

231
2 ej.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGÓN

LA TRASCENDENCIA DE LA NOVACIÓN
EN EL ÁMBITO JURÍDICO PRÁCTICO Y
SU FUTURO EN EL CÓDIGO CIVIL.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

MARINA ELMIRA MORAN PERALES

ASESOR DE TESIS: LIC. CECILIA LICONA VITE

MEXICO, 1999

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

ÍNDICE.

	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO 1. Evolución histórica de la novación	5
1.1 En el ámbito exterior.....	6
1.1.1 En Roma.....	6
1.1.1.1 Origen.....	6
1.1.1.2 La novación en el derecho romano pre-clásico.....	7
1.1.1.3 La novación en el derecho romano clásico.....	7
1.1.1.3.1 Concepto.....	7
1.1.1.3.2 Clases.....	8
1.1.1.3.3 Utilidad.....	10
1.1.1.3.4 Estructura.....	11
1.1.1.3.5 Sujetos de la novación.....	15
1.1.1.3.6 Efectos de la novación.....	15
1.1.1.3.7 Casos especiales de novación.....	16
1.1.1.4 La novación en el derecho romano post-clásico.....	18
1.1.1.5 La novación en el derecho Justiniano.....	18
1.1.2 En España.....	19
1.1.2.1 Importancia.....	19
1.1.2.2 Concepto y naturaleza.....	19
1.1.2.3 Estructura.....	21
1.1.2.4 Clases.....	25
1.1.2.5 Empleo de las formas exigidas por el derecho civil español.....	27
1.1.2.6 Capacidad y legitimación.....	27
1.1.2.7 Efectos.....	28
1.1.3 En Argentina.....	28
1.1.3.1 Importancia.....	28

1.1.3.2	Concepto y naturaleza.....	29
1.1.3.3	Estructura.....	30
1.1.3.4	Capacidad y legitimación.....	33
1.1.3.5	Clases.....	33
1.1.3.6	Formalidades de la novación.....	35
1.1.3.7	Efectos.....	36
1.2	En el ámbito nacional.....	36
1.2.1	En el Código Civil de 1870.....	36
1.2.2	En el Código Civil de 1884.....	37
1.2.2.1	Relación con el Código vigente y con otros códigos.....	38
1.2.3	En el Código Civil de 1928.....	38
1.2.3.1	Relación con el Código anterior y con otros códigos.....	38
1.2.3.2	Relación con el Código anterior.....	39
1.2.3.2.1	Definición.....	39
1.2.3.2.2	Elementos.....	39
1.2.3.2.3	Efectos.....	41
CAPÍTULO 2.	Generalidades sobre la novación.....	44
2.1	Definición.....	44
2.1.1	Definición legal.....	44
2.1.2	Definición de la Jurisprudencia.....	45
2.1.3	Concepto de novación.....	45
2.2	Requisitos.....	45
2.3	Forma.....	54
2.4	Capacidad.....	55
2.5	Clases.....	56
2.6	Diferencia con figuras afines:.....	65
2.6.1	Cesión de derechos.....	66
2.6.2	Cesión de deudas.....	68
2.6.3	Dación en pago.....	70

CAPÍTULO 3. La trascendencia de la novación en el ámbito jurídica práctico y su futuro en el Código Civil.....	74
3.1 Naturaleza jurídica de la novación.....	75
3.1.1 Crítica al artículo 2214 del Código Civil.....	76
3.2 Crítica al artículo 2213 del Código Civil.....	78
3.3 Efectos de la novación.....	80
3.3.1 Como convenio en sentido estricto.....	80
3.3.2 Como contrato.....	82
3.3.3 En la novación objetiva.....	85
3.3.4 En la novación subjetiva.....	86
3.4 Utilidad práctica de la novación.....	86
CONCLUSIONES.....	89
BIBLIOGRAFÍA.....	91
DOCTRINA.....	91
LEGISLACIÓN.....	92
ECONOGRAFÍA.....	93

Doy gracias a DIOS por haberme permitido llegar a la realización de una de mis metas mas anheladas.

A mi padre Rogelio Morán Oaxaca † por haber sido el mejor ejemplo de amor, entrega y dedicación en todo lo que se hace en la vida y por haberme dado el apoyo y la libertad para vivir mi vida.

A mi madre Marina Perales Córdova por sus palabras de aliento y consuelo, por su confianza y sus cuidados.

A todos mis hermanos y en especial a Aurelia, Pilar, Rogelio y Jaime por escucharme, apoyarme y proveerme en todas mis necesidades, son para mí mis segundos padres.

A Jesús Antonio Puente Cano por toda su confianza y por estar pendiente de mí en todo momento. Te quiero y admiro.

A toda la familia Puente Cano y Cano Neri y muy en especial a Malena † por haber creído en mí, por sus consejos y motivación en todo momento.

A todos los profesores que he tenido a lo largo de mi vida por transmitirme sus conocimientos y en especial a todos aquellos que además nos impulsan y motivan en la vida.

A mi asesora de tesis Licenciada Cecilia Licona Vite con todo mi respeto y admiración por ser una persona tan ética y sincera que además de transmitir sus conocimientos infunde mucho amor a esta hermosa carrera. Gracias por todas sus atenciones.

A mis sinodales.

A la UNAM por todo lo que me ha dado.

A mis compañeros y amigos por alentarme y tenderme la mano en los momentos difíciles.

A mi sobrina consentida María Fernanda. Te quiero mucho.

INTRODUCCIÓN.

Se da con frecuencia el caso de que dos personas unidas por un vínculo obligatorio les interese cambiar el objeto o las condiciones principales de la obligación, o bien sustituir por otra la persona del acreedor o del deudor. Esta necesidad, tan sentida, por dar cause jurídico a las combinaciones útiles para una u otra parte tuvo solución en el instituto de la novación, la cual revistió extraordinaria importancia en el derecho romano.

En Roma fue necesario utilizar la figura jurídica de la novación, por razón de la intransmisibilidad y la inmutabilidad de la relación obligatoria que imperaba en ese derecho: Cuando se quería modificar una relación no había mas remedio que extinguirla y crear otra nueva. Pero aún ese recurso técnico fue restringido en el derecho romano primitivo, el cual no admitía la novación objetiva o por cambio de objeto, sino sólo la novación subjetiva por cambio de acreedor o de deudor. Por ello el Digesto -Luis María Rezzónico. *Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil. Extinción de las obligaciones 2ª. parte. Fuentes extracontractuales de obligaciones*, 9ª ed., Buenos Aires, Ed. Depalma, 1966, Vol. 2 pág. 449.-. define a la novación como la "transfusión y translación de una deuda anterior a otra obligación", de ello se deduce que más que un acto extintivo de una obligación existente y creador de otra nueva (como parecía indicarlo su propio nombre), significaba en aquel periodo del derecho una modificación del vínculo originario, una transformación.

