas en el artículo 1112 del CC. En su opinión, «no obstante el texto literal de este artículo, se admite la *asunción de deudas*, mediando el consentimiento del acreedor y sin alteración en el contenido de la deuda. Aunque la norma se refiere a la transmisibilidad de los derechos, lado activo de la relación jurídica, es obvio que muchas veces irá consigo el lado pasivo, la deuda también transmisible, ya sea la deuda específica e individual, ya la genérica que acompaña a la *jura in rem*, es decir, *erga omnes*»⁴².

Por su parte, la jurisprudencia también recurre de forma incidental a dichos argumentos y apela a ciertas categorías autónomas como la cesión de contrato o a las consecuencias que trae aparejada la transmisión o sucesión de empresa en cuyos «supuestos la nueva sociedad absorbente o resultante de la fusión lógicamente asume las obligaciones y los actos otorgados por la absorbida o fusionada; de otro modo se daría lugar a un evidente fraude que ninguna ley ampara (artículo 7 del CC). Por tanto, no cabe discutir la legalidad de la subrogación de la actora en el lugar de su antecesora y la validez de los actos otorgados por esta última, que la absorbente asumió. Así se deduce, además, de los artículos 1112, 1255 y 1258 del CC, en cuanto sería contrario a la buena fe y al orden público que en caso de absorción de una sociedad por otra, la absorbente no respondiese de las deudas y compromisos contraídos con la primera»⁴³.

En parecido sentido, a la vista de las alegaciones hechas por el cedente en un caso de cesión de contrato y teniendo en cuenta que estos últimos alegan su total desvinculación de las obligaciones dimanantes del negocio, tanto por efecto de aquella cesión del contrato cuanto por novación subjetiva en virtud del artículo 1205 del CC, el Juzgador casa y anula la Sentencia de la Audiencia toda vez que resulta evidente la falta de legitimación pasiva de los contratantes cedentes al haberse subrogado en su lugar el cesionario⁴⁴.

⁴⁰ Vid. COLIN, *Curso elemental de Derecho civil*, cit., p. 332.

⁴¹ En este punto tenemos que coincidir siquiera parcialmente con PACCHIONI (*vid. Diritto civile italiano. Delle obbligazioni in generale*, Milano, 1941, 3.ª ed., pp. 362 y 363).

⁴² «Comentario al artículo 1112», en *Comentario del CC*, 6, Barcelona, 2000, pp. 171 a 173; *vid. MANRESA, op. y loc. cit.*

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1990.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1982.

Pese a estas últimas afirmaciones, se ha de convenir con buena parte de la doctrina, que con el meritado artículo 1.112 del CC, el legislador pretendió zanjar las dudas que aún pervivían acerca de la transmisión de los derechos y de sus titularidades⁴⁵.

Por tanto y empero la recogida sustentación argumental del 1112 del CC para admitir la transmisión pasiva, lo cierto es que por lo que se refiere al lado pasivo reclamaba un precepto similar y, aun así ni fue redactado ni tipificada dicha facultad o aptitud de las relaciones obligatorias. Cabe inferir, en su virtud, que el legislador no sintió la necesidad de resolver tal cuestión, remitiéndola a la novación, o bien no fue capaz de disolver a golpe normativo las dudas e incertidumbres aún no resueltas ni por la doctrina, ni por la jurisprudencia, como luego se verá⁴⁶. Por fin tampoco se puede olvidar que, ciertamente, la transmisión de la titularidad de créditos y deudas son fenómenos paralelos dado que, en ambos, se produce una sucesión plena en la vertiente activa o pasiva⁴⁷. En este sentido ha de entenderse la alegación recurrente al artículo 1112 y a la autonomía del 1255 del CC para construir la posibilidad fáctica de transmisión del lado pasivo⁴⁸.

3. TERMINOLOGÍA Y SISTEMÁTICA DE LOS FENÓMENOS SUSTITUTIVOS DEL SUJETO PASIVO

A) **La transmisión y la identidad del vínculo o la identidad jurídica de la relación obligatoria: precisiones terminológicas**

En este punto, ofrecen singular importancia dos formas relativamente encontradas de entender el concepto de obligación así como, en buena lógica, la evolución natural sufrida por el paso del tiempo en lo que al fundamento del vínculo obligatorio se refiere. Por su parte, según el sentido examinado al analizar la evolución de

⁴⁵ Vid. GARCÍA AMIGO, «Comentario al artículo 1112», en *Comentario del CC, II*, cit., pp. 71 y 72.

⁴⁶ Cuestión distinta es la figura de la cesión de contratos, donde se transmite la íntegra posición contractual, no aisladamente el crédito, o en su caso la deuda, sino su completa totalidad formada tanto por derechos como obligaciones pendientes (vid. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil, 3, Contratos*, Madrid, 2007, 10.^a ed. pp. 146», 9.^a ed., pp. 144 ss.). Concomitancias con el procedimiento de la *expromissio* que se circunscriben por extensión a las que resulten de la ya periclitada aplicación de la atomización de la transmisión separada de derechos y obligaciones.

⁴⁷ Vid. OERTMANN, «Transmisión de obligaciones», *RDP*, X, 115, 1923, p. 102.

⁴⁸ En este sentido, vid. la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1950 avanza más efectos de dicha concordancia y defiende la no necesaria consecuencia extintiva, por cuanto sostiene que «tampoco significa extinción de una relación obligatoria sino modificación de la misma, por cambio de acreedor, el caso de cesión del crédito y así lo demuestran el artículo 1112 y 1526 y siguientes del CC».

la *obligatio* en Roma, su noción estaba construida como hecho subjetivo material y, en definitiva, presentaba una acusada nota de personalismo como característica representativa⁴⁹.

De otra parte, el vínculo puede ser concebido desde una perspectiva puramente objetiva —a la que se aproxima el sistema germánico— y, por tanto, con el significado más moderno y abstracto de la institución que, paulatinamente, se ve desprovista de la nota personalista que dificultaba su libre transmisibilidad⁵⁰. Por ello y como símbolo que mejor encarna dicha tendencia a la objetivación, específicamente alemana, nos hemos de detener en distintas cuestiones terminológicas referidas éstas a la multiplicidad de verbos asociados al fenómeno de la novación y empleados de forma intercambiable tanto en las resoluciones judiciales como entre la mejor doctrina y en la propia práctica comercial cotidiana.

En el caso español aquel análisis terminológico estaría incompleto si, además y a la vista de las fórmulas que rodean el fenómeno sustitutivo de la relación, no tenemos en cuenta la ascendencia del *Tratado* de ENNECCERUS entre la doctrina y jurisprudencia. Con todo tampoco conviene excederse en estas consideraciones nominalistas ya que pese a que el repertorio de verbos susceptibles de aplicación a estos casos es extenso tampoco es ilimitado. Resulta evidente que la traducción y los *Comentarios* en este campo que decimos no podían alterar radicalmente la nomenclatura que, en líneas generales ya se había instalado y era de uso ordinario.

Pues bien, consecuencia y causa recíprocas de la abstracción de la relación obligatoria, concursan ciertos hechos de interés sobre aquella que la hacen susceptible de ser transmitida y modificada sin necesidad de una simultánea extinción. Precisamente en la obra alemana, tanto ENNECCERUS como sus *Comentaristas* reservan el uso de la «modificación» a aquellos cambios que se operen sobre una relación, siempre y cuando ésta subsista. Por el contrario, la «transformación» prefieren identificarla con la clásica novación romana y, por tanto, con la extinción del vínculo y simultánea creación de otro que lo reemplaza. Por último, con la expresión «transmitir» aluden a la asunción de deuda⁵¹.

Decíamos que la obra de ENNECCERUS marcó, sin duda, la literatura jurídica española si bien su resonancia no se limitó a este ámbito sino, también, entre los miembros del Tribunal Supremo que acreditaban conocer y aceptar, en lo fundamental, el *Tratado*.

⁴⁹ Vid. MORETÓN SANZ, *La asunción espontánea de deuda*, cit., pp. 43 ss.

⁵⁰ Vid. DE DIEGO, *La transmisión de las obligaciones*, cit., pp. 63 ss. y DE BUEN, *Notas de introducción a Colin, Curso elemental de Derecho civil*, 3, cit., p. 11.

⁵¹ Por otra parte, BENREY sobre la terminología suiza, *De la cession de dettes*, Genève, 1910, p. 11.

Precisamente inspirada en los elementos que se acaban de relacionar, la *Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1947* atestigua el manejo de sus enseñanzas.

Dice la Sentencia en cuestión que la *novatio* «comprendida por el Código Civil entre los modos extintivos de las obligaciones, ofrece la singularidad, que la caracteriza y distingue de los demás, de que sólo de una manera relativa cabe decir que extingue la obligación a que afecta, porque en realidad su propio efecto es el de *variarla, modificarla o sustituirla*⁵² por otra, y como ambas no pueden subsistir, ya que si esto ocurriera no se habría producido la figura jurídica de novación, bien cabe entender que el efecto de ésta es extintivo de la obligación sustituida, siempre que la *modificación altere o varíe* su esencia»⁵³, pronunciamiento jurisprudencial largamente atendido por otros sucesivos que fundaban como este último la posibilidad de la «modificación» en la lectura del artículo 1203 del CC⁵⁴.

Con un valor aproximado al de Enneccerus se ha generalizado el término de la «modificación» para amparar aquellas circunstancias que afecten a los elementos subjetivos u objetivos de un vínculo, sin sustitución del nexo al que afectan⁵⁵. De modo que la doctrina civilista contemporánea reserva tal expresión –modificar– tanto al ámbito de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* y, por tanto, a aquellos hechos sobrevenidos que afecten a las circunstancias que

⁵² La cursiva es nuestra.

⁵³ La segunda edición española del Tomo II, I, se congratulaba de que ciertas resoluciones, entre las que incluía ésta que se acaba de citar, secundaban las conclusiones preconizadas sobre la materia por los anotadores en la primera edición (*vid.*, notas de PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, con las apreciaciones de PUIG BRUTAU, en ENNECCERUS Y LEHMANN, *Derecho de Obligaciones*, tomo II, vol. I., *cit.*, p. 420).

⁵⁴ Entre otras muchas, es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1962 que, por cierto, presenta la especial nota de que el Letrado del demandante resulta ser Alfonso de Cossío, reconocido experto y defensor de la libre circulación de las deudas y el Ponente Francisco BONET RAMÓN quien, como luego se verá, conocía en profundidad la obra alemana.

⁵⁵ Es el caso de ORDUÑA MORENO quien, por cierto, antepone el tratamiento de la modificación al de la extinción (*vid.* «Modificación de la obligación» y «Extinción de la obligación», en VALPUESTA FERNÁNDEZ y otros, *Derecho de Obligaciones y Contratos*, *cit.*, pp. 285 ss.; y 299 ss., respectivamente; *vid.* también GETE-ALONSO Y CALERA, «Apuntes para una explicación de la modificación y novación de la relación obligatoria», en *Homenaje al Prof. Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, pp. 303 a 319; «La modificación de la relación obligatoria», en *Manual de Derecho Civil II, Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato*, PUIG I FERRIOL y otros, Madrid, 1996, pp. 365 a 384). En el caso de la obra de LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA se refunde en único capítulo tanto la extinción como la modificación, analizando en particular, la compensación, confusión, condonación y novación. En particular la «modificación» de la relación obligatoria es el «cambio o alteración de alguno o algunos de sus elementos estructurales que permite, empero, la subsistencia de la misma relación tras la alteración nos hallamos ante la misma obligación, pero modificada» (*Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones, I, cit.*, pp. 310 y 311).

rodearon la perfección de un convenio, como cualesquiera tipo de alteraciones no sustitutivas que afecten a un vínculo⁵⁶.

En todo caso, las cuestiones terminológicas, como concluyen los principales tratadistas, en ocasiones carecen de otra trascendencia que el prurito y rigor técnicos que si son exigibles tampoco pueden convertirse en protagonistas de un estudio institucional. Por ello, cabe concluir que resulta aceptable la sinonimia entre las distintas expresiones –extinguir, variar– con la particularidad de que la «alteración» es más amplia e incluye tanto los cambios extintivos como los que carezcan de este efecto⁵⁷.

Con todo, hay que destacar que el general uso de la expresión «transmisión» aplicada a las deudas es una fórmula un tanto laxa y relajada para designar este tipo de cambios⁵⁸ ya que, a fin de cuentas, implica un acto de traslación de titularidad activa encarnado en la situación de poder y, en su caso, en las facultades.

Por su parte, tampoco es especialmente afortunada la aplicación de la terminología reservada a la cesión de créditos para la «cesión de deudas» si bien tiene la fuerza expansiva de describir el efecto del procedimiento sucesorio. Por ello, esta expresión censurada en su momento por la mejor doctrina⁵⁹ presenta la ventaja de asimilarse a su expresión simétrica referida a la cesión del crédito.

⁵⁶ Por otra parte, la omisión que el Proyecto de 1836 hizo del verbo modificar, acredita la escasa influencia de esta propuesta de Código (vid. MORETÓN SANZ, *La ascensión espontánea de deduda*, cit., pp. 108 ss.).

⁵⁷ En este punto, RAGEL SÁNCHEZ prefiere el giro alterar (vid. «El concepto de alteración objetiva convencional de la relación obligatoria», *ADC*, XL, III, 1987, pp. 895 a 928). Por lo que se refiere a la ubicación sistemática, comparte con la doctrina italiana la sistematización de cualesquiera alteraciones y, en particular, las subjetivas convencionales en la vida intermedia de la obligación. En todo caso, frente a la doctrina mayoritaria española que suele tratar sucesivamente la extinción y la modificación, RAGEL prefiere el tratamiento de estos extremos previo al estudio del pago o cumplimiento lo que no suele ser habitual, con la virtud de acertar en que no hay pago efectivo sino compromiso de pago por quien era ajeno a la relación alterada (vid., *Manual de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*, Cáceres, 1997, pp. 59 ss.).

⁵⁸ En suma es una más de las múltiples fórmulas que se refieren al cambio subjetivo pasivo como modificación, novación subjetiva pasiva, sucesión de deudas a título singular, cesión de deudas, transmisión de las relaciones obligatorias o transmisión de deudas, circulación pasiva, etc. Sobre tales aspectos terminológicos, vid. PUGLIATTI, *Introducción al estudio del Derecho Civil*, México, 1943, pp. 206 a 212; ROCA SASTRE Y PUIG BRUTAU, «La transmisión pasiva de obligaciones a título singular», *Estudios de Derecho Privado. I. Obligaciones y Contratos*, Madrid, 1948, p. 297; SANCHO REBULLIDA, *La novación de las obligaciones*, Barcelona, 1964, p. 394. Más recientemente, GETE-ALONSO Y CALERA, «La modificación de la relación obligatoria», en *Manual de Derecho Civil II, Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato*, Madrid, 1996, p. 379; «Apuntes para una explicación de la modificación y novación de la relación obligatoria», *Homenaje al Profesor Roca Juan*, Murcia, 1989, p. 307. En cuanto a los límites entre transmisión-novación subjetiva y las tensiones entre modificación simple-transmisión, vid., GARCÍA AMIGO «Transmisión de las relaciones obligatorias nacidas de un contrato», *RDP*, XLVII, 1963, pp. 38 ss.

⁵⁹ Vid. ESPÍN, *Manual de Derecho civil español, III*, cit., p. 264; Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, II, Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1996 p. 848. Sobre la inadmisibilidad e impropiedad de la cesión aplicada a las deudas, vid.,

Así es como se pronuncia la *Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1984*, cuando declara que «podrá haber una cesión de crédito, si cede el cumplidor, o una cesión de deuda si cede el que no ha cumplido».

De modo que si el consenso doctrinal reside en la ubicación sistemática del fenómeno modificativo entre los sucesos de interés del ciclo vital del vínculo no presenta, por el contrario, unanimidad terminológica que es dispersa y acepta distintas expresiones como modificación, alteración, cambio, transformación, todas ellas empleadas con un valor análogo⁶⁰.

Por fin y antes de pasar a otras cuestiones, también se ha de destacar el término «subrogación» que en sí mismo es un efecto de los anteriores procedimientos por lo que si, en principio, estaba reservado única y exclusivamente para la modificación en la titularidad activa, también resulta conveniente su uso para significar la sustitución u ocupación del lugar de otro sujeto sea éste pasivo u activo. Finalmente, y en cuanto a la opción de este trabajo, dado que el fundamento de la institución se encuentra en la sucesión singular de las deudas principio que, a su vez, se relaciona de forma directa con la despersonalización del vínculo y por ende con su libre transmisibilidad, parece que el más acertado es el que predica que la consecuencia del procedimiento expromisorio será la modificación de la relación obligatoria gracias a la transmisión de las deudas⁶¹.

ROCA SASTRE Y PUIG BRUTAU, «La transmisión pasiva de obligaciones a título singular», *cit.*, p. 297; también p. 299.

⁶⁰ La mejor doctrina española se ha hecho eco de la terminología ideada por BETTI y generalizada por ALLARA. Así, Díez-PICAZO reproduce esta idea del ciclo vital por el que atraviesa una relación obligatoria (*vid.*, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. II, cit.*, pp. 791 ss.); LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA, sobre la vida dinámica de la relación obligatoria (*vid.*, *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones, I, cit.*, p. 310); RAGEL SÁNCHEZ, por su parte, emplea la denominación de alteración objetiva convencional, así como el de la «vida intermedia de la obligación» («El concepto de alteración objetiva convencional de la relación obligatoria», *cit.*; *vid.* también *Manual de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos, cit.*). LETE DEL RÍO emplea, pese a todo, la modificación: GETE, defensora de la novación como vía extintiva, en PUIG I FERRIOL, omite extinción y prefiere la novación en el marco de la modificación. Como ella, en el mismo manual, las modificaciones sobrevenidas se refieren a las que acacen *rebus sic stantibus*.

⁶¹ Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1983 resume el sentido de la evolución jurisprudencial al decir que las «expresiones [las del mandato del acreedor que acepta en nombre de su representado y ahora recurrente el cambio de deudor operado en un reconocimiento de deuda vertido en documento notarial] [...] para admitir la existencia de una novación meramente modificativa, por sucesión particular en el débito, ya sancionada por la jurisprudencia [...] relativa a la asunción de deuda, que superó la estrecha concepción del personalismo obligacional –salvo, claro está, las obligaciones contraída *intuitu personae*– y admitió la transmisión personal en la deuda al amparo del artículo 1205 del CC, ya en la forma de “delegación” (convenio entre los deudores), ya en la de “expromisión” (convenio entre el acreedor y el nuevo deudor) con la aceptación del acreedor».

B) Tratamiento y sistemática doctrinal de los cambios de deudor

Por otra parte, el tratamiento sistemático con que la doctrina aborda el análisis de la materia está relativamente asimilado a la obra alemana. Empero se puede avanzar que los cambios de deudor producidos a consecuencia de la expromisión habitualmente forman parte, en principio, de la teoría general de la obligación —en ocasiones, también en sede de contratos el que tenga por objeto la asunción de deuda— pese a que su estudio no presenta un patrón único y suele encontrarse disperso entre la novación como vía de extinción y las causas modificativas de la relación obligatoria. Con todo, el sistema preferente es el análisis separado de la extinción y la modificación de las relaciones obligatorias como fenómenos de base común y consecuencias diferentes, tratando en primer lugar la novación como vía extintiva y en capítulo posterior las fórmulas transmisivas o, invirtiendo el orden de estos dos capítulos.

En este punto, la elección adoptada con diligencia por Castán Tobeñas atendiendo a la evidencia jurisprudencial de la modificación no extintiva⁶², consiste en que la novación se ventila en sede de extinción de las relaciones obligatorias y, en subsección distinta, la transmisión de los vínculos jurídico-obligatorios⁶³. En su obra, el capítulo sobre la «transmisibilidad de las obligaciones desde el lado activo y el pasivo. Asunción de deudas y cesión de créditos. La cesión del contrato», se antepone al de los dedicados a las causas extintivas de las obligaciones⁶⁴.

Este estudio separado del fenómeno de la modificación y la extinción, tratando previamente el sistema de transmisión sin extinción es seguido también por otro importante sector doctrinal debiéndose destacar por sus aportaciones en la materia específica que nos ocupa a García Amigo, quien abundando en los argumentos de otro de sus estudios sobre la cesión de créditos prefiere abordar, como hizo Castán, en primer lugar la asunción de deudas y en ella, con la jurisprudencia mayoritaria, entiende la expromisión como aquella novación subjetiva pasiva distinta de la asunción de deuda como convenio meramente modificativo. Además y siguiendo la doctrina tradicio-

⁶² Ésta es una de las evidencias del fructífero intercambio entre la magistratura y la investigación jurídicas. Así entre el 12 de septiembre de 1945 y el 2 de diciembre de 1967, CASTÁN TOBEÑAS ostentó la Presidencia del Tribunal Supremo (*vid.* MEDINA DE LEMUS, *El Derecho Civil Español en los últimos cincuenta años*, Madrid, 2000, p. 44).

⁶³ En líneas posteriores se hará mención expresa de las resoluciones que estiman aceptable las modificaciones no extintivas pronunciadas ocupando la Presidencia del Alto Tribunal.

⁶⁴ *Vid.* *Derecho civil español, común y foral, III, Derecho de obligaciones, cit.*, pp. 364 ss.

nal, califica a la novación extintiva como otra de las formas o causas de extinción de las relaciones obligatorias⁶⁵.

En definitiva, tuvo consecuencias la elección de Castán Tobeñas cuando al sistematizar la teoría de las relaciones obligatorias y antes de estudiar sus causas de extinción, previamente analiza su aptitud para ser transmitidas; por tanto la expromisión es objeto de estudio en sede de transmisión y además en el capítulo dedicado al estudio de las clásicas fuentes de extinción previstas por el artículo 1156, generalizándose así el tratamiento diferenciado entre modificar y extinguir⁶⁶.

En general hay cierto consenso en deslindar el fenómeno extintivo del modificativo. Ésta es la fórmula elegida por mi Maestro en cuanto prefiere analizar en primer lugar la novación como causa extintiva seguida en capítulo específico, de la modificación. Por tanto, la doctrina más moderna suele anteponer el análisis de la extinción de las obligaciones al de las modificaciones que afecten al vínculo. En este punto, mi Maestro el Profesor Lasarte Álvarez integra el régimen de la cesión y la subrogación del crédito, el pago con subrogación, con los cambios de deudor o transmisión de deudas, poniendo punto final a estos aspectos con el estudio de la situación que afecta a la alteración total de la posición contractual encarnada en la cesión del contrato⁶⁷.

Ésta fue también la opción sistemática adoptada en la obra de Espín Cánovas, distinción hecha por razón del elemento que se altera⁶⁸, caracterizando la expromisión como uno de los dos modos

⁶⁵ Vid. *Lecciones de Derecho civil II. Teoría general de las obligaciones y contratos*, Madrid, 1995, pp. 566 ss. y 576 y 634. ORDUÑA MORENO al ocuparse de la modificación de la obligación recoge la vía concretada en el convenio expromisorio susceptible de producir la acumulación o la novación además de reproducir, en sede extinción de la obligación, las causas tradicionales como la novación subjetiva pasiva [vid. VALPUESTA FERNÁNDEZ (coord.), *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Valencia, 1998, 3.ª ed., p. 297]. OSSORIO MORALES Y OSSORIO SERRANO, por su parte, disocian también el tratamiento de la asunción modificativa de la novación subjetiva, esta última como causa de extinción de las obligaciones [vid. MORENO QUESADA (Coord.), *Curso de Derecho civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad civil por hechos ilícitos*, Valencia, 2003, pp. 174 y 197].

⁶⁶ Vid. *Derecho Civil español, común y foral, III, Derecho de Obligaciones. La obligación y el contrato en general*, cit., pp. 370 y 483; en particular justifica esta opción en la nt. 4 de la p. 487.

⁶⁷ Vid. *Principios de Derecho civil 2, Derecho de Obligaciones*, cit., pp. 193 a 234.

⁶⁸ En particular después de la sección primera sobre el concepto y estructura de la obligación, dedica la segunda al cumplimiento y extinción de la obligación atendiendo en esta sección al cumplimiento o pago y a la novación, compensación, confusión, compensación, confusión, remisión o condonación, finalizando con la pérdida de la cosa o la imposibilidad de la prestación. Una vez estudiado el incumplimiento y antes de abordar la protección del créditos, se ocupa en la sección cuarta de la transmisión de la obligación. Esta sección a su vez, y después del análisis de su evolución, presenta el capítulo dedicado a la transmisión del lado activo, seguido de la sucesión y la deuda y finalmente, la cesión del contrato (vid. ESPÍN CÁNOVAS, *op. cit.*, pp. VII a XV).

por los que puede producirse la novación subjetiva por cambio de deudor pese estimar también, incidentalmente, a este procedimiento como fórmula capaz de sustentar la sucesión en la deuda⁶⁹. Dogmáticamente si la novación se presenta como uno de los modos voluntarios de extinguir las relaciones, en nuestro Código a su juicio, se admite la que tenga por efecto la modificación del vínculo y en buena lógica la expromisión ha de poder resultar con pervivencia del régimen anterior si bien «para que produzca verdadera novación ha de liberar al primitivo deudor»⁷⁰.

Sin duda esta fórmula resulta acertada en cuanto es más consecuente abordar el procedimiento máximo, la novación, desde la perspectiva extintiva e inmediatamente después y como vía singular, las modificaciones que en general afecten al vínculo perviviendo éste. En definitiva, ésta ha sido la evolución histórica y seguirla presenta el acierto de acercarse a la institución desde un planteamiento capaz de explicar la mutabilidad del derecho como técnica destinada a la resolución de conflictos.

Esta fórmula consistente en el análisis previo del elenco del artículo 1156 del CC, también es compartida por Albaladejo quien ventila de forma separada las causas extintivas de las modificaciones estudiadas en capítulo autónomo, sean de tipo objetivo o subjetivo, en su parte activa o pasiva⁷¹. Por tanto, se refunde el tratamiento clásico de la novación como vía extintiva sin perder de vista que al lado de las causas de desaparición del vínculo, hay otras que lo modifican teniendo, por tanto, la virtud de explicitar ambos fenómenos.

Finalmente también ha de tenerse en cuenta que como sistema integrador se encuentran las opciones que presentan en un mismo capítulo conjuntamente ambas cuestiones. Es el caso de Díez-Picazo y Gullón⁷², con un tratamiento similar y pese a que Sancho Rebullida era uno de los más decididos opositores a la libre transmisibilidad de las obligaciones es la opción sistemática de Lacruz Berdejo⁷³ y,

⁶⁹ Vid. *Manual de Derecho civil español, cit.*, pp. 151, 158 y 267.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 159.

⁷¹ Vid. *Derecho civil, II, Derecho de obligaciones, cit.*, pp. 297 y 331 respectivamente.

⁷² En cuanto a la opción de Díez-Picazo y Gullón eligen ambos el tratamiento conjunto y unitario de las causas o vías de modificación y extinción de las relaciones obligatorias (vid. *Sistema de Derecho civil, cit.*, pp. 234 ss.).

⁷³ Como decimos es el trato escogido por parte de Lacruz Berdejo-Sancho Rebullida quienes no dudan en su ubicación entre los modos de extinción de las relaciones por lo que la novación subjetiva es una de sus causas, siquiera también lo es de modificar vía asunción, al fin y al cabo, el epígrafe está dedicado a la extinción y modificación de las obligaciones. Con todo afirman que la expromisión es una institución distinta de la *novatio* si bien una de sus aplicaciones o manifestaciones es la producción de una novación (vid. *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones, I, cit.*, pp. 306 y 316).

entre otros, también podemos hacer mención de la lógica estructural seguida por O'Callaghan Muñoz⁷⁴.

Por tanto, el marco dogmático de la expromisión se encuentra entre los fenómenos que afectan a una relación obligatoria, constante esta última, de modo similar al que lo hacía la transmisibilidad de los derechos de crédito según ordena el artículo 1112 del CC. La relativa novedad que presenta frente a la lógica de la cesión de derechos reside en su falta de regulación expresa, pudiéndose deducir de los artículos del CC que prevén la novación hecha según la terminología señalada y de conformidad a la unanimidad doctrinal que se trata de un fenómeno próximo a la novación romana si bien con la singularidad de que el vínculo puede pervivir gracias a su elasticidad y su aptitud para ser transmitido total o parcialmente. Cuestión distinta a la unanimidad sobre la existencia de modificaciones subjetivas con pervivencia del vínculo un, cada vez más, reducido grupo doctrinal, estima que dicha apreciación no está acogida por el Derecho ni por el propio sistema de la relación obligatoria. En definitiva, ha de ser replanteado el dogma de la intransmisibilidad y sus excepciones.

4. LA SUCESIÓN *MORTIS CAUSA* E *INTER VIVOS* ANTE EL DOGMA DE LA INTRANSMISIBILIDAD

Por lo que se refiere al dogma de la intransmisibilidad baste recordar que, en términos generales, su fundamento estructural se encuentra en el sistema del Derecho romano y con él –como él– evoluciona de forma paralela al distinto entendimiento del vínculo y de sus elementos personales, hasta consumarse su práctica desaparición o, cuando menos, su modulación y sustitución por la transmisibilidad de las obligaciones⁷⁵. En resumidas cuentas, la función de la *obligatio* pasaría así a servir al interés de la satisfacción del derecho de crédito en lugar de atender a la originaria vinculación personal a la que respondía⁷⁶.

⁷⁴ También O'CALLAGHAN MUÑOZ trata en una lección la asunción como convenio modificativo y la novación, en el entendido de que ésta es una de las formas de extinción de las relaciones obligatorias (*vid. Compendio de Derecho civil, II, vol. 1.º*, Madrid, 1987, pp. 186 y 207).

⁷⁵ Con ello, *vid.* WINDSCHEID, «Die singularsuccession in Obligationem», *Kritische Uberschau*, I, 1853, pp. 27 a 46; RICCOBONO, «Formazione del domma della transmissibilità all'erede dei rapporti sotto condizione», *Studi in onore di Silvio PEROZZI*, Palermo, 1925, pp. 349 a 368.

⁷⁶ *Vid.* MORETÓN SANZ, *La asunción espontánea de deuda*, *cit.*, pp. 35 ss. y PACCHIONI, *Manual de Derecho Romano, II*, Valladolid, 1942, p. 71.

La tradicional concepción romana traía causa directa del entendimiento estrictamente personalista de la *obligatio*⁷⁷. Pues bien desde dicha perspectiva, en la época de la Edad Media, en general, se materializan ciertas instituciones nacidas con la intención de favorecer el tráfico y que indirectamente consiguen la transmisión –mediante vías únicas y directas– del lado activo. Gracias a ello, paulatinamente, se fueron introduciendo fórmulas con que flexibilizar las consecuencias de la sustitución del deudor⁷⁸. En particular, el Derecho común recupera del sistema romano la idea de la intransmisibilidad si bien figuras de tránsito, como la *assignatio* o indicación de pago y la delegación imperfecta, sortean sus rigores⁷⁹. En síntesis, las nociones más tradicionales cederán, con el paso del tiempo, a la visión patrimonialista que antepone y se ordena al cumplimiento de la prestación antes que al sujeto inicialmente vinculado a la relación obligatoria.

La sucesión *mortis causa* suponía una derogación relativa del dogma de la intransmisibilidad ya que, gracias a la necesaria ocupación del lugar del causante por parte del heredero, resultaba posible la transmisión *mortis causa* del conjunto de sus bienes, derechos y obligaciones⁸⁰. A su vez, dicha sucesión o subentrada⁸¹ en la posición del causante puede ser universal o singular; frente a la que tenga lugar entre vivos que será, en principio, a título singular y, en términos generales, voluntaria⁸².

En dicho sentido y pese a no ser absolutamente riguroso el empleo de las expresiones *successio singularis* o *particularis* lo

⁷⁷ Vid. GARCÍA AMIGO, *Lecciones de Derecho Civil II*, cit., pp. 432 ss.; también BASOZÁBAL, «El contrato de asunción de deuda», *ADC*, LIII, I, 2000, p. 93, nota 34.

⁷⁸ Vid. PLANITZ, *Principios de Derecho Privado germánico*, Barcelona, 1957, pp. 229 ss. y COVIELLO, «Della successione ne' debiti a titolo particolare», *Archivio giuridico*, LVII, 1897, pp. 117 ss., en particular la p. 127.