Es hasta la última parte del derecho romano cuando ya se admite la novación por cambio de objeto, y más tarde hasta llegar al derecho moderno es cuando la novación objetiva y subjetiva fue concebida como una transformación o cambio substancial entre la obligación que se extingue y la que se crea en su lugar. El haber olvidado esta diferencia entre el derecho romano y el moderno ha causado una distinción doctrinal que hoy ya no tiene razón de ser, nos referimos a la distinción entre novación extintiva o privativa, la novación acumulativa o modificativa y la novación necesaria. Sin embargo, el mecanismo de la novación, técnicamente, siguió explicándose como un acto jurídico por el cual quedaba extinguida la obligación primitiva y se creaba una nueva en su lugar, entre la primera y la segunda desaparecía todo vínculo, no era que se infundiera una en la otra, ni que se transformase en esa nueva obligación, sino que era una

obligación que desaparecía, creándose luego otra por un solo y mismo acto. Actualmente los Códigos clasifican a la novación entre los medios de extinguir la obligación, y la consideran como un acuerdo voluntario por el que se substituye una obligación nueva a una antigua que se extingue, por lo que nos parece conveniente desterrar las antiguas nomenclaturas de novación acumulativa y de novación necesaria, pues hoy en día la novación es una sola, la voluntaria o privativa.

La evolución del concepto de la obligación civil repercutió sensiblemente en la novación, la hizo perder mucha de la importancia y de la utilidad que tuvo en el derecho romano. La obligación sigue siendo una "relación entre personas" pero esta no es ya la nota *sui generis*, ahora se le estima también como "un valor patrimonial, como un objeto de derecho, y en tal concepto, susceptible de cambio, de transmisión y de comercio".

La doctrina, en general, consideró a la novación como una institución en crisis: había perdido su razón de ser. La transmisibilidad de los derechos de crédito y la modificabilidad de su contenido le hacían relegable a la época histórica pasada. Es una institución -dice PLANIOL- cuya importancia práctica va en disminución, por cuanto la mayor parte de sus resultados pueden ser obtenidos por otros procedimientos más modernos. Ha perdido su función translativa en la medida en que se ha ido afirmando la transmisibilidad de las obligaciones.

Sin embargo como señala PLANIOL la novación no sólo tiene una función translativa: siempre que haya que procurar un cambio en el objeto o en la causa, constituye la novación el único procedimiento jurídico adecuado. Pero la relativa rareza de estos casos explica la pobre utilidad de la novación en nuestros días.

Así pues, el hecho de que hayan surgido otras figuras como lo son la cesión de derechos, la cesión de deudas, la subrogación y la dación en pago, que permiten alcanzar los mismos fines de la novación con mejor regulación en los efectos, y que por ello se haya disminuido la importancia que tenía en el derecho romano, no quiere decir que la reemplacen, pues sólo abren otra opción cuyos efectos pueden convenir más a las partes, pero también se da el caso de que a las partes les convenga más alcanzar el fin perseguido utilizando a la figura de la novación cuyos efectos evidentemente serán distintos al de esas modernas instituciones.

Por todo lo expuesto, entendemos que no es conveniente eliminar la novación de la legislación moderna, pues es indudable que sus efectos serán diferentes al de cualquier otra figura, pues la novación es una forma de "extinguir obligaciones", es un "sustituto del cumplimiento" por ello es una figura de evidente importancia que lejos de llegarla a desaparecer es urgente su adecuada regulación, la cual carece de claridad.

La mayoría de las legislaciones modernas mantienen a la figura de la novación, sin embargo hay algunas que la han suprimido como es el caso de la alemana, pero en realidad esta supresión es solo en apariencia pues subsiste bajo la forma de otras figuras, y además la novación no podrá desaparecer en virtud de la libertad de contratación pues siempre será posible celebrar una convención como lo es la novación por más que no estuviera legislada de manera expresa.

Por ello afortunadamente no se ha suprimido de nuestro Código la figura novatoria cuyas funciones siguen siendo insustituibles en el orden jurídico, si bien es de reconocerse que tal figura en gran parte de su uso ha sido substituida por otras figuras, éstas no han logrado desplazarla del todo, lo que por otra parte no es posible, por estar dotada la novación de características y efectos exclusivos.

Como podemos observar, el tema de la novación requiere de un estudio profundo que nos permita observar su evolución, para así reconocer que es una figura de indudable importancia por la trascendencia de sus efectos, y que no es posible eliminarla de la legislación como lo han hecho algunos países, y sí, por el contrario, regularla acorde a la actualidad, pues el hecho de que el derecho haya evolucionado con la introducción de la transmisibilidad de las obligaciones, y que como consecuencia la novación ya no sea tan utilizada como antes, no es motivo para que se le haya dejado de prestar atención y mucho menos que su regulación en el Código sea deficiente, pues la interpretación de sus artículos reclaman una redacción que los dote de sentido y eficacia acordes a la realidad.

Para lograr el objetivo de la presente tesis se muestra en el CAPÍTULO I en términos generales en dónde surgió la novación, los cambios que ha sufrido a través del tiempo, cómo la han regulado algunas otras legislaciones y la forma en que ha evolucionado en nuestro derecho mexicano.

En el CAPÍTULO 2 se hace un estudio general pero profundo de esta forma de extinguir obligaciones, señalando y analizando cada uno de los requisitos que la ley señala para su configuración. En este capítulo también se muestran las diferencias entre la novación y otras figuras afines por las cuales se le suele calificar de inusual en la actualidad a esta figura que nos ocupa.

En el CAPÍTULO 3 se establece la verdadera naturaleza jurídica de la novación atendiendo a los conceptos que la propia ley establece de contrato y convenio. También se hace una crítica de los artículos cuya redacción provoca una equivocada información sobre esta figura y se propone una modificación en dicha redacción para su mejor comprensión. Y por último se establecen los efectos de la novación y la utilidad que tiene en la práctica.

CAPÍTULO I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA NOVACIÓN

1.1 En el ámbito exterior:

1.1.1 En Roma.

1.1.1.1 Origen.

Es conveniente comenzar aclarando que sería un error empezar el estudio histórico de la novación con un concepto dogmático, directo y autónomo de dicha institución en el Derecho Romano, pues las dudas y oscuridades que envuelven su origen, nos hacen ver que la novación no aparece propiamente como una institución directamente estructurada, sino, más bien, como una consecuencia o efecto jurídico.

A lo largo de este capítulo nos daremos cuenta de cómo esta institución va evolucionando de acuerdo a las necesidades propias de cada periodo. Así tenemos, que la institución en el derecho romano clásico es la *stipulatio* que, siendo “titulada” produce como efecto, lo que el derecho positivo determina como “la novación de las obligaciones”, en donde consideramos que es más propio hablar de “estipulación novativa” que de novación¹. En el periodo post-clásico la novación se caracterizaba por medio de “presunciones”, las cuales, ya indicaban la voluntad de las partes. Y así tenemos que es en el derecho Justiniano en donde por fin se incluye el *animus novandi* como elemento esencial y requisito indispensable de la novación².

Resulta difícil y peligroso, tomar partido en las distintas hipótesis que los romanistas exponen sobre el origen remoto, oscuro y dudoso de la novación³, por lo que la solución al problema del origen sigue pendiente de demostración y habremos de conformarnos con afirmaciones imprecisas como la de GUARINO, quien dice que la *novatio* fue introducida a la praxis jurídica romana durante la edad pre-clásica⁴ o, mejor, habremos de convenir con KASER en que el origen de la novación en el derecho romano sigue siendo cuestión abierta⁵.

¹ Con ello no quiero decir que la *estipulatio* haya sido la única institución que produce efectos novatorios.

² Francisco de Asís Sancho Rebullida. La novación de las obligaciones, Barcelona, Ed. Nauta S.A., 1964, págs. 15 y 16.

³ Ibid., págs. 16-26.

⁴ Ibid., pág. 26.

⁵ Id.

1.1.1.2 La novación en el derecho romano pre-clásico.

GAYO citando a SERVIO SULPICIO quien vivió en la época de la República nos muestra que la esencia de la novación en esta época radicaba exclusivamente en la extinción de la primera obligación, siendo intrascendente el hecho de que nazca o no en sustitución de una nueva obligación⁶.

Ello se demuestra en los casos de novación de obligación condicional, en donde al novar la primera obligación con una obligación condicional, se extingue la primera *ipso facto*, aunque la nueva obligación no llegare a nacer. Así también en los casos de estipulación inútil (que se da cuando lo estipulado es de tal naturaleza que no se nos puede dar), ya sea por falta de capacidad en el nuevo deudor o por falta de formalidades en la nueva estipulación y que por ello no nazcan las nuevas obligaciones, no representa obstáculo para que la novación surja y, consecuentemente, se extinga la primera obligación, también en los casos de la *stipulatio post mortem* (su invalidez se determina por la estructura misma del negocio), de la *stipulatio* de la mujer o del pupilo *sine tutoris auctoritate* y de la estipulación hecha por esclavo y promesa realizada por peregrino (quienes carecen de capacidad jurídica).

1.1.1.3 La novación en el derecho romano clásico.

1.1.1.3.1 Concepto.

La novación, dice ULPIANO, consiste en hacer pasar a una obligación nueva el contenido de una obligación anterior “*Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem naturalem transfusio atque translatio, hoc est, quum ex preecedenti causa ita nova constituatutur ut prior perimatur; novatio enim a nomen accepit, et a nova obligatione*”⁷.

La esencia del fenómeno novatorio radica en el nacimiento simultáneo de la nueva obligación, sin la cual no puede darse la *transfusio atque translatio*, es decir, extinción “mediante” creación en un acto jurídico único, por lo cual se hace diferenciar del concepto pre-clásico.

⁶ *Ibid.*, pág. 23.

⁷ El Digesto, en el título 2º. Del libro 46, que lleva por rúbrica “*De novationibus et delegationibus*” recoge la definición de ULPIANO en el libro XLVI.

La novación, es pues, la sustitución de una obligación por otra nueva de idéntico contenido mediante un acto formal, único y complejo que extingue la primera y da nacimiento a la segunda, es decir, hay extinción de la primera obligación mediante constitución de la segunda: extinción y constitución no son dos momentos jurídicos distintos sino uno solo⁸.

1.1.1.3.2 Clases.

Existen dos clases de novación: la objetiva y la subjetiva, esta última puede ser activa por cambio de acreedor o pasiva por cambio de deudor.

A) Novación Subjetiva.

Es la *novatio inter novas personas* y se da cuando se cambia al acreedor o al deudor de una obligación, es decir hay dos clases de novación subjetiva y son:

a) Novación Subjetiva Activa.

Ésta consiste en la sustitución del acreedor. Por ejemplo: A es el acreedor de B, el objeto es que B, en lugar de abonar a A lo haga a C. Para ello se deberá contar con el acuerdo de A, del propio B y de C. Es decir, se requería que el acuerdo estipulatorio entre el nuevo acreedor (C) y el deudor (A) estuviese integrado o complementado por una “autorización” previa.

La autorización para asumir el crédito propio se denominaba usualmente en las fuentes como *iusum* o *mandatum*. Ambas figuras suelen relacionarse a su vez con otra distinta denominada *delegatio*.

El *iusum* es la figura más amplia, la cual consiste en la declaración unilateral y no formal de que la actuación de otro ha de tener eficacia contra el declarante, esta figura ofrece muchas aplicaciones, y una de ellas es la *delegatio*.

La *delegatio* es un caso muy particular que en ocasiones encierra novación y otras no, en la cual intervienen tres personas: el delegante, el delegado y el delegatario. Así, el delegante por medio de una orden (*iusum*), le indica a su deudor –delegado- que deberá contraer esa misma obligación con otra persona –delegatario-. Esta *delegatio* sería activa, si hay un cambio de acreedor, y también podría ser pasiva si lo que se cambia es el deudor. Por ejemplo, si el

⁸ *Ibid.*, pág. 23.

delegatario (tercero) tiene un crédito respecto del delegante (acreedor o deudor según el caso de delegación, activa o pasiva), éste puede obtener que otra persona –delegado- lo reemplace.

En realidad la *delegatio* significa una novación cuando hay una obligación precedente que se transforma por cambio del acreedor o del deudor; pero puede darse el caso de *delegatio* sin obligación precedente, como cuando el delegado efectúa el negocio queriendo hacer un favor o donación al delegante en cuyo caso dicha *delegatio* no produce novación⁹.

De ello se deduce que la *delegatio* solo en alguna de sus manifestaciones extingúe por novación una previa obligación, concretamente, para que produjese efectos novatorios se requería:

- 1) De la existencia de una obligación previa, bien fuese del delegado hacia el delegante, bien del delegante frente al delegatario, bien de ambos a la vez;
- 2) Que la delegación no fuese de entrega o pago, sino de obligarse, es decir, de adquirir una obligación; y
- 3) Que la nueva obligación se contrajese mediante estipulación “titulada”¹⁰.

b) Novación Subjetiva Pasiva.

Esta clase de novación consiste en la sustitución del deudor, en donde ocurre lo siguiente: El acreedor A, que tiene un derecho respecto del deudor B, verá cambiado a éste por un nuevo deudor C. Por ejemplo, A (acreedor) le preguntará al nuevo deudor C en la *stipulatio* “¿Prometes darme los 100 que me debe B (primer deudor)?”. De este modo se extingue la primera obligación y queda formalizada la segunda entre A y C.

Este tipo de novación, podía hacerse mediante *delegatio*, y en ella era preciso el consentimiento del acreedor (A)¹¹.

B) Novación Objetiva.

La novación objetiva es la que tiene lugar *inter eadem personas* (entre las mismas personas) y consistía en insertar, suprimir o modificar algunos de los elementos estructurales del acto novatorio; no a la obligación en sí, ya que en esta época no era posible la novación por

⁹ Alfredo Di Pietro y Angel Enrique Lapiezza Elli, Manual de derecho romano, 2ª ed., Buenos Aires, Ed. Cooperadora de derecho y Ciencia Sociales, 1977, págs 336 y 337.

¹⁰ Francisco de Asis Sancho Rebullida, Op.cit., pág 49

¹¹ Existe una novación llamada expromisoria, que se caracterizaba por la iniciativa de un tercero, la cual producía los mismos efectos que la novación subjetiva pasiva (por delegación): no había la diferencia moderna de responsabilidad

cambio de objeto. Ello lógico si se tiene en cuenta que en esta etapa el *animus novandi* es intrascendente, y ante la necesidad de un elemento objetivo, extraño a la voluntad negocial del cual dependiera el efecto novativo es como se da la novación objetiva y extraño es el *idem debitum* (identidad en el objeto)¹².

Por tanto, cuando se habla de novación objetiva, el cambio debe referirse a la naturaleza, forma o estructura del acto generador de la nueva obligación, no al cambio de su contenido, el cual debe ser siempre el mismo de la obligación precedente.

1.1.1.3.3 Utilidad.

Es útil la novación para cuando el acreedor y el deudor, queriendo conservar el mismo objeto de la obligación desean modificar algunos de sus elementos estructurales, como cambiar su naturaleza; transformando una obligación natural u honoraria en civil; o bien, para cuando desean cambiar la persona del acreedor o del deudor, o también cuando se desea añadirle o quitarle una modalidad a la obligación precedente¹³.