⁷⁹ Vid. GARCÍA VALDECASAS, «La sucesión en las deudas a título singular», *Estudios de Derecho civil en honor al Prof. Castán Tobeñas*, Pamplona, 1969, pp. 209 a 226; MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, Coimbra, 1970, p. 133.

⁸⁰ Vid. MORETÓN SANZ, *op. cit.*; ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho Romano II*, Madrid, 1986, pp. 805 ss.

⁸¹ Pese a la relativa impropiedad ya que singularmente se ha afirmado que su traducción más exacta sería la de subintrada (vid. FERNÁNDEZ VILLA, *El pago con subrogación: revisión del artículo 1.212 del CC español*, Granada, p. 83) se ha optado por emplear este primer término.

⁸² ALBALADEJO funda la diferencia que reside entre ambas en que la que se produce por razón de la muerte del causante opera de forma necesaria, frente a la que se produce entre vivos que está desprovista de dicha nota. Asimismo, equipara la sucesión en los derechos con la transmisión, «la transmisión de los derechos o la sucesión en los derechos tiene lugar, pues, o *inter vivos*, cuando el traspaso se produce de alguien que vive y sigue viviendo, a otro que los recibe, o *mortis causa*, cuando el que los recibe sucede al difunto, es decir, ocupa su puesto en la titularidad de los mismos porque su muerte los dejó vacantes. Por eso, en este caso se califica a la sucesión de sucesión *por causa de muerte (mortis causa)*. Y aunque, por brevedad, se suela denominar simplemente *sucesión*, a secas, se sobreentiende siempre *mortis causa*» (*Curso de Derecho civil, V, Derecho de sucesiones*, Madrid, 2004, 8.ª ed., pp. 7 y 8).

cierto es que, aplicadas a las que con identidad del vínculo se producen entre vivos, resultan lo suficientemente precisas como descriptivas para acoger el supuesto de la modificación no extintiva por cambio de deudor. A esta cuestión se añade la generalización de su uso en doctrina y jurisprudencia⁸³; con todo y como se acaba de reflejar cuando se han puesto de manifiesto los aspectos terminológicos, este término se circunscribe al planteamiento dogmático del fenómeno sucesorio para después concretar, en particular, los efectos producidos con otras figuras menos comprometidas como «modificar» o «transformar» entre las mencionadas⁸⁴.

De modo que la lógica común del fenómeno sucesorio, sea *mortis causa* o *inter vivos*, reside en la ocupación del lugar por un sujeto distinto del originario⁸⁵. Si ésta es la identidad subyacente, el componente diferenciador radicaba en la reconocida ausencia e innecesariedad de novación extintiva en el primero de los supuestos⁸⁶. Por tanto, el heredero recibirá, deudas incluidas, sin necesidad de novación de las relaciones obligatorias⁸⁷, en el sentido específico de que el acreedor no tendrá que dar su aquiescencia ni serán necesarios otros negocios que los dimanantes del proceso sucesorio⁸⁸.

⁸³ Vid. SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano Actual*, cit., pp. 145 ss. Por otra parte lo cierto es que en Roma existían ciertos casos en que se sucedía *inter vivos* (vid. MORETÓN SANZ, cit., p. 47.).

⁸⁴ Vid. *supra*.

⁸⁵ MINGORANCE GOSÁLVAEZ recuerda que la herencia aun así no es una *universitas iuris*, porque las deudas no pueden ser concebidas como cargas reales (vid. *El pago de las deudas hereditarias*, Madrid, 2004, pp. 24 y 25).

⁸⁶ Los sistemas sucesorios occidentales han dado distintas respuestas al hecho común de que las relaciones obligatorias permanezcan intactas e idénticas pese a la muerte del sujeto pasivo que las originó. Ahora bien, dependiendo del sistema, esas deudas serán asumidas por el heredero, o se liquidarán y el adquirente a título gratuito sólo recibirá el saldo positivo. En el caso español incluso el que acepta la herencia a título de inventario sucede al causante en las deudas, si bien limita su responsabilidad al patrimonio hereditario. En este sentido, DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN sostienen que «el heredero que haya hecho uso del beneficio de inventario sucede en las deudas del causante. Lo que ocurre es que la ley le reconoce un poder especial para limitar su responsabilidad, excluyendo sus bienes propios de la posibilidad de ser agredidos por los acreedores hereditarios» (*Sistema de Derecho civil, IV, Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Madrid, 2001, 8.ª ed., p. 549; vid. también LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil, 7, Derecho de sucesiones*, Madrid, 2005, 4.ª ed., pp. 365 ss.; CICU, *Derecho de sucesiones, parte general*, Barcelona, 1964, p. 21).

⁸⁷ Vid. SALVADOR CODERCH, «El título de heredero. –Discurso de contestación al de investidura de Juan Berchmans Vallet de Goytisolo como Doctor *Honoris Causa* por la Universidad Autónoma de Barcelona–», *RDP*, LXII, 1978, p. 411.

⁸⁸ Téngase presente la especificidad del legatario que adquiere la cosa exenta de responsabilidades anejas. Con todo «es el caso –refiriéndose al legatario como sucesor a título singular–, de la denominada sucesión a título particular, que no es propiamente hablando sucesión, ya que el adquirente modifica el título constitutivo de la relación y no se coloca pura y simplemente en el mismo lugar del causante; el sucesor a título particular no sucede en la posesión ni en las obligaciones. Por lo que a la terminología adoptada por el propio CC, el artículo 442, al fin y al cabo, se ve en la necesidad de especificar que “*el que suceda por título hereditario*”, acepta implícitamente la hipótesis de otras subentradadas

Por el contrario, para la consecución de alguno de los cambios subjetivos —con o sin efectos extintivos— que se pretendan efectuar sobre la relación obligatoria, se habrá de pasar por alguno de los procedimientos previstos en sede de novación o bien por la autonomía de voluntad privada. En este punto, conviene tener presente que buena parte de la normativa en materia de sucesiones hereditarias, está presidida por la nota de la inderogabilidad de sus mandatos, frente a los cambios de deudor que se prevengan gracias a los procedimientos antes mencionados que, por su parte, también habrán de atender al requisito imperativo del consentimiento del acreedor y la atención a los intereses de los terceros.

Por otra parte, la generalización del uso de la sucesión a título singular, se encuentra en la especial atención prestada a la doctrina de Savigny, quien reservaba la expresión para la subentrada de una persona en el lugar de otra, sin hacer distinciones entre la que sea universal o singular, independientemente del negocio del que traiga causa y manteniéndose la relación jurídica. Así y en este sentido se explica la afirmación de que la sucesión *inter vivos* es siempre a título singular⁸⁹.

Con todo y atendido el origen del término sucesión, ciertas voces critican su uso aplicado a la que se produce *inter vivos*. En este sentido y acerca de este largo debate doctrinal, Barbero admite la sucesión en el débito en el entendido de que no hay obstáculos técnicos que lo impidan, frente a Nicolò quien, al estimar que el único sistema previsto para la sucesión de las deudas es la que tiene lugar con ocasión de la muerte del causante, rechazaba la aplicación de este procedimiento y por ende de su nomenclatura⁹⁰, tal y como hacía, entre otros, Bonfante⁹¹. Empero Barbero recuerda que, pese a que el

que no tengan por causa la hereditaria» (LLEDÓ YAGÜE, *Derecho de sucesiones. Delación-Legítimas-Reservas*, Vol. I, Bilbao, 2004, 2.ª ed., p. 16).

⁸⁹ Pese a que la que se produce *inter vivos* se efectúe normalmente a título singular, la mejor doctrina ha puesto de manifiesto ciertos supuestos que relativizan dicha afirmación. Entre otros, el previsto en el artículo 197 del CC, es decir, la apertura de la sucesión basada en la declaración de fallecimiento irregular o por certificación de defunción falsa (vid. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones*, I, Barcelona, 1995, 2.ª ed., pp. 9 a 13). Sin duda, estos dos ejemplos son absolutamente atípicos, toda vez que la declaración de fallecimiento se basa en presunciones, no en certezas, habiéndose previsto las consecuencias jurídicas para el caso de la reaparición del desaparecido. Excepto en el matrimonio que queda disuelto (a diferencia del canónico), las previsiones normativas toman como cautela que el presuntamente declarado muerto pueda no estarlo. En cuanto a la apertura de sucesión basada en una certificación de defunción falsa, habría que estar a las consecuencias previstas en el Código penal.

⁹⁰ Por su parte NICOLÒ teniendo a la vista el antiguo Código italiano y pese a ser proclive a su aceptación, no encontraba fórmula jurídica que amparase el procedimiento de sustitución pasiva (vid. «L'adempimento dell'obbligo altrui, cit.», p. 278).

⁹¹ Entre los autores que circunscriben el concepto de sucesión a la que sea universal, destaca BONFANTE que entiende que la única y verdadera sucesión es únicamente aquella (vid. *Corso di Diritto Romano*, VI, *Le successioni*, Roma, 1930, p. 4).

esquema técnico más preciso es el que circunscribe la auténtica sucesión a la *mortis causa*, no se puede negar que existe la que se produce entre vivos y, además, también existen procedimientos que autorizan la cesión del lado activo del crédito⁹². De nuevo y entreverado en una cuestión terminológica reaparece el debate sobre la transmisibilidad de las relaciones obligatorias.

Cierto es que, en puridad, la sucesión implica la subentrada de una persona en el lugar de otra en una misma relación jurídica que subsiste idéntica; desde esta perspectiva y en su virtud, Díez-Picazo y Gullón sostienen que debería quedar reservada únicamente a la producida *mortis causa* universal⁹³. Si bien y en realidad, basta entender su sentido cuando se aplica; por otra parte, el derecho subjetivo reclama como elemento esencial su imputación a un sujeto determinado, no que éste –en tanto perviva la relación– haya de ser siempre el mismo⁹⁴.

De lo dicho se sigue que como concreción de la idea de *sucesio* en abstracto se generalizará, en el Derecho de obligaciones, el término de la transmisión. Es decir, a partir de lo genérico –sucesión– se pueden ir señalando ciertas especificaciones de conformidad a la razón jurídica que justifica la aparición de este fenómeno de la subentrada de una persona en el lugar de otra. Así, declara García Amigo «el concepto de transmisión de la relación obligatoria no es más que la aplicación al campo del Derecho de obligaciones de la idea de sucesión en general. Y viene integrado por dos nociones esenciales: la permanencia en su identidad objetiva de la relación sucedida y la sustitución de las personas concretas que encarnen la titularidad de la relación que se transmite»⁹⁵.

En resumen, tal y como se pronuncia Pugliatti «además de esto, tenemos también un concepto restringido y delimitado de sucesión, que se presenta como un concepto típico, y que dada la extensión de la figura genérica, puede igualmente comprenderse en la figura de la sucesión en sentido lato. Una comparación fecunda puede hacerse entre el concepto de sucesión en sentido restringido o típico y el concepto de transmisión, haciendo a un lado la figura genérica de sucesión que comprende a ambos. Al determinar estos dos conceptos, para establecer la diferencia que media entre ellos, es

⁹² Vid. *Sistema del Derecho Privado III*, Buenos Aires, 1967, p. 264.

⁹³ *Ibidem*, p. 329.

⁹⁴ Vid. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1992, p. 8.

⁹⁵ «Transmisión de las relaciones obligatorias nacidas de un contrato», *cit.* En este punto, STOLFI afirma que la sucesión implica la subentrada de una persona en el puesto de otra como titular del mismo negocio jurídico evidenciada en su práctica convencional (*vid.* «Appunti sulla c.d. successione particolare nel debito», *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1948, p. 733).

necesario partir de puntos de vista diferentes: en la transmisión, el punto de partida es el primer titular del derecho; en la sucesión, el punto de partida es el sujeto que adquiere. Es verdad que también en la transmisión existe un adquirente y, si se quiere, un sucesor, pero la transmisión *parte del que transmite en el que radica la fuerza propulsora que la opera*. La transmisión incluye siempre *dos momentos lógicos*, los cuales aun cuando ligados por la causa, deben existir ambos (...)»⁹⁶.

Dicho lo anterior, conviene antes de concluir este epígrafe reiterar que el origen de la discusión sobre la sucesión singular se encuentra en la fase precodificadora germana⁹⁷. Como se ha dicho, uno de los iniciadores de la corriente doctrinal pandectista o de jurisprudencia de conceptos, Puchta rebate en 1852 el dogma de la intransferibilidad, creando una nueva categoría sistemática⁹⁸.

Enfrentado a la libre sucesión Strohal se erige en uno de los más decididos opositores a esta voluntaria transmisibilidad. En su estudio, la consecuencia del cambio de patrimonio responsable provoca directamente la necesidad de extinción de la relación en que se ha sustituido el patrimonio garante primitivamente por el del nuevo deudor⁹⁹, con la particularidad de que el argumento de la división del vínculo en el débito y la responsabilidad sirve a otros autores para propiciar la libre transmisión¹⁰⁰.

La sucesión singular de las deudas implicaba, pese a la modificación del sujeto pasivo, el mantenimiento de la obligación primitiva. Apelaban para ello al Derecho romano si bien únicamente a partir de la institución de la *sucessio*¹⁰¹. A su vez, afecta directamente la naturaleza del vínculo: la personalista, de procedencia clásica, romanista, sobrevive gracias al Derecho común y recibida por los inspiradores del *Code Napoleon*, fue redescubierta por la

⁹⁶ PUGLIATTI, *Introducción al estudio del Derecho Civil*, cit., p. 210.

⁹⁷ Vid. MORETÓN SANZ, cit., pp. 205 ss.

⁹⁸ Vid. *Kritische blätter*, 2, 1852, p. 34.

⁹⁹ Vid. STROHAL, «Schuldübernahme», *Iherings Jahrbücher für die dogmatik*, LVII, 2, XXI, 1910, pp. 231 a 492.

¹⁰⁰ En este sentido basta reiterar cómo BRINZ escinde el débito y la responsabilidad.

¹⁰¹ PACCHIONI criticaba acerbamente el paralelismo instituido por DELBRÜCK entre la cesión del crédito y la cesión del débito ya que, a su juicio, esta construcción no soportaba una crítica seria. Así, destacaba la impropiedad de la expresión cesión del crédito ya que para él (recordemos que su obra es de los años cuarenta) en el Derecho la deuda no es una cosa, ni un derecho, al carecer de valor para el cedente, carece también de valor para el mercado. Antes bien, se erige como una limitación de la libertad de acción del deudor y una potencial disminución de su propio patrimonio. Si emprendemos el examen de alguno de los casos que en la práctica PACCHIONI consideraba como cesión de deudas –transmisión de la finca hipotecada con la asunción de la deuda correlativa, la adquisición del establecimiento comercial con la condigna asunción de las deudas pendientes, la división de la herencia con la asunción de deudas hereditarias, la donación con asunción de las deudas del donante– qué duda cabe que los ejemplos que cita, en todos concurre una transferencia de bienes y que con y por ello se asumen las deudas.

pandectística alemana del siglo XIX. La visión patrimonialista, ya se ha dicho, sostiene que si bien la obligación recae sobre el deudor lo atacable es el patrimonio¹⁰².

En todo caso, el problema de la transmisibilidad está directamente relacionado con la capacidad de los valores negativos para ser objeto de intercambio. También afecta al concepto y noción jurídica del patrimonio que aún no ha resuelto si las deudas han de estar incluidas en él o si, antes bien, no forman parte de la suma de valores positivos. Lo cierto es que estos aspectos están despejados por las prácticas económicas que integran la totalidad de sus elementos, cualquiera que sea su signo en el patrimonio; no dudan por ello que sus componentes individualmente considerados son aptos para ser negociados siempre y cuando el mercado permita dicha posibilidad material al ser aceptados por los operadores jurídico-económicos.

Ciertos escrúpulos de la teoría jurídica se construyen a espaldas de la realidad económica si bien, no cabe duda, este tipo de prácticas terminan siendo consideradas e incluidas, de un modo u otro, en el ordenamiento en aras de la seguridad jurídica que debe presidir los intercambios patrimoniales¹⁰³. En este punto, baste como prueba la comprobación fáctica de la proliferación de empresas cuyo objeto mercantil es la compra o/y gestión de facturas sin ejecutar, o incluso de la acumulación, consolidación y renegociación de créditos pendientes en una deuda única¹⁰⁴.

En suma, las anteriores pruebas técnicas refutan dicha negación de la transmisibilidad del pasivo¹⁰⁵ como objeto negocial¹⁰⁶. A mayor abundamiento ya se había apuntado por Colin que «la personalidad del deudor y la del acreedor se eliminan cada vez más de las relaciones de derecho. La obligación, ya desde el punto de vista

¹⁰² Ciertamente, por evidente, al cambiar de deudor se altera el patrimonio responsable (vid. OERTMAN, «Transmisión de obligaciones», *RDP*, X, 115, 1923, p. 101). Por su parte, en esta línea, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI sostiene que con el cambio el patrimonio que garantiza un derecho de crédito, se desnaturaliza la identidad del vínculo (vid. *Curso de Derecho de Obligaciones. Vol. I. Teoría General de la obligación*, cit., p. 138). Sobre la materia vid. las aportaciones de PACCHIONI (*ibidem*), BRINZ Y BEKKER cit.

¹⁰³ Radicalmente en contra, como ya se ha recogido, PACCHIONI (vid. *Delle obbligazioni generale*, cit., p. 362).

¹⁰⁴ Se anuncian, v. gr. y sin que quepa ahora hacer mayores precisiones, como servicios de consolidación de deudas y lo habitual que las empresas se exploten en régimen de franquicia.

¹⁰⁵ Téngase presente, de nuevo, las precisiones hechas por la mejor doctrina que ha declarado que el uso de la expresión «transmisibilidad» aplicada a las deudas, es una licencia ya que a fin de cuentas, la transmisibilidad implica un acto de traslación de poderes «activos», por lo que la transmisión en sí únicamente atañe a la perspectiva de poder en los derechos subjetivos y, en su caso, en las facultades (en este sentido, vid. DÍEZ-PICAZO, *ibidem*, p. 848).

¹⁰⁶ Superadas también las tesis del Maestro SANCHO REBULLIDA sobre la significación económica de las deudas (vid. «Comentario al artículo 1205 del CC», *Comentarios al CC y Compilaciones forales*, XVI, 1, Madrid, 1991, p. 723).

activo, ya desde el punto de vista pasivo, sólo es considerada hoy por su resultado, es decir, como un elemento del activo o del pasivo del patrimonio, como un *valor*, tan racionalmente transmisible como los otros valores, como los derechos reales y, sobre todo, como la propiedad»¹⁰⁷, descripción del fenómeno que conduce a la aceptación por evidente de la sucesión singular de las deudas.

III. LA DOCTRINA ESPAÑOLA ANTE LA SUCESIÓN SINGULAR DE LAS DEUDAS

1. LA EVOLUCIÓN DOCTRINAL Y LA MAYORITARIA ACEPTACIÓN DE LA SUCESIÓN SINGULAR DE LAS DEUDAS: INTERDEPENDENCIA ENTRE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA E HITOS LEGISLATIVOS

Las aportaciones doctrinales previas al siglo XIX, en buena lógica constituyen parte de la base y fundamento del estado doctrinal ulterior que corresponde ahora revisar. En este sentido y dado su valor preparatorio para la futura admisión de la transmisibilidad técnica de las deudas, deben ser destacadas las aportaciones de Gutiérrez Fernández y las de Sánchez Román. Al presentar una tímida despersonalización del vínculo consolidan el planteamiento de la responsabilidad de la obligación como una cuestión estrictamente objetiva donde es posible relevar al sujeto pasivo¹⁰⁸.

Con todo, el impulso doctrinal sobre la materia respondió a lo que se puede denominar recepción del Derecho y de la doctrina alemanas entre los estudiosos españoles. En puridad destaca más la influencia de estas tesis germánicas que la elaboración propia de una teoría de la transmisión de las obligaciones a título singular¹⁰⁹.

¹⁰⁷ COLIN, *Curso elemental de Derecho civil*, 3, cit., pp. 332 y 331.

¹⁰⁸ Vid. *supra*, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil español*, Madrid, 1869, y SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil IV. Derechos de obligaciones*, Madrid, 1899. Vid. también MORETÓN SANZ, cit., pp. 158 ss..

¹⁰⁹ Muy severamente ÁLVAREZ VIGARAY apunta que a diferencia del «floreamiento doctrinal, en el que las obras de prestigiosos e ilustres jurisconsultos» sentaron y abrieron una sólida base al camino de la codificación, la literatura jurídica de los siglos XVIII y XIX, era decadente. Frente a la profundización en el Derecho Romano y el Germánico, que fraguaron los precedentes doctrinales de la codificación, en nuestro país, «la carencia absoluta de estudios de Derecho germánico en el siglo XIX español, y el carácter mediocre de los estudios en los que se mezclaba el Derecho romano con el Derecho Real», condenaron a la codificación española a ser una copia de la francesa. La influencia de la doctrina jurídica alemana –sigue ÁLVAREZ VIGARAY–, no se deja sentir hasta bien entrado el siglo, hasta pasada la mitad del XIX, momento en que la doctrina española –SÁNCHEZ ROMÁN Y GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ–, ya señala el conocimiento de SAVIGNY, cuyo *Tratado de Derecho Romano*, se traduce al francés y se publica en 1851 (vid. «El sistema del Derecho Civil

Por otra parte, la aportación más original que debe ser considerada como punto de inflexión en la doctrina española en lo que a la consideración de la *novatio* y transmisión sin extinción de las deudas atañe, está marcado por las reflexiones de De Diego hechas en la monografía que llevaba por título *Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera (La transmisibilidad de las obligaciones)*¹¹⁰. En esta obra se distancia del sistema codificado español y de sus antecedentes franceses para hacerse eco y adoptar, decididamente, el pensamiento y la solución alemanas en la materia. De modo que conviene retener dos cuestiones fundamentales, una que atañe a las consecuencias de la transmisión como objeto principal de estudio y, otra, referida ésta a la fecha de publicación de su monografía que ve la luz apenas entrado el siglo xx.

Como ya se ha apuntado dos son los sectores doctrinales de este país encontrados en función, unos, de su seguimiento al sistema galgo y, por tanto, de su entendimiento de la *novatio* prevista en el Código como estricta causa de extinción; otros, apartándose de estos precedentes latinos, escogen opciones más flexibles y autorizan la sustitución modificativa del componente pasivo de una relación dada perviviendo la relación.

Por tanto, el punto de fricción entre una y otra corriente, reside en las consecuencias de la admisibilidad de la transmisión del lado pasivo del vínculo. A su vez, ambas perspectivas están notablemente influidas por la codificación de los países de nuestro entorno, por el uso y conocimiento de las principales aportaciones bibliográficas publicadas sobre la materia y, por supuesto, por la consecuencias de la germanofilia como corriente imperante en el pensamiento jurídico español que acepta e importa buena parte de las instituciones de este sistema jurídico. Con todo ha de retenerse el dato de que la corriente favorable a la libre transmisibilidad, plenamente consolidada ya en los años cuarenta del pasado siglo, forma el grupo cuyas tesis se han impuesto con fuerza y sin réplica aceptadas, por tanto, por la mayor parte de la doctrina contemporánea.

A) **De los antecedentes del debate doctrinal en España a la admisión de la transmisibilidad de las obligaciones según De Diego**

Si ya han sido estudiadas minuciosamente las líneas básicas de la codificación española así como ciertas aportaciones de la litera-

en la literatura jurídica del siglo xix español», *RGLJ*, CXXXV, 3, 1986, pp. 322 y 323) Con todo, en el primer número de la *RGLJ* ya se citaba a SAVIGY.

¹¹⁰ Publicadas por la Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, en 1912.

tura contemporánea a dicho proceso¹¹¹, resulta ahora necesario el análisis de la cuestión dogmática, clave que a mayor abundamiento, presenta de una parte la singularidad de haberse abstraído del tenor literal del Código y de otra, la capacidad de evidenciar los efectos del conocimiento de diversos sistemas jurídicos.

En síntesis, este debate doctrinal sobre la transmisibilidad tuvo lugar una vez entrado en vigor el nuevo CC ya que, hasta aquel momento no se había planteado la sucesión modificativa salvo la tímida mención contenida en el *Febrero reformadísimo*¹¹² susceptible de interpretaciones diversas y referidas, a nuestro juicio, a la acumulación de nuevos deudores antes que a la modificación por sustitución del sujeto pasivo.

Decía aquel texto: «4.140 La novacion, puede, como no puede menos de conocerse por la definicion que de ella hemos dado, ó consiste en la modificacion de una obligacion preexistente, ó en su destruccion, sustituyéndola en este último caso con otra nueva; así que puede decirse con razon, que en todo rigor no siempre la novacion lleva consigo la destruccion de una obligacion; pero no obstante la comprendemos entre los modos de estinguirse las obligaciones, porque así lo hace la citada ley de Partida, y de igual manera es considerada por los juristas.—4.142 Modificase una obligacion cuando se sustituye uno en vez de otro deudor, ó uno en vez de otro acreedor, o se suprimen o crean fianzas, o se exigen o perdonan usuras, quedando siempre existente la deuda principal».

En este sentido, la edición de aquella obra hecha el año 1849 ratificaría y concretaría después los términos de la anterior afirmación, especificando además que «novacion es la alteracion que en una obligacion cualquiera efectuan los mismos interesado, ya sea variándola en su esencia, ya sujetándola á nuevas condiciones, ó modificándola de cualquier modo. Ley 15, tit.14, P 15. Quedará pues alterada esencialmente una obligacion por medio de la novacion cuando en lugar de la que antes ecsistía se crea otra nueva, y se modifica, cuando solo se altera en alguna de sus partes, dejándose subsistente en lo principal de la obligacion primera».

Las anteriores tesis dogmáticas se han de contrastar con la parte práctica de la obra por cuanto en el texto se elabora un extenso número de casos en que se ha de presumir la novación. En particular y además de la alteración o variación de su naturaleza se «entiende

¹¹¹ Vid. MORETÓN SANZ, *op. cit.*, pp. 85 ss.

¹¹² *Febrero, ó Librería de Jueces, Abogados y Escribanos, comprensiva de los Códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo la legislación hoy vigente, por el Ilustrísimo señor Don Florencio García Goyena y Don Joaquín Aguirre, segunda edición corregida y aumentada por los Doctores Don Joaquín Aguirre y Don Juan Manuel Montalbán*, Madrid, 1844.

hecha la novación cuando se subroga un deudor á otro, y el subrogado recibe sobre sí la obligación del deudor principal. En este caso queda estinguida la obligación antigua de tal suerte que no revive jamas: y por consiguiente aunque el deudor subrogado quede reducido á estado de insolvencia, no puede el acreedor reclamar contra el primero. Si el subrogado fuese menor de 25 años, y tuviese tutor ó curador, no quedará obligado como incapaz de contratar, si bien se estinguirá la obligación primera. Leyes 15, tit. 14, P.5.»¹¹³.

En definitiva, con dichos textos se puede comprobar que los efectos del cambio de deudor eran, invariablemente, extintivos de la anterior relación salvo que esta última se viese modificada por efecto de la acumulación del nuevo deudor añadido al antiguo.

De lo dicho se sigue que, a partir de la entrada en vigor del texto codificado, el debate sistemático se presentase con tal fuerza expansiva que sirvió como fundamento preparatorio de la definitiva consideración de la *expromissio* como una de las categorías convencionales que sirven a la posibilidad de transmitir, con o sin extinción, un vínculo del que se modifica el sujeto pasivo.

Después de la entrada en vigor del CC español, el 18 de agosto de 1896 se promulga el B.G.B. –si bien no sería aplicable sino desde el 1 de enero de 1900–, que tiene la virtud de ser enormemente apreciado por la doctrina española. Con él se dan renovados bríos a las tímidas voces en favor de la transmisibilidad de las deudas y gracias a sus previsiones se pondría en tela de juicio la adscripción general y, en particular sobre la *novatio*, de nuestro texto privado al sistema romano-francés.

Por otra parte, se ha comprobado cómo la sucesión de las deudas se había convertido en una de las inquietudes técnicas que ocupó a los tratadistas europeos coetáneos a la codificación de cada país¹¹⁴.

En lo que se refiere a la doctrina española, destaca, muy especialmente, la temprana obra de De Diego *Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera (La transmisibilidad de las obligaciones)*, publicada en 1912, quien ya se había pronunciado en favor del reconocimiento de la figura¹¹⁵. De hecho, en sus primeras lecciones sobre el Derecho roma-

¹¹³ Febrero, *arreglado á la legislación y prácticas vigentes por una sociedad de abogados*, III, Barcelona, 1849, pp. 367 y 368.

¹¹⁴ Vid. MORETÓN SANZ, *op. cit.*, pp. 205 ss.

¹¹⁵ Vid. también con NAVARRO DE PALENCIA, «Consulta sobre: Efectos novatorios de un contrato», *RDP*, I, 1913-1914, 1914, pp. 472 a 489. El autor publicaría, entre otras muchas, las siguientes obras: *Apuntes de Derecho civil español, común y foral según las explicaciones del Catedrático de la asignatura*, Madrid, 1914-1915, y el *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*, IV y V *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1927.

no, recogía y suscribía decididamente el influjo del pandectismo tardío alemán y sus nociones favorables a la transmisión¹¹⁶.

Y sus certeros argumentos vigentes aún y plenamente aplicables por la doctrina y jurisprudencia contemporáneas, concluían que «si la voluntad de novar ha de ser terminantemente declarada ó inducida de la incompatibilidad absoluta de las dos obligaciones, ¿qué pasará donde no aparezca esa voluntad novatoria? Pues ó que una y la misma deuda pasará a cargo de la otra persona, en cuyo caso habrá sucesión de deuda con liberación del antiguo deudor, ó que sin desligar á éste se afectará á otra persona con la responsabilidad de la deuda, siendo entonces dos deudores los que podrán ser blanco de las acciones del acreedor. Los términos del contrato, la voluntad declarada de los interesados, decidirá en cada caso.—Conveníamos, pues, en que puede haber sustitución de deudor sin extinción de deuda, y, por consiguiente, cambio de deudor con liberación del antiguo y mantenimiento de la misma deuda; y como estos son los caracteres de la sucesión en la deuda, debemos convenir también en que ésta puede existir.—Lo que no quiere de cierto la ley, es que se verifique esa sustitución de deudor sin consentimiento del acreedor (art. 1.205), pero de acuerdo con éste no hay duda que pueden sustituirse en la deuda cuando así lo conviniesen los dos deudores, el antiguo y el nuevo, realizando sucesión en la deuda. El convenio en que acreedor y deudores, ó éstos con el consentimiento del primero pactasen, la transmisión de la deuda tendría validez.—¿Se insiste en que la ley en ese caso de sustitución presume novación (y eso que ésta no se presume? Pues nada obsta á que las partes manifiesten la voluntad contraria que detengan efectos de presunción. En definitiva, la determinación de la carga de la prueba será á lo que quede reducido el alcance de las disposiciones de la ley en este punto. A quien sostenga que la sustitución de deudor produjo sucesión y no novación, incumbiría probarlo: sólo por prueba cumplida cesaría la presunción de la ley.—Concluamos afirmando que la liberación del deudor antiguo y la novación de la obligación primitiva (la que correspondería a aquel) son dos cosas distintas, y es muy grave el error en que incurrieron los Códigos francés é italiano al confundir esos dos hechos de tal suerte que no se pudieran concebir el uno sin el otro. La liberación del

¹¹⁶ Vid. *Introducción al estudio de las Instituciones del Derecho Romano*, Madrid, 1900. Año que coincide con la entrada en vigor del B.G.B. Por otra parte, como VATTIER FUENZALIDA destaca, en ese mismo año también LAMBERT publicó el programa para una *Reforma necesaria de los estudios de Derecho civil* (vid. «Para la unificación internacional del Derecho de Obligaciones en la Comunidad Europea», *RD*, 78, 1994, p. 224).

deudor puede obtenerse si que su obligación venga á menos, y esto tanto en la forma de expromisión como en la delegación»¹¹⁷.

B) La preparación de la admisibilidad de la sucesión singular de las deudas: la influencia doctrinal alemana y la revisión del modelo francés

La nostalgia y el reputado argumento de autoridad del Derecho alemán ya había tenido sus ecos en los debates previos a la aprobación del Código. En este sentido Gamazo, con ironía, afirmaba —el 9 de abril de 1889 en el debate del dictamen relativo a la comunicación del Gobierno dando cuenta de la publicación del CC—, al contestar a las muchas críticas vertidas por Azcárate en las que éste apelaba al Derecho alemán: «si hubieramos de añadir algo á lo que sobre esto se ha dicho, no sería difícil encontrar en alguna de las Naciones cuya cultura jurídica más se ha ponderado con razon, (...). Cuando el proyecto de Código preparado en Alemania, encomendado á respetables profesores de los más distinguidos de Alemania, (...), cuando ese trabajo no ha encontrado fórmula diferente, bien podemos estar tranquilos de que á lo menos no nos hallamos tan distanciados del progreso moderno»¹¹⁸.

Precisamente, ofrecen cierto valor preparatorio los esfuerzos de la corriente ideológica conocida como Krausismo y cuyos más relevantes representantes no cuestionaban la libre transmisibilidad pasiva del vínculo. Si por su parte la Escuela natural presentaba la relación obligatoria como ente orgánico y como tal susceptible de mutaciones sucesivas en su decurso vital, esta corriente ahora mencionada también surtió sus efectos entre la doctrina patria con la continuada y constante labor crítica del CC español hecha por buena parte de sus seguidores allanando así la admisión de la transmisibilidad de las obligaciones¹¹⁹.

Por su parte, la fuente natural de aquel pensamiento se encuentra en el trienio comprendido entre los años 1880 y 1883 en que Ahrens impartió sus doctrinas en La Sorbona. Pronto sus enseñanzas gozarían de una crítica más favorable de la que suscitaron sus

¹¹⁷ DE DIEGO, *Transmisión de las obligaciones*, cit., pp. 308 a 310.

¹¹⁸ Congreso, 9 de abril de 1889, núm. 90, p. 2.415.

¹¹⁹ Como señala DE LOS MOZOS, las críticas de tipo ideológico que se hicieron al CC, se vertieron tardíamente procediendo además «de un campo tan curioso como el “krausismo” que formaba parte de una tendencia filosófica y moralizante de la vida social» («Estudio Preliminar», *El CC. Debates parlamentarios 1885-1889, I*, Senado, Madrid, 1989, p. 23). Con todo, los efectos del krausismo se evidenciaron en el Derecho y no sólo en el privado, ya que por su parte, el denominado correccionalismo dejó sentir sus efectos en el Derecho penitenciario (vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal, II*, Buenos Aires, p. 135).

primeras obras entre la doctrina española¹²⁰ y sucesivamente serán traducidas¹²¹ como así pasó también con las publicaciones de su discípulo Merkel¹²².

Pues bien, a través de las enseñanzas de Ahrens se conoce a su maestro Krause. Asimismo el pensamiento jurídico germánico llegó a través de las versiones francesas, traducciones éstas que fueron rápida y fácilmente leídas en las Universidades¹²³. En prueba y como seguidor de esta corriente de corte utópica caracterizada por la mitificación de los valores individuales, destaca Gómez de la Serna¹²⁴ vocal de la Comisión de codificación, fiscal del Tribunal Supremo y Ministro de Gracia y Justicia y de la Gobernación, así como editor de la *Revista General de Derecho, Legislación y Jurisprudencia*¹²⁵.

¹²⁰ Según FABIÉ, en 1840 ya se había traducido el libro de AHRENS sobre la filosofía del Derecho, asimismo menciona a la Escuela histórica de Savigny. Por otra parte, la *RGLJ* daba cuenta en las noticias bibliográficas de sus tomos LIV y LVIII de los años 1879 y 1881, de la publicación de los tomos II y III de la *Enciclopedia jurídica*. Del «ligerísimo» juicio que mereció el primero de ellos, se tornan en favorables las afirmaciones contenidas en la tercera de las referencias bibliográficas; se afirma que «determina con este motivo magistralmente, y entre otras cosas, el origen y terminación de las relaciones jurídicas», concluyendo con una felicitación dirigida al editor y a los traductores que «han tenido la constancia para poner al alcance del público español la obra maestra del insigne Ahrens, cuya reciente pérdida llora aún la Universidad que escuchó sus luminosas explicaciones» (*vid.* «Estado actual de la ciencia del derecho. Conferencia dada en el Ateneo de Madrid el miércoles 22 de noviembre de 1878», *RGLJ*, LIV, 1879, pp. 5 a 20 y 12 a 13, respectivamente). FABIÉ, al resumir el desarrollo histórico del Derecho, pretende aportar elementos que faciliten la comprensión del espíritu y sentido de las disertaciones sobre las bases del nuevo CC. En particular destaca que «no es posible, sin embargo, dejar de mencionar por la influencia que han tenido en España, las teorías jurídicas de un pensador de la escuela de Krause, que ha tratado especialmente esta materia, aludimos á Ahrens, y especialmente á la segunda edición de su Filosofía del Derecho, donde éste se define, (...). No es esta ocasión oportuna para desenvolver las consecuencias que en el orden social y político, así como en el del Derecho privado, se deducen de este concepto fundamental contenido ya esencialmente en la obra de Krause...» (*Disertaciones jurídica sobre el desarrollo histórico del Derecho, sobre las Bases del CC y sobre la Organización de los Tribunales*, Madrid, 1885, pp. 106 ss.).

¹²¹ *Vid.* *Enciclopedia jurídica o exposición orgánica de la ciencia del Derecho y del Estado. Tomo III*. Versión directa del alemán aumentada con notas críticas y un estudio sobre la vida y obras del autor por GINER, AZCÁRATE y LINARES, Madrid, 1880.

¹²² *Vid.* *Das römischrechtliche begriff der novatio*. Inaugural dissertation, Strasbourg, 1892; *Enciclopedia jurídica*, edición preparada por Rodolfo MERKEL. Traduce W. ROCES, Madrid, 1924.

¹²³ *Vid.* RODRÍGUEZ DE LECEA, «Influencia de la cultura alemana en España en la primera mitad del siglo XIX», *Sociedad, política y cultura en la España de los Siglos XIX y XX*, Madrid, 1973, p. 37.

¹²⁴ GÓMEZ DE LA SERNA fue miembro del Consejo de la Instrucción Pública, *vid.* Reglamento de Estudios de 1852, en la *Revista de los Tribunales y de la Administración de Justicia*, 1852, 315 ss., así como 331 ss., *apud. cit.*, PETIT, que le califica de omnipresente, «El Código inexistente (I). Por una historia conceptual de la cultura jurídica en la España del siglo XIX», *ADC*, XLIX, IV, octubre-diciembre, 1996, p. 1446.

¹²⁵ Modificación de la segunda edición de GÓMEZ DE LA SERNA donde emite ciertas críticas a la escuela histórica, a juicio de PETIT (*op. cit.*, p. 133). Ya se ha puesto en evidencia el debate doctrinal contemporáneo sobre la supuesta influencia de la escuela histórica. Por su parte, TOMÁS Y VALIENTE afirma que no se conocía y critica a GÓMEZ DE LA SERNA. Con todo el artículo de BERMEJO CABRERO así como los testimonios que se publicaron en

Ya se han señalado diversos elementos preparatorios de la influencia de la literatura alemana; por lo que al objeto del estudio interesa, dos antecedentes abonaron este camino; tanto Ahrens¹²⁶ como Merkel¹²⁷ suscriben la teoría de la transmisibilidad singular de las deudas¹²⁸. Pese a ello, sus discípulos –en este específico aspecto– no importaron sino ciertas categorías jurídicas preparatorias para la futura recepción de la transmisibilidad de las relaciones obligatorias¹²⁹. De hecho, la doctrina alemana del siglo XX destaca el poderoso influjo que tuvo la escuela del Derecho natural y, en particular, el de los sistemas de Fries, Ahrens y Krause, «quien encontró rápidamente una potente continuación en España»¹³⁰.

la prensa política en los orígenes del constitucionalismo evidencian el conocimiento dicha Escuela, además del artículo de Eduardo TRILLO, publicado en la RGLJ en 1855 donde ya se pone de manifiesto.

¹²⁶ Como también haría MERKEL, se remontaba al Derecho germánico clásico para fundar la impugnación al Derecho romano y al entendimiento del vínculo desde la perspectiva objetiva (vid. *Enciclopedia, cit.*, p. 202).

¹²⁷ *Ibidem*, p. 124.

¹²⁸ Como ya se dicho el movimiento ideológico que tuvo cierta incidencia en la vida intelectual española es el krausismo. Para los especialistas de la época, KRAUSE y sus discípulos afectaron directa y profundamente al pensamiento jurídico español, así «las doctrinas de Krausse han influido de tal modo en la democracia española, que puede decirse, sin temor de equivocarse, que el krausismo es el que anima la democracia científica de nuestra patria. En efecto, el que lo representaba en la Universidad Central, ha ejercido el poder supremo en esta Nación á nombre de esas ideas». Específicamente, AHRENS era calificado de la manera siguiente: «uno de los jurisconsultos, si no el único jurisconsulto, e hombre en fin de la teoría del Derecho, según la escuela de Krausse, es Ahrens, cuyo libro está en mano de todos, siendo el Evangelio de los jurisconsultos españoles afiliados á las escuelas democráticas» (FABIÉ, *Disertaciones jurídica sobre el desarrollo histórico del Derecho, sobre las Bases del CC y sobre la Organización de los Tribunales*, Madrid, 1885, pp. 268 y 269). En particular, con los perfiles propios y singulares que esta corriente fue capaz de adquirir en España, se convirtió en una actitud intelectual y trascendió más allá del krausismo «a secas» [vid. TUÑÓN DE LARA, «El Krausismo y la Institución Libre de Enseñanza: sus diversas proyecciones en la vida cultural española. Giner. Azcárate. Cossío», en *Medio siglo de cultura española (1885-1936)*, Madrid, 1973, 3.ª ed., p. 37; vid. también sobre los perfiles propios del krausismo español a TERRADILLOS BASOCO, «Vigencia del Derecho Penal del Krausismo», *Jornadas Homenaje a Giner de los Ríos*, Jaén, 1999, p. 33].

¹²⁹ GÓMEZ DE LA SERNA sostenía con MONTALBÁN –coautor con GARCÍA GOYENA del *Febrero*– que la novación «más que un medio de extinguir las obligaciones lo es de transferirlas, porque si una perece es reemplazada inmediatamente por otra» (*Elementos del Derecho Civil y Penal de España, II*, Madrid, 1865, 7.ª ed., p. 199). En la contestación a una consulta sobre hasta qué punto debe reputarse novado un contrato por las alteraciones que en actos posteriores hayan introducido los contratantes respondía, muy apegado a la tradición romana y a las doctrinas de DOMINGO DE MORATÓ y de POTHIER, que para que se entienda extinguido un contrato por novación, es necesario que aparezca claramente expresada la voluntad. Reiteraba con la quinta Partida y su modelo romano-justiniano la no presunción la novación o la renovación y la necesaria expresión del ánimo novatorio. Asimismo daba cuenta del estado de la codificación y en particular, de la redacción mejorable del artículo 1134 del Proyecto de 1851 (vid. «De la novación del contrato», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, VI, XII, 1858, pp. 646 a 649).

¹³⁰ WIEACKER, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, Barcelona, 1957, p. 296.

En este punto, el Krausismo, más que corriente filosófica se convirtió en «estilo de vida» e intentó, denodadamente, integrar nuestro país en el modelo racionalista europeo, en particular, en el alemán y prescindir de la cultura francesa tachada de epidérmica y frívola. Y es este el valor que como mérito específico tiene esta corriente, al asociar lo moderno a lo alemán y lo inconsistente a lo francés¹³¹.

Por su parte y en este sentido, si a juicio de Díez-Picazo «la cultura jurídica española estuvo dominada¹³² a lo largo de todo el siglo XIX y del primer tercio del XX por la francesa», también destaca que fue «a finales de los años veinte y en los años treinta», el momento en que «comenzó a producirse un deslumbramiento por la literatura jurídica alemana¹³³. Con todo y en la materia que nos ocupa, las evidencias germanófilas se sienten sólidamente en los albores del siglo XX y en los años cuarenta se pueden considerar consolidadas para, finalmente, resultar prácticamente incontestables en los sesenta.

De modo que el mencionado deslumbramiento germanófilo que en otras instituciones se dejaría sentir *ex novo* en los años veinte, en la transmisibilidad de las relaciones obligatorias se evidencia desde la segunda mitad del siglo XIX. En este sentido y como elementos difusores y preparadores destacan, de una parte, la *RGLJ* y de otra las aportaciones de los juristas adscritos en mayor o menor medida al krausismo, como Azcárate, Gómez de la Serna o Elías.

Por tanto, antes de los años veinte se plantearon cuestiones doctrinales importadas de los tratadistas germanos debatiéndose como se ha tenido ocasión de evidenciar, incluso, alguna de ellas en las Sesiones que aprobaron el texto definitivo de nuestro CC.

C) La admisión de la transmisibilidad del vínculo según las aportaciones de Cossío, González Palomino, Hernández Gil, Jordano Barea, García Valdecasas y García Amigo: la interdependencia entre doctrina y jurisprudencia y su inspiración en el B.G.B., el *Tratado* de Enneccerus y sus *Comentarios*

Efectivamente ya en aquellos años cuarenta la influencia del Derecho alemán entre la doctrina española es una evidencia que se materializa, en particular, en el entendimiento de la transmisión de las deudas. En este punto, los poderosos efectos del Derecho ale-

¹³¹ Vid. LÓPEZ-MORILLAS, *El krausismo español. Perfiles de una aventura intelectual*, México, 1956.

¹³² Denominada (*sic*).

¹³³ Vid. «Codificación, descodificación y recodificación», *ADC*, XLV, II, 1992, p. 474.

mán resultan incuestionables si se tienen presentes numerosos pronunciamientos del Tribunal Supremo donde se incorporan instituciones y construcciones jurídicas procedentes del CC alemán, así como de sus comentaristas¹³⁴. Gracias a ello, cobra consistencia la doctrina jurisprudencial claramente favorable al reconocimiento de la libre transmisibilidad de las deudas y a que sus consecuencias se hicieran depender, como su nacimiento, de la autonomía de la voluntad¹³⁵ respetando, siempre, el consentimiento del acreedor de conformidad a los términos del artículo 1205 del CC.

De las sentencias del Tribunal Supremo preparatorias del todavía vigente entendimiento de la transmisión de las deudas, destaca por el valor que ostentó entre la doctrina española, la que se pronuncia el *12 de abril de 1945* siendo Ponente Celestino Valledor. Dictada en un pleito sobre los conflictos dimanantes de una compraventa con retención del precio por parte del comprador para el pago de ciertas deudas contraídas por el vendedor¹³⁶, pese a que no tratase de un pacto de asunción espontánea, tenía la virtud de atender al fenómeno de la sucesión singular de las deudas, con la particularidad –a los efectos que ahora se ventilan–, de fundamentar los pactos suscritos en los previstos por el B.G.B. para asumir la obligación ajena. Conviene tener presente que no se discutía la validez

¹³⁴ Téngase en cuenta el recurso de casación y sus motivos según el elenco de causas previstas en la redacción originaria de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881; en particular el artículo 1691 recogía en primer lugar, la infracción de ley o de doctrina legal en la parte dispositiva de la Sentencia. De conformidad al artículo 1728 no tendría lugar la admisión del recurso de casación por infracción de ley o doctrina legal «cuando se citen como doctrina legal principios que no merezcan la consideración de tal concepto, o las opiniones de los jurisconsultos, a que la legislación del país no dé fuerza de ley» (art. 1729.10, *Gaceta oficial* de 20 de febrero de 1881, 493). Sobre el recurso de casación, *vid.* DE MIGUEL ALONSO, «Notas sobre los motivos de casación civil en España», *Libro homenaje a Jaime Guasp*, 1984, pp. 413 a 424.

¹³⁵ Por otra parte, la forma y modo de operarse la cesión desde el entendimiento doctrinal y judicial alemanes, se conocía por la labor traductora de ROCES, en especial del estudio de OERTMANN, «Transmisión de obligaciones», *RDP*, X, 115, 1923, pp. 99 a 117.

¹³⁶ En particular el recurso de casación lo interpuso el demandante, dueño de la casa en construcción y vendedor del piso en cuestión, contra la Sentencia dictada por la Audiencia; alegó infructuosamente –el recurso de casación se desestima– la violación por infracción del artículo 1124. En definitiva, el vendedor alegaba que ante el incumplimiento en lo que al pago de sus deudas se refería procedía la resolución del contrato, añadiendo que «las obligaciones que contrajo el Sr. Puche (comprador y asumente) eran el pago de deudas del Sr. Monge, para lo que retuvo la totalidad, del precio, unas eran de carácter hipotecario y otras están constituidas a favor de terceros sin garantía real, las primeras, no obstante la hipoteca en caso de impago, afectan personalmente al señor Monge por cuanto que los acreedores pueden a su arbitrio ejercitar la acción hipotecaria o la ejecutiva, y en ambos casos el deudor responde con todos su bienes del total pago de la deuda y sus intereses que pueden ascender a cantidades mayores de las que representen las garantías reales y en cuanto a las deudas sin la garantía real, pueden ser exigidas personalmente al deudor señor Monge –como lo han sido varias de ellas– por no haber hecho el pago el que se subrogó en la obligación, máxime cuando los acreedores no han aceptado la subrogación del nuevo deudor, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1205 del CC».

de los pactos de asunción sino que por el vendedor se instaba la resolución del contrato alegando incumplimiento dado el impago de las deudas asumidas por los herederos del causante.

Los concretos pactos del caso de autos se habían ventilado sin la intervención ni conocimiento del acreedor del vendedor, de modo que «quedó en poder del comprador (el precio de la compraventa) para aplicarlo al pago de las deudas contraídas por el vendedor, sin que se haya contado con para ello con la conformidad de los acreedores, ni conste en forma alguna que el comprador se obligase a obtener tal conformidad, lo que lleva a configurar jurídicamente este pacto como sustitución de la entrega del precio por una promesa de liberación o asunción interna de deuda, que a diferencia de la novación subjetiva determinante de la liberación del deudor primitivo, mantiene la relación existente entre éste y sus acreedores, a la vez que provoca el nacimiento de un nuevo vínculo entre el deudor originario o vendedor y el deudor por subrogación o comprador, en virtud del cual este último queda ligado para con aquél al pago de las deudas y a la posible resolución de la venta por incumplimiento de la obligación contraída»¹³⁷.

La resolución reaviva la polémica sobre la transmisión privada del clásico efecto extintivo de la novación de una obligación, siendo bien acogido entre la doctrina el sentido favorable judicial, en particular, Hernández Gil concluye su nota crítica sobre la resolución afirmando que «es muy digna de resaltar la facilidad con que la sentencia acoge la transmisión pasiva de las obligaciones en su variante de asunción de cumplimiento, punto que tanto se ha discutido dentro y fuera de nuestro Derecho, muchas veces, con innecesario recargamiento de la especulación. Y procede así, sin duda, a través de dos anchos cauces: la libertad de pactos, atributo de las partes, y la determinación de la voluntad por medio de la interpretación, atributo del juzgador»¹³⁸.

¹³⁷ Sigue la Sentencia declarando que «frente a la posición del demandante vendedor, que funda su pretensión resolutoria del contrato de compraventa en el hecho de que los demandados –herederos del comprador– no pagaron las deudas que su causante asumió en sustitución de la entrega del precio, declara probado la sentencia recurrida que el pago tuvo efecto respecto de alguna de las deudas, que otras no son aún exigibles por los acreedores al no estar vencidas, y que las restantes, de carácter hipotecario, no afectan al vendedor, porque de ellas responde directamente la finca vendida, en atención a lo que la Sala sentenciadora no aprecia la existencia de perjuicio alguno para el vendedor que justifique su pretensión de resolver la compraventa, máxime teniendo en cuenta que el retraso habido en el pago de alguna de las deudas estaría amparado por la moratoria establecida en la Ley de Desbloqueo y aún por la fuerza mayor obstativa que dimana de la guerra civil, durante la cual murieron el comprador y un hijo suyo, situando este acaecimiento a sus herederos, los demandados, en el trance dilatorio de formalización de su personalidad como tales herederos con las consiguientes dificultades para solventar puntualmente todas las deudas».

¹³⁸ Vid. «Comentario a la Sentencia de 12 de abril de 1945», *cit.* p. 405 (*vid.* también «El ámbito de la novación objetiva modificativa», *RDP*, XLV, 1961, pp. 797 a 807).

En suma, la Sentencia hacía, en idéntico sentido que el B.G.B., una clara distinción entre la asunción interna de deuda, asunción de cumplimiento o promesa de liberación de la asunción de deuda liberatoria, frente a la figura tradicional de la novación subjetiva pasiva. Además otorgaba pleno valor y efectos a los acuerdos a los que hubiesen llegado los deudores entre sí, toda vez que cuestión distinta al consentimiento y aceptación del acreedor al cambio subjetivo pasivo, es el valor y eficacia de dichos pactos entre las partes que los han suscrito¹³⁹. De modo que con la doctrina alemana se concluía que una cuestión es la inoponibilidad de ese pacto al acreedor que no ha prestado su anuencia, y otra muy distinta es la eficacia del dicho acuerdo entre quienes están vinculados por su propia voluntad. Al valor intrínseco de la resolución se añade, a mayor abundamiento, la doctrina jurisprudencial que le sigue incontrovertida hasta ahora, ratificando la incuestionable omnipresencia del Derecho alemán.

Por su parte, justo es destacar que Hernández Gil¹⁴⁰ al comentar el valor de la Sentencia de 1945 se hacía eco del estado doctrinal previo a la resolución, destacando especialmente tanto las aportaciones de Cossío¹⁴¹ como las de González Palomino¹⁴². Adicionalmente, también traía causa de los tratadistas alemanes y suizos Enneccerus y Von Tuhr y sus *Comentaristas* y resumía con su habitual precisión y finura que en la transmisibilidad de las obligaciones «la obligación sigue siendo la misma; sólo cambia el deudor; se produce un simple fenómeno de sustitución, sucesión o transmisión»¹⁴³.

Como nueva evidencia del predicamento de las tesis germanas entre la mejor doctrina y la propia jurisprudencia, destaca también la *Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1946* que sencillamente afirmaba «aun cuando nuestro CC no haga referencia expresa a la asunción de deudas, únicamente regulada en el CC alemán, un importante sector doctrinal estima la posibilidad de

¹³⁹ Expresamente la Sentencia aceptaba «el hecho de haber sido pagadas por los demandados parte de las deudas transmitidas al comprador».

¹⁴⁰ También tuvo la oportunidad de ser Letrado defensor de los demandantes y recurridos en el procedimiento iniciado con un documento de permuta que se remontaba al 11 de octubre de 1943 cuya demanda se interpuso el 21 de febrero de 1944 y se resolvió en casación con la importantísima Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1948, favorable también a los cambios de deudor con consecuencias meramente modificativas.

¹⁴¹ «La transmisión pasiva de las obligaciones a título singular. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 8 de marzo de 1943», *AAMN*, I, II, 1945, pp. 187 a 206

¹⁴² «La adjudicación para pago de deudas», *AAMN*, I, 1945 y en *Estudios jurídicos de arte menor*, I, Pamplona, 1964.

¹⁴³ «Comentario a la Sentencia de 12 de abril de 1945», *RGLJ*, 182, 1947, p. 405; *vid. también*, «El ámbito de la novación objetiva modificativa», *RDP*, XLV, 1961, pp. 797 a 807.

aplicar sus normas fundamentales utilizando las disposiciones referentes a la novación de las obligaciones por cambio de la persona del deudor invocadas en este motivo del recurso, y si bien es lo cierto que éstas exigen para la eficacia de dicho cambio que el acreedor preste su consentimiento, lo que puede verificarse por el acreedor en cualquier momento y forma, según se desprende de la sentencia de esta Sala de 18 de julio de 1908, es del mismo modo manifiesto que este requisito, como sostiene la sentencia de 13 de abril de 1918, está establecido en beneficio del acreedor y no puede ser alegada por los causahabientes del deudor, y por ello no cabe estimaren el caso presente la invocación que se hace de la sentencia de esta Sala de 10 de junio de 1943, y consiguientemente procede desestimar el primer motivo del recurso»¹⁴⁴.

Sentencia esta última¹⁴⁵ cuyos términos fueron comentados por el que también sería después Magistrado del Supremo y ponente, a su vez, de otras tantas interesantísimas resoluciones sobre la transmisibilidad de las obligaciones, Bonet Ramón. En su glosa fundaba la rectitud del pronunciamiento judicial en la atención, de nuevo, de las enseñanzas de Enneccerus y sus *Comentaristas*¹⁴⁶.

El sentido ratificado y acogido sin reticencias por la mejor doctrina, sería después también reiterado por muchas otras resoluciones de la que cabe destacar la *Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1947* cuya incidencia fue inequívoca como elemento sustentador de la posibilidad técnica de la novación subjetiva no extintiva sino modificativa¹⁴⁷. La Sentencia tiene el valor añadido de las propias alegaciones del Letrado recurrente quien pretende, infructuosamente, la aplicación del sentido germánico de la novación en lugar del texto literal del CC español¹⁴⁸.

¹⁴⁴ En este caso la resolución atiende a los motivos alegados por el recurrente, ya que la entidad demandante Granja, Lago y Compañía había demandado tanto a los hermanos parte del contrato originario como a los que adquirieron después una porción del solar; se había desestimado la excepción de falta de legitimación pasiva de estos últimos y habían sido condenados. El letrado alega en esta ocasión infracción entre otros del artículo 1205 con relación al 1257 del CC; se interroga infructuosamente el abogado «lo que la sentencia llama asunción de deuda por los demandados, ¿es cosa distinta de la novación de que se ocupa nuestro CC en la Sección sexta del capítulo cuarto del título primero del libro cuarto?». Seguía alegando a PLANIOL, SÁNCHEZ ROMÁN y a CASTÁN, si bien la intención del recurso no era tanto discutir la naturaleza de la novación como acreditar la falta de consentimiento del acreedor y demandante, al cambio de deudor operado.

¹⁴⁵ Dictada siendo ponente Juan de HINOJOSA.

¹⁴⁶ *Vid.* su Comentario publicado en la *RDP*, XXX, 1946, pp. 548 a 551.

¹⁴⁷ Baste para ello comprobar las anotaciones que hace BATLLÉ a los comentarios de DE BUEN, así «si la novación es un modo de extinguir las obligaciones, también puede ser mera modificación sin efectos extintivos. Los artículos 1203, 1204 y 1207 permiten entenderlo así, como ha consagrado el T.S. en sentencia de 29 de abril de 1947» (COLÍN, *op. cit.*, p. 298, nota 1).

¹⁴⁸ Alega el Letrado recurrente y demandado en primera instancia, Nicolás PÉREZ SERRANO que «pretende reformarse la argumentación del Juzgado de Instancia con alguna cita de autor extranjero, como Enneccerus, que nos parece poco feliz, dadas las diferencias

Con todo, la resolución desestima las alegaciones sobre la resolución del contrato de compraventa incumplido y ratifica que las sucesivas modificaciones del precio de los pinos objeto del contrato, no son sino meras alteraciones no extintivas del negocio pactado, «si bien el mencionado artículo 1204 exige para que la novación se produzca una declaración terminante de las partes o la incompatibilidad de la obligación antigua con la nueva, tal exigencia se refiere a la novación considerada en su sentido estricto –novación extintiva–. No a la meramente modificativa, que el CC también admite, como claramente aparece de la frase inicial del artículo 1203 e igualmente *a sensu contrario* del texto del artículo 1207, y es lógico la admita porque sólo cabe atribuir el carácter de nueva a la relación obligatoria posterior cuando así lo quieran las partes o se manifieste desde el punto de vista económico esta relación posterior como completamente distante de la anterior, criterio el indicado que viene a corroborarse con la doctrina establecida por esta Sala en su Sentencia de 30 de diciembre de 1935 [...]»¹⁴⁹.

Del mismo modo, los tratadistas publican estudios en los que se consolida el entendimiento de la novación meramente modificativa y, en todo caso, proclive a los cambios de deudor. Esta tendencia es la que se impuso y contó con el favor de la mejor doctrina de la época, como Cossío y Corral cuya conferencia sobre la transmisión de las deudas tuvo una repercusión más que notable¹⁵⁰; aportación entendida a mayor abundamiento como contribución a la vanguardia del movimiento renovador del Derecho civil español¹⁵¹.

profundas que existen entre el Derecho alemán y el Derecho español sobre este particular. La novación se presenta como un acto jurídico de función doble, que, a la vez que extingue una obligación, hace nacer en lugar de ella una obligación nueva. El Derecho romano y el Derecho germánico, en ésta como en tantos otros puntos, difieren en cuanto que sea o no precisa la extinción total de la obligación primitiva para que el fenómeno de la novación se produzca. El sistema español vigente no puede catalogarse, en puridad, entro del sistema romano puro, ni tampoco dentro del germánico [...]. No prosperan los argumentos dada la evidencia de los hechos que acreditan que el recurrente como vendedor que fue recibió el precio anticipado por la venta de unos pinos que si no se pudieron cortar fue con motivo de la Guerra civil. Visto el incremento de los precios, el comprador se aviene a pagar más de lo ya abonado; con todo el vendedor decide alegar que se había producido la resolución de la venta de cosa mueble ante la falta de de recibimiento de la cosa por parte del comprador. Como sentencia la resolución «el comprador no se había presentado a recoger la cosa objeto de contrato antes de vencer el término fijado para su entrega al no constar que se hubiese señalado plazo alguno para los interesados» (STS de 29 de abril de 1947).

¹⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1947. Ponente Felipe Gil Casares.

¹⁵⁰ Vid. «La transmisión pasiva de las obligaciones a título singular. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 8 de marzo de 1943», *AAMN*, I, II, 1945, pp. 187 a 206.

¹⁵¹ En la crónica cultural MARÍN PÉREZ destaca que en la Academia, notarios, registradores, juristas y catedráticos «van exponiendo en sus conferencias las directrices científicas que inspiren nuestro ordenamiento jurídico en gestación» («Conferencia del Prof. Cossío sobre el tema la transmisión pasiva de las obligaciones», *RGLJ*, V, 173, 1943, pp. 402 a 406).

Por su parte, Cossío fundaba la posibilidad técnica de la transmisibilidad de las obligaciones en el dictado del propio CC dada su apelación terminológica a la transmisión y a la modificación¹⁵², criterio compartido también entre otros por Beltrán de Heredia¹⁵³.

Pese a todo y como ya hemos tenido ocasión de relatar, siendo aquel argumento anterior útil para reforzar la sucesión singular de las deudas, lo cierto es que la cita de los dos verbos referido uno a la modificación y otro a la extinción encuentran, en puridad, su sentido último en la tradición jurídica justiniana ya que extinción se empleaba como sinónimo de novación, frente a la acción de acumular fenómeno éste que implicaba la modificación por la incorporación de un nuevo deudor. Quizá dicho argumento terminológico pueda ajustarse con más precisión a la modificación de alguna de las condiciones –mejor circunstancias o cláusulas– de carácter objetivo y en suma a la denominada novación objetiva del 1203.1 no desarrollada en el articulado que le sigue¹⁵⁴.

Otra nueva evidencia de la inescindible unión e interdependencia que existía entre la doctrina proclive a la libre transmisibilidad y la doctrina del Tribunal Supremo, es la *Sentencia de 10 de febrero de 1950*¹⁵⁵ que, a su vez, dio lugar a una nota crítica jurisprudencial de Jordano Barea¹⁵⁶ teniendo en cuenta también que en las

¹⁵² Argumento también compartido por otros grandes civilistas de la época como NÚÑEZ LAGOS quien atribuye efectos a la doble consideración de la novación como modificación y causa extintiva (vid. «La cesión del contrato», *RDN*, 1956, p. 21) y con él CASTÁN (*Derecho Civil español, común y foral, III, Derecho de Obligaciones. La obligación y el contrato en general*, Madrid, 1992, 16.ª ed., p. 487).

¹⁵³ Con la claridad y rigor de las resoluciones firmadas como Ponente, en este caso se pronuncia en su Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1983 en un asunto sobre nulidad de cláusula de estabilización en un contrato de arrendamiento. En la resolución desestima el recurso interpuesto. En el caso de autos se declara la nulidad de dicha cláusula y recupera su valor otra distinta y dice como Ponente «que dicha modificación sea llamada novatoria, pues con ello no se hace sino seguir el criterio de la doctrina tanto científica como jurisprudencial, que, a su vez, se basa en la incorrecta sistemática de nuestro CC, que titula “De la novación” la sección sexta, título primero del Libro cuarto, donde se incluye el artículo 1203 en que se dice que “las obligaciones podrán modificarse”».