En el derecho romano clásico la *novatio* se presentó en su origen como resultado necesario de la idea según la cual no se podía hacer sucesivamente dos contratos o dos procesos con relación al mismo débito, por ello, el efecto novatorio se abstraía del *animus novandi*, lo cual no significa que no existiera, sino que era jurídicamente intrascendente. Por tanto, aunque la extinción de la obligación fuese el resultado automático de la estipulación titulada de un *idem debitum*, no cabe duda de que las partes podían utilizar la producción del efecto novatorio para conseguir la finalidad económica, social y jurídica pretendida.

En cuanto a la utilidad específica de cada clase de novación tenemos lo siguiente:

A) La novación subjetiva tenía como función, la transmisión activa o pasiva de la obligación a novar, ello por ejemplo, en la sucesión *mortis causa* en donde el *heres*

del deudor originario por la insolvencia del deudor originario por la insolvencia del nuevo; en todo caso desaparecía la responsabilidad de aquél. *Ibid.*, pág. 55.

¹² *Ibid.*, pág. 55.

¹³ Agustín Bravo González y Beatriz Bravo Valdés, *Segundo curso de derecho romano*, México, Ed. Pax, 1987, pág. 99.

recibía además de los bienes, los créditos y deudas del *de cuius*. En cambio en la sucesión *inter vivos* (*adrogatio e in manu convetio*) sólo se transmitían los bienes.

Sin embargo, la realidad social demandaba la posibilidad de ceder créditos o asumir deudas, y ante la imposibilidad jurídica, aquella necesidad hizo que se crearan dos medios sustitutivos que tuvieran dichos efectos; la *novatio* y la *procuratio in rem suam*, esta última era más artificiosa¹⁴.

B) La novación objetiva cumplía la función de añadir, modificar o suprimir una determinación accesoria de la voluntad: *dies* o *condictio*, esto no era posible que se insertara directamente, ni siquiera de común acuerdo en la precedente obligación y por ello se conseguía a través del artificio de la novación; que conseguía extinguir la primera obligación y crear una nueva de *idem* con la determinación deseada.

Además la aplicación de la novación objetiva traía consecuentemente un aligeramiento de la carga de la prueba, lo cual era de gran interés para los contratantes, pues realizada la novación, el acreedor sólo tenía que probar la *stipulatio*¹⁵.

1.1.1.3.4 Estructura.

Como veremos más adelante, cualquier obligación es susceptible de novarse; pero para que la obligación antigua se extinga *ipso iure* y de nacimiento a una nueva obligación, es necesario que se den cinco elementos, los cuales caracterizan a la novación y son:

1. La existencia de una obligación anterior;
2. La creación de una nueva obligación, la "*nova obligatio*";
3. El mantenimiento del objeto de la primera obligación en la nueva, el "*idem debitum*" (objeto);
4. El acto novativo o empleo de las formas exigidas por el derecho civil; y
5. Que se agregue algo nuevo, el "*aliquid novi*".

1. La existencia de una obligación anterior.

¹⁴ Francisco de Asis Sancho Rebullida, *Op. cit.*, pág. 58.

¹⁵ *Ibid.*, pág. 59

Este elemento es necesario y lógico, pues no se puede extinguir lo que no existe. Tomando en cuenta al texto ulpiano D. 46, 2, 1, 1 en el título relativo a la novación, se afirma que cualquier obligación es susceptible de ser novada. Y así lo afirman los autores, quienes dicen que “es indiferente su naturaleza civil o natural; su forma; sea nacida *verbis, literis, re consensu*, e incluso *ex delicto*; su especie: condicional, a término, con objeto incierto; y también las obligaciones de deudores diversos, las perpetuadas por mora y solamente se excluyen las obligaciones nulas, porque lo nulo no puede extinguirse”¹⁶.

No obstante estos argumentos, algunos autores han criticado diversos supuestos de tal enumeración, por ejemplo: observa BONIFACIO que en la primera enumeración del pasaje ulpiano –naturales, civiles y honorarias- excluye las *obligaciones ex delicto*, por lo que el *qualiscumque igitur obligatio* posterior no concuerda con aquélla. Por ejemplo, los clásicos no concibieron la novabilidad de las obligaciones naturales y pretorias, y el concepto de *honoraria obligatio* es post-clásica. GIARDINA citando a DERBURG y a PEROZZI por ejemplo, niega la novabilidad de las obligaciones alternativas, y en cambio refiere como novables a las anulables¹⁷.

Sin embargo, procurando no caer en controversias, podemos mencionar que, en términos generales, las obligaciones novables son las siguientes:

- a) Novación de obligación futura; Naturalmente que la novación se produce cuando surge la obligación y es en ese mismo momento cuando se extingue.
- b) Novación de obligación a término; Esta obligación existe desde el momento en que se constituye el negocio que le da vida. es decir, solamente se aplaza su cumplimiento, por lo que puede ser novada desde que se efectúa la *stipulatio*.
- c) Novación de obligación condicional; El efecto novativo en tal obligación se produce hasta que se cumpla la condición, teniendo así, efecto retroactivo al momento de la estipulación novatoria, es decir, que el fenómeno extinción-creación queda en suspenso hasta el cumplimiento de la obligación novable.

2. La creación de una nueva obligación, la “*nova obligatio*”.

¹⁶ *Ibid.*, pág. 61.

¹⁷ *Ibid.*, págs. 60-67

El acto novativo es siempre un negocio jurídico formal. La *stipulatio* es el acto novativo por excelencia.

Puesto que la novación consistía en la transfusión de lo ya debido a una nueva obligación, esta “transfusión” se hacía mediante *stipulatio de idem* y para que ésta produjera novación era necesario referir en su formulación la obligación precedente –esto es lo que se describe como estipulación “titulada”-, y si la nueva obligación siendo de *idem* no se refiere expresamente a la antigua, no se produce novación, en este caso puede existir una *datio in solutum*, o bien, una obligación junto a la antigua que subsiste, pero no novación.

La “titulación” como característica y fundamento de la virtud novativa de la *stipulatio* productora de una obligación de *idem*, puede consistir en la descripción del negocio del que procedía la obligación a novar, o bien, en referir que el objeto de la *nova obligatio* es *quod iam debetur*.

Existen otros casos en que algunos autores niegan que la obligación pudiera existir, puesto que GAYO solo menciona a la *stipulatio* en los fragmentos relativos a la novación, pero no nos cabe duda de que existían otros procedimientos novatorios distintos a la *stipulatio* como son la *nomina transcripticia* y la *dotis dictio*²¹.

GAYO habla de dos tipos de *nomina transcripticia* que son: la *transcriptio a re in personam* y la *transcriptio a persona in personam*, la primera se efectuaba a fin de novar una obligación causal, sustituyéndola por una literal entre las mismas personas, la segunda se utilizaba para sustituir un deudor por otro mediante la transferencia de créditos y deudas²².

La *dotis dictio* por su carácter solemne poseía habilidad novatoria, y como podía celebrarlo la mujer *sui iuris*, su padre (o ascendiente) o su deudor mediante *iussum* de la misma, parece ser que existía novación dado que el deudor quedaba liberado frente a la mujer y obligado respecto del marido. Esta es una de las presunciones de novación²³.

²¹ Francisco de Asís Sancho Rebullida, *Op. cit.*, pág. 74.

²² *Ibid.*, pág. 76.

²³ *Ibid.*, pág. 77.

5. Que se agregue algo nuevo, el “*aliquid novi*”.

En el derecho clásico no se admitió la validez de una segunda estipulación idéntica a la anterior. JULIANO y ULPIANO afirman la nulidad de la segunda estipulación si en ella se promete una parte o elemento de otra anterior²⁴.