¹⁵⁴ Por su parte, HERNÁNDEZ GIL con su finura habitual reiteraba que «modificar y varios, se escribió así para evitar repeticiones como muestra del legislador tan cuidadoso de 1889» («El ámbito de la novación objetiva modificativa», *RDP*, XLV, 1961, p. 797). Sentido y apreciación también elegida por DE CASTRO Y BRAVO quien en una favorable crítica al texto codificado afirmaba que «nuestro Código, que carece de exactitud terminológica, ha preferido disponer de sinónimos que permitan evitar repeticiones y cacofonías; ello que sería un defecto en un Código técnico, no lo es en uno de carácter popular» (*Derecho civil de España. Parte General, Tomo Primero, Libro Preliminar, cit.*, pp. 173 y 174).

¹⁵⁵ Siendo ponente Felipe GIL CASARES y, con la particularidad que en la colección oficial se desliza un error en la transcripción por el que se omite el término «modificativa» como una nueva prueba de la constante presencia de estos errores como anecdótico fenómeno que acompaña a la institución.

¹⁵⁶ Vid. «Asunción de deuda. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero 1950», *ADC*, III, IV, 1950, pp. 1379 a 1380.

alegaciones del Letrado recurrente se hacía gala y fundaba sus pedimentos en la doctrina de Enneccerus¹⁵⁷.

Los hechos de aquella Sentencia daban cuenta de un pacto por el que uno de los socios –de una Sociedad que se estaba retrasando en el cumplimiento de ciertos contratos vencidos– asume la obligación de pagar la deuda pendiente y contraída por la persona jurídica de la que forma parte; a la vista de la estimación en la apelación de las alegaciones de la nueva deudora sobre la extinción de la relación precedente, el Tribunal Supremo casa y estima el recurso presentado por la acreedora toda vez que «se operó indudablemente una novación modificativa de las obligaciones existentes por cambio de deudor, no pueden estas obligaciones reputarse extinguidas».

En su *Comentario* Jordano Barea ordena la doctrina inmediatamente anterior a la resolución, funda los antecedentes doctrinales favorables en De Diego y concluye su trabajo declarando que «la sentencia define muy correctamente la asunción de deuda “el contrato por el cual un tercero, con asentimiento del acreedor, toma a su cargo una obligación preexistente, constituyéndose en deudor y liberando al deudor primitivo”», cuestión a la que añade que «no debe olvidarse que la transmisión del débito es el medio jurídico más práctico, natural y sencillo de transferir el *onus* o encargo económico de la deuda, superior con mucho al artificioso y retorcido procedimiento de la novación»¹⁵⁸.

Poco tiempo después e imprescindibles para esta dinámica favorable a la transmisibilidad y profundamente entroncada en la doctrina germánica de la que bebía, verían la luz las aportaciones de García Amigo¹⁵⁹. Por su parte, unos años más tarde García Valdecasas resumió brillantemente la lógica de las deudas y su cesión¹⁶⁰.

Y todo ello con la presencia constante de las aportaciones de los anotadores del *Tratado de Derecho Civil* de Enneccerus¹⁶¹,

¹⁵⁷ Así se hace en el Motivo segundo del recurso interpuesto por cuanto alega «en último término –según sostienen PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en sus “Adiciones a Enneccerus”, tomo II, vol. I, pp. 411 ss.–, la novación no es expresión jurídica que tenga en el Código español una significación rigurosa de modo de extinguir las obligaciones, pues que puede significar igualmente modificación de las mismas; entre otros argumentos, por la palabras “modificarse” que emplea el artículo 1203. En este sentido, aunque se entendiera que los primitivos documentos representaban contratos de préstamo mercantil, habrían sido modificados por la escritura de subhipoteca, haciéndoles perder esa naturaleza calificado-ra».

¹⁵⁸ *Ibidem.*, p. 1380.

¹⁵⁹ *Vid.* «Transmisión de las relaciones obligatorias nacidas de un contrato», *RDP*, XLVII, 1963, pp. 25 a 45, así como *La cesión de contratos en el Derecho español*, Madrid, 1964.

¹⁶⁰ *Vid.* «La sucesión en las deudas a título singular», *Estudios de Derecho civil en honor al prof. Castán Tobeñas, II*, Pamplona, 1969, pp. 209 a 226.

¹⁶¹ *Vid.* ENNECCERUS y LEHMANN, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de obligaciones. Doctrina general*, traducido y anotado de la 35.ª ed. alemana por PÉREZ GONZÁ-

Pérez González y Alguer¹⁶², manual de referencia entre doctrina y práctica, circunstancia que contribuye notablemente a la fijación definitiva de esta corriente favorable a la admisibilidad de la transmisión de las relaciones obligatorias.

En definitiva, tanto la traducción de aquella obra de Enneccerus como sus *Comentarios* gozaron de singular fortuna en esta materia, cuya base teórica ya estaba sólidamente preparada por las corrientes krausistas y por la revisión y puesta en cuarentena de las doctrinas galas al tildarse estas últimas de poco consistentes y carentes de la solidez de los argumentos germánicos.

De lo dicho se sigue que el *Tratado* se erige como elemento casi definitivo que consolida el consenso prácticamente unánime sobre la aceptación del cambio de titularidad pasiva, con o sin consecuencias extintivas del vínculo. Este gran bloque doctrinal relativamente homogéneo acepta la transmisibilidad del lado pasivo¹⁶³.

Con todo y pese a que la conclusión, como decimos, es prácticamente unánime y afirmativa de la libre transmisibilidad, lo cierto es que también se pueden encontrar diferencias argumentativas entre la doctrina que suscribe la posibilidad de la sucesión singular de las deudas. Pero todas fundaban, sin excepción, sus tesis en aquellas aportaciones, demostrando conocer y compartir las objeciones que en el *Tratado* se hacían al dogma opuesto.

Este último extremo es fácilmente contrastable en los estudios que se acaban de mencionar, desde el de De Diego¹⁶⁴, Cossío y Corral¹⁶⁵,

LEZ Y ALGUER, Barcelona, 1933, 1.ª ed. Barcelona, 1954, 2.ª ed., al cuidado de PUIG BRUTAU.

¹⁶² Antes de concluir las anotaciones que hiciera con PÉREZ GONZÁLEZ, ALGUER publicó, a su vez, un extenso artículo dedicado a distintos problemas del Derecho privado, en que ya manejaba exhaustivamente a los tratadistas alemanes (*vid.* «Ensayos varios sobre temas fundamentales del Derecho Civil», *RJC*, XXXVII, 1931, pp. 36 a 152).

¹⁶³ Así, por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1971, con idénticas conclusiones que ENNECERUS (*vid. II, I, cit.*, p. 225) «que para poder realizar con acierto el deslinde entre una y otra clase de novación hay que atenerse a la voluntad expresa o tácita que hayan exteriorizado las partes y la significación económica que se introduzca en las obligaciones preexistentes, estando conformes la doctrina científica y la doctrina jurisprudencial que en los casos más dudosos se ha de suponer querido por las partes el efecto más débil, o sea, la modificación no extintiva de la obligación —Sentencias de 30 de diciembre de 1935, 27 de abril y 11 de junio de 1947, 10 de febrero de 1950, 21 de abril de 1951, 3 de mayo de 1958, 20 de diciembre de 1960 y 6 de junio de 1961—».

¹⁶⁴ *Vid. Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera (La transmisibilidad de las obligaciones)*, *cit.*, p. 274.

¹⁶⁵ En esta Conferencia sobre «La transmisión pasiva de las obligaciones, a título singular» impartida el 8 de marzo de 1943, en la Academia Matritense del Notariado, demostraba un profundo conocimiento de las fuentes directas alemanas así como del Código germánico (en particular, *vid.* p. 202). Especialmente destacable es que el tema objeto de la conferencia fuese escogido a iniciativa de la Comisión académica de la institución tal y como menciona el Catedrático de la Universidad de Sevilla (*vid.* p. 187). Se publicaría en los Anales de la Academia dos años después en un tomo que compartió protagonismo con otra conferencia trascendente en la materia de GONZÁLEZ PALOMINO sobre «La adjudica-

Hernández Gil, Jordano Barea¹⁶⁶, García Amigo¹⁶⁷ y García Valdecasas¹⁶⁸. Además también cabe destacar su alegación por parte de los Letrados recurrentes en casación ya que en más de una ocasión se pueden encontrar evidencias con las que se acredita que la doctrina germana había calado hondamente no sólo entre la mejor doctrina y en los estudios teóricos sino también en la práctica forense que se había impregnado también de la germanofilia imperante¹⁶⁹.

D) La evolución del pensamiento de Castán: la categoría de la transmisión de las obligaciones como fenómeno diverso de la extinción novatoria

De forma menos contundente pero no por ello menos firme y con el valor propio y privilegiado de su Presidencia en el Tribunal Supremo, Castán se alineó con distintos argumentos, a favor de la transmisibilidad¹⁷⁰.

ción para pago de deudas» (publicada también esta Conferencia desarrollada en la Academia Matritense del Notariado el 22 de marzo de 1943 en los *Estudios jurídicos de arte menor*, I, Universidad de Pamplona, Navarra, 1964, pp. 189 a 313), y con otra más que también es básica para este estudio como es la de NÚÑEZ LAGOS sobre «Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial».

¹⁶⁶ Vid. «Asunción de deuda. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero 1950», *cit.*, p. 1373.

¹⁶⁷ Vid. «La transmisión de las relaciones obligatorias nacidas de un contrato», *cit.*, p. 31, si bien directamente del original alemán (*vid.* p. 41, que se hace eco de las *Notas*).

¹⁶⁸ Vid. «La sucesión en las deudas a título singular», *cit.*, p. 222.

¹⁶⁹ Es el caso de las alegaciones del Letrado Antonio NOGUERA BONERA en la Sentencia pronunciada por el Tribunal Supremo el 14 de diciembre de 1943, donde se estima el recurso interpuesto, se casa y dicta segunda sentencia. El asunto versaba sobre el encargo hecho por el recurrente a su cuñado para la adquisición de 1000 libras esterlinas y 1000 dólares en moneda oro; una vez realizada la adquisición las patrullas de control de la «subversión marxista» le ocuparon el expresado metálico; después el cuñado realiza ciertas gestiones para recuperarlo llegando a obtener un pagaré y encarga a su dependiente que cobre el resguardo; los billetes que devuelve después el dependiente no resultan ser los mismos que los entregados. Pues bien, el recurrente alega culpa o negligencia en la falta de cumplimiento de las obligaciones encomendadas ya que su cuñado había delegado, sin transmisión del mandato, a otro las facultades de las que había sido investido. De modo que al no haber habido transmisión del mandato sino delegación el mandatario sigue siendo responsable incluidos los actos de los auxiliares que designó por propia iniciativa. Como decimos además del interés específico del caso e indirecto para la materia que nos ocupa ya que al tratarse de una delegación subsiste el régimen jurídico inicial, lo cierto es que prosperan las alegaciones del demandante y recurrente que se funda exitosamente en ENNECCERUS y en sus traductores (*vid.* STS de 14 de diciembre de 1943, *Jurisprudencia civil colección completa, bajo la dirección de Castán Tobeñas, 1943, tomo IV*, Madrid, 1944, pp. 637 y 640). También el de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1943 esta dictada por CASTÁN y recogida más arriba.

¹⁷⁰ En este sentido, *vid.* la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1943, siendo Ponente el Magistrado José Castán, acerca del valor del silencio y de los efectos no novatorios de las operaciones bancarias de mediación en los pagos, presenta además la particularidad de incluir una nota en la que se dice: «los términos expositivos de

En sede de discusión sobre la cesión y el subarriendo de vivienda, Castán sostuvo que «el arrendamiento es un contrato bilateral, que impone al arrendatario no sólo derechos, sino también obligaciones, y, en consecuencia, no ha poder el arrendatario desligarse de esas obligaciones sin consentimiento del arrendador. Pero si esto es así, ¿puede hablarse de verdadera cesión de arrendamiento? Ésta, en realidad, no cabe más que bajo forma de novación, y la novación no es una cesión propia». El tenor de esta afirmación, por cierto, hizo sostener a De Castro y Bravo, encendido defensor de la intransmisibilidad de las deudas –salvo la realizada mediante el cauce de la novación extintiva–, que así Castán entendía la novación¹⁷¹.

En el mencionado *Comentario*, Castán, al oponerse a la figura de la cesión de contrato como antagónica a la natural consecuencia extintiva de cualquier modificación pasiva, impugnaba la posible transmisión de deudas. Más tarde, en su *Tratado* incluiría una sección dedicada a tal transmisión y aceptaría como categorías diferenciadas en la novación la de efectos extintivos y la meramente modificativa. Las sucesivas ediciones de su *Derecho Civil español, común y foral*, fueron recogiendo las opciones doctrinales y jurisprudenciales que reconocían la transmisibilidad de las obligaciones. Incorporó a sus explicaciones la novación modificativa como categoría plausible. Con esta línea se perfila la novación como género y la extinción/modificación propia/impropia como especie. Por fin, como ya se ha destacado, dedica un extenso epígrafe a la transmisión de las obligaciones tanto desde el lado pasivo como del pasivo precediendo al estudio de las causas de extinción¹⁷².

E) La aprobación del nuevo CC italiano y la redacción del artículo 118 de la Ley Hipotecaria española como evidencias legislativas que ratifican la admisión dogmática de la transmisión de deuda

A los extremos anteriormente puestos en evidencia, se añade la coincidencia cronológica de aquellas resoluciones judiciales y doc-

opiniones doctrinales y muy cautelosos empleados en la sentencia anotada, no permiten afirmar si el criterio recogido en la misma queda en ella consagrado y aceptado con valor jurisprudencial», sigue después con la cita expresa de DE DIEGO y el Silencio en el Derecho como la mención a los Anotadores del ENNECCERUS, PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER (vid. *Jurisprudencia civil, arreglada y anotada por la RGLJ bajo la dirección de CASTÁN TOBEÑAS*, IV, 1943, Madrid, 1944, p. 419).

¹⁷¹ Vid. «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1927», *RDP*, XV, 1928, p. 162 y CASTRO Y BRAVO, «Cesión de arrendamiento y subarriendo», *RGLJ*, LXXIX, 156-II, 1930, p. 144 nt. 1.

¹⁷² Vid. tomo III, *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, Madrid, 1992, 16.^a ed., pp. 364 ss., así como 486 ss.

trinales españolas en favor de la sucesión singular con los estudios preparatorios del nuevo CC italiano y la traducción de varios tratadistas con la habitual difusión del pensamiento transalpino. Como muestra la aportación de Bigiavi, quien describe críticamente la definitiva opción del legislador con su recurso al expediente del reenvío¹⁷³. Con todo, lo cierto es que existía general consenso entre la ciencia jurídica italiana sobre la necesidad y sentido de la revisión codificada, así como la voluntad expresa del legislador en emplear eficazmente la economía normativa que evitase reiteraciones innecesarias¹⁷⁴.

El texto italiano, en sede de novación, no regula sino la que opera por cambio de objeto. Cuando llega el momento de sistematizar la novación subjetiva pasiva¹⁷⁵, el artículo 1235 remite a los términos prevenidos por el capítulo VI «De la delegación, de la expromisión y de la asunción», sin atribuir relieve práctico a la distinción entre novación y sucesión en la deuda evitando, en suma, encuadrar estas figuras como instituciones novatorias¹⁷⁶.

Todas estas cuestiones tendrían un indudable valor preparatorio de la modificación de la Ley Hipotecaria española a la que, en suma, se puede decir que acompañan hasta su definitiva aprobación. Coinciden y envuelven cronológicamente al *iter* legislativo de la reforma del año 1944 que incluyó, expresamente, el caso y las consecuencias de la transmisión de finca gravada con hipoteca y la susceptibilidad de la sucesión de la responsabilidad personal¹⁷⁷. El nuevo artículo 118 también atribuye relevancia y eficacia jurídica *inter partes* a los acuerdos a los que pudieren llegar los deudores si bien la oponibilidad de dichos pactos quedaba reservada para los supuestos en que el acreedor prestase su aquiescencia al cambio pasivo¹⁷⁸.

¹⁷³ Vid. BIGIAVI, «Novazione e successione particolare nel debiti», *Diritto e pratica commerciale*, I, 1942, pp. 71 a 86 y 116 a 132; texto que tradujo Beltrán de HEREDIA Y CASTAÑO, publicándose como «Novación y sucesión en la deuda a título particular, en el nuevo Código Civil italiano», *RDP*, XXVII, 316 y 317, 1943, pp. 489 a 507.

¹⁷⁴ Vid. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, I, Padova, 2004, pp. 3 ss.

¹⁷⁵ Por lo que a la erróneamente concebida por el CC español como novación subjetiva activa, se encuentra en el italiano en sede de cumplimiento y en particular bajo la denominación técnica «Del pagamento con surrogazione» (*vid.* arts. 1210 a 1215).

¹⁷⁶ Y sistemáticamente la novación se integra, junto a la remisión, a la compensación, a la confusión y a la imposibilidad sobrevenida, entre los modos de cumplimiento distintos del pago (cap. IV), frente a los fenómenos de la expromisión, asunción y delegación que sencillamente se integran en el capítulo VI intitulado «Della delegazione, dell'espromissione e dell'accollo» (*vid.* MORETÓN SANZ, *op. cit.*, pp. 228 ss.).

¹⁷⁷ Ley de Reforma Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944.

¹⁷⁸ El artículo 118 de la Ley Hipotecaria, dice: «En caso de venta de finca hipotecada, si el vendedor y el comprador hubieren pactado que el segundo se subrogará no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación, si el acreedor prestare su consentimiento expreso o tácito. Si no se hubiere pactado la transmisión de la obliga-

Como es sabido y gracias a dicha previsión normativa, buena parte de la doctrina coetánea y también la propia jurisprudencia entendió que, definitivamente se había dado carta de naturaleza legal a la asunción de deudas. Se añadía así un renovado argumento en favor de la sucesión singular de las deudas¹⁷⁹ con el valor irrefutable de tratarse de derecho de directa aplicación.

Adicionalmente a aquel supuesto, la reforma incorporaba otra figura interesante para el estudio como es el caso de la hipoteca de responsabilidad limitada, cuestión ésta que no presentó el mismo consenso doctrinal reverdecido, en este sentido, el debate sobre la transmisión de las deudas¹⁸⁰. Al fin y al cabo la doctrina sostenía¹⁸¹ que la transmisión de la finca sobre la que pesa un derecho real limitado al bien en exclusiva, implica por el adquirente la asunción automática *ope legis* de la deuda pendiente¹⁸².

ción garantizada, pero el comprador hubiere descontado su importe del precio de la venta, o lo hubiere retenido y al vencimiento de la obligación fuere ésta satisfecha por el deudor que vendió la finca, quedará subrogado éste en el lugar del acreedor hasta tanto que por el comprador se reintegre el total importe retenido o descontado» (*vid.* en la materia, el trabajo crítico sobre este precepto de AMORÓS GUARDIOLA, «La publicidad registral de los préstamos hipotecarios. La transmisión de la finca hipotecada», en *Hipotecas y seguridad jurídica*, Madrid, 1991, pp. 10 a 66).

¹⁷⁹ *Vid.* LA RICA Y ARENAL, «Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944», *Libro homenaje a Don Ramón De La Rica y Arenal*, I, Madrid, 1976, p. 147.

¹⁸⁰ El caso del artículo 140 de la Ley Hipotecaria, es decir, la hipoteca de responsabilidad limitada, excepciona los artículos 105 y 1911 del CC. Los términos de aquel artículo 140 son los siguientes: «No obstante lo dispuesto en el artículo 105, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor. Cuando la hipoteca así constituida afectase a dos o más fincas y el valor de alguna de ellas no cubriese la parte del crédito de que responda, podrá el acreedor repetir por la diferencia exclusivamente contra las demás fincas hipotecadas, en la forma y con las limitaciones establecidas en el artículo 121». En todo caso, sobre este artículo que se acaba de transcribir y la hipoteca de responsabilidad limitada, la doctrina se divide en el tratamiento del cambio de deudor en los supuestos en que el titular del bien ejerza su poder de disposición. DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN no creen que se transmite el bien hipotecado se produzca una asunción forzosa de la deuda (*vid. Sistema de Derecho Civil III, cit.*, p. 557); por el contrario, otro nutrido sector sostiene la automaticidad del cambio de sujeto pasivo de la deuda entendido como un caso de subrogación legal (*vid. ROCA SASTRE, Derecho Hipotecario, IV*, Barcelona, pp. 192 ss., AMORÓS GUARDIOLA, «La publicidad registral de los préstamos hipotecarios. La transmisión de la finca hipotecada», en *Hipotecas y seguridad jurídica*, Madrid, 1991, p. 66). Con todo, esta afirmación es difícil de coonestar con las acciones que asisten al acreedor garantizado, distintas de la ejecución hipotecaria. Además, en defecto de pacto expreso serán de aplicación tanto la facultad resolutoria del 1124 como la acción del 1502 del CC, por lo que a la suspensión del pago del precio se refiere.

¹⁸¹ *Vid.* MORETÓN SANZ, *op. cit.*, pp. 155 ss. y 255 ss.

¹⁸² Aunque no sea éste su lugar, esta afirmación es más que dudosa, toda vez que la afección específica de la finca no impedirá su ejecución, sea quien sea el titular, por lo que el titular no deudor o tercer poseedor se verá forzado a pagar la deuda ajena o, en su caso, a desamparar la finca como tercer poseedor que es.

F) Roca Sastre y Puig Brutau: la relativa admisibilidad de la transmisión de las deudas

Con todo, y pese a la mayoritaria aceptación de las tesis germánicas, lo cierto es que la doctrina también reparó en las dificultades y resistencias que ofrecía el acomodo de este instituto en un sistema como el español. Así, y por su parte, Roca Sastre y Puig Brutau adoptan una posición intermedia¹⁸³.

En síntesis, si bien no se oponen a la libre transmisibilidad, tampoco ocultan las resistencias teóricas y prácticas que presenta la pervivencia de la relación obligatoria en que se ha reemplazado al deudor. En particular se detenían en el análisis de las excepciones a disposición del nuevo deudor ya que, a su juicio, resulta difícilmente sostenible que este último disponga de idénticas excepciones que las ostentadas, en su momento, por el deudor primitivo. Tampoco resultaba sencillo resolver la debida conservación por parte del acreedor de las garantías de la obligación primitiva¹⁸⁴.

Igualmente el mencionado régimen de excepciones y de garantías, les hace concluir que el sujeto que asume la deuda de otro no conserva incólume la posición jurídica del primitivo deudor; en suma «la tan deseada equiparación entre la transmisión de la obligación por el lado activo (crédito) y por el pasivo (deuda), estimamos que es inasequible»¹⁸⁵. En definitiva ponían de manifiesto las propias particularidades que ofrece la sucesión singular de las deudas ya recogidas por el B.G.B.¹⁸⁶.

G) La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1960 siendo ponente Bonet Ramón: el B.G.B. y la literatura alemana como fuente de la doctrina jurisprudencial

El año 1960 fue un año prolífico en estos aspectos ya que el Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse en diversos asun-

¹⁸³ Vid. «La transmisión pasiva de obligaciones a título singular» y «Responsabilidad por débito ajeno», *cit.*, 1948, pp. 295 a 321 y pp. 188 a 197, respectivamente (tampoco desdennan las traducciones de la obra de ENNECERUS: así *vid.* pp. 189 y 295).

¹⁸⁴ En la traducción y anotaciones a la obra de BOHEMER, PUIG BRUTAU como buen conocedor de la doctrina germana sostiene que «la regulación jurídica adaptada normalmente a determinada situación puede utilizarse luego para otra finalidad, como un recurso para lograr efectos directamente queridos, pero indirectamente buscados... La aplicación de reglas de Derecho a situaciones distintas de las que motivaron la creación de aquéllas es admisible mientras no se persiga un resultado que perjudique intereses legítimos» («Ampliación judicial de la ley: creación jurídica *praeter legem*», *El derecho a través de la jurisprudencia: su aplicación y creación*. Traducción y anotaciones de derecho español por PUIG BRUTAU, Barcelona, 1959, p. 355).

¹⁸⁵ «La transmisión pasiva de obligaciones a título singular», *cit.*, pp. 315 y 318.

¹⁸⁶ Vid. MORETÓN SANZ, *op. cit.*, pp. 217 ss.

tos relativos a la asunción de deuda, a la novación y a la posibilidad de la sucesión singular de las deudas¹⁸⁷.

En este sentido, si acaban de ser mencionadas las *Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1945, 22 de febrero de 1946, la de 29 de abril de 1947 o la de 10 de febrero de 1950* como muestra de la recíproca interrelación de la doctrina y la jurisprudencia, ahora veremos otra resolución que con más fuerza, si cabe, evidencia la anterior tesis.

Es el caso de la *Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1960*, dictada siendo Ponente Bonet Ramón que se erige en expresión sintética de las anteriores perspectivas doctrinales y jurisprudenciales, y se convierte en el mejor exponente del abandono del sistema romano-francés y el definitivo acogimiento de los principios germánicos¹⁸⁸.

Varios son los factores relevantes de la resolución de la que fue ponente Bonet Ramón quien, a su vez, era un buen conocedor de las resoluciones dictadas recientemente en la materia de estudio. Previa a la Sentencia en cuestión, había publicado varios comentarios a resoluciones judiciales cuyo objeto se centraba especialmente en la transmisión singular de las deudas y otras materias afines¹⁸⁹. A mayor abundamiento, la Sentencia en sí se constituye en uno de los ejemplos paradigmáticos de la fuerte influencia ejercida por la doctrina alemana, evidenciada tanto en la directa importación de figuras e instituciones del B.G.B. y de su interpretación, como por la trascendencia y atención doctrinal recibida¹⁹⁰.

En la mencionada *Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1960* se ventilaba un asunto en que un tercero ajeno a una deuda se había comprometido a pagar caso de no ejecutar la

¹⁸⁷ En particular, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1960; 24 de febrero de 1960; la de 23 de marzo de 1960 o la de 8 de noviembre de 1960.

¹⁸⁸ La Sala estaba formada, además de Francisco BONET RAMÓN, por Manuel de la PLAZA, Acacio CHARRÍN Y MARTÍN-VEÑA, Juan SERRADA, Francisco EYRÉ VARELA.

¹⁸⁹ Vid. «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1943», *RDP*, 1943, pp. 654 ss.; «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1946», *RDP*, XXX, 352-353, 1946, pp. 548 a 551; «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1947», *RDP*, XXXI, 364-365, 1947, pp. 687 a 689; «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1947», *RDP*, XXXII, 372, 1948, pp. 370 a 372; «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1947», *RDP*, XXXII, 372, 1948, pp. 239 a 241. Asimismo, estudió otras nociones muy apegadas a las concepciones germánicas, como «La prestación y la causa debitoria», *RDP*, LXX, 1968, pp. 205 a 232; «Los contratos en favor de tercero. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 14 de junio de 1957», *AAMN*, XII, 1961, pp. 211 a 245; «La Ley de Bases del CC», *Anales, REAJL*, 19, 1988, pp. 319 a 346.

¹⁹⁰ En la segunda edición, los comentaristas del *Tratado* se hacían eco de cómo sus conclusiones sobre la novación, transformación y asunción, habían sido recogidas en un buen número de resoluciones del Tribunal Supremo (vid. ENNECCERUS y LEHMANN, *Derecho de Obligaciones, tomo II, vol. I.*, traducido y anotado de la 35.ª ed. alemana por PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, *cit.*, al cuidado de PUIG BRUTAU, p. 420).

prestación el deudor principal. El juzgador entendió que se trataba de un supuesto de adhesión a la deuda, rechazándose las pretensiones del tercero que aducía haber suscrito un contrato de fianza, siendo desestimado el recurso de casación interpuesto. De conformidad a su dictado, el adherido, con su intervención, se había transformado en deudor solidario y no en el garante personal subsidiario que pretendía y alegaba ser infructuosamente¹⁹¹.

En su virtud, la obligación del tercero se conforma como asunción de deuda acumulativa o de refuerzo. En este sentido Hedemann al ocuparse de esta «asunción acumulativa o de refuerzo» destacaba, además de su origen etimológico (de *cumulus*, montón, pluralidad), el hecho de que el nuevo deudor no se colocase en el lugar del antiguo sino *junto a él*; advirtiendo en todo caso que tal «coasunción de deuda», no se encuentra prevista en el B.G.B. y que se trataba analógicamente con el supuesto previsto en el § 773 o fianza de la propia deuda¹⁹².

Pues bien, a la vista de estos antecedentes y con la intención de ratificar esta influencia directa de la doctrina germánica en general y de Enneccerus en particular, se trae razón literal de la Sentencia. En su Considerando segundo se declaraba que «se configura como asunción de deuda acumulativa o de refuerzo por el demandado, hoy recurrente, en cuya virtud, al asumir la deuda de Pineda, ingresa en la obligación, para colocarse junto al deudor originario en concepto de deudor solidario, diferenciándose esencialmente de la fianza, en que el que se adhiere a la deuda la asume como propia, queriendo, por tanto, responder junto al deudor, pero independientemente de la deuda de éste, mientras el fiador asume, en cambio, la responsabilidad por la deuda ajena, quiere responder del cumplimiento de la deuda del deudor principal, o sea, contraer una obligación que depende constantemente de la existencia de la obligación principal [...]».

Las concomitancias del párrafo transcrito con la definición ofrecida por Enneccerus y Lehmann son incontestables. Esta figura se pretende distinguir nítida y cuidadosamente de la asunción de deuda, toda vez que el B.G.B. sólo reconoce como tal la que libera al deudor

¹⁹¹ Los términos vertidos en documento privado decían: «por este documento, declaro yo, Vicente BALDOVÍ VIVES, en nombre propio y en el de mis hermanos señores don Enrique y don Julian, que me comprometo a entregar al señor don Casimiro Alcón Solero, vecino de la Garrovilla, la cantidad de 84.184.08 pesetas, si en el plazo de dieciséis días, o sea antes del día 20 del corriente mes de enero de 1953, el señor don José María Pineda Ventura no las abonara, por ser esta cantidad la que le corresponde pagar a este señor en la liquidación que se ha verificado con motivo de la rescisión de un contrato de compraventa, y a la que está él obligado a su abono por ser deudor solidario con este señor».

¹⁹² Vid. *Tratado de Derecho Civil, III, Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1958, pp. 210 ss.; 470 ss. En este sentido acierta INFANTE RUIZ al atribuir el origen de la asunción acumulativa a la doctrina alemana de Pandecta, ya que se reproduce literalmente; por eso también desenfoca la auténtica procedencia de la institución, al obviar su sede en el 1204 del CC y en la intelección justinianea de las presunciones (*Las garantías personales y su causa*, Valencia, 2004, pp. 142 ss.).

primitivo. En particular, describen la asunción acumulativa o de refuerzo como aquella que «en su virtud, el que asume la deuda ingresa en la obligación para colocarse junto al deudor originario en concepto de deudor solidario». Líneas después, se desentrañan las disparidades de la asunción acumulativa con la fianza, al decir que «la adhesión a la deuda se diferencia esencialmente de la fianza, incluso de aquella en que el fiador renuncia a la excusión. En efecto, el que se adhiere a la deuda la asume como propia queriendo, por tanto, responder junto al deudor, pero independientemente de la deuda de éste; en cambio, el fiador asume la responsabilidad por la deuda ajena, quiere responder del cumplimiento de la deuda del deudor principal, o sea, contraer una obligación que depende constantemente de la existencia de la obligación principal»¹⁹³.

Sin duda, la resolución judicial anterior es uno caso paradigmático de la importación directa por el juzgador del sistema alemán de ciertas figuras que, en puridad, ya estaban presentes en nuestro Derecho con denominación y efectos relativamente coincidentes¹⁹⁴.

De hecho esta asunción de deuda de refuerzo no es otra cosa que la acumulación del artículo 1204¹⁹⁵ precepto que, al exigir la presencia de la intención novatoria, hace que en su defecto las relaciones o los deudores se acumulen. En síntesis, con la más pura tradición jurídica patria y de conformidad a la justinianeana, en ausencia de mención expresa liberatoria, el nuevo deudor se acumula al preexistente¹⁹⁶. Cuestión distinta es que en el caso de autos se pudiera deducir existente, antes que una acumulación, una fianza sobrevenida.

¹⁹³ *Derecho de Obligaciones*, en ENNECERUS, KIPP Y WOLF, *Tratado de Derecho Civil, tomo II, vol. I.*, traducido y anotado de la 35.ª ed. alemana por PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, Barcelona, 1954, 2.ª ed., al cuidado de PUIG BRUTAU, p. 413; *vid.* también la p. 422, donde los comentaristas destacan la flexibilización del requisito de la mención expresa de la solidaridad.

¹⁹⁴ Por otra parte, el caso recogido no es el único, sucede también con la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1941 cuya coincidencia con el mandato de crédito previsto en el antiguo párrafo 778 del B.G.B. también resultaba llamativa (se utiliza el pasado por la nueva redacción dada a este precepto en la reforma de 2002). Por su parte, GETE-ALONSO Y CALERA reproduce otro buen exponente de esta importación de conceptos ajenos producido con ocasión de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1956, en la «que se copia, literalmente, la construcción, que acerca del reconocimiento de deuda, se ofrecen en el Derecho Alemán y en particular la adaptación de la misma al Derecho español llevada a cabo por los traductores y anotadores de ENNECERUS, LUDWING-LEHMANN, Heinrich. *Tratado de Derecho de Obligaciones*. PÉREZ GONZÁLEZ, Blas; ALGUER, José, 3.ª ed. adaptada por FERRANDIS VILELLA, José, vol. 2, 2.ª parte. Barcelona 1996, pp. 865 ss.» («Reflexiones acerca de la función que cubre la relación obligatoria previa en el reconocimiento de deuda», *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, II*, Madrid, 1988, nota 10). Sucede lo mismo en la construcción del negocio fiduciario recibida por el sistema español del germánico, denotativo de la fuerte xenofilia de la jurisprudencia española (*vid.* TOMÁS MARTÍNEZ, *La Adjudicación para pago de deudas hereditarias*, Madrid, 2000, p. 55).

¹⁹⁵ «Para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles».

¹⁹⁶ El tenor de la Partida 5, Tit. XIV, L. XV, dice: «[...] Mas si las palabras sobredichas non dixesse el debdor, quando renovase el pleyto segundo, mas simplemente dixesse,

En suma, como ya se ha tenido ocasión de comprobar, si el efecto único en la estipulación novatoria clásica romana era la invariable extinción de la relación precedente que se veía sustituida por la nueva, en la época justiniana por prudencia y sentido práctico, con la intención de evitar la incertidumbre de la aplicación de presunciones ajenas a la propia voluntad de las partes, se determina que, en defecto de declaración expresa del *animus novandi*, el nuevo deudor se acumularía al precedente¹⁹⁷.

De modo que a partir del Derecho justiniano dos son los efectos posibles en los pactos suscritos entre el acreedor y el nuevo deudor, la novación y la acumulación, consecuencias ambas a las que se puede llegar por distintos procedimientos. Y en este sentido, es especialmente reseñable que el juzgador –como buena parte de la doctrina–, eligiera continuar con las calificaciones institucionales germánicas fundadas en la sucesión singular de las deudas antes que recurrir a instituciones existentes y propias.

Con la mencionada Sentencia además se evidencia un estado de cosas donde la doctrina pasa a ser fuente de los pronunciamientos judiciales, ratificándose en definitiva la deseable interdependencia de la dogmática civilista y la doctrina legal¹⁹⁸.

H) De Castro y las tesis de Sancho Rebullida: el cambio de deudor como *effectus iuris* de la *expromissio*. La inadmisibilidad de la transmisión de las deudas a título singular: Cristóbal Montes y Gete-Alonso Calera

En cuanto a la formulación doctrinal que defiende que la novación es necesariamente extintiva –incluyendo la que se produzca

que dauva por debdor, o por manero de aquella debda a fulan; estonce por este renouamiento del pleyto non se desataria el primero: ante dezimos, que se afirmaria, e fincarian obligados por la debda, tambien el uno como el otro; como quier que pagando el uno dellos, serian quitos de la obligacion principal [...].»

¹⁹⁷ Constitución del año 530 (C.8.41.8; I.3.29.3).

¹⁹⁸ En la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1962 en un asunto sobre reclamación de unas acciones y novación objetiva, el Letrado recurrente fue Cossío; con todo las alegaciones no prosperaron siendo Ponente Bonet Ramón, quien reitera los argumentos de la Sentencia de 11 de junio de 1947 «la novación comprendida por el CC entre los modos extintivos de las obligaciones ofrece la singularidad que le caracteriza y distingue de los demás, de que sólo de una manera relativa cabe decir que extingue la obligación a que afecta, porque en realidad su propio efecto es el de variarla, modificarlo o sustituirla por otra, y como ambas no puede subsistir, ya que si esto ocurriera, no se habría producido la figura jurídica de novación, bien cabe entender que el efecto de ésta es extintivo de la obligación sustituida, siempre que la modificación altere o varíe su esencia, y que únicamente cuando esto no sucede aquélla no se extinguirá, sin que sea dudoso que no es otro el sentido atribuible al artículo 1203 del CC» (la novación objetiva consistió en la extinción de un depósito ordinario de acciones por otro de cuenta de de crédito con garantía de aquellos valores).

por cambio de sujeto pasivo—, fue mantenida en su momento por De Castro.

El Prof. De Castro, sobre la transmisión particular de las deudas mantenía «los esfuerzos, tan inteligentes y bien intencionados, de De Diego no han logrado, en mi modesta opinión, fundamentar suficientemente, en nuestro derecho, una teoría de la sucesión particular de las deudas a título particular. Aparte de las dificultades que la teoría de la sucesión en las deudas lleva consigo, aun en la misma legislación alemana, en nuestro Código encuentra escollos insuperables. ¿Puede existir en nuestro derecho algún caso en que un nuevo deudor se sustituya en lugar del primitivo sin entrar dentro del supuesto de novación regulado por el artículo 1205? La respuesta me parece que tiene que ser, mientras nuestra legislación no se modifique, negativa. Si no fuera así, sería preciso acudir para su regulación, por analogía, a otras instituciones, y todas nos llevaría a resultados absurdos o injustos (así la aplicación de los artículos 1212 ó 1528), pues continuarían subsistiendo las obligaciones accesorias, con lo que se produciría una alteración de una deuda (se sustituye el primer deudor, arrendatario, por el nuevo) sin la intervención del sujeto obligado»¹⁹⁹.

Por su parte, De Buen adoptó estas tesis para negar la capacidad de que las deudas fuesen transmitidas sin la extinción subsiguiente de la relación afectada²⁰⁰. Esta posición sería enmendada después por Batllé, quien a la vista de la copiosa y unánime doctrina y jurisprudencia, rectificó la inadmisibilidad de la sucesión singular²⁰¹.

En todo caso, el autor más relevante tanto por la seriedad de las razones que opone como por el tratamiento que otorga a la *novatio* fue Sancho Rebullida. Desde esta perspectiva sostiene la absoluta inadmisibilidad de la novación modificativa y, en particular, rechazaba frontalmente la denominada transmisión de las deudas por oponerse a la misma naturaleza de las cosas²⁰².

En su opinión y con buena parte de la doctrina clásica italiana, ni siquiera resulta posible verificar mediante el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada la asunción de deudas; única y exclu-

¹⁹⁹ «Cesión de arrendamiento y subarriendo», *RGLJ*, LXXIX, 156-II, 1930, pp. 143 y 144.

²⁰⁰ *Vid.* COLÍN, *op. cit.*, p. 355.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 298, nota 1.

²⁰² *Vid.* «La novación de las obligaciones en el Derecho español», *RCDI*, XXXVIII, 404-405, 1962, pp. 1 a 22; *La novación de las obligaciones*, *cit.*, monografía cuyo origen se remonta a la exposición oral del tercer ejercicio a cátedra, celebrado en julio de 1961; «Comentario a los artículos 1203 a 1213», en *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, Madrid, 1991, pp. 593 a 792; «Comentario a los artículos 1203 a 1213», en *Comentario del CC, II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, 2.^a ed., pp. 294 a 318.

sivamente será viable y legal cuando se reconduzca por la vía novatoria²⁰³.

Los procedimientos para que se produzca la función económica de la transmisión de deudas son tres: además de la delegación y el contrato de asunción de deudas, se refiere a la expromisión como aquel acuerdo directo entre el acreedor y el nuevo deudor. Pues bien y pese a las observaciones que corresponderá hacer en su lugar, lo cierto es que sus tesis no han gozado ni de ratificación jurisprudencial ni del favor mayoritario de la doctrina pese que, a los efectos pretendidos en este trabajo, sí han tenido el indudable acierto de categorizar la expromisión como figura autónoma que recibe los efectos novatorios²⁰⁴.

Por su parte, las tesis de Sancho Rebullida han sido continuadas señaladamente por Cristóbal Montes. Este autor crítica la corriente doctrinal y jurisprudencial que, basándose en la confusa redacción del artículo 1203 del CC, ha configurado una institución carente a su juicio de fundamento como la novación modificativa. Con todo, lo cierto es que autoriza la modificación de los vínculos en virtud de la autonomía de la voluntad privada y en las reglas subjetivas de la interpretación de los contratos²⁰⁵.

Por su parte Gete-Alonso y Calera pese a la inadmisibilidad de la sucesión singular lo cierto es que también cede a la evidencia práctica de la jurisprudencia²⁰⁶.

I) **Díez-Picazo: la pervivencia de la reglamentación en la sucesión singular de las deudas**

Por su parte Díez-Picazo aborda el debate para, una vez estudiado, obviar el clásico entendimiento romano de la novación

²⁰³ Vid. *Elementos de Derecho civil, II, I*, Barcelona, 1985, pp. 450 y 451.

²⁰⁴ Las tesis contra la sucesión singular del vínculo las atribuyo exclusivamente a SANCHO REBULLIDA a la vista de que en la primera edición de los *Elementos* no aparecía la crítica a la libre transmisibilidad de las obligaciones. Dichas tesis doctrinales tendrían lugar al renovarse la primera edición cuando participa en ella SANCHO REBULLIDA (1949, 2.ª ed.). De modo que en la primera edición de los *Elementos de Derecho civil*, sin la intervención de SANCHO REBULLIDA, LACRUZ BERDEJO sostenía que en principio las deudas pueden ser objeto de transmisión (vid. *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones, I*, Barcelona, 1977, p. 150).

²⁰⁵ Vid. «La llamada novación modificativa en el Derecho civil español», *RCDI*, XLIX, 498, 1973, pp. 1167 a 1217.

²⁰⁶ En este sentido se declara defensora de la novación como vía extintiva, si bien en la obra con PUIG I FERRIOL omite la extinción e integra a la novación en el marco de la modificación [vid. «Apuntes para una explicación de la modificación y novación de la relación obligatoria», en *Homenaje al Prof. Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, pp. 303 a 319; *El reconocimiento de deuda (Aproximación a su configuración negocial)*, Madrid, 1989; «La modificación de la relación obligatoria», *Manual de Derecho Civil II, Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato*, PUIG I FERRIOL y otros, Madrid, 1996, pp. 365 a 384].

basándose en la especie modificación. Desde la modificación analiza las distintas consecuencias que las partes pueden adoptar. De modo que el núcleo del debate no es otro que el que distingue entre la modificación simple con pervivencia del régimen y el cambio que afecta a la sustitución íntegra de la reglamentación; éste es el caso de los modos extintivos²⁰⁷.

La cuestión reside en dilucidar si el pacto extintivo por el que se sustituye al deudor tiene consecuencias y alcance singulares frente a los que pueda ostentar un acuerdo meramente modificativo. Es decir, al margen de la construcción teórica, se trata de desentrañar si mediante dos pactos de naturaleza jurídica diferente, se alcanzan resultados idénticos y, en su caso, qué utilidad tiene emplear fórmulas distintas para productos equivalentes.

En principio, la naturaleza extintiva o no del pacto produce fundamentalmente un nuevo régimen jurídico aplicable; si la alteración es extintiva, las consecuencias provocan que la ley privada de la primera relación se vea sustituida por la nueva regulación decidida en la segunda relación. Si el pacto modificativo no es extintivo, la *lex privata* en principio será la misma si bien con las puntualizaciones que las partes hayan verificado²⁰⁸.

2. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN Y LA SUSCEPTIBILIDAD DE LA TRANSMISIÓN SINGULAR DE LAS DEUDAS POR PACTOS *INTER VIVOS*: OTRAS APORTACIONES RECIENTES

En resumidas cuentas, lo cierto es que la doctrina preconizada por De Diego se ha consolidado como visión mayoritaria y sus tesis han sido compartidas unánimemente por parte de la jurisprudencia que ha aceptado de forma inequívoca las tesis favorables a la sucesión singular de las deudas. Como se ha dicho, pocos son los continuadores de la teoría emprendida por Sancho Rebullida por muy estimable que resulte.

Como se ha evidenciado, la sucesión singular de las deudas es un fenómeno que se encontrado con todos y cada uno de los elementos favorables para su generalización doctrinal, al gozar de la ratificación legislativa en otros textos codificados que, a su vez, ostentaban la acreditada revisión crítica del Derecho romano, como proceso previo a la aprobación del B.G.B. Ade-

²⁰⁷ Vid. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, II, cit.*, p. 800. Asimismo deslinda entre extintiva o impropia, tal y como hace ENNECCERUS, según voluntad y significación de las partes.

²⁰⁸ Vid. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, II, cit.*, pp. 794 y 797.

más de los elementos ideológicos, lo cierto es que la función económica a que están ordenadas las relaciones obligatorias y la propia sencillez de la que está dotada, frente al complejo sistema de la interdependencia novatoria con la dificultad que entraña la extinción de un vínculo con el inmediato reemplazamiento de otro, añadía evidencias a la tendencia favorable a la transmisión de las deudas. De modo que, si la mejor doctrina de este país se hacía eco tanto de las aportaciones De Diego como Enneccerus y, a su vez, eran reiteradas por la jurisprudencia, no resulta fácilmente rectificable dicha conclusión. Pese a todo, hay que decir que ciertos argumentos críticos con la sistemática y terminología del CC español, en puridad, tampoco se ajustan a la realidad tipificada.

Por fin, en los últimos años han visto la luz diversas monografías que analizan la cuestión desde distintas perspectivas, si bien la premisa mayor es la de la modificación no extintiva por lo que se puede afirmar prácticamente cerrada la discusión dogmática principal al margen de la no completa coincidencia en ciertos aspectos relativamente secundarios.

En este sentido, Cano Martínez de Velasco mantiene una personal visión de la asunción de deudas como negocio unilateral del tercero entendiendo, además, que el principio que preside la asunción de deudas es el de máxima eficacia jurídica o mínimo cambio²⁰⁹. Por otra parte, ciertos estudios romanistas incluyen también la visión de la figura en el Derecho comparado²¹⁰.

Desde la perspectiva hipotecaria también se ha revitalizado el debate en cuanto en el crédito hipotecario convergen dos tipos de relaciones jurídicas distintas, la relación obligatoria y la relación jurídico-real, caracterizada como derecho real de garantía o derecho de realización del valor, que autoriza al acreedor hipotecario para, en su caso, proceder a la ejecución de la misma. En su virtud y por aplicación de las tesis del artículo 118 de la Ley Hipotecaria como evidencia de la ratificación legal de los pactos de asunción de deudas, últimamente, Herbosa Martínez²¹¹ quien estima aceptable la transmisión singular de la deuda siquiera sea sin pronunciarse sobre la eficacia extintiva o modificativa del pacto.

Frente a las tesis mayoritarias y en el ámbito de la relación personal existente en los derechos reales de garantía, retoma abiertamente las tesis de Sancho Rebullida, Castillo Martínez quien sos-

²⁰⁹ Vid. *La asunción de deudas*, Barcelona, 2003.

²¹⁰ Vid. FUENTESECA DEGENEFEE, *El problema de la relación entre «novatio» y «delegatio» desde Roma hasta las codificaciones europeas*, Madrid, 2000.

²¹¹ Vid. *La Asunción de Deuda garantizada con hipoteca (Actualizada a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)*, Madrid, 2001.

tiene la inadmisibilidad de la figura de la asunción de deudas considerando que para sustituir al deudor en las responsabilidades personales derivadas de la deuda garantizada con hipoteca, únicamente será viable recurriendo a la novación como causa extintiva de las obligaciones²¹².

Por otra parte y en el caso de los elaborados trabajos de Gutiérrez Santiago, al resultar innecesario al objeto de su estudio, no aborda la discusión entre los efectos extintivos y modificativos de la novación²¹³.

Otro de los preceptos relevantes en el Código Civil en la materia es el artículo 1224²¹⁴ de cuyo estudio se ha ocupado Marco Molina quien al estudiar el valor de la escritura reconocitiva encuentra un argumento adicional que reafirma la existencia de la novación modificativa²¹⁵. Por su parte, el reconocido trabajo de Adame Martínez aborda de forma exhaustiva y desde la perspectiva germánica el fenómeno específico de la sucesión de las deudas por lo que es evidente que sostiene su lógica transmisibilidad²¹⁶.

Como se verá, la casi totalidad de la doctrina recogida ha aceptado el estado de la cuestión según las aportaciones antes mencionadas²¹⁷. De modo que, bien sea por reflexión dogmática o por continuismo con la evidencia jurisprudencial, la totalidad de los ámbitos donde pueda aplicarse la sucesión de deuda ha estimado que resulta posible provocar el cambio pasivo sin la necesaria extinción de la relación precedente. Al tiempo cabe destacar también que se trata de una materia cuyas consecuencias definitivas aún no están cerradas como atestigua la atención recibida desde distintas disciplinas²¹⁸.

²¹² Vid. *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Pamplona, 1999, pp. 28 ss.

²¹³ Vid. *El consentimiento de las partes en la novación objetiva de la obligación*, León, 2000; *La novación objetiva por el cambio de objeto*, Granada, 1999.

²¹⁴ «Las escrituras de reconocimiento de un acto o contrato nada prueban contra el documento en que éstos hubiesen sido consignados, si por exceso u omisión se apartaren de él, a menos que conste expresamente la novación del primero».

²¹⁵ *El reconocimiento documental y la novación modificativa del contrato. (Historia y aplicación del artículo 1224 del CC)*, Madrid, 1998.

²¹⁶ Vid. *Asunción de deuda en Derecho Civil*, Granada, 1996.

²¹⁷ Se ha preferido no referirlas en este epígrafe donde única y exclusivamente se han citado los trabajos de carácter monográfico pese a otras estimables aportaciones también estudiadas.

²¹⁸ En el ámbito mercantil y tributario, v. gr., CASTILLO SOLSONA, *El cumplimiento de la deuda y responsabilidades tributarias pendientes en la transmisión de explotaciones económicas*, Barcelona, 1999; LOZANO SERRANO, *Responsabilidad del adquirente de empresas por deudas tributarias anteriores a la transmisión*, Pamplona, 1998; VARONA ALABERN, *Extinción de la obligación tributaria: novación y confusión*, Valladolid, 1998, y GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *La sucesión en la deuda tributaria*, Pamplona, 1993. En esta última materia, ha de tenerse en cuenta la reciente y nueva Ley General Tributaria.

IV. LA POSICIÓN DE LAS PARTES Y SUS DEBERES: EL PROGRAMA DE LA PRESTACIÓN

1. LA PATRIMONIALIZACIÓN DEL VÍNCULO: LA IDENTIDAD DEL PAGO

A) La concepción personalista y patrimonialista del vínculo: el deber de prestación y las facultades de las partes

A estas cuestiones recién expuestas, se añaden otras líneas doctrinales, también de procedencia germánica, que agregan argumentos en favor de la admisibilidad de la sucesión singular de las deudas, en especial, por su incidencia en la ejecución de la prestación. Se basan en la revisión crítica del tradicional entendimiento de la naturaleza y esencia del vínculo, cuyo debate doctrinal enfrenta posturas clásicas que la sitúan en la conducta del sujeto pasivo, frente a la visión patrimonialista, la teoría del débito y la responsabilidad²¹⁹. Sin duda, todas encuentran sólidos argumentos acerca del fundamento de la esencia del vínculo; al tiempo, cada una de ellas ha concitado objeciones con el mismo grado de seriedad.

En todo caso, lo cierto es que en la actualidad no se suele hacer cuestión de estos extremos, pudiéndose afirmar que probablemente se trate de un exceso más de abstracción. Con todo no se puede desdeñar que la corriente mayoritaria en estos momentos es la integradora, doctrina que tiene la virtud de aunar aciertos comunes y omitir debates estériles²²⁰ ya que, siguiendo a mi Maestro, el derecho no ha de ser sino una técnica de resolución de conflictos y no una fuente generadora de disputas doctrinales por lo que debe contribuir a poner orden y aliviar dichas tensiones e intereses encontrados²²¹.

La concepción personalista, que exigía la específica actividad personal del sujeto pasivo, ha sido progresivamente sustituida por la caracterización patrimonialista de las relaciones²²². En resumi-

²¹⁹ Vid. CASTÁN, p. 57, la explicación de la refundición del débito y la responsabilidad; HERNÁNDEZ GIL, «El problema de la patrimonialidad de la prestación», *RDP*, 1960, p. 273; MARTÍN PÉREZ, «La despatrimonialización del Derecho Civil y la patrimonialidad de la prestación», *RDP*, 1986, pp. 603 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *La patrimonialidad de la prestación y la protección del interés no patrimonial*, Cáceres, 2003.

²²⁰ Vid. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil, II, I, cit.*, pp. 11 a 18.

²²¹ Vid. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil, I, Parte General y Derecho de la persona*, Madrid, 2007, 13.^a ed., p. 121.

²²² La patrimonialidad como característica de la obligación se trata, según GIUFFRÉ de una conquista del Derecho moderno. En cualquier caso, la índole patrimonial no elimina el dato elemental y básico que es la condición humana comprometida (*vid. Studi sul debito, tra esperienza roma e ordinamenti moderni*, Napoli, 1999, 2.^a ed., pp. VIII-IX).

das cuentas, esta visión pone el acento en el elemento patrimonial, antes que en los sujetos obligados. Con ello se contribuye a la aceptación de que los cambios que afecten a los sujetos tengan efectos meramente modificativos, toda vez que el eje del vínculo bascula en torno al elemento patrimonial.

De modo que, gracias a la patrimonialización del vínculo, se añade un elemento adicional a su progresiva abstracción y a su paulatina espiritualización. Este proceso actuó sobre los contratos de ejecución instantánea, típicos de los sistemas arcaicos; vínculos que, con el tiempo, resultó posible su cumplimiento diferido y posterior a su perfeccionamiento, admitiéndose con ello la premisa básica de los cambios de deudor. Este punto, hasta ahora final, permite que el vínculo no esté sujeto tanto a una persona como a un patrimonio²²³.

De cuanto se ha dicho se sigue que la cuestión de la deuda y responsabilidad atañe, directamente, a la noción del vínculo jurídico; atendido éste, si predomina la nota personalista afectará de pleno a la exigencia de que los cambios de deudor deban ajustarse a las estrictas normas de la novación, con la creación de una nueva que reemplace a la precedente²²⁴. Por tanto, la noción atribuida a la *obligatio*²²⁵, determinará ciertas consecuencias sobre el vínculo en general y sobre la transmisibilidad en particular. Consecuentes con un entendimiento personalista o patrimonialista, los deberes del

²²³ Sobre la superación del patrimonialismo, *vid.* la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1983.

²²⁴ *Vid.* RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, «El concepto de obligación: especial referencia al deber jurídico», *RDEA*, XIII, 21, 1968, pp. 11 a 26; CRISTÓBAL MONTES, «La formulación dogmática de la obligación», *ADC*, XLIII, II, 1990, pp. 475 a 494.

²²⁵ *Vid.* SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation (d'après le premier projet de Code Civil pour l'empire allemand)*, Paris, 1925; NÚÑEZ LAGOS, «La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca», *RGLJ*, XCII, 181, 1947, pp. 61 a 79; RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, «El concepto de obligación: especial referencia al deber jurídico», *RDEA*, XIII, 21, 1968, pp. 11 a 26; MOZOS, «Concepto de obligación», *RDP*, 1980, pp. 79 ss.; VALLET DE GOYTISOLO, «En torno a los conceptos de crédito y de obligación», *Estudios varios sobre obligaciones, contratos, empresas y sociedades*, Madrid, 1980, pp. 12 a 25; HERNÁNDEZ GIL, *En torno al concepto de obligación. Discurso leído el día 16 de noviembre de 1981, en la sesión inaugural del curso 1981-1982*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1981; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, *La Obligación (Concepto, estructura y fuentes)*, Madrid, 1989; CRISTÓBAL MONTES, «La formulación dogmática de la obligación», *ADC*, XLIII, II, 1990, pp. 475 a 494. *Vid.* CICU, *L'obligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, 1948; GIORGIANNI, *La obligación (La parte general de las obligaciones)*, Barcelona, 1958. Sobre la noción de *obligatio* en el Derecho romano, *vid.* KUNTZE, *Die obligation und die Singularsuccession des römischen und heutigen rechts*, Leipzig, 1856; CORNIL, «*Debitum et obligatio*. Recherches sur la formation de la notion de l'obligation romaine», en *Mélanges P. F. Girard*, I, Paris, 1912, pp. 199 a 263; HUVELIN, «Obligatio», en *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*, II, 1.^a, Graz/Austria, 1963, pp. 133 a 140; FUENTESECA DÍAZ, «Origen del concepto romano de obligación (*Obligatio*)», *Libro-homenaje a Ramón M.^a Roca Sastre*, I, Madrid, 1976, pp. 111 a 152; D'ORS, «Una explicación genética del sistema romano de las obligaciones», *ZSS*, 1992, pp. 318 a 349.

acreedor y los deberes que atañen al sujeto pasivo, no resultan idénticos.

La polarización subjetiva del vínculo hace que cada posición se conforme en un derecho subjetivo concretado a su vez en ciertas facultades. Por lo que al objeto de estudio se refiere, la mencionada posición jurídica del deudor materializada en el deber de prestación provoca que, frente a las facultades del acreedor, el sujeto pasivo carezca de una recíproca que le autorice a ceder íntegra su posición sin la preceptiva intervención del titular del derecho de crédito²²⁶.

Precisamente, una de las facultades que incumben al sujeto activo del derecho de crédito es la emisión del consentimiento al cambio de deudor propuesto, en el caso de la expromisión, por un tercero. En esta ocasión y a diferencia del pago del tercero, el titular del crédito mantiene en la esfera de sus facultades tanto la autorización de la alteración del lado pasivo como la liberación, en su caso, del deudor primitivo²²⁷. Si a esta cuestión se suma que el proyecto al que va dirigido la prestación no es otro que su efectivo cumplimiento, parece que al sujeto activo se le suma la exigencia de un comportamiento proclive a la ejecución de la prestación comprometida, aunque su autor material sea un tercero que ocupará finalmente la posición del antiguo deudor.

En este sentido Beltrán de Heredia mantiene –dado el íntimo enlace que guarda la obligación y su concepto con la esencia de la relación– que el vínculo «va dirigido al comportamiento del deudor, conexas, a su vez, con la correlativa actitud *civiliter*, “correcta”, *favor debitoris*, del acreedor, con el fin de lograrse el cumplimiento normal de la obligación y de esta manera *satisfacer al acreedor* y simultáneamente *obtener la liberalización del deudor*»²²⁸.

B) La diligencia exigible al deudor como obligación específica y personalísima que incumbe al sujeto pasivo: ausencia de consecuencias en la expromisión

Los reseñados argumentos ponen de manifiesto tanto la progresiva despersonalización del vínculo como la directa consecuencia

²²⁶ Vid. GARCÍA AMIGO, *Lecciones de Derecho Civil II. Teoría general de las obligaciones y contratos*, cit., pp. 437 ss.

²²⁷ Vid. HERNÁNDEZ MORENO, *El pago del tercero*, Barcelona, 1983, pp. 49 y 50.

²²⁸ *La Obligación (Concepto, estructura y fuentes)*, cit., p. 97. En todo caso, aprecia que no existen posturas personalistas o patrimonialistas; antes bien, tal división corresponde con las visiones más tradicionales o las concepciones teóricas más recientes. Por ello aboga por la visión más acertada es la unitaria en la que integra equilibradamente, el débito y la responsabilidad (*ibidem*, pp. 49 y 50).

que hace perder consistencia a la imposibilidad *per se* de la transmisión de las obligaciones personalísimas²²⁹. En todo caso, y pese a las prescripciones del artículo 1255 del CC, una sustitución del sujeto pasivo sumada a una alteración tan trascendente del objeto, cuestiona que esta posibilidad no sea sino meramente teórica; en suma, la modificación conjunta del elemento personal y objeto pone en duda la posibilidad de que perviva incólume el vínculo precedente²³⁰.

En cualquier caso, la intransmisibilidad de las obligaciones personalísimas exige su análisis conjunto con la diligencia del deudor como elemento integrado en el contenido del vínculo. Por su parte, Rico Pérez declara, en lo que afecta a la conducta en el cumplimiento y transmisión de las obligaciones, que «el factor constante de la prestación es el comportamiento del deudor» y por lo que se refiere a la transmisibilidad de las obligaciones, la concibe «como una aptitud de éstas para pasar o derivarse de uno a otro sujeto sin alteración de su esencia, o lo que es igual, permaneciendo unas y las mismas»²³¹.

En definitiva, la declaración De Diego acerca de la transmisibilidad de las obligaciones en sus propios términos, en su aspecto filosófico, sigue plenamente vigente: «la transmisibilidad de un derecho es la aptitud ó susceptibilidad del mismo para ser derivado en otro sujeto sin perjuicio de su esencia, antes bien, quedando uno y el mismo después como antes de la transmisión»²³².

Sin embargo, y de forma habitual, la mención a la diligencia no está incluida expresamente por las partes en su proyecto o programa de prestación, por lo que habrá que estar al modelo de conducta establecido en el Código Civil en su artículo 1104²³³. La mencionada diligencia impone al deudor, entre otros, el deber jurídico de promover su cumplimiento²³⁴.

²²⁹ Vid. *infra*, fund., el artículo 659 «la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte» y el artículo 1161 «en las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación».

²³⁰ Vid. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1949.

²³¹ Vid. *La conducta de las personas en el Derecho civil*, Segovia, 1973, pp. 219 y 220. Elige también esta calificación de la transmisibilidad como aptitud o cualidad del vínculo como en su momento hizo DE DIEGO, ÁLVAREZ JOVEN («El fundamento de la transmisibilidad», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, 1983, p. 3, extracto de la tesis doctoral inédita dirigida por Beltrán de Heredia Castaño).

²³² DE DIEGO, *La transmisibilidad de las obligaciones*, cit., p. 37.

²³³ «La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo o del lugar».

²³⁴ Vid. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil, II*, cit., pp. 95 ss., y 237.

En suma, esta diligencia del deudor como obligación *intuitu personae* «vendría a ser, por lo tanto, una obligación cuyo incumplimiento sería admitido por el propio Ordenamiento (si cumplía un tercero espontáneamente) y cuyo cumplimiento sería totalmente irrelevante y al que no se prestaría ninguna atención siempre que la prestación se hubiere realizado (independientemente de quien fuera el autor). (...) Hay otros argumentos contrarios a la tesis obligacionista de la diligencia en el cumplimiento»²³⁵.

De lo dicho se sigue que, ante la falta de previsión legal, en nada afecta el cambio de deudor a la diligencia bien porque se realiza el programa proyectado en la relación, siquiera por un sujeto distinto al primitivo deudor, o bien porque se defiende que con la conducta debida se transmiten también los deberes que se deducen y, con ello, la diligencia o el deber de facilitar su cumplimiento²³⁶.

Por tanto, si carece de transcendencia el pretendido incumplimiento del deber subjetivo de diligencia del deudor en los casos de pago del tercero tampoco aparejará la mencionada responsabilidad caso de que la asunción espontánea de la deuda por un tercero concluya con la satisfacción del interés del acreedor²³⁷.

En este sentido se ha pronunciado el *Tribunal Supremo en su Sentencia de 31 de marzo de 1970* en que el «demandante llegó a ser acreedor respecto a la entrega de la cosa depositada y deudor del precio pactado por el depósito y el demandado se obligó a

²³⁵ «Mientras que cualquiera puede ser el autor del cumplimiento, solamente el deudor sigue siendo el único titular de la diligencia, de la misma manera que continúan siendo exclusivas y personales suyas la culpa, la responsabilidad y la liberación. (...) El art. 1158 al proclamar la fungibilidad de la persona del pagador supone: el mantenimiento absoluto de la necesidad jurídica de la prestación (ha de ser realizada, quienquiera que lo haga), la desconexión técnica entre cumplimiento y diligencia promotora, en el sentido de que pueda haber el primero sin la segunda y en tercer lugar y sobre todo, su desconexión jurídica, porque la calificación de cumplimiento viene dada solamente por la correspondencia con la prestación debida y en absoluto por la resultancia de la diligencia del deudor» (BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Zaragoza, 1987, p. 314).