El *aliquid novi* puede consistir en el cambio de acreedor o deudor (novación subjetiva) – *novatio inter novas personas*–; o bien, en la adición, modificación o supresión de una determinación accesoria de la voluntad (novación objetiva) –*novatio inter easdem personas*–.

1.1.1.3.5 Sujetos de la novación.

Como regla general no puede novar quien no puede recibir el pago²⁵.

En términos generales pueden novar legítimamente:

- a) Los sujetos de la primera obligación entre sí.
- b) El deudor primitivo con un nuevo acreedor (si lo consiente el antiguo acreedor).
- c) Un nuevo deudor con el mismo acreedor.
- d) El pupilo con autorización del tutor.
- e) El tutor está autorizado para novar las obligaciones de su pupilo cuando lo beneficien.
- f) Los hijos de familia y los esclavos tienen la posibilidad de novar los créditos procedentes de su peculio.

1.1.1.3.6 Efectos de la novación.

El efecto esencial de la novación es extinguir la obligación preexistente, y consecuentemente con ello, crear una nueva obligación.

²⁴ *Ibid.*, pág. 79.

²⁵ Un solo caso existe en que persona distinta del acreedor estuviese legitimada para novar el crédito sin una explícita autorización de éste, el *procurator omnium bonorum*. Sólo en el derecho Justiniano exigió que el *procurator* estuviese provisto de un mandato especial para novar. *Ibid.*, pág. 80.

Respecto a la primera obligación, tenemos que ésta se extingue *ipso iure*, es decir, como el pago, con todos sus accesorios como son las fianzas, las prendas, las hipotecas e incluso los intereses. Así por ejemplo, en el caso de novación por cambio de deudor, si resultase que éste es insolvente, el acreedor no podrá ir contra el primero, pues la primera obligación –la contraída con éste- queda extinguida²⁶.

Como ya se mencionó, la novación como efecto, extinguía el pago de los intereses de la primera deuda y además de ello purgaba la mora del deudor. Respecto a la nueva obligación, ésta comienza a regir en los términos estipulados por las partes, en donde el deudor se encuentra ligado por vínculo *stricti iuris* (de estricto derecho), sometido a las reglas generales de los contratos *verbis*²⁷.

Es necesario dejar establecido que en la nueva obligación sólo podrán interponerse las excepciones que hubieran correspondido a la primera obligación, esto, si en la *stipulatio novatoria* se hubiera dejado constancia de la causa negocial.

Todo lo dicho se refiere a la novación ordinaria o también llamada voluntaria, pero también existía la novación necesaria derivada de la *litis contestatio*, la cual surgía cuando el derecho en virtud del cual accionaba el actor se extinguía y en su lugar adquiría un derecho nuevo, el derecho a la condena del demandado.

La novación necesaria a diferencia de la ordinaria, no extinguía las garantías de la primera deuda, ni suspendía el curso de los intereses²⁸.

1.1.1.3.7 Casos especiales de novación.

Los llamamos casos especiales de novación porque técnicamente no sería una *novatio*, pero los autores romanos clásicos asimilaron sus efectos.

²⁶ Para que el acreedor pudiera prevenirse de este riesgo, debía establecerlo como condición de la novación.

²⁷ Si la *stipulatio novatoria* llega a ser nula –por ejemplo si fuera realizada por un pupilo sin la autorización de su tutor- de todas formas sigue la misma suerte, quedando igualmente extinguida.

²⁸ Agustín Bravo González y Beatriz Bravo Valdés. *Op. cit.*, pág. 101.

Dos merecen destacarse: la *litis contestatio* y la *stipulatio aquiliana*.

A) En la “*litis contestatio*”.

La *litis contestatio* provocaba la extinción de las obligaciones civiles demandadas en un *iudicium legitimum*. La *litis contestatio* tenía un efecto novatorio. “En el momento de declararse conforme a la fórmula, el actor perdía el derecho sustantivo que reclamaba, canjeándolo por el derecho de una justa sentencia y el cumplimiento de la misma”²⁹. Es así como se obtenía la realización del principio *bis de aedem re ne sit actio* (no debe concertarse dos veces una acción respecto de la misma controversia). En caso de un segundo pleito por la misma causa, sobre el mismo objeto y entre las mismas partes o sus causahabientes.

No debemos olvidar que este es el caso típico de novación necesaria, que como anteriormente se dijo ofrece importantes diferencias con relación a la novación ordinaria.

B) En la “*stipulatio aquiliana*”.

La *stipulatio aquiliana* toma su nombre del jurista AQUILIO GALO (pretor en el año 66 a. C.), quien sugirió esta fórmula para resolver los problemas que acaecían con obligaciones muy confusas, al convertir las partes la novación de las mismas, por medio de una *stipulatio*.

La fórmula que empleaba decía: “Todo aquello que me debes o deberías por cualquier causa dar o hacer en la actualidad, a término o bajo condición, cualquier cosa por la cual tengo o tendría yo contra ti, acción, petición o reclamación, cualquier cosa mía que tu hagas o poseas, o que por dolo malo has dejado de poseer; tanto cuanto vale cada una de estas cosas, por tanto ha estipulado Aulo Agerio que le sería dado en dinero, y a ello se ha comprometido Numerio Negidio”³⁰.

Esta estipulación tenía pues, la característica de una transacción judicial.

²⁹ Guillermo Froris Margadant, *El derecho privado romano*, 6ª ed., México, Ed. Esfinge, 1975, pág. 165.

³⁰ La forma de extinguir esta *stipulatio aquiliana* era la *acceptilatio*. Alfredo Di Pietro, *Op.cit.*, pág. 338.

1.1.1.4 La novación en el derecho romano post-clásico.

El decaimiento del formalismo y concretamente de la *stipulatio*, determina la primera crisis de la *novatio* romana.

En esta época se liga el efecto novatorio al *animus* de los sujetos, expresado a través de los elementos externos que llamamos presunciones, pero cuando los elementos de la presunción no expresaba en qué circunstancias debía considerarse presente el *animus novandi*, provocó un estado de inseguridad, y por ello en la práctica se vio la necesidad de obligar a las partes a consignar en el documento de alteración que ésta no produjera novación si es que esa era su voluntad.

1.1.1.5 La novación en el derecho Justiniano.

JUSTINIANO introdujo una reforma que superó a la doctrina post-clásica de las presunciones, al hacer triunfar de modo definitivo al *animus novandi* sin depender de elementos objetivos, sino del elemento subjetivo y positivo de la voluntad de novar, por ello es hasta este momento en donde el *animus novandi* se incluye como elemento estructural de la novación.

Aunque algunos autores consideran que JUSTINIANO aceptó el cambio de objeto en la novación -por lo menos implícitamente-, la verdad es que no existen en las fuentes base suficiente para admitir la novación con distinto objeto.

JUSTINIANO al establecer una *voluntas non leges* (voluntad no presumida por la ley), exige no solamente que la voluntad fuese determinada, sino que, además, debiera ser manifestada en términos expresos, por lo que la novación se cumple preferentemente *verbis*, es decir, mediante *stipulatio*³¹.