²³⁶ *Vid.* sobre los efectos del incumplimiento de las cargas del acreedor y su diferenciación con los deberes que le incumben a este CABANILLAS, *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y mercantil*, Madrid, 1988.

²³⁷ En síntesis «si el deudor ha observado la diligencia que se le exigía, diremos que ha observado el deber que le incumbía, aunque la prestación no se haya realizado. Por el contrario, si no ha observado tal conducta realmente ha infringido su deber jurídico subjetivo, a pesar de que el deber jurídico objetivo se haya extinguido por causas ajenas al deudor (v. gr., el cumplimiento de un tercero). Infracción que en este último caso carecerá, sin embargo, de repercusiones jurídicas porque le falta el presupuesto de tal relevancia (la infracción del deber objetivo). (...) Resulta que en la estructura de la relación obligatoria, el elemento fundamental es el deber jurídico objetivo que pesa sobre la prestación (art. 1088) y el secundario, es el deber jurídico subjetivo que incumbe al deudor. Esta relación de secundariedad tiene, su manifestación más evidente en que la observancia del deber jurídico subjetivo sólo es relevante jurídicamente en el supuesto de infracción de la obligación. (...) la carga de la diligencia en el cumplimiento no desaparece con la actuación o puesta en práctica de la misma, sino por la extinción de la prestación jurídica en función de la cual se halla (...) la carga de la diligencia subsistirá íntegra y deberá ser nuevamente observada por el deudor hasta la definitiva extinción de la obligación» (BADOSA COLL, *op. cit.*, p. 321).

entregar la cosa al actor, con la previa obligación de conservarla, empleando la diligencia que se refiere el artículo 1094²³⁸ del CC y acreedor en la retribución del depósito»²³⁹.

C) La objetivación de las partes

Aquella concepción del vínculo, ya a principios del siglo xx, favorecía que se incidiera en la especial individualidad que caracterizaba al sujeto pasivo²⁴⁰. Parecía que el sujeto comprometido exclusivamente podía liberarse cumpliendo él y no otro la conducta debida. Parecía asimismo que el acreedor tenía un especial interés en que la satisfacción del crédito se verificase únicamente por quien ostentaba la posición pasiva en la relación pendiente.

Por su parte y muy al contrario, Windscheid empleaba una imagen muy descriptiva para afirmar que la obligación no es algo inseparablemente unido a la persona. Así, la voluntad del deudor está ligada al acreedor; la cinta que éste llevaba atada se la da a otra persona. Por lo que independientemente a quién esté atada siempre resulta ser la misma cinta. En su virtud, el asumente pretende atarse con la cinta que hasta entonces llevaba el deudor, cosa que ratifica el acreedor²⁴¹.

A medida que evoluciona el tráfico jurídico, el sistema de contratos ha visto alterado los principios en que se asentaba: datos como el anonimato que puede llegar a afectar a las partes contratantes entre sí; la despersonalización²⁴²; el recurso a los contratos adhesión concluidos sin voluntad (o, por lo menos sin la voluntad de uno de los contratantes); la apelación a las condiciones generales predispuestas, son fórmulas que al fin y al cabo, han contribuido a la admisión del

²³⁸ «El obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia».

²³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1970.

²⁴⁰ Ya se ha mencionado la distinción, entre el crédito y la deuda, y la obligación firmada por BRINZ (vid. Díez-PICAZO, que califica tal perspectiva como artificiosa, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, cit., p. 853; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, I, 2.º, cit., p. 401 y PACCHIONI, *Delle obbligazione in general*, cit., pp. 35 ss.).

²⁴¹ Vid. «Die singularsuccession in Obligationem», *Kritische Übersicht*, I, 1853, pp. 38 y 44. VALLET DE GOYTISOLO sostiene, gráficamente en cuanto a la responsabilidad personal, que la obligación se representa mediante el brazo que tira la piedra en idéntico sentido que empleaba PUGLIATTI (*ibidem*). Entiende por ello que es personal. Se remite en sus explicaciones, a los argumentos sostenidos por FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ARÉVALO (vid. «La facultad de disposición», *ADC*, III, IV, 1950, pp. 1025 a 1056).

²⁴² La despersonalización de los contratos, también afecta a la teoría de la personificación de las personas jurídicas, toda vez que se ha aceptado incluso las unipersonales hecho éste que parece demostrar que la ficción de la persona jurídica llega a tal extremo que incluso siendo un solo accionista o socio partícipe, se trata de algo distinto de la sociedad en sí. El elemento básico es que la persona moral esté constituida de conformidad a las prescripciones legales y tenga el patrimonio constituido y desembolsado como garantía de las operaciones que llegue a realizar.

intercambio sin efectos extintivos del elemento personal. En síntesis, la prestación ha de materializar el fin del intercambio propuesto, sin atribuir protagonismo al sujeto que la ejecute.

2. LA REALIZACIÓN DEL PROGRAMA DE LA PRESTACIÓN Y LA PRESTACIÓN COMO INSTRUMENTO DE COOPERACIÓN: EL DEBER DE COLABORACIÓN DEL ACREEDOR

Siguiendo con estos presupuestos dogmáticos²⁴³, el contenido de la obligación incluye el deber de las partes de cooperar entre sí con la finalidad estricta de llegar a la materialización de la prestación pactada²⁴⁴. De modo que esta prestación es, en sí misma, un instrumento de cooperación²⁴⁵. Esta idea, a su vez, está fundada en la noción del programa de la prestación desarrollada por Heck –partícipe también del movimiento antiformalista de la jurisprudencia de intereses²⁴⁶– por lo que cabe concluir que este autor es un destacado defensor del programa de la prestación, configuración dogmática ésta que ha alcanzado cierto consenso doctrinal entre la doctrina española²⁴⁷.

²⁴³ Resulta útil tener presente que esta dogmática jurídica distingue tres dimensiones, una empírico-descriptiva, centrada en el inventario y prognosis de la *praxis* de los tribunales y la averiguación de la voluntad fáctica del legislador. La segunda de aquellas dimensiones, es la analítico-lógica que incluye tanto el análisis de los conceptos jurídicos como la investigación de las relaciones entre las distintas normas y principios. Por último, la visión práctico-normativa, propone y fundamenta una interpretación de una norma [vid. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica (La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica)*, Madrid, 1997, pp. 240 a 241].

²⁴⁴ De las distintas polémicas sobre el deber jurídico zanja la cuestión Díez-PICAZO afirmando que «cualquiera que sea la idea que se mantenga en la teoría general del derecho, la posición del deudor debe ser considerada como un deber jurídico y debe además entenderse que este deber jurídico es, en primera línea, un deber consistente en la adopción de un determinado comportamiento, que es el comportamiento de prestación» (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial, II, cit.*, p. 91).

²⁴⁵ Vid. Díez-PICAZO, *ibidem*, p. 237. En particular, sobre el programa de la prestación, vid. p. 236; vid. BONET RAMÓN, «La prestación y la causa debitoria», cuestiones que se relacionan directamente con la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1960 y la fortísima ascendencia que gozó el *Tratado* de ENNECCERUS (vid. también Díez-PICAZO, «El contenido de la relación obligatoria», *ADC*, 1964, XVII, II, pp. 349 a 366).

²⁴⁶ La diferencia estructural entre la denominada Jurisprudencia de intereses –HECK– y la de conceptos –IHERING–, radica en que la de intereses entiende que para crear e interpretar el Derecho basta el uso de la razón empírica. La otra corriente antiformalista, la jurisprudencia de conceptos, entiende que para crear e interpretar el Derecho es necesaria la razón especulativa o abstracta (vid. HECK, «Jurisprudencia de intereses», *AAMN*, 1948-IV, p. 523; COSSÍO, «Jurisprudencia conceptual», *RGLJ*, 1948-II, p. 463; PAZ-ARES, «La Economía Política como Jurisprudencia Racional», *ADC*, 1981, p. 601; CALSAMIGLIA, «La dogmática jurídica», *Anales Fco. Suárez*, 22, 1982, p. 260).

²⁴⁷ Vid. LACRUZ BERDEJO-RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho civil, II, I, cit.*, pp. 128 y 140; vid. mi Maestro el Profesor LASARTE ÁLVAREZ que prefiere llamarla «programa de la obligación» (vid. *Principios de Derecho civil, 2, cit.*, p. 124).

Desde dicha perspectiva, el deber de colaboración es una consecuencia del principio de la buena fe; basado en distintos orígenes también ha sido refundido en el sistema de principios del futuro derecho contractual europeo²⁴⁸ y en todo caso, fuerza a las partes a colaborar en el cumplimiento de lo pactado²⁴⁹. En suma, la finalidad propia es la de conseguir la plena efectividad del contrato²⁵⁰ y, específicamente, por lo que a los deberes de conducta que pesan sobre el acreedor uno de ellos es el de facilitar la liberación del deudor.

En este sentido y en buena lógica, la doctrina que comparte los planteamientos dogmáticos del sistema jurídico privado alemán también recurre, al expediente del programa de la prestación para sustentar la transmisibilidad del lado pasivo de las relaciones obligatorias²⁵¹. Este programa de la prestación que, como se ha dicho consiste en lo que García Amigo denomina la razón de ser del derecho de crédito²⁵², encuentra su origen en el aquel sistema, y con él se incorporan adicionalmente las teorías sobre la disposición y oferta del acreedor, aplicadas a su capacidad para disponer unilateralmente sobre la posición jurídica del sujeto pasivo.

La mejor doctrina señaló, en su momento, las diferencias entre la teoría de la oferta y la teoría de la disposición del derecho ajeno aplicadas a la transmisión del derecho de crédito y, en su caso, de la obligación dimanante del pacto. Así, en la primera de ellas, es decir, en la teoría de la oferta es el acreedor quien se adhiere al convenio acordado entre el deudor delegante y el delegado para la relevación de la deuda. Por su parte, la teoría de la disposición del derecho ajeno se refiere al obligado, quien toma para sí el derecho que no le corresponde²⁵³. En todo caso, si la primera idea encuentra dificultades para ser aplicada al supuesto del 1205 del CC, tam-

²⁴⁸ Si no ejecuta este deber habrá incumplido, de modo que no es tanto un deber como una de las obligaciones (*vid.* Díez-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002, p. 158 y CABANILLES, *op. cit.*).

²⁴⁹ *Vid. ibidem*, p. 157 ss.

²⁵⁰ *Vid. ibidem*, pp. 23 y 309.

²⁵¹ Sentido ratificado por las modificaciones del B.G.B. donde con la reforma del derecho de rescisión por prestación parcial se impide que el acreedor pueda ejercer dicha posibilidad en los casos en que la lesión del programa de la prestación sea parcial (*vid.* ALBIEZ DOHRMANN, «Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del B.G.B.», *cit.*, p. 1179). En suma, el nuevo 241.2 del B.G.B. delimita el contenido de los deberes de la relación obligatoria incluyendo el deber de protección y el de prestación (*vid.* LAMARCA I MARQUÈS, «Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones», *InDret*, 1, 2002, p. 5).

²⁵² *Vid.* GARCÍA AMIGO, «Transmisión de las relaciones obligatorias nacidas de un contrato», *cit.*, p. 34. Añade como autores que se adscriben a esta corriente a los italianos BETTI y a CARRESSI.

²⁵³ *Vid. Manual de Derecho civil español. III. Obligaciones y contratos, cit.*, p. 264.

poco esta última tiene fácil encaje en la *expromissio* toda vez que este cambio de deudor presenta la particularidad de que puede operarse a sus espaldas y, en todo caso, sin relevancia jurídica para el acuerdo expromisorio en sí de la actitud que mantenga sea ésta de anuencia, ignorancia u oposición. De modo que para el caso específico que se estudia, ambas teorías provocan más problemas que soluciones plausible²⁵⁴.

V. EXAMEN DE LA APLICABILIDAD DE CIERTOS PRINCIPIOS CONTRACTUALES A LA ASUNCIÓN ESPONTÁNEA DE DEUDA

1. LA PROTECCIÓN DE LA PARTE MÁS DÉBIL

A) El *favor debitoris* y el principio de protección del consumidor

Desde el anterior entendimiento que convierte a la relación obligatoria no en un instrumento de subordinación del sujeto pasivo al activo sino de cooperación entre acreedor y deudor, se puede sostener inicialmente que es un pseudoproblema hablar del principio del *favor creditoris* o de *favor debitoris*²⁵⁵.

Con todo y pese a la pretendida existencia de dicho principio, contrasta la articulación prevista en materia de pago del tercero —donde el acreedor no dispone de ninguna acción para oponerse a las pretensiones de un tercero de satisfacer la prestación—, con el tratamiento otorgado por el codificador al supuesto del que pretende ocupar el lugar del sujeto pasivo, sin materializar —porque quizás aún no haya llegado el término de ejecución—, la deuda comprometida²⁵⁶.

²⁵⁴ En todo caso, estas teorías de corte clásico ya no gozan de las simpatías de la doctrina excepto en algún caso singular (*vid.* ADAME MARTÍNEZ, *Asunción de deuda en Derecho civil, cit.*, pp. 143 ss., que recupera de estas explicaciones dogmáticas la referida a la oferta simple para el mecanismo delegatorio).

²⁵⁵ *Vid.* PERLINGIERI, «Aspectos problemáticos del derecho de obligaciones», *RDP*, 1993, pp. 58 y 59. *Vid.* GIUFFRÈ, *Studi sul debiti, cit.*, p. IX; RESCIGNO, «Favor debitoris». *Ambiguità di una formula antica, Debito internazionale. Principio generali del diritto*, 1995; «Del favor debitoris al favor del más débil».

²⁵⁶ Evidentemente excede de las pretensiones de este trabajo un análisis exhaustivo del valor, contenido y enumeración de los principios generales del Derecho, para ello *vid.* REINOSO BARBERO, quien con exactitud precisa que en virtud del artículo primero del CC, en el Derecho vigente, las premisas que debe presentar un principio general son: que no contraste con las normas formuladas; que sea susceptible de aplicación al caso jurídico que se plantea; que pueda ser considerado como tal a la luz del Derecho romano o de la tradición jurídica nacional [*vid.* *Los principios generales del derecho en la jurisprudencia del*

Por el contrario y a la vista del contenido del artículo 1205 del CC, sí que se confiere transcendencia jurídica a la voluntad e intención del acreedor frente a la que pueda oponer el deudor, absolutamente irrelevante por lo que a su sustitución se refiere. De modo que, en presencia de un cambio de deudor e independientemente de la vía elegida y, en especial en la *expromissio*, su expulsión del vínculo puede ser llevada a cabo, incluso, en la más absoluta ignorancia de esta relevación. En buena lógica, por tanto, ofrece ciertas resistencias sostener esta noción general protectora del sujeto pasivo, salvo que se circunscriba su valor a casos singulares previstos específicamente.

No cabe duda, en suma, que si para el sujeto titular del crédito resulta de interés el patrimonio de su deudor actual o futuro, tampoco resulta completamente irrelevante para el sujeto pasivo quién sea la persona que ocupe el lugar del acreedor o, incluso, quién sea el nuevo sujeto pasivo ante la certeza jurídica de que éste último será quien le reclame el importe de la prestación.

En síntesis, la calificación del *favor debitoris* como principio o regla jurídica, encuentra su razón de ser en la evolución liberal del aforismo romano²⁵⁷ que, en sus orígenes, residía en la atención a la parte más desfavorecida. Con todo, en la codificación este brocardo se ve en más ocasiones obviado que los que se puedan contabilizar como máxima de actuación. En este sentido, uno de los casos en que se puede entrever la auténtica naturaleza de la protección al deudor, se encuentra en las consecuencias de la plena desaparición de las garantías como causa de la pérdida del derecho al plazo, según el artículo 1129.3 del CC²⁵⁸. Sostiene mi Maestro el Profesor Lasarte Álvarez que con el mencionado precepto se evidencia que en realidad, «se trata de una manifestación legislativa más de que el principio del *favor debitoris* es un mero recurso retórico de escasa operatividad real: pese a que estamos frente a una desaparición fortuita, en el balance entre la protección del deudor y el fortalecimiento de las expectativas de cobro del acreedor, el Código opta por este último, decretando la anticipación del vencimiento»²⁵⁹.

Tribunal Supremo (Formularios de Recurso de casación civil, penal, laboral y apelación contenciosa-administrativa), Madrid, 1988, pp. 111 ss.; p. 114].

²⁵⁷ Vid. CASTÁN VÁZQUEZ, «El *favor debitoris* en el Derecho español», *ADC*, XIV, IV, 1961, pp. 835 a 850; VÁSQUEZ FERREYRA, «Del *favor debitoris* al favor del más débil», *El Derecho*, n. 6.357, 1985.

²⁵⁸ «Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: 3. Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras».

²⁵⁹ *Principios de Derecho civil*, 2, cit., p. 138. Otros casos en que se recoge una auténtica protección o preferencia del sujeto pasivo, se encuentran en la atribución del

Aspiración tuitiva que aparentemente se recoge en el sistema del Derecho mercantil. En este punto el Código de comercio resulta más expresivo ya que de conformidad al artículo 59 se declara que «si se originaren dudas que no puedan resolverse con arreglo a lo establecido en el artículo 2 de este Código, se decidirá la cuestión a favor del deudor». Pese a su dictado, la lectura detenida de este precepto evidencia que, en realidad, no pasa de ser una cláusula residual de escasa aplicación y operatividad prácticas. De modo que hay que concluir que el principio que prima en el Código Civil es el de reciprocidad –recogido en el art. 1289²⁶⁰– y en el mercantil, el de menor deuda²⁶¹.

Pese a lo sostenido cierta doctrina se ha pronunciado sobre las potenciales aplicaciones prácticas de la protección de la parte más débil en materia de asunción de deudas y, en particular, en la aplicación de la asunción acumulativa. En este sentido declara Puig i Ferriol que cuando el acreedor reclame íntegramente la prestación a cada uno de los codeudores y basándose en el supuesto contemplado por el artículo 1289 del CC²⁶² no podrá presumirse que la relación sea de carácter acumulativo. Por lo que en definitiva y en particular estima como un caso de *favor debitoris* la falta de presunción de acumulatividad²⁶³. Con todo, no resultará de aplicación el primer párrafo del mencionado artículo 1289 del CC, salvo que se quiera entender que la liberación del sujeto pasivo frente al acreedor primitivo y pese al pago que realizará en su momento el

pago por el deudor, según las reglas del artículo 1172, la responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor del 1105 o la exigencia de intimación o interpelación al deudor para que éste incurra en mora según el 1101 (*vid. op. cit.*, pp. 148, 175 y 181, respectivamente; *vid. también CUESTA*, «Las obligaciones alternativas», *RDP*, 1984, p. 15).

²⁶⁰ «Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses. Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo».

²⁶¹ *Vid. URÍA*, *Derecho mercantil, cit.* Antes bien, en la contratación mercantil, en ocasiones parece que se han invertido los términos. ESTRADA ALONSO valora el que él denomina el principio del *favor creditoris* en el Derecho cambiario y mercantil, frente al principio del *favor debitoris* en el Derecho común. Además, del epígrafe sobre la «contrariedad con el principio del *favor debitoris*», se deduce que el principio de *favor creditoris*, es una cuestión de orden público en el ámbito del Derecho cambiario y mercantil (*vid. Las garantías abstractas en el tráfico civil y mercantil*, Madrid, 2000, pp. 93 y 94).

²⁶² Dice 1089.

²⁶³ *Vid. PUIG I FERRIOL*, «Régimen jurídico de la solidaridad de deudores», en *Libro-Homenaje a Roca Sastre, II, cit.*, p. 448. Para ALLARA representaba una manifestación del principio *favor debitoris* en lo prevenido en el antiguo CC italiano, por su antiguo artículo 1373.3, sobre la solidaridad y las previsiones contenidas en el 1175, sobre los intereses del crédito (*vid. Delle Obbligazioni. Corso di Diritto Civile*, Torino, 1939, pp. 74 y 165). Con la aprobación del nuevo CC italiano, se suprime este principio (*vid. MESSINEO, Doctrina general del contrato, I, cit.*, p. 20).

nuevo deudor y futuro acreedor, conlleva un componente gratuito²⁶⁴.

De lo dicho se sigue que este principio abordado desde la parte débil resulta capaz de reconducir la afirmación de Banacloche Palao sobre la falta de identidad entre el deudor y el débil, ya que «por otra parte, ya no es cierto que el deudor demandado o ejecutado sea una persona económicamente débil, a quien el ordenamiento procesal debe proteger»²⁶⁵.

Gracias a este principio o regla deducible de la equidad, hace que puedan ser suavizados, en caso de duda, los rigores contractuales en favor del deudor²⁶⁶. Se interroga la mejor doctrina sobre si este *favor debitoris* presenta algún sentido en el derecho de obligaciones, toda vez que cabe poner en tela de juicio las consecuencias ajustadas a Derecho de la aplicación de un principio que, en realidad, atempera el elemento principal de la relación obligatoria, constituido por la prestación del deudor²⁶⁷.

²⁶⁴ Sobre la aplicación de este principio PUIG I FERRIOL, aboga por la aplicación de la acumulación solidaria de la deuda en defecto de pacto expreso de liberación del deudor. Se funda para ello en el mencionado precepto del que deduce la inexistencia de un principio favorable a la liberación del vínculo obligatorio (*vid.* «La asunción de deudas», *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1996, p. 337).

²⁶⁵ «La protección del crédito documentado», *Al Día Civitas. Información Jurídica*, 14, 2001, p. 1. Así lo sostienen también URÍA y MENÉNDEZ cuando tratan de los contratos de cuenta corriente (*vid. op. cit.*, p. 646). Hay que atemperarlo porque en ocasiones la figura del deudor la ostenta el Banco. Esta afirmación se puede relacionar con la mencionada por CASTÁN VÁZQUEZ («El *favor debitoris* en el Derecho español», *cit.*, p. 850), en la que citando a DE CASTRO (*Las Condiciones Generales*, *cit.*, pp. 339 y 340), recoge la tendencia en el campo de la contratación de proteger al más débil, acudiendo en su ayuda el *favor debitoris*.

²⁶⁶ La extensión de la regla de protección al débil a supuestos no prevenidos, exigirá el concurso de la jurisprudencia. En todo caso, hay que señalar de este artículo dos extremos: uno, que en los preceptos que reseña como evidencias del *favor debitoris*, no se localizan los relativos a la novación; dos que parece dudar de la existencia de un principio general en favor del deudor, tratándose de una deducción de la equidad. A todo ello se añade que, en todo caso, se trata de una regla o de un adagio fundado en consideraciones de equidad. En palabras de DE CASTRO «las reglas jurídicas no tienen en sí un valor jurídico propio ni menos eficacia de fuente jurídica, aunque sirven a veces de vehículo a un auténtico principio de Derecho y son recogidas por la jurisprudencia» (*Derecho Civil de España*, I, *cit.*, pp. 433 y 434).

²⁶⁷ Con todo, es un lugar común recurrir a esta regla para el estudio de diversos aspectos relacionados con las obligaciones y con los contratos, así ESTRADA ALONSO valora el principio del *favor debitoris* en el Derecho común, si bien el análisis lo utiliza para justificar el rechazo a la figura de la fianza abstracta (*vid. Las garantías abstractas en el tráfico civil y mercantil*, *cit.*, p. 93). Al fin y al cabo la fianza abstracta supone una ventaja del acreedor y del fiador frente al deudor, ventaja que en su opinión contraría el principio del *favor debitoris*. CARRASCO PERERA señala que son, precisamente, «los fiadores profesionales los primeros interesados en la prestación de garantías personales no accesorias». «El interés lógico del fiador profesional no es, por tanto, poder aprovecharse de las defensas y objeciones que frente al acreedor pudiera utilizar el deudor, sino, muy al contrario, desatenderse de semejantes extremos y pactar con el deudor que el riesgo de un pago “indebido” al acreedor repercuta enteramente sobre el deudor, que no podrá oponerle dichas objeciones en vía de regreso. De esta forma el fiador desplaza sobre las partes de la relación básica no sólo el coste de inseguridad (sobre si la prestación está o no correcta-

Pues bien, pese a la certera afirmación precedente sobre el falso problema del *favor debitoris*²⁶⁸, podemos cuestionar el valor de este cambio de deudor según los términos del CC, ya que se trata de una operación jurídica a la que se puede llegar sin la aceptación e, incluso, sin el conocimiento del que ocupa la posición pasiva de una relación obligatoria. Inicialmente se presenta como una previsión típicamente liberal y, por tanto, iluminada por el deliberado propósito de favorecer al titular del derecho de crédito. Con todo de la idea global codificada sobre las relaciones obligatorias, cabe entender que, en buena lógica, se formuló como criterio favorecedor no tanto del acreedor como del cumplimiento de las conductas comprometidas independientemente de que quien ejecutase la prestación fuese un tercero ajeno en su origen al vínculo primitivo²⁶⁹. Y todo ello teniendo en cuenta que la ocupación del lugar del sujeto pasivo no significa otra cosa que su liberación del antiguo acreedor, pero no la liberación frente al nuevo deudor de la obligación comprometida. Así, cuando este último haya efectuado el pago, reclamará lo que corresponda contra el antiguo deudor; en suma, éste podrá enfrentarse a un titular del crédito mucho más estricto que el que ya tenía.

En su virtud y de los anteriores argumentos cabe señalar que nuestro Código Civil nuevamente se apartó de la concepción romanista del vínculo como relación *intuitu personae*. Porque tal percep-

mente cumplida), sino las cargas asociadas a la promoción de un litigio» (*La Fianza, accesoriamente y contrato de garantía*, Madrid, 1992, p. 10). GAVIDIA SÁNCHEZ, no hace referencia al denominado «principio» del *favor debitoris*, sino que, haciendo abstracción de la discusión doctrinal de si el *favor debitoris* es en sí un principio o no es más que una deducción de la equidad, analiza las reglas previstas para la protección del deudor, como tercero que es del contrato de cesión de créditos. En todo caso, hay que destacar que utiliza las mismas categorías aplicadas para el análisis del sistema alemán de cesión de créditos (*vid.* «Sistemas germánicos de cesión de créditos II», *ADC*, tomo XLV, II, abril-junio, 1991, pp. 535 a 651) y quizá haya que cuestionarse sobre la validez o no de la aplicación de categorías jurídicas ajenas sin mayor crítica (a su vez, *vid.* GARCÍA NAVARRO, la cesión de créditos). Por su parte, DURÁN RIVACOBIA, encarna en las previsiones del 1476 del CC, uno de los supuestos en que el legislador liberal decimonónico protege a la parte más desfavorecida (*vid.* *Evicción y Saneamiento*, Pamplona, 2002, p. 208).

²⁶⁸ De entre los autores que defienden la inexistencia de este principio, destaca ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho de obligaciones*, cit., p. 65.

²⁶⁹ *Vid.* la formulación del *in dubio pro debitore*, en el artículo 59 del Código de Comercio, «si se originaren dudas que no puedan resolverse con arreglo a lo establecido en el artículo 2 de este Código, se decidirá la cuestión a favor del deudor», previsión ésta en la sede de disposiciones generales sobre los contratos de comercio. Por su parte, el párrafo primero del artículo 1289 del CC, establece un principio favorable no a la liberación sino a la reciprocidad de intereses: «cuando fuere absolutamente imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre las circunstancias accidentales del contrato y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses» la Ley 490.3 del Fuero Nuevo («los pactos se presumirán en favor del deudor, salvo que esta presunción resulte contraria a la naturaleza o circunstancias del acto»), así como sus coincidencias con el § 271.2 del B.G.B.

ción del vínculo obligatorio incidía en la importancia de las cualidades del deudor para el acreedor pero, también, al contrario²⁷⁰.

Sin duda, hay que decir que el sustrato de los preceptos dedicados a la novación pasiva no parece que favorezca al deudor, antes bien y como se ha señalado certeramente, nuestro Código refleja el pensamiento de una clase específica, la burguesía, que tipificó las relaciones obligatorias donde la composición de fuerzas estaba protagonizada por un burgués comerciante acreedor, que no deudor, que permitieran asegurar la cobranza del crédito integrada la extinción de la obligación por el mismo deudor o por otro más solvente o más diligente en el pago o cumplimiento de las prestaciones contraídas²⁷¹.

De lo dicho se sigue que el CC autorizase el cambio del titular del derecho de crédito efectuado sin conocimiento del deudor, cosa que desde la perspectiva puramente práctica se traduce en que no es lo mismo adeudar una prestación a un acreedor poco diligente que a otro celoso de la exigibilidad de su derecho. Ésta es una buena muestra de la dudosa existencia del principio *favor debitoris*. De modo que, tenemos que convenir con Castán Vázquez que no hay un auténtico principio de *favor debitoris*, sino manifestaciones concretas en las que el legislador escogió, para ciertos casos dudosos, la protección de la parte que en el momento codificador se entendió que era la más débil. Nuestro Código permite el cambio de deudor, también sin conocimiento del propio deudor primitivo, que se ve abocado a cumplir con posterioridad la relación obligatoria primitiva con el que adoptó su posición de sujeto pasivo para después reclamarle el cumplimiento de la deuda que, voluntariamente asumió salvo que, por analogía con las consecuencias de la cesión de créditos hipotecarios²⁷², pague²⁷³.

²⁷⁰ Como ya expresó RICO PÉREZ en su análisis sobre la conducta recíproca que se adeudan acreedor y deudor, «se pensaba que era de interés para el acreedor tener un deudor más solvente y honrado, de mejor conducta que otro, y no es indiferente al deudor tener un acreedor más compasivo, menos riguroso que otro» (*La conducta de las personas en el Derecho Civil*, Segovia, 1973, p. 220).

²⁷¹ Vid. BERCOVITZ, «Introducción al CC», para la edición del CC preparada por ediciones Tecnos.

²⁷² El CC argentino, en su artículo 817 sobre la equívoca novación subjetiva activa declara que: «habrá novación por sustitución de acreedor, en el único caso de haberse hecho con consentimiento del deudor, el contrato entre el acreedor precedente y el que lo sustituye. Si el contrato fuese hecho sin consentimiento el deudor no habrá novación sino cesión de derechos» (por otra parte, éste era el Código adoptado por Paraguay hasta la entrada en vigor del propio).

²⁷³ En todo caso secundando la inoponibilidad, según RAGEL SÁNCHEZ se trataría de «la facultad específica concedida por la ley a una persona, por el hecho de ser ajena a una actuación perfectamente válida, para que, sin necesidad de impugnarla, puedan actuar en defensa de sus intereses como si tales actos no se hubieran producido» (*Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: La inoponibilidad*, Valencia, 1994, p. 244; vid. el discurso de la toma de posesión como académico de número de PAU PEDRÓN, *Esbozo de una teoría general de la inoponibilidad*, leído en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 15 de enero de 2001).

El siguiente elemento de análisis es la posible reformulación de la regla del *favor debitoris* en el Derecho del consumo y comunitario ya que esta normativa está inspirada en la tendencial mejora técnica y en la protección de las partes débiles²⁷⁴. Si bien el denominado *favor debitoris* trae causa del momento de la codificación, a medida que se profesionalizan las relaciones negociales, decae en favor de otros principios o máximas que, en definitiva, tienen el mismo fundamento que el *favor debitoris* y que no es otro que favorecer a la parte más débil, sin necesidad ya de equiparar al débil con el deudor²⁷⁵.

Como tránsito o con una base común, las Constituciones posteriores a la segunda guerra mundial recogen este principio de protección al consumidor como protección al más débil afectando, incidentalmente, a la autonomía de la voluntad tal y como acredita García Cantero²⁷⁶. En este punto se ha puesto de manifiesto lo que se ha denominado «la contrariedad con el principio del *favor debitoris*», relacionándolo con la disposición adicional primera tres de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones generales de la contratación, que a su vez modificó la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, incorporando entre otros el nuevo artículo 10 bis²⁷⁷.

Con todo y siguiendo con el conjunto normativo sobre consumidores y usuarios, por su parte, la Ley de Crédito al Consumo y pese a tratarse de una norma de carácter tuitivo, sólo recoge una previsión en cuanto a la cesión del crédito por parte del acreedor y a las excepciones oponibles en su caso²⁷⁸. Nada se dice en cuanto a la transmisión del lado pasivo del crédito o el derecho de subrogación que, en

²⁷⁴ Vid. VATTIER FUENZALIDA «... debe inspirarse en el *Sozialmodell*, de modo que se traduzca en una sustancial mejora técnica en la protección de las partes débiles» («Para la unificación internacional del Derecho de obligaciones en la Comunidad Europea», *RDP*, 78, 1994, p. 230).

²⁷⁵ Sobre este extremo, Díez-PICAZO recoge el caso italiano afirmando que «el CC italiano representa una cierta comercialización del Derecho Civil, de manera que, especialmente en el Derecho de obligaciones y contratos, se abandona el punto de vista de *favor debitoris*, por una mayor consideración de los derechos del acreedor, que es favorecedora del progreso económico» («Codificación, descodificación y recodificación», *ADC*, XLV, II, 1992, p. 483).

²⁷⁶ Vid. el nuevo epígrafe que incluye en la actualización de CASTÁN, *cit.*, p. 532 ss.

²⁷⁷ Vid. ESTRADA ALONSO, *Las garantías abstractas en el tráfico civil y mercantil*, *cit.*, p. 93. Por lo que al precepto se refiere, éste declara que «(...) el Juez que declara la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes (...)»; aspecto este último vigente pese a la nueva redacción dada a este precepto por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre. Vid. ahora el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otros, leyes complementos, y el 65 sobre la integración de los contratos, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva.

²⁷⁸ El artículo 11 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, «cuando el concedente de un crédito ceda sus derechos a un tercero, el consumidor tendrá derecho a oponer contra el

su caso, en el servicio contratado, el consumidor pueda a su vez ceder a un tercero –si bien el tenor contractual suele impedirlo–²⁷⁹.

Lo cierto es que la modificación de la fisonomía actual del contrato y frente al sistema reflejado en los Códigos decimonónicos, ha provocado que ciertos principios clásicos hayan sido sustituidos eficazmente por otros que atemperan los perfiles en esta materia²⁸⁰. Es por ello que, como decimos, el *favor debitoris* –al margen de su discutida existencia–, ha sido sustituido o perfeccionado por el de la protección del contratante más débil. Así se reflejó en el constitucionalismo de posguerra y, en particular, en la Constitución española encuentra su sede en el artículo 51²⁸¹.

De modo que cabría alegar dicho principio en el ámbito de los consumidores y usuarios, para evitar su contravención en ciertos casos de asunción de deudas donde el sujeto pasivo se haya visto sustituido por otro, especialmente –no tanto para desvirtuar el pacto de asunción dado que el principio devendría ineficaz tal alegación– para limitar los efectos de la subrogación o de la acción de reembolso del nuevo sujeto pasivo que haya cumplido y reclame su devolución a quien relevó de la relación obligatoria²⁸².

De lo dicho se sigue la falta de vigencia del principio del *favor debitoris* así como en el ámbito del derecho del consumo puede entenderse absorbido su sentido global y su lógica interna en el principio de defensa del consumidor²⁸³. Por eso y en las relaciones de consumo podrá ser alegado dicho principio para evitar o limitar las consecuencias de la asunción contractual por parte de un tercero, cuando en este supuesto se vean perjudicados los legítimos derechos y expectativas del consumidor. Con todo y a los efectos que se pro-

tercero las mismas excepciones que le hubieren correspondido contra el acreedor originario, incluida, en su caso, la de compensación, conforme al artículo 1198 del CC».

²⁷⁹ Vid. MORETÓN SANZ, *op. cit.* pp. 254 ss.

²⁸⁰ En este sentido, MESSINEO en los años cuarenta ya hacía mención expresa a este punto (*vid. Doctrina general del contrato, I, cit.*, pp. 20 y 21).

²⁸¹ Vid. LASARTE ÁLVAREZ, «El principio *pro consumidor* del artículo 51 de la Constitución», *Libro homenaje Albaladejo*, Madrid, 2005.

²⁸² En este sentido, en el B.G.B. se advierte, de conformidad a las Directivas comunitarias que devendrá ineficaz la condición general cuando dicha cláusula en los contratos de compraventa, de prestación de servicios o de obra, un tercero ocupe o pueda ocupar la posición del predisponente en los derechos y obligaciones derivados del contrato, salvo que la en la cláusula se designe nominalmente al tercero o se reconozca a la otra parte el derecho a desistir del contrato (según la traducción de VIVES MONTERO quien por cierto intitula este párrafo como novación subjetiva cuando el término empleado por el reformador del B.G.B. se limita al del cambio de las partes contractuales, *vid. VIVES MONTERO, «Traducción de la Reforma 2002 del B.G.B.»*, ADC, LV, III, 2002, p. 1.251).

²⁸³ En todo caso, el Derecho del consumo como tal no es sino Derecho civil ya que, en definitiva, y como ha hecho el legislador alemán, ha de evitarse el derecho estamental que parece que fue tónica general en el siglo XX y abogar por su integración plena en el ordenamiento ordinario (sobre la integración del consumo en el B.G.B., *vid. ALBIEZ DOHRMANN, «Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del B.G.B.»*, *cit.*, pp. 1141 y 1143).

ponen en este punto, es evidente que la radical falta de consideración del deudor en el caso de la expromisión demuestra la escasa concreción del principio en lo que a la transmisión de las deudas atañe.

B) El principio de no empeoramiento de la condición del deudor y su aplicación en las excepciones oponibles por el antiguo deudor al nuevo: *invito beneficium non datur*

Como decíamos y a falta de un principio general del *favor debitoris* pueden ser traídas a colación ciertas aplicaciones singulares de esta regla de la protección del deudor. En primer lugar, cabe reseñar en términos generales el principio de no empeoramiento de la situación jurídica del deudor como consecuencia de la cesión del contrato o de la posición contractual activa, toda vez que si el deudor no ha de intervenir en dicha cesión, tampoco ésta debe perjudicarlo como *res inter alios* que es²⁸⁴.

En especial se ha de analizar el caso de la protección del deudor frente a la cesión incontestada realizada por parte del acreedor a otro sujeto activo. En cualquier caso, teniendo presentes los artículos 1198²⁸⁵, 1164²⁸⁶ y 1528²⁸⁷ del CC, el 149 de la Ley Hipotecaria y la Directiva 1987/102/CE, de 22 de diciembre, de aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo (Directiva que en sus Considerandos declara que «no debería permitirse que la cesión de derechos del acreedor derivados de un contrato de crédito debilite la posición del consumidor»), puede resultar extrapolables a la expromisión ya que, independientemente de la naturaleza jurídica que se le quiera atribuir al convenio entre un tercero que asume la deuda y el acreedor, lo cierto es que, en principio, el deudor exprometido carece de elementos jurídicos que le permitan impedir la sustitución realizada al amparo del artículo 1205 (salvo evidentemente, el pago al acreedor antes de haber conocido y consentido la novación de la relación obligatoria primitiva)²⁸⁸.

²⁸⁴ Vid. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La cesión de créditos*, cit., p. 222.

²⁸⁵ «El deudor, que hubiere consentido en la cesión de derechos hecha por un acreedor a favor de un tercero, no podrá oponer al cesionario la compensación que le correspondería contra el cedente». En definitiva, la lectura *sensu contrario* autoriza a que el deudor que no se hubiese negado a la cesión podrá oponer al nuevo acreedor la compensación que le correspondería contra el antiguo.

²⁸⁶ «El pago hecho de buena fe al que estuviere en posesión del crédito, liberará al deudor».

²⁸⁷ «La venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio».

²⁸⁸ Por su parte, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 408, declara sobre el tratamiento procesal de la alegación de la compensación y de la nulidad del negocio jurídico en que se funde la demanda, lo siguiente: «1. Si, frente a la pretensión actora

Por tanto, esa aplicación del principio de no empeoramiento del deudor, significaría para el caso de la expromisión, que el deudor exprometido estaría legitimado para oponer al nuevo deudor expromitente o expromisor una prestación que habría podido negar en la relación obligatoria primitiva a su acreedor primitivo. De modo que cuando quien haya ocupado su posición pretenda subrogarse en el lugar del acreedor, el antiguo deudor podrá excepcionarle la compensación a que tenía derecho contra el primitivo sujeto activo o la prescripción de la deuda. Otros autores entienden que al tratarse ese convenio entre el acreedor primitivo y el nuevo deudor de un acto en el que el sujeto pasivo primigenio es tercero, pero configurado jurídicamente como un convenio verificable sin el consentimiento del deudor, no se trata de un acto inoponible. Tal acuerdo sería inoponible si no existiera la previsión normativa del 1205 que autoriza la expromisión realizada sin el conocimiento del deudor. Por su parte, Ragel Sánchez estima que un acto es inoponible cuando no puede impedir que una persona determinada protegida por la norma ejerza un derecho²⁸⁹.

Sobre este punto relativo al pretendido empeoramiento de la condición del deudor, ha de tenerse presente que una de las concreciones de la protección de la parte más débil resulta ser, precisamente, la imposibilidad de empeorarla. Permite al antiguo sujeto pasivo cuando se ventile la reclamación del que haya pagado por él, excepcionarle la compensación y la prescripción, con la finalidad de limitar la acción de reembolso a lo que se haya sido útil²⁹⁰. Pese a ello es dudosa la aplicación de dicha regla al objeto de estudio ya que ofrece ciertas resistencias con el principio de que a nadie

de condena al pago de cantidad de dinero, el demandado alegare la existencia de crédito compensable, dicha alegación podrá ser controvertida por el actor en la forma prevenida para la contestación a la reconvencción, aunque el demandado sólo pretendiese su absolución y no la condena al saldo que a su favor pudiera resultar. 2. Si el demandado adujere en su defensa hechos determinantes de la nulidad absoluta del negocio en que se funda la pretensión o pretensiones del actor y en la demanda se hubiere dado por supuesta la validez del negocio, el actor podrá pedir al tribunal, que así lo acordará, mediante providencia, contestar a la referida alegación de nulidad en el mismo plazo establecido para la contestación a la reconvencción. 3. La sentencia que en definitiva se dicte habrá de resolver sobre los puntos a que se refieren los apartados anteriores de este artículo y los pronunciamientos que la sentencia contenga sobre dichos puntos tendrán fuerza de cosa juzgada».

²⁸⁹ Vid. *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: La inoponibilidad*, cit., p. 13; vid. también, PAU PEDRÓN, «Esbozo de una teoría general de la oponibilidad. Discurso de ingreso a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación», cit. En el caso de la cesión de créditos, sí es posible que la verificada por el acreedor con un nuevo sujeto activo, con desconocimiento del deudor, sea inoponible para éste, en el único sentido de la previsión normativa de la Ley Hipotecaria, de que el pago realizado por el deudor al antiguo acreedor, al no habersele notificado la alteración de la titularidad activa del crédito, será válido.

²⁹⁰ Vid. *infra*, en el capítulo siguiente las relaciones entre la naturaleza jurídica de la *expromissio* y la donación, así como en el capítulo octavo los efectos del convenio expromisorio.

se le puede obligar a mantener vínculos con quien no quiere o en definitiva, «nadie está obligado a mantener relaciones contractuales con una persona diferente a la que celebró el contrato con él»²⁹¹ al entrar en clara contradicción con el artículo 1256 del CC²⁹².

Por su parte, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta materia en los siguientes términos: «Disponiendo, de otra parte, el artículo 1209 del CC que la subrogación de un tercero en los derechos del acreedor no puede presumirse fuera de los casos expresamente mencionados en este Código, siendo obvio que entre dichos casos no puede menos de estimarse comprendida la cesión de un crédito a que se refiere la preceptiva contenida en sus artículos 1526 y siguientes, con los efectos de que a tenor del artículo 1528, coincidente con el 1212, la repetida cesión de un crédito comprende todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio, por lo que en el caso de la *litis* la subrogación de un tercero en los derechos del acreedor operada como consecuencia de la cesión del crédito lejos de extinguir el contenido de la obligación primaria, como es tesis del recurrente, lo conservó en su integridad, ya que, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, sancionada, entre otras, en sus sentencias de 27 de febrero de 1891, 28 de octubre de 1957, 7 de julio de 1958 y 5 de noviembre de 1974, “la cesión de créditos puede hacerse válidamente sin conocimiento previo del deudor y aun contra su voluntad, sin que la notificación a éste tenga otro alcance, que el obligarle con el nuevo acreedor, no reputándose pago legítimo desde aquel momento, el hecho en favor del cedente”, todo lo que lleva, en definitiva, a sentar la conclusión de que la sentencia recurrida no violó por falta de aplicación los preceptos del CC que en el motivo aquí analizado se suponen infringidos por la misma»²⁹³.

Otro fenómeno de raíz común y consecuencias, por el contrario, distintas de esta genérica prohibición del empeoramiento de la situación del deudor en cuanto a los resortes que asisten al sujeto pasivo

²⁹¹ LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil*, 3, cit., p. 147.

²⁹² *Vid. supra*, la patrimonialización del vínculo y el programa de la prestación, así como la peculiar intranscendencia de la oposición del deudor a su expulsión de la relación obligatoria. Cuestión distinta será la relevancia jurídica que se concrete en el reembolso o subrogación que pretenda el extraño que intervino por otro.

²⁹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 1983. En cuanto a la coincidencia entre el artículo 1528 y 1212 del CC así como la afirmación de la Audiencia Provincial de Tarragona de 30 de septiembre de 2002, en la que se sostiene que la cesión de crédito representa un negocio bilateral o negocio de disposición causal, dependiente del negocio en que se funda por lo que transmisión no sólo comprenderá todas las ventajas y garantías como expresamente refiere el 1528 sino también los vicios y excepciones sustantivas oponibles al cedente, ya que si bien el deudor queda, por conocimiento de la cesión, vinculado al nuevo acreedor o cesionario, su posición jurídica no puede agravarse por la mediación de dicho negocio y, en consecuencia, puede alegar a aquél tanto los supuestos de inexistencia o nulidad absoluta como la prescripción o lo efectos derivados del incumplimiento.

primitivo, es la controvertida regla de la negación por parte del beneficiario de una ventaja ofrecida. En este sentido, la falta de relevancia del sentir del deudor relevado hace inaplicable aquella vieja regla en que se puede beneficiar a alguien incluso contra su deseo ya que como se ha comprobado, la asunción de deuda por parte de un tercero autoriza también a éste a reclamar después al primitivo sujeto pasivo.

De modo que no hay liberalidad y, por tanto, ni se le ofrece la posibilidad de aceptarla ni la de rechazarla. Así y por su parte, la *Resolución de 25 de febrero de 1992 de la Dirección General de los Registros y el Notariado* –en un asunto sobre una donación con reserva de usufructo vitalicio en favor del donante y sucesivamente en su esposa– estima el recurso contra la denegación de la cancelación del usufructo hecha por el donante al no constar ni la aceptación de la reserva del usufructo de la esposa, ni la renuncia a esta reserva hecha en su favor. Argumenta para ello que la resolución de las cargas o la reserva de la facultad de disposición son límites al derecho donado y no «derechos adquiridos por tercero, pues *invito beneficium non datur*», procediendo, por tanto, la cancelación no sólo del usufructo sino también de la reserva del mismo en favor de la esposa que no había aceptado la donación del derecho de real de goce.

En definitiva, cobra consistencia el hecho de que al deudor no le asiste ninguna posibilidad jurídica para oponerse al cambio de acreedor y que, en definitiva, no es de aplicación este principio no tanto porque se le imponga cuanto porque, como ya se ha dicho, no recibe como donatario ningún valor positivo, sino única y exclusivamente la liberación del actual acreedor pero no de la deuda²⁹⁴. Ni siquiera atendida la regla de que no es posible imponer liberalidades a quien no quiera recibirlas²⁹⁵. Regla que, a la vista de lo anterior, no es aplicable toda vez que no podemos entender que sobre el deudor primitivo se haya operado una donación sin la correlativa aceptación. Es también dudosa su aplicación, incluso, cuando en el ánimo del nuevo deudor se haya ideado la operación como liberalidad para favorecer al antiguo deudor²⁹⁶ ya que en su

²⁹⁴ Vid. donación vs. Expromisión (MORETÓN SANZ, en prensa).

²⁹⁵ FLORENSA I TOMÁS recoge dos reglas del Derecho romano clásico a las que da aplicación en el caso de la condonación y que resultan también indirectamente en el caso del cambio de deudor no querido por el deudor: No se da beneficio alguno a quien no lo quiere, [D.50.17.69 (*Paul., de adsig. Libert 9*)]; No se puede adquirir una donación si no se quiere [D.39.5.19.2 (*Ulp. 76 ed*)] [vid. *La condonación de la deuda en el CC. (Estructura y objeto del negocio remisivo)*, Madrid, 1996, p. 165. También vid. FUENTESECA, *La condonación de deudas*, Madrid, 2003, p. 69 y CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La renuncia a los derechos*, Madrid, 1986].

²⁹⁶ En este punto, la doctrina contemporánea a la entrada en vigor del CC español, fundándose en los principios romanos (GAYO, D.46.3.53 y POMPONIO D.46.3.23) sostenía que la condición del que ignora y aun del que no quiere, puede ser mejorada (vid. BOFARULL, *op. y loc. cit.*).

momento podrá consignar la prestación en favor del nuevo titular del derecho de crédito y si, incluso, éste se opone a recibir la prestación habrá que estar a las consecuencias del juicio declarativo en que se ventile la consignación contradictoria.

El mencionado principio de la falta de relevancia jurídica de las liberalidades no aceptadas por el beneficiario, contrasta con el tradicional entendimiento romano de que sí es lícito mejorar a un sujeto incluso contra su voluntad. *Invitus liberari potest*, es decir, que puede ser liberado contra su voluntad²⁹⁷. En este punto conviene clarificar su sentido y su limitado ámbito de aplicación ya que el mencionado principio se refiere y circunscribe al pago del tercero, *solutione vel iudicium pro nobis accipiendo et inviti et ignorantes liberari possumus*, por lo que no atañe a la donación, sino única y exclusivamente, a la liberación forzosa del deudor de la relación que le vinculaba con su acreedor. En síntesis, autoriza la intervención del extraño aun contra los deseos del deudor; ahora bien, el pago del tercero no impide que el sujeto liberado se vea ahora vinculado con su nuevo acreedor²⁹⁸. En particular, la *Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1963* –en un supuesto de transmisión íntegra al acreedor del patrimonio del deudor–, distingue la novación de la donación, ya que con la donación desaparece el vínculo anterior²⁹⁹.

Como decíamos, Bofarull en los albores de la codificación, recurriendo al Derecho romano, sostenía que el fundamento del cambio de deudor conociéndolo el deudor e incluso contra su voluntad se basa en el principio de que la condición del que ignora, y aun del que no quiere, puede ser mejorada³⁰⁰ pese a la contradicción manifiesta con la donación y, que en suma, deba ser entendido en los términos ahora expuestos.

Por su parte y aunque presente un valor incidental en cuanto a los recursos a disposición del antiguo deudor para oponer a quien haya ocupado su lugar, tienen valor, por analogía, las reflexiones de Florensa i Tomás quien afirma que la máxima *invito beneficium non datur* no resulta de aplicación en los casos de condonación³⁰¹. En este punto, mi Maestro el Profesor Lasarte Álvarez, afirma que este principio –también conocido como *nolenti non fit donatio*, o

²⁹⁷ (D.46.3.23).

²⁹⁸ En el mismo sentido, GAYO D.46.3.53, *solvere pro ignorante et invito cuique licet*, o la mejora de la posición de alguien incluso contra su voluntad.

²⁹⁹ *Vid.* el pago efectuado por un tercero y su reputación como donación en el CC portugués.

³⁰⁰ (L. 8, § 5, tít. 2, lib. 46 Dig.: L.53, tít. 3, lib. 46 Dig.) (*vid. CC español, según la Novísima edición oficial, anotado y concordado con la anterior legislación y jurisprudencia española y los Códigos extranjeros, II, cit.*, p. 364).

³⁰¹ *Vid. La condonación de la deuda en el CC (Estructura y objeto del negocio remisivo)*, *cit.*, pp. 165 ss.

que a nadie se le puede obligar a aceptar una donación— es, por el contrario, aplicable al caso de la condonación, por lo que no será posible forzar al deudor a liberarse de la obligación³⁰². Afirmación por cierto que es la base del vigente entendimiento jurisprudencial de la compensación por cuanto la *Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2006*, que declara que «el automatismo de la compensación que el artículo 1202 establece constituye expresión de la idea de que la neutralización de deudas se produce desde el mismo momento en que concurren los requisitos precisos, más no significa que no sea necesario para compensar que lo quiera, al menos, uno de los deudores»³⁰³.

En suma, el derecho del deudor a la liberación en la *expromissio* no es tal ya que sólo se le libera del acreedor primitivo y no de la ejecución de la prestación que, en su caso, le reclamará quien haya ocupado el lugar del titular del derecho de crédito³⁰⁴; por ello nada tiene en común con el principio *invito beneficium* ya que no es una donación y por ende, no es una excepción a este necesario requisito de la aceptación del beneficiario en un negocio de aquella naturaleza. Frente al derecho que ostenta en cuanto a que no pueda ser empeorada su condición, principio que deviene plenamente aplicable en el ejercicio, contra el nuevo deudor en vía de regreso, de las excepciones que habría podido oponer a su acreedor original³⁰⁵.

2. EL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS Y EL DE LA RELATIVIDAD CONTRACTUAL

A) El principio de conservación negocial como principio favorable al efecto acumulativo de deudores

Por su parte, otro principio resulta de general aplicación en materia de cambios de deudor, especialmente reavivado su valor y vigencia con la interpretación jurisprudencial que impone que, en defecto de otra declaración, la asunción de deuda verificada vía expromisoria o delegatoria, producirá la acumulación de deudores³⁰⁶.

³⁰² Vid. *Principios de Derecho civil*, 2, cit., p. 200.

³⁰³ Vid. *infra*.

³⁰⁴ Vid. MADRIDEJOS SARASOLA, «La cesión de créditos», *RDN*, IX, XXXII, 1961, p. 395 y GIORGANNI, *La obligación*, Barcelona, 1958, p. 69.

³⁰⁵ Ya se ventilará en su momento, si bien parece que este principio no resultará de aplicación, y por tanto, no podrá oponer al nuevo deudor dichas excepciones cuando haya consentido y por tanto este nuevo deudor se haya subrogado en la posición del acreedor.

³⁰⁶ Vid. *infra*; en particular la intelección jurisprudencial del requisito de la incompatibilidad del artículo 1204 y el efecto acumulativo referido a los requisitos y efectos del pacto expromisorio (MORETÓN SANZ) *op. cit.*, pp. 189 ss.

De lo dicho hasta ahora y a reserva de lo que luego se dirá, el principio de conservación de la relación obligatoria tiene prevalencia frente al tradicional efecto extintivo de la *novatio*³⁰⁷ típico de la época clásica y de ciertas interpretaciones restrictivas de su eficacia³⁰⁸. En este sentido, Roca Sastre remitiéndose a Adler, ponía de manifiesto cómo se ha impuesto la conservación del vínculo, siquiera sea modificado, frente al principio novatorio que imperaba en el Derecho romano³⁰⁹; con todo hay que reiterar que dicha necesaria consecuencia extintiva de la estipulación novatoria fue relativizada, uno, por la paulatina pérdida del personalismo y, dos, por la suavización de los rigores formalistas que provocaron, conjuntamente, que en época justiniana y a la vista de la dificultad y resistencia de intelección de las presunciones, se prefiriera la conservación del negocio, empero modificado, que la incertidumbre sobre los efectos deducibles de una intención no expresada claramente³¹⁰.

Es decir, en la época justiniana se sientan las bases para lo que hoy calificamos como principio de conservación, dado que se prefiere la adhesión de un deudor adicional a la sustitución del sujeto pasivo precedente, en aquellos casos en que no conste expresamente la intención extintiva de las partes³¹¹. En definitiva, las tensiones entre sustitución y relevación o, en suma, entre acumulación/modificación y novación/extinción se ven resueltas en favor del mantenimiento de la deuda, reforzada ahora por un nuevo y adicional deudor que no releva sino que se acumula al precedente.

En todo caso, parece que con aquel principio de conservación se consolida la falta de presunción favorable a la *novatio* —o mejor,

³⁰⁷ Como consideración que se deduce de la falta de presunción favorable a las renunciaciones (*vid.* BONET RAMÓN, 1947, *cit.*, p. 689).

³⁰⁸ Por su parte, REINOSO BARBERO estima que el principio «*utile per inutile non vitiatur*» (lo útil no se vicia por lo inútil), es de aplicación preferente en el ámbito de la jurisdicción contenciosa-administrativa ya que en «el ámbito civil, nos encontramos con múltiples excepciones al principio, donde la ausencia de requisitos esenciales o naturales pueden viciar un acto que sería válido de concurrir aquel requisito» [*Los principios generales del derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Formularios de Recurso de casación civil, penal, laboral y apelación contenciosa-administrativa)*, *cit.*, p. 247].

³⁰⁹ *Vid.* ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, «La transmisión pasiva de obligaciones a título singular», *cit.*, p. 296; MARÍN PADILLA, *El Principio General de Conservación de los Negocios Jurídicos «utile per inutile non vitiatur»*, Barcelona, 1990.

³¹⁰ Por su parte, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre la fórmula de oposición de la nulidad de la relación en que se funde la reclamación principal, declara en el párrafo segundo del artículo 408, «si el demandado adujere en su defensa hechos determinantes de la nulidad absoluta del negocio en que se funde la pretensión o pretensiones del actor y en la demanda se hubiere dado por supuesta la validez del negocio, el actor podrá pedir al tribunal, que así lo acordará, mediante providencia, contestar a la referida alegación de nulidad en el mismo plazo establecido para la contestación a la reconvencción».

³¹¹ *Vid. supra.* En el caso de la nueva regulación italiana la acumulación de deudores ha sido calificada por la mejor doctrina como efecto natural que acompaña tanto a la delegación como a la expromisión (*vid.* RODOTÀ, «Esposizione», *Enciclopedia del diritto*, XV, Varese, 1966, p. 782).

a su efecto extintivo—, excepto en los supuesto en que concurra o exista incompatibilidad entre ambas relaciones. Con todo, conviene reservar esta apreciación sobre el homogéneo tratamiento jurisprudencial recibido por el artículo 1204 del CC, ya que otros aspectos de la institución no han recibido una interpretación tan lineal.

De modo que, frente al principio de conservación de los negocios y la falta de presunción favorable a la novación, juega la noción de incompatibilidad, cuyos términos no siempre han sido aplicados en idéntico sentido. Así, fue aplicado por la vieja *Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1896* —recogía, a su vez, la doctrina sentada en las de 16 de junio de 1883, 15 de enero de 1886, la de 25 de enero de 1889 y la de 24 de noviembre de 1890— la cual sostenía que si bien la novación no se presume, si hay incompatibilidad entre las dos obligaciones habrá novación y por tanto desaparición de una de ellas «porque los pagarés que se expiden por renovación de otros anteriores son realmente incompatibles con ellos, y porque el hecho, reiterado y reconocido por la recurrente, de haber aceptado las renovaciones de una persona para ella conocida y distinta del primitivo deudor, no permite dudas que ha habido verdadera y manifiesta novación, á tenor de la jurisprudencia». Con todo habrá que ventilar que su sentido vigente no coincide con el que se acaba de exponer³¹².

Por su parte, la jurisprudencia reiteradamente declara el principio de conservación de los negocios y, en su virtud, toda causa de imposibilidad habrá de interpretarse restrictivamente debiéndose optar, en su caso, por el cumplimiento sustitutorio³¹³. No cabe duda, que con la mejor doctrina italiana, más que principio contractual éste se extiende en buena lógica a todos los negocios jurídicos³¹⁴ y que, en resumidas cuentas, es de aplicación en el supuesto de la acumulación subjetiva con carácter solidario.

³¹² La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1947 reitera el principio de que la novación al implicar siempre una renuncia, no se presume. En definitiva, no hay presunción favorable a la novación, habiendo de concurrir de forma clara y terminante el ánimo novatorio (*vid.* su comentario por BONET RAMÓN, *cit.*, pp. 687 a 689); *vid.* MORETÓN SANZ (*ibidem*), la inaplicabilidad del artículo 1.204 del CC a la expromisión y la inteleción del Tribunal Supremo de la falta de expresión del ánimo o intención novatoria como argumento acumulativo de deudores.

³¹³ *Vid.* ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho de Obligaciones. Vol. I. Teoría General de la obligación*, *cit.*, p. 161. El artículo 1285 «las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas». Por su parte, el artículo 1313 justifica la afirmación de mi Maestro el Profesor LASARTE ÁLVAREZ de que tal confirmación recoge el principio de conservación de los negocios jurídicos (*vid. Principios de Derecho civil*, 3, *cit.*, p. 166). Precepto que dice, «la confirmación purifica al contrato de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración».

³¹⁴ *Vid.* MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, I, *cit.*, pp. 20, 500 y 507. Expresamente la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil contempla, en su artículo 230, el principio de conservación de los actos procesales, en similar sentido al artículo 242 de la Ley Orgánica

B) El principio de relatividad del contrato: la *expromissio* como excepción a la regla. la intervención de un tercero en una obligación ajena

En las siguientes líneas se ventilará el principio de relatividad y la particular excepción en que se convierte el cambio de deudor. Inicialmente, el artículo 1257 del CC al determinar los efectos de los contratos y restringirlos, de una parte, a sus otorgantes y, de otra, a sus herederos, elimina, en principio, del círculo a los sucesores a título singular³¹⁵ así como al heredero de aquellas obligaciones intransmisibles *ex natura vel lege*³¹⁶.

Ya desde antiguo el Tribunal Supremo había sentenciado en este sentido –aplicando para ello las Partidas y los principios de derecho admitidos por los tribunales–, declarando así que los contratos sólo se ventilan y vinculan a las partes suscribientes³¹⁷, excepción hecha de las consideraciones antecedentes³¹⁸.

del Poder Judicial, al decir: «La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquellos cuyo contenido no pudiese haber sido distinto en caso de no haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad». En su párrafo segundo, se sostiene que «la nulidad de parte de un acto no implicará la de las demás del mismo acto que sean independientes de aquélla» (este precepto no tiene aplicación en tanto no se modifique la LOPJ, según su Disposición Final 17.^a *Vid.* el artículo 242 de la LOPJ).

³¹⁵ En este punto CHAUMETTE prefiere distinguir entre la sustitución de personas y otras situaciones distintas como sea la cesión de deudas (*vid.* «La subrogation personelle sans paiement?», *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1986, p. 35).

³¹⁶ «Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley. Si el contrato contuviera alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada» (*vid.* Díez-PICAZO, «Comentario a los artículos 1256 y 1257», en *Comentario del CC, II, cit.*, pp. 432 a 436, GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Comentario al artículo 1257 del CC», *Comentarios al CC*, tomo XVII, 1-A, pp. 322 ss. En particular, sobre la extinción de las relaciones obligatorias por muerte o incapacidad sobrevinida y los artículos 1257 y 1112, pp. 335 ss.; *vid.* también BASOZÁBAL, «El contrato de asunción de deuda», *ADC*, LIII, I, 2000, p. 89).

³¹⁷ Sentido reiterado últ., en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2006 que declara que «el artículo 1257 del CC establece el principio general de acuerdo con el que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan, de modo que “en general no puede afectar lo estipulado en todo contrato a quien no intervino en su otorgamiento” (sentencias de 23 de julio de 1999, así como la de 9 de septiembre de 1996). Por ello, “si el contrato es considerado como una manifestación de la autonomía privada en orden a la reglamentación de los propios intereses, resulta claro que dicha reglamentación ha de afectar, en línea de principio tan sólo a la esfera jurídica de sus autores, porque sólo respecto de ellos por hipótesis la autonomía existe”».

³¹⁸ La Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1873 establecía que «cuando se prueba por carta valedera la extinción de la obligación, cuyo cumplimiento reclama el recurrente, al estimarlo así la Sala sentenciadora y al pronunciar la absolución de la demanda no infringe la ley 32, tít. 16 de la Partida 3.^a ni los principios de derecho admitidos por los Tribunales, según los cuales los contratos no surten efecto contra terceros no contratantes, y los contratos se interpretan por su objeto principal y no por puntos incidentales».

Por otra parte, más cercanamente el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la inaplicabilidad del actual artículo 1257 en los supuestos en los que exista, libremente consentida, una novación o modificación sustitutiva entre los sujetos primitivamente vinculados³¹⁹. Distinto de este principio de relatividad es el caso de sucesión procesal, por el que un tercero ajeno interviene en un procedimiento³²⁰.