En conclusión podemos decir que la figura de la *novation*, tuvo gran importancia en el derecho romano, ya que por medio de ella se obtenía la finalidad económica que no se podía

³¹ No debe olvidarse que la *stipulatio* ha sufrido una profunda transformación, desembocando en el documento, es decir, en la *obligatio literis*. Francisco de Asís Sancho Rebullida. *Op. cit.* pág. 89

alcanzar por modificaciones de la deuda (cesión de crédito y asunción de deuda), los cuales no eran posibles en dicho Derecho.

1.1.2 En España.

1.1.2.1 Importancia.

Debido a la desaparición del formalismo romano y la intransmisibilidad de las obligaciones, la novación con el transcurso del tiempo fue teniendo poca utilidad práctica hasta llegar a desaparecer como una institución autónoma, pues en realidad, los resultados que antiguamente se buscaban con la novación, ahora se obtienen por medio de otras figuras como la cesión³². Pues, a decir verdad, nadie hace un contrato de novación, sino más bien una compraventa, una locación, un mutuo, etc. y por ello el Código Español únicamente se ocupa de determinar las condiciones que se requieren para que de esos contratos se pueda derivar una novación y consecuentemente sus efectos; así pues, el jurisconsulto se ocupa de acudir a sus disposiciones para investigar si en el supuesto hay o no novación, con el fin de deducir sus consecuencias jurídicas³³.

El Código Civil Español sigue el método utilizado por el Código Civil Italiano y el de Napoleón, en el sentido de que únicamente se acepta la novación voluntaria o convencional, pues aunque la doctrina continúa hablando de novación necesaria o legal —derivada de la contestación al pleito—, para el derecho español esta contestación al pleito no produce una verdadera novación (como sucedía en la antigüedad); sino más bien es un modo de acrecer los derechos del acreedor, acumulando los beneficios de la primera obligación a los nacidos de la sentencia³⁴.

1.1.2.2 Concepto y naturaleza.

³² Sin embargo, como dice DIAZ PAIRÓ, la debilidad del instituto ha sido exagerada, pues si bien las nuevas instituciones que reemplazan a la vieja novación permiten obtener los mismos fines que ésta, con mejor regulación en los efectos, ello no quiere decir que la novación deje de tener interés, como ocurre por ejemplo cuando se quiere cambiar la causa de la obligación. Además puede ocurrir que a las partes les convenga más alcanzar el fin perseguido, utilizando la vieja figura de la novación que con estas modernas instituciones. Cit. por, Federico Puig Peña, Tratado de derecho civil español. Obligaciones y contratos, 2ª ed. Madrid, Ed., Revista de Derecho Privado, 1974, Tomo 4, pág. 399

³³ Jorge Giorgi, Teoría de las obligaciones en el derecho moderno, 2ª ed. Madrid, Ed Reus, S.A., 1930, Vol 7, pág. 422.

³⁴ Ibid., pag. 423

CONCEPTO. La palabra novación, en el sentido del Código Civil Español, indica la sustitución de una nueva obligación a la obligación antigua de manera que ésta queda extinguida³⁵.

E Código Civil Español tiene 11 artículos dedicados a la novación, del 1203 al 1213.

La novación es la extinción de una obligación coetánea al nacimiento de otra nueva obligación que la sustituye (artículo 1230).

Tenemos que la novación puede ser objetiva, cuando consista en un cambio del objeto o de título y se rige por las normas contenidas en la sección denominada “de la novación” (artículo 1230-1234), subjetiva, cuando consista en un cambio de deudor, regida por las normas referentes a la delegación (artículo 1268 y siguientes), pero en los artículos 1203, 1209-1213 se comprenden en realidad todas las modificaciones de que sea susceptible una obligación, tengan o no carácter extintivo. Pero a la novación extintiva (*strictu sensu*) sólo son aplicables los artículos 1209-1213 pertenecientes a la sección titulada “de la novación”, y cuando consista en un cambio de acreedor por las de transmisión de créditos contenidas en los artículos 1526 y siguientes³⁶.

NATURALEZA. La novación más que una institución material y positiva, más que un “acto”, es un efecto jurídico, una institución de consecuencia, regulada —en ocasiones determinada— por el derecho positivo.

Es por ello que la palabra novación no es usual en la práctica notarial y en los negocios para indicar un determinado contrato u otro acto jurídico, sino sólo resulta ser un análisis doctrinal, ya que es un efecto derivado de un negocio jurídico³⁷.

En el derecho civil español el efecto de la novación se obtiene por cualquier convención idónea para extinguir la relación obligatoria, sustituyéndola por una nueva, pudiendo hablar de

³⁵ Id.

³⁶ Manuel Borja Soriano, Apuntes de cátedra del tercer curso de derecho civil. Teoría general de las obligaciones, México D.F., Ed. Acuña Hermanos, 1930, pág. 209.

“contrato de novación” como aquél contrato típico o atípico, que por voluntad de las partes o de la ley, produce la novación de una relación obligacional preexistente.

Consideramos incorrecto hablar de novación de contrato, pues en realidad lo que se nova es la relación obligatoria nacida del contrato, y al hablar de novación de contrato se dejan afuera las relaciones obligatorias que tengan distinto origen al contractual, las cuales son también novables³⁸.

1.1.2.3 Estructura.

Los requisitos esenciales de la novación en el derecho civil español son los siguientes:

1. La existencia de una obligación anterior;
2. La creación de otra nueva que se diferencie de la primera de modo que no pueda estimarse como una modificación de la misma; y
3. La voluntad y el acuerdo de extinguir la antigua obligación (*animus novandi*).

1. La existencia de una obligación anterior.

Esta obligación previa tiene que ser existente, válida y vigente al tiempo de la novación³⁹. Expresamente así lo dispone el artículo 1208 del Código citado al decir que “la novación es nula si lo fuera 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”⁴⁰. Por lo que es

³⁷ En vez de denominarse “contrato de novación”, sería más correcto utilizar las palabras “contrato (de compra-venta, mutuo,...) novativo”. Francisco de Asís Sancho Rebullida, Op.cit., pág. 329.

³⁸ Ibid., págs. 331 y 332.

³⁹ Para que una obligación sea sustituida por otra, es necesario que aquélla se halle subsistente, circunstancia que no ocurre cuando, al realizarse la sustitución se encontraba ya extinguido el contrato (sentencia del 20 de enero de 1908); es decir, tiene la obligación de asistir en el mismo momento en que se produce el acuerdo de voluntades. Federico Puig Peña, Op.cit., pág. 400.

⁴⁰ Dice DE BUEN que este artículo se funda en “que si una persona capaz hace una novación que extingue otra preexistente contraída por la misma cuando era incapaz, debe entenderse que es lo mismo que si convalidara, ya en estado de capacidad, la obligación antes contraída. Pero es evidente que para que se entienda aceptable tal resultado, la novación deberá reunir las condiciones, y por tanto, no será válida si no se hace respecto a un contrato que reúna los requisitos necesarios para su existencia, con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado”. Cit. por., Federico Puig Peña, Tratado de derecho civil español. Obligaciones y contratos, 2ª. ed., Madrid, Ed Revista de Derecho Privado, 1974, Tomo 4, pág. 400.

necesario distinguir la nulidad de la anulabilidad, afirmando que en este último caso sí se puede dar la novación por convalidación⁴¹.

Siendo la primera obligación válida, lo mismo da que sea pura, que condicional, que a término o extra contractual.

Cuando las partes manifiesten expresamente su voluntad de sustituir una obligación condicional con otra pura, se estará a esa voluntad; y en caso de no ser así la novación existirá sujeta a la misma condición suspensiva, resolutoria o al término. Es decir, que la condición de la primera obligación se mantiene en la segunda⁴².