Esta excepción a la relatividad, es el sentido del caso que ventila la *Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1980*, ante la alegación del contratista demandado por el Colegio Oficial de Ingenieros reclamando el impago de un proyecto encomendado a uno de sus colegiados. Recuerda su considerando segundo que «resulta evidente que el recurrente está confundiendo la relatividad y límite de la fuerza y eficacia personal de los contratos, circunscrita a los que en él han tomado parte y el ejercicio de las acciones a las que dan lugar, que lo puede ser, tanto por lo que, en ocasiones, el ordenamiento jurídico permite o, les atribuye (...) supuestos éstos a los que la técnica procesal estima como de sustitución (...)\», pudiendo, en definitiva, plantear estos últimos supuestos de sustitución procesal problemas de legitimación pero nunca de relatividad.

Pues bien, deslindado el problema de la relatividad de otros supuestos en que pese a que concurra una sustitución subjetiva no afecta a este principio, conviene destacar especialmente la *Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1975*. La resolución ostenta valor propio al ventilar el problema de la cesión de contrato desde la teoría de la atomización entre derechos y obligaciones, en un momento en que aún no se había puesto orden en esta figura atípica de la cesión de la posición contractual íntegra; además habiendo sido dictada siendo Ponente Beltrán de Heredia, ofrece también un rigor y una precisión que obliga a detenerse en sus consideraciones.

En el caso de autos y fruto de una compraventa de varios solares, siendo Dolores y Emilia las vendedoras, se inserta en dicho

³¹⁹ Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1974, en un asunto sobre una acción declarativa de dominio declaraba que «cuando los efectos de un contrato favorecen o perjudican a quien no intervino en el mismo, el ajeno del contrato deja de ser tercero, precisamente porque el beneficio o perjuicio excepcióna el aforismo *res inter alios acta allis neque prodest neque nocere potest* del Código justinianeo».

³²⁰ En este sentido, REINOSO BARBERO explica con claridad que el principio «*res inter alios acta vel iudicata, alteri nec prodest, nec nocet*» (la cosa hecha o juzgada entre unos no aprovecha ni perjudica a terceros», recoge sustancialmente la misma regla de MODESTINO (D.44.1.10) con la particularidad de que afecta tanto al Derecho material como al procesal [vid. *Los principios generales del derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Formularios de Recurso de casación civil, penal, laboral y apelación contenciosa-administrativa)*, cit., pp. 196 ss. y 173 ss.].

contrato una cláusula por la que, en lo que al precio diferido se refiere y a otras prestaciones no pecuniarias «no tendrán más acción que la personal contra la Sociedad compradora». Incumplidas aquellas obligaciones e interpuesta demanda contra la sociedad compradora, se detecta que, a su vez, otra sociedad había adquirido los solares en cuestión; en su virtud las demandantes entendieron continuadora en los derechos y obligaciones de la vendedora.

Repárese que con una cláusula de esa naturaleza se atribuía la condición de intransmisible a tales obligaciones pecuniarias y no pecuniarias contenidas en el contrato de compraventa. En definitiva, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada las partes eliminaron la posibilidad de sucesión subjetiva en dichas obligaciones.

En casación se anularía la resolución de la Audiencia por el que se condenó a la entidad que había adquirido del primer comparador el solar, al cumplimiento del contrato originario y por ello al pago de las cantidades adeudadas, anulando dicha pronunciamiento por haber incurrido en infracción de ley.

Y sus impecables argumentos son: «con lo que se proclama [con el artículo 1257 del CC] en nuestro sistema el principio de relatividad de los contratos o, más exactamente, de sus efectos, que no son sino las obligaciones que de ellos nacen, con lo que se quiere significar que, a diferencia de lo que ocurre con los derechos reales cuya eficacia es frente a todos *erga omnes*, aquí es meramente relativa, como relativas son las obligaciones, con sujetos concretos, específicos y determinados, rigiendo por tanto la vieja máxima de que *res inter alios acta, tertiis neque prodest neque nocet*, principios y consecuencias que fueron escrupulosamente mantenidos por la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, conocida por la reiterada, que especial y razonadamente recoge la Sentencia de 12 de noviembre de 1960; y si bien es cierto que la regla no es absoluta, puesto que el mismo artículo 1257 en su párrafo segundo permite las estipulaciones en favor de terceros y, como después se dirá, existen casos en que pueden repercutir los efectos obligacionales en persona que no intervino en la celebración del pacto, no lo es menos que son excepcionales y que, en cuanto derogatorios de lo que es modo normal y general de suceder, deben analizarse con suma cautela y criterio restrictivo, partiendo siempre, por supuesto, del contrato específico que rige su existencia (...)».

De modo que en la resolución se estima que siendo como es la posibilidad de sucesión subjetiva una quiebra del principio de relatividad contractual, todas las excepciones han de ser interpre-

tadas restrictivamente, teniendo en cuenta además la ley privada de las partes. Y en el clausulado se incluyó expresamente la indelegabilidad del sujeto pasivo de ciertas obligaciones de carácter personal.

Declara seguidamente la Sentencia en el Considerando que, por su interés se reproduce en su integridad «que con independencia del contrato originario que sí por sí solo, según se acaba de ver, no afecta a quien ahora recurre, es preciso también examinar si concurre alguno de los supuestos que se dan en el mundo moderno como consecuencia de las relaciones sociales y sobre todo económicas contra un sentido demasiado rígido y estático de las relaciones contractuales que impide la sucesión en sus titularidades o simplemente su modificación desde el punto de vista subjetivo, con la inevitable producción de efectos respecto de personas que no habían intervenido en el pacto, que llegaron hasta el reconocimiento de la figura conocida con el nombre de “cesión de contrato”, que tiene su primera consagración legislativa en los artículos 1406 y siguientes del Código Civil italiano de 1942; posibilidad transformadora que en nuestro ordenamiento habrá de verificarse dentro del marco estricto de las normas legales vigentes, a cuyo tenor solamente podrá verificarse a través de un triple procedimiento: bien extinguiendo las obligaciones anteriores por empleo de la novación propia o extintiva, bien modificándola si se utiliza el mecanismo de la delegación puramente acumulativa, que autoriza a *sensu contrario* el citado artículo 1204, a consecuencia del cual el acreedor o deudor nuevos quedan acumulados o unidos a los precedentes, o bien pactando la sucesión sin extinguir las obligaciones que igualmente permite el propio precepto, puesto en relación con el 1203, supuesto éste de sucesión propiamente dicha que aparece reconocido por lo que al crédito se refiere con las formas de cesión de créditos (arts. 1526 ss. del Código) y de la subrogación o pago con subrogación (arts. 1209 ss. del mismo Cuerpo legal), y por lo que afecta al lado pasivo, con la asunción de deudas a título particular o privado, construida doctrinalmente en nuestro Derecho al amparo del número segundo del artículo 1203 en conexión con los 1204 y 1205, todos ellos del CC, según se evidencia en la sentencias de 22 de febrero de 1961³²¹, 10 de febrero de 1950 y 6 de junio de 1961, entre otras; figura esta última en la que se apoyaron las dos sentencias de instancia, especialmente la dictada en primer grado —con razonamientos que en este punto hace suyos la recurrida—, para tratar de justificar la repercusión en

³²¹ Probablemente sea la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1947.

contra de la Sociedad recurrente de las obligaciones contraídas por “Equipamientos Turísticos y Hoteleros” en el primitivo contrato de 1962, olvidando, sin embargo, que justo porque se trata de obligaciones y porque supone la derogación del régimen normal, la asunción debe ser expresa, con constancia de una específica declaración de voluntad en ese sentido de parte del asunto, así como el conocimiento y consentimiento del acreedor, no siendo admisible en forma tácita o presuntiva, sin que en el presente caso concurra ninguna de aquellas voluntades ni sea posible deducir la primordial de querer asumir de la actuación de la mencionada Entidad recurrente al consultar en el Registro de la Propiedad, puesto que, por el contrario, allí pudo constatar que las discutidas obligaciones eran de carácter personal, como igualmente constató que no existía vinculación alguna de orden real que pudiese afectar a la cosa con cuya adquisición se le pudiera transmitir, y sin que pueda alegarse en contra el argumento de la asunción de las obligaciones consiguientes al plan de urbanización de la zona, oficialmente aprobado habida cuenta su carácter legal que imponen la subrogación el puesto del anterior comprador con independencia de la voluntad de los interesados; manteniéndose, por tanto, con toda vigencia la norma de la relatividad del contrato del artículo 1257, que, como se denuncia en el motivo quinto fue erróneamente interpretado, lo que conduce a su estimación, no así el señalado con el número 4, porque en rigor no se da el supuesto de inaplicación del propio artículo sustancia que en él se alega».

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1990 declara, terminantemente, en su fundamento octavo que «el motivo noveno, también amparado en la causa quinta del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la infracción, por la que se dice violación del artículo 1257 del CC en su primer párrafo, en cuanto determina la falta de legitimación pasiva de “Vialba, S.A.” y del señor R. “por no haber sido parte estos dos demandados en tales contratos”; aparte la consideración de ser cuestión nueva, esta alegada excepción, es que el recurrente indiscutiblemente está olvidando que frente a la relatividad de los contratos, esto es su efecto entre las partes no las otorgan a no ser intransmisibles, por naturaleza, por pacto o por disposición de la ley, la titularidad del contrato se mantiene entre los que son sucesores y continuadores de los contratantes como sus herederos o aquellos que se han subrogado o asumido en los derechos y obligaciones de los que fueron sus contratantes, dando lugar a la novación modificativa del contrato, conforme al

artículo 1203 del CC en general y para el caso como el que nos ocupa, al artículo 1205 del propio Código, sin afectar a la vida y virtualidad del contrato el que continúa en vigor, manteniéndose sus efectos en cuanto a los derechos y obligaciones como si tal modificación en sus elementos personales no se hubiera producido, que por tanto no debe confundirse con sus efectos respecto a terceros, condición esta de tercero que no alcanza a dichos sucesores o continuadores, por todo lo que el motivo ha de ser desestimado»³²².

En suma, tal y como declarase después la *Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1992*, «en lo que guarde relación con el motivo sexto, en razón a que si ciertamente el artículo 1257 del CC sanciona que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos, ello no impide que también lo produzcan a quien en el contrato haya sustituido a uno de los contratantes, pues que, como tiene reconocido esta Sala en Sentencia del 14 de marzo de 1928, el contrato también obliga al sucesor a título particular, y en general al adquirente de las deudas de los contratantes, que es precisamente lo que ha ocurrido, en el contrato de arrendamiento de que se trata, en que la entidad “Centro Distribuidor de Maquinaria S. A.”, pasó a adquirir la titularidad arrendaticia sobre el local de que se trata que inicialmente había concertado “Distribuidora”».

En idéntico sentido reiterado por la *Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio 1997*, por cuanto afirma que «no es tercero civil, a quien alcance la doctrina de la eficacia relativa del contrato del artículo 1257 del CC, el causante de uno de los contratantes a título singular por acto *inter vivos* (Sentencias de 5 de octubre de 1975, 3 de octubre de 1979 y 20 de febrero de 1981)»³²³. Por tanto, no cabe duda de que el acuerdo expromisorio en cuanto convenio que releva a una de las partes del contrato original, y por tanto subrogatorio en sentido amplio, es una excepción al principio de relatividad.

En la misma línea se ha pronunciado la jurisprudencia más reciente cuando estima las alegaciones de la parte recurrente que sostenía que la responsabilidad decenal recogida en el artículo 1591 del CC no encuentra su origen en ninguna convención, sino en la

³²² Como la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1993.

³²³ *Sensu contrario*, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1997 desestima la aplicación del principio de relatividad por no existir la asunción de deuda alegada para amparar dicha pretensión.

ley y que, por tanto, es una excepción específica al principio de relatividad de los contratos del artículo 1257³²⁴.

En particular, el supuesto de hecho que ventilaba la resolución judicial se refería a un caso en que la entidad adjudicataria de un inmueble (por el antiguo art. 131 de la Ley Hipotecaria) cuya construcción se encontraba paralizada por quiebra de la constructora vendió, a su vez, dicho inmueble a un tercero. Este nuevo adquirente reanudó las obras con otro proyecto redactado por un nuevo arquitecto; por su parte, el Colegio de Arquitectos se opuso al visado del proyecto en tanto el nuevo propietario no garantizase los honorarios del arquitecto que contrató la primitiva promotora. Del hecho litigioso concluye el juzgador que las obligaciones legales sólo pueden exigirse en los casos expresamente señalados no siendo admisible la intención que pretende «que el segundo adquirente del hotel responda del cumplimiento del contrato celebrado entre el primitivo dueño con el arquitecto en cuanto al pago de sus honorarios, y ello es obvio que nada tiene que ver con el interés público que subyace en el régimen legal de la responsabilidad por ruina»³²⁵.

En suma, por lo que al principio de relatividad de los contratos atañe, la Sentencia declara con el recurrente que «no hay ninguna disposición legal que imponga la subrogación de un nuevo propietario en el contrato celebrado entre el arquitecto y la antigua promotora y, al estimar lo contrario la sentencia recurrida infringe el principio de relatividad de los contratos. El motivo se estima porque efectivamente no existe disposición legal que imponga aquella subrogación. La «Sentencia recurrida se basa en el artículo 22 de la Ley del Suelo de 1992, pero como dice acertadamente el recurso: “Las obligaciones que para la propiedad establece el artículo 22 de la Ley del Suelo vinculan a la propiedad en cuanto a sus derechos y obligaciones urbanísticas, pero nunca en cuanto a sus derechos y obligaciones civiles: son esas obligaciones transmisibles única y exclusivamente las asumidas frente a la Administración urbanística, o frente a terceros como resultas de un procedimiento de urbanización y edificación verificado mediando la autorización e intervención de la Administración —en otras palabras, sistema de compensación urbanística o de cooperación urbanística—, y en tales casos los deberes urbanísticos nacen de actos administrativos dado que emanan de la Administración actuante y la competencia para

³²⁴ *Vid.* también entre otras las SSTS de 31 de enero de 2005 y la de 27 de julio de 2000 sobre la excepción que al principio de relatividad supone el ejercicio de la acción directa.

³²⁵ *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2005.

conocer de su reclamación correspondería a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”».

En resumen, la Sentencia declara que las obligaciones nacidas *ex lege* no se transmiten salvo que la norma así lo imponga o, en su defecto, las partes afectadas por la sucesión den su consentimiento y que, por tanto, el mencionado precepto de la Ley del Suelo es ajeno a la cuestión litigiosa, puramente civil.

De modo que como declaraban Lacruz Berdejo-Sancho Rebullida, la relación jurídica obligatoria entendida como deber de prestación trae como consecuencia además de la «correlatividad», la relatividad³²⁶. Y a, su vez este último principio *res inter alios acta, alteri non nocet* implica, pese a la novación perfeccionada, que ésta carecerá de efectos extintivos sobre la relaciones accesoria toda vez que los sujetos de éstas son terceros por lo que a los cambios operados por las partes que modifican en alguno de sus términos la obligación principal se refiere³²⁷.

De lo dicho se sigue que no tanto el principio o la regla como la consecuencia del principio de relatividad, resulta de incontrovertida aplicación, pese a que la *expromissio* en particular se evidencia como una de sus excepciones legales³²⁸.

Por tanto y como estimó el *Tribunal Supremo en su vieja Sentencia de 16 de junio de 1908* –donde se ventila el momento de prestación de consentimiento del acreedor en el cambio de deudor– sobre los motivos alegados por el recurrente «al absolver el fallo recurrido de la demanda a la Sociedad demanda, fundándose en el artículo 1257 del CC, infringía este precepto su primer párrafo, por interpretación errónea, y en el segundo por su no aplicación, porque ese primer párrafo, al preceptuar que los contratos produ-

³²⁶ El que la relación obligatoria lo sea implica que «*se da entre dos sujetos determinados*; que su ejercicio produce la extinción de la relación, como dice HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1983, 2.ª ed., la obligación es todo y sólo lo que media entre quienes la contraen. (A diferencia de los derechos de la personalidad o personalísimos, cuyo ejercicio no provoca su extinción, antes bien, los reafirma). Además, la relatividad de las relaciones jurídicas obligatorias hace que su ejercicio sea, en principio, oponible sólo al sujeto implicado en la relación y no a otros (a diferencia de la absolutividad de los derechos reales, que son oponibles *erga omnes*)» (*Elementos de Derecho civil, II, I, cit.*, p. 4).

³²⁷ Vid. AZURZA, «Notas sobre novación», *RDP*, XXXIV, 400-401, 1950, p. 604. El principio de colaboración se relaciona directamente con la concepción de la relación obligatoria como prestación. Expresado el principio romano de *invito beneficium non datur*, en sede del poder de disposición del acreedor sobre la deuda que ostenta frente al sujeto pasivo, así como por aplicación del principio de no empeoramiento. Por otra parte, vid. HERBOSA MARTÍNEZ, *La Asunción de Deuda garantizada con hipoteca, cit.*, pp. 96 y 97.

³²⁸ Hay ciertas excepciones que afectan al principio sentado por AZÓN, como el pago del tercero. Por lo que a la aplicación del principio se refiere, vid. las SSTs de 10 de febrero de 1995, 11 de abril de 1995, 3 de julio de 1996, 11 de noviembre de 1997 y 30 de diciembre de 1998 y lo que luego se dirá.

cen efectos entre las partes contratantes y sus herederos, *no prohibía que otra entidad* no contratante por convenio directo tomara sobre sí todos los derechos y obligación de una de las que contrataron, y esto es lo que ocurrió en los hechos de autos, pues constaba en éstos que según los datos del Registro mercantil, únicos eficaces jurídicamente para la Sociedad recurrente respecto al contrato celebrado para la fusión de la Azucarera de Pravia con la General Azucarera, la primera se fundió en la segunda, ó fuese que ésta tomó sobre sí los derechos y obligaciones de aquéllas, y entre éstas la de satisfacer a la Unión y El Fénix Español las primas del seguro que la de Pravia contrato con dicha Sociedad recurrente, y como ésta era tercero en este contrato de fusión, en el que se la venía a reconocer un derecho, el de cobrar dichas primas de la Sociedad General, correlativo de la obligación que ésta aceptaba al aceptar todas las de la Azucarera de Pravia, la Sala Sentenciadora debió aplicar, y no aplicó el párrafo segundo del repetido artículo 1257 del CC, y debió estimar que, según él La Unión y el Fénix Español tenía derecho a exigir ese beneficio ó derecho á cobrar las primas de la Sociedad General, como lo hizo en la demanda origen, de este pleito, toda vez que el beneficio había sido aceptado por la Unión y El Fénix Español, puesto que lo reclamaba sin que hubiese sido revocada hasta la fecha».

De lo dicho se sigue la afirmación que sostiene que la subrogación personal ha de ser entendida como una excepción al principio de relatividad de los contratos³²⁹; en buena lógica, y como excepción al sistema ordinario, se impone su interpretación restrictiva por lo que también es razonable exigir la concurrencia de su expresión.

VI. CONCLUSIONES

En el Derecho romano clásico la institución protagonista es la *stipulatio* y, en particular por lo que a la materia importa, la estipulación novatoria, en la que no se requería hacer expresa declaración

³²⁹ Vid. la oponibilidad y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, Madrid, 2000; GOUTAL, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, Paris, 1981. También en la voz «Opérations juridique à trois personnes» de JEULAND JEULAND (*Droit des obligations*, Paris, 1999, p. 125) donde afirma que una operación jurídica entre terceras personas es aquella operación por la cual deviene deudor o acreedor en lugar de otro. Según el principio de los efectos relativos de un contrato, un tercero no puede ser deudor o acreedor en una obligación en la que no ha participado (*vid.* artículo 1165 del *Código*). En suma la obligación es relativa y consecuencia de dicha relatividad se deduce la inoponibilidad (MAZEAUD, MAZEAUD y CHABAS, *Leçons de droit civil, II, obligations*, Paris, 1998, p. 50).

de voluntad, toda vez que se encontraba implícita en la fórmula empleada y que presentaba, como efecto invariable, la sustitución de una *obligatio* por otra. En la época justiniana, al ceder los rigores del formalismo anterior y para ordenar los efectos de la declaración de voluntad, se exige la concurrencia explícita del *animus novandi* de las partes; advirtiéndose que, caso de no hacerse dicha mención el efecto del pacto y en lugar de extinción novatoria, no resultará sino una acumulación pasiva. Por ello se puede afirmar sin equívocos que la *novatio* es un efecto de la estipulación novatoria, como bien señalase Sancho Rebullida, pero no el único ya que, también, existe la consecuencia modificativa fruto de un pacto en que no concurre el *animus novandi*. Dicha modificación se presenta como sinónima de acumulación y, como la extinción novatoria, es un efecto al que se puede llegar mediante *delegatio* o acuerdo de relevación entre deudores aceptado por el acreedor y la *expromissio* o sustitución pasiva en la que no media acuerdo entre deudores.

Si se incorporan a dichos efectos ciertos presupuestos doctrinales, el entendimiento de la prestación como instrumento de cooperación y la declarada intención del codificador de favorecer el cumplimiento de la relación obligatoria independientemente de quien la ejecute, se cierra el sistema teórico favorable a la libre transmisibilidad de las obligaciones. Es más, la fuerza expansiva de este marco dogmático, normativo y jurisprudencial de la sucesión singular de las deudas ratifica, a su vez, la aplicabilidad de ciertos principios contractuales en esta materia ya que, en particular, la figura que nos ocupa se convierte en una singular excepción de la relatividad.

Desde que una relación nace hasta que se extingue definitivamente, sea por el efectivo cumplimiento de su destino sea por otros motivos, ciertos hechos pueden afectar a su desenvolvimiento. En buena lógica, los componentes del vínculo pueden ser alterados, modificados y sustituidos; mutados en suma. En virtud de este fenómeno y pese a la vocación de autoextinción de los derechos de crédito, la categoría funcional de la prestación duradera se configura como presupuesto lógico para el objeto de este estudio, toda vez, que única y exclusivamente resultará posible el cambio de elementos en vínculos con permanencia más o menos dilatada en el tiempo.

En este sentido se acredita la influencia del historicismo e idealismo alemanes y la concepción del vínculo como ente orgánico sobre el que operan los «fenómenos de la vida» o *vicenda* o vicisitudes en su ciclo vital, concepciones todas ellas que favorecen la

sucesión singular de las deudas y, por ende, este efecto en el pacto espontáneo de asunción de deudas o expromisión.

Por su parte, las cuestiones terminológicas exigibles por prurito y rigor técnicos no pueden convertirse en protagonistas de un estudio institucional; en su virtud, cabe concluir que resulta aceptable la sinonimia entre las distintas expresiones –extinguir, variar– con la particularidad de que la «alteración» es más amplia e incluye tanto los cambios extintivos como los que carezcan de este efecto.

El consenso entre la doctrina española reside en la ubicación sistemática del fenómeno modificativo en los sucesos de interés del ciclo vital del vínculo si bien no hay unanimidad en la terminología utilizada que es dispersa y acepta distintas expresiones como modificación, alteración, cambio, transformación, todas ellas empleadas con un valor análogo. El término «subrogación» que en sí mismo es un efecto de los anteriores procedimientos reservado en un principio para la modificación en la titularidad activa, también resulta conveniente para significar el efecto de la sustitución u ocupación del lugar subjetivo pasivo u activo.

En cuanto a la opción de este trabajo y dada la directa relación de la institución con la sucesión singular de las deudas principio que, a su vez, se relaciona de forma directa con la despersonalización del vínculo y por ende con su libre transmisibilidad, parece que más acertado afirmar que la consecuencia de la *expromissio* es la modificación de las relaciones obligatorias gracias a la transmisión de las deudas.

Por lo que se refiere al dogma de la intransmisibilidad baste recordar que, en términos generales, su fundamento estructural se encuentra en el sistema del Derecho romano y con él –como él– evoluciona de forma paralela al distinto entendimiento del vínculo y de sus elementos personales, hasta consumarse su práctica desaparición o, cuando menos, su modulación y sustitución por la transmisibilidad de las obligaciones. De modo que, la función de la *obligatio* pasaría a servir al interés de la satisfacción del derecho de crédito en lugar de atender a la originaria vinculación personal a la que respondía.

Por tanto si la tradicional concepción romana traía causa directa del entendimiento estrictamente personalista de la *obligatio*, desde este principio y en términos generales, en la Edad Media, se concretan ciertas instituciones nacidas con la intención de favorecer el tráfico y que indirectamente consiguen la transmisión mediante vías únicas y directas del lado activo. Gracias a ello, paulatinamente, se fueron introduciendo fórmulas con que flexibilizar las consecuencias de la sustitución del deudor. En particular, el

Derecho común recupera del sistema romano la idea de la intransmisibilidad si bien, mediante figuras de tránsito como la *assignatio* o indicación de pago y la delegación imperfecta, se evitan sus rigores. En síntesis, las nociones más tradicionales cederían, con el paso del tiempo, a la visión patrimonialista que antepone y se ordena al cumplimiento de la prestación antes que al sujeto inicialmente vinculado a la relación obligatoria.

Precisamente, la familia de los códigos latinos fundada en el respeto a la libertad de forma, también atiende a las consecuencias de la ausencia de mención específica sobre la intención que anime al cambio de sujeto pasivo. Y el efecto, teniendo presente el principio de conservación de los contratos, es este procedimiento relativamente modificativo porque acumula y añade un nuevo deudor al preexistente. Con todo, ha de destacarse que buena parte de la doctrina española de mediados del XIX obvió esta construcción justinianea y dedujo que la modificación acumulativa resulta ser uno de los elementos que autorizan la libre transmisión de las deudas, fundándose para ello en la codificación germánica sin atender a que, en puridad, el origen de dicha acumulación encuentra su sede en las fuentes justinianas.

En resumidas cuentas, lo cierto es que la doctrina preconizada por De Diego se consolidó tempranamente como visión mayoritaria compartida unánimemente por la jurisprudencia que ha aceptado de forma inequívoca las tesis favorables a la sucesión singular de las deudas. Esta sucesión pasiva *inter vivos* es un fenómeno que se encontró con todos y cada uno de los elementos favorables para su generalización doctrinal, al gozar de la ratificación legislativa en otros textos codificados que, a su vez, ostentaban la acreditada revisión crítica del Derecho romano, como proceso previo a la aprobación del B.G.B. Además de los elementos ideológicos, lo cierto es que la función económica a que están ordenadas las relaciones obligatorias y la propia sencillez de la que está dotada frente al complejo sistema de la interdependencia novatoria con la dificultad que entraña la extinción de un vínculo con el inmediato reemplazamiento de otro, añadía evidencias a la necesaria generalización de la transmisión de las deudas.

La mejor doctrina de este país se hizo eco tanto de las aportaciones germanófilas De Diego como de la doctrina de Enneccerus, perpetuadas unánimemente por la jurisprudencia. Por ello, ni resultan fácilmente rectificables sus consecuencias, ni tampoco tiene utilidad rebatirlas ya que aplicando los principios germánicos o vía interpretación sociológica del artículo 1205 añadida a la autonomía de la voluntad privada del 1255, se llega a idéntico resultado que si

se hubieran aplicado los principios romanos, inviables dadas las radicales diferencias de un sistema de esta naturaleza con los principios en que se funda la contratación contemporánea. En particular la jurisprudencia de los años cuarenta y ya de forma incontestable en los años sesenta, recoge en sus fundamentos jurídicos la doctrina de Enneccerus, y se consolida la práctica de su alegación por parte de los letrados.

Pese a todo, cabe enderezar ciertos argumentos que emplean la crítica sistemática y terminológica del Código Civil español para favorecer la libre sucesión obligatoria, ya que, en puridad no se ajustan a la realidad tipificada. Por tanto, el argumento del dictado del artículo 1203 sobre la modificación de las relaciones obligatorias frente al 1156 que enumera la novación entre las causas de extinción, no se encuentra debidamente justificada con la sinonimia y la evitación de redundancias que perseguía el codificador. Con todo, el argumento no estorba al conjunto lógico que desemboca en la consecuencia modificativa y mantenimiento del régimen jurídico inicial fruto del pacto expromisorio.

De lo anterior se sigue que deba ser destacada esta reproducción hecha por la doctrina española de las tesis germánicas antes que una elaboración propia; lo dicho se evidencia y ratifica mediante la denominada recepción del derecho alemán verificada con la reforma de la Ley Hipotecaria del año 1944 que recoge en su nuevo artículo 118 la transmisión de la finca hipotecada y los pactos internos entre el adquirente del inmueble sobre el que pesa dicha garantía. Sistemática reforzada, a mayor abundamiento, por la favorable acogida de las soluciones italianas adoptadas en su nuevo Código Civil.

Adicionalmente, otras líneas doctrinales también de procedencia germánica, agregan argumentos a la admisibilidad de la sucesión singular de las deudas como fruto de los acuerdos de relevación pasiva. Basadas en la revisión crítica del tradicional entendimiento de la naturaleza y esencia del vínculo, derogan la visión clásica que la residenciaba en la conducta del sujeto pasivo, reafirman la descomposición de la teoría del débito y la responsabilidad y conducen a la patrimonialización y objetivación de la relación. Sin duda, todas encuentran sólidos argumentos acerca de la esencia de la prestación; al tiempo, cada una de ellas ha concitado objeciones con el mismo grado de seriedad.

La polarización subjetiva del vínculo hace que cada posición se concrete en un derecho subjetivo donde se integran, a su vez, en ciertas facultades. Por lo que al estudio atañe, la mencionada posición jurídica del deudor materializada en el deber de presta-

ción provoca que, frente a las facultades del acreedor, el sujeto pasivo carezca de una recíproca que le autorice a ceder íntegro su lugar sin la preceptiva intervención del titular del derecho de crédito.

Precisamente, una de las facultades que incumben al sujeto activo del derecho de crédito es su consentimiento al cambio de deudor propuesto, en el caso de la expromisión, por un tercero. En esta ocasión y a diferencia del pago del tercero, el titular del crédito mantiene en la esfera de sus facultades tanto la autorización de la alteración del lado pasivo como, en su caso, la liberación relevatoria del deudor primitivo. Si a esta cuestión se suma que el proyecto al que va dirigido la prestación no es otro que el de su efectivo cumplimiento, bien parece que al sujeto activo se le incorpora la exigencia de un comportamiento proclive a la ejecución de la prestación comprometida, aunque su autor material sea un tercero que ocupará finalmente la posición del antiguo deudor.

En materia de alteraciones subjetivas pasivas ciertas nociones como el dudoso principio del *favor debitoris* no encajan con facilidad; con todo, la evolución constante del derecho ha recuperado el fundamento estructural de aquel principio en el de defensa del consumidor. Resultará, en su caso, de aplicación si bien circunscrito al ámbito del consumo. Por el contrario, el principio de no empeoramiento de la situación del deudor es legítimamente alegable por el sujeto pasivo relevado, por lo que si se opuso al cambio también podrá oponer a quien haya ocupado su lugar, en el momento en que éste ejerza su acción de reembolso, las excepciones que pudo oponer a su acreedor original. Por su parte, del recto sentido del principio de conservación de los contratos resulta consecuente que en materia de relevación de sujetos pasivos se prefiera, en defecto de otra intención expresa, la acumulación de deudores ya que, en buena lógica, no puede desembocar en el reemplazamiento extintivo del vínculo.

En cuanto a la pretendida liberación del deudor mediante la expromisión, no es sino un error ya que este procedimiento sólo le libera del acreedor primitivo y no de la ejecución de la prestación que, en su caso, le reclamará quien haya ocupado el lugar del titular del derecho de crédito. Por ello nada tiene en común con el principio *invito beneficium* que sólo resultará de aplicación, en su caso, en el ámbito de las liberalidades y, en su virtud, no puede impedir el cambio pasivo. En definitiva, el sujeto pasivo relevado deberá cumplir la prestación comprometida sea por la vía del derecho de reembolso que ostenta quien haya ocupado su lugar, sea por

la subrogación producida por el nuevo deudor ante la falta de oposición al cambio efectuado.

Por fin, la expromisión en particular y la subrogación personal, en general, han de ser entendidas como excepciones al principio de relatividad de los contratos. En su virtud, en buena lógica y como singularidad del régimen ordinario, se impone su interpretación restrictiva por lo que también es oportuno reclamar la concurrencia de su expresión. Con ello el sistema se cierra con una coherencia más que razonable al resultar siempre exigible el consentimiento expreso o tácito del acreedor, con consecuencias acumulativas en su defecto.