Algunos autores afirman que puede ser novada una obligación natural por una civil, lo cual nosotros rechazamos, pues esto más que tratarse de una novación, es la creación de una obligación en el campo jurídico que tiene como causa un deber moral preexistente que es la obligación natural (pues civilmente no es exigible).

Por último mencionaremos que no es necesario que la obligación preexistente sea contractual, pues puede novarse “contractualmente” una obligación nacida de cuasi-contrato o de un acto ilícito, ya que la novación puede no referirse al contrato, sino a la obligación nacida del mismo, es decir, a la relación obligacional existente⁴³.

2. La creación de una nueva obligación.

La primera obligación se extingue por novación si nace otra nueva que la sustituye⁴⁴.

⁴¹ Si la primera obligación fuese anulable, o bien, no válida o prescrita, el deudor que se obligase a favor del nuevo acreedor, haría un acto de confirmación de la primera obligación, o una renuncia de la acción de nulidad y de prescripción, si se encontrase en las condiciones idóneas para confirmar, ratificar; y se verificaría la novación. Faltando estas condiciones, podría levantarse contra la primera obligación y haciéndola anular caería con ella la segunda obligación. Jorge Giorgi, *Op. cit.*, pág. 436.

⁴² Cabe aclarar, que concluido el acto novativo, no se sabrá si hay novación hasta después de que se cumpla o no la condición que afecta a la primera obligación, lo que sí se puede decir que existe, es la obligación como vínculo, aunque su eficacia se encuentre suspendida por el suceso futuro e incierto. Francisco de Asis Sancho Rebullida, *Op. cit.*, pág. 337.

⁴³ *Ibid.*, pág. 341.

⁴⁴ Como dice DE DIEGO “el acreedor no renuncia a su crédito antiguo, sino bajo condición de sustituirlo con otro: si éste no se origina, la novación no tiene lugar, y el crédito antiguo subsiste”. *Cit. por.*, Francisco de Asis Sancho Rebullida, *La novación de las obligaciones*, Barcelona, Ed. Nauta S.A., 1964, pág. 341.

La nueva obligación tiene que ser válida, ya que actúa de requisito *sine quanon* (sin el cual) para que se produzca la novación, pues la extinción de la antigua obligación permanece subordinada a la validez de la nueva. Por consiguiente, si ésta es nula, la primera no se extingue, y el acreedor puede hacerla valer para oponerse al enriquecimiento indebido del deudor⁴⁵.

Nuevamente haremos la distinción entre nulidad y anulabilidad. La primera no produce novación, pues equivale al no nacimiento, y en cuanto a la anulabilidad, se dice que hay novación viciada, es decir, novación anulable. Si no se impugna el acto novativo anulable, la nueva obligación sana por prescripción o convalidación y si se impugna se trata de una novación anulada.

La nueva obligación puede ser pura, condicional o a término.

Respecto de la obligación condicional se siguen las siguientes reglas:

- a) Si la condición es suspensiva, la antigua obligación subsiste pero modificada y si es resolutoria, la primera obligación quedará en suspenso.
- b) Si la condición cumplida es suspensiva, se produce novación con efectos retroactivos y si es resolutoria, se alza la suspensión y recobra su eficacia la obligación anterior (como cuando se cumple una condición suspensiva)⁴⁶.

Una vez operada la novación, la extinción por causas posteriores de la segunda obligación no hace renacer a la primera.

Es también necesario, que esta nueva obligación sea diferente a la primera, de tal modo que no pueda estimarse como una simple modificación de la misma. Por ello se requiere del *aliqui novi* (diferencia entre la primera y la segunda obligación), pues de no ser así, no tendría razón de ser la novación, actuando sólo como confirmación del primer crédito con alguna finalidad como puede ser por ejemplo la de interrumpir la prescripción de la primera obligación.

⁴⁵ Hay que salvar el caso de que la causa de la invalidez fuera la prestación del consentimiento por quien no estaba autorizado por una de las partes, porque si llega a ratificarse el acto del tercero desaparecerá la ineficacia (artículo 1208 de Código Civil Español). Federico Puig Peña, *Op. cit.*, pág. 26.

⁴⁶ Francisco de Asís Sancho Rebullida, *Op. cit.*, págs. 343-345

Por último, mencionaremos que el único acto jurídico con virtualidad novatoria es el contrato, es decir, la nueva obligación tiene que ser necesariamente contractual.

3. La voluntad y el acuerdo de extinguir la antigua obligación.

Como la novación es una figura eminentemente subjetiva (a partir de la época de Justiniano) si las partes no manifiestan su voluntad de novar, la nueva obligación surgirá como colateral a la primera, pero no como sustancial de la misma.

Al respecto, el Código Civil Español en su artículo 1204 nos dice que “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 incompatibles”. Por lo que podemos decir que es un principio terminante en este Derecho que la novación nunca se presume (sentencia del 6 de julio de 1920)⁴⁷.

El artículo nos da a entender que el *animus novandi* puede manifestarse en forma expresa o tácita. Con relación a la forma expresa, la voluntad de efectuar la extinción de la primera obligación y de sustituirla por otra, ha de manifestarse con claridad en los términos del acto, pero no es necesario que el *animus* se exteriorice por declaración terminante en donde las partes tengan que emplear la palabra “novación”, simplemente basta con que se entienda esa intención. Además de la forma expresa, el artículo antes citado admite la manifestación tácita, inducida de la incompatibilidad entre ambas convenciones, en donde los Tribunales, atendiendo a cada caso en concreto analizarán las condiciones que en él ocurran, para deducir si en esa incompatibilidad existe novación o si se trata de una simple modificación de la obligación.

La novación tácita no es una novación impuesta o forzosa, sino una novación presunta, en donde si no aparece probado el *animus novandi*, la función jurídica de la novación no existe y como consecuencia subsistirán ambas obligaciones conjuntamente.

⁴⁷ Cabe aclarar que la única presunción del *animus novandi* es la admitida por el propio artículo 1204, es decir, que la antigua y la nueva obligación sean de todo incompatibles.

Por ello, propiamente la novación tácita es siempre objetiva y por tanto la subjetiva ha de ser siempre expresa.

Por último mencionaremos que para manifestar el *animus novandi* es preciso tener la capacidad necesaria, por lo que se exigirá que el acreedor tenga la facultad de disposición del crédito, y que el deudor tenga la capacidad de obligarse.

1.1.2.4 Clases.

La novación se clasifica en objetiva o real, y en subjetiva o personal (la cual puede ser activa o pasiva).⁴⁸

Esta clasificación se desprende del artículo 1203 del Código citado, al establecer que las obligaciones pueden modificarse: 1º. Variando su objeto o sus condiciones principales (novación objetiva), 2º. Sustituyendo la persona del deudor (novación subjetiva pasiva), y 3º. Subrogando a un tercero en los derechos del acreedor (novación subjetiva activa).

Cabe aclarar que algunos autores hacen otro tipo de clasificaciones como la de novación total y parcial, la de novación voluntaria y necesaria, y la de novación extintiva y modificativa o impropia; con relación a esta última, algunos autores la aceptan argumentando que la novación no es expresión jurídica que tenga en el Código Civil Español una significación rigurosa del modo de extinguir las obligaciones, pues que puede significar igualmente modificación de las mismas⁴⁹. Nosotros sólo aceptamos a la primera clasificación que dimos y será la que analizaremos.

A) Novación objetiva o real.

⁴⁸ SANCHO REBULLIDA incorpora dentro de esta clasificación a la mixta; diciendo que ésta se da cuando varíe la persona del acreedor o del deudor y el objeto de la obligación. *Ibid.*, pág. 371.

⁴⁹ PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER exponen que "la novación modificativa es más importante y más frecuente que la novación extintiva, pues no tiene los inconvenientes de la tradicional, ya que no produce la extinción del vínculo ni de las garantías que adoran al crédito. Cuando existe discusión sobre la naturaleza de la novación que han querido establecer las partes, el problema quedará reducido a una cuestión de hecho, y en la duda se entenderá que han querido sólo establecer la modificativa. Los efectos de ella serán la persistencia del vínculo primitivo, pero si por consecuencia de la modificación es más gravosa la condición del crédito, no afectará ello al tercero que constituyó las garantías, a no ser que preste su consentimiento" *Cit. por*, Federico Puig Peña. Tratado de derecho civil español. Obligaciones y contratos, 2ª ed., Madris, Ed. Revista de Derecho Privado, 1974, Tomo 4, pág. 402.

La novación objetiva se da cuando las mismas partes (acreedor y deudor) extinguen la obligación que les unía, sustituyéndola por otra de contenido y eficacia distinta.

La novación objetiva puede tener lugar:

- a) Por cambio de objeto, siempre que constituya modificación esencial de la obligación. Ello ocurre principalmente cuando hay cambio en la identidad del objeto, pero no en la cantidad o cualidad.
- b) Por cambio de causa. La doctrina es unánime en admitir que aquí siempre habrá novación.
- c) Por cambio de las condiciones principales de la obligación. Sobre este punto la Jurisprudencia tiene declarado que por regla general, las modificaciones que sin alterar la esencia de la obligación se introduzcan en ella por convenio de las partes no producen el efecto de extinguirla por novación (sentencia del 5 de diciembre de 1919). La determinación sobre si existe o no novación, es una cuestión de hecho que queda a la apreciación de la Sala Sentenciadora, según el resultado de la prueba (sentencia del 28 de febrero de 1894).

B) Novación subjetiva o personal.

Esta puede ser por cambio del acreedor o del deudor.

a) Por cambio de acreedor. Esta novación tiene lugar cuando se sustituye al primer acreedor por otro nuevo, por medio de la llamada “delegación activa” que hace el acreedor de su crédito, en otra persona con el consentimiento del deudor; liberándolo para con él. Este tipo de novación nunca es tácita.

b) Por cambio de deudor. Esta novación se da cuando se sustituye al primer deudor por otro nuevo por medio de expromisión o de delegación.

- 1) Expromisión. Ésta tiene lugar cuando una tercera persona ocupa espontáneamente el lugar del deudor sin requerir de su consentimiento, pero sí con el consentimiento del

acreedor⁵⁰. Esto se fundamenta en el artículo 1205 del Código citado, el cual dice que “la novación que consiste en la sustitución de un nuevo deudor en lugar del primitivo sin el consentimiento de éste pero no sin el consentimiento del acreedor”. De esto se deduce que ninguna responsabilidad cabe al primer deudor.

- 2) Delegación. Consiste en el cambio del primer deudor por una tercera persona que toma sobre sí la obligación y aceptándose este cambio por el acreedor. A ella hace referencia el artículo 1206 del mismo ordenamiento al establecer que “la insolvencia del nuevo deudor que no hubiese sido aceptado por el acreedor, no hará revivir la acción de éste contra el deudor primitivo, salvo que dicha insolvencia hubiese sido anterior y pública o conocida del deudor al delegar su deuda”. Consecuentemente, el segundo deudor acepta la responsabilidad del primero, liberándose éste de su compromiso y solo en caso de insolvencia anterior, pública o conocida del primero, podrá el acreedor revivir su acción contra el primero.

1.1.2.5 Empleo de las formas exigidas por el derecho civil español.

Como ya mencionamos, la novación sólo puede adquirirse mediante negocio jurídico, es decir, mediante contrato, y aunque no está sometido a normas especiales en cuanto a su forma, se rige bajo los preceptos generales sobre la forma en los contratos. Por lo que puede decirse que todos los contratos pueden ser novativos, siempre que convengan la declaración del *animus novandi*.

La novación puede conseguirse mediante cualquier negocio jurídico bilateral cuya estructura se pueda adaptar a la *causa novandi*, pero existen contratos cuya finalidad y estructura los hacen especialmente aptos para ello como lo es la transacción y el compromiso, ya que la finalidad que los caracteriza es componer la litis⁵¹.

1.1.2.6 Capacidad y legitimación.

⁵⁰ Esto se apoya en los principios reguladores del pago hecho por tercero. En cambio se exige siempre el consentimiento del acreedor, porque el cambio de un deudor por otro, afecta poderosamente a la total eficacia de los derechos de aquél. *Ibid.*, pág. 405.

⁵¹ Francisco de Asís Sancho Rebullida, *Op. cit.*, pág. 354 y 355.

Como el acto novativo tiene siempre naturaleza contractual, es necesaria la capacidad general de contratación.

Pueden novar legítimamente (con efecto extintivo):

- a) En la novación objetiva; el acreedor y el deudor de la primera obligación.
- b) En la novación subjetiva por cambio de acreedor; el deudor originario y el acreedor delegatario en los casos de previa delegación de crédito.
- c) En la novación subjetiva por cambio de deudor; el acreedor originario y el delegado, en los casos de previa delegación de deuda, o bien, el acreedor originario y el expromisor (cuando se da la figura de la expromisión). En la asunción de deuda, el acreedor consintiendo el contrato concluido entre el antiguo y el nuevo deudor.
- d) También sus respectivos mandatarios o representantes.

1.1.2.7 Efectos.

Principalmente son dos los efectos de la novación:

1. La primera obligación queda extinguida, por lo cual también se extinguen los derechos accesorios y de garantías que existan con ella, salvo las siguientes excepciones:
 - a) Que las obligaciones accesorias aprovechen a terceros que no han dado su consentimiento a la novación, y por esto el artículo 1207 del mismo precepto permite que subsistan.
 - b) Cuando por pacto expreso y determinado las partes acuerden que a pesar de la novación subsistan las obligaciones accesorias.
2. El nacimiento de una nueva obligación que sustituye a la primera, y que es la única que desde ese momento regula la relación entre las partes.

1.1.3 En Argentina.

1.1.3.1 Importancia.

Como ya hemos mencionado, la novación en nuestros días ya no tiene la importancia o utilidad que tuvo en el Derecho Romano, pues ahora se utilizan instituciones como la cesión de créditos y la de deudas, que han venido a suplir de algún modo a la novación subjetiva, y la

dación en pago a la novación objetiva⁵². Pero a pesar de todo, entendemos que no es conveniente eliminar la novación de la legislación positiva moderna, pues no deja de tener su esfera de aplicación propia que es de utilidad.

La mayoría de los códigos modernos mantienen esta figura, y otros como el alemán la han suprimido, pero sólo en apariencia, pues subsiste bajo la forma de otras instituciones como lo es la dación en pago.

Finalmente, en virtud de que el Código Civil Argentino consagra la libertad de contratar (artículo 1197) siempre sería posible celebrar una convención exactamente igual a la novación; por más que no estuviese legislada expresamente⁵³. La novación se encuentra regulada en el Código Civil Argentino del artículo 801 al 807.

1.1.3.2 Concepto y naturaleza.

CONCEPTO. El artículo 801 del Código Civil Argentino define a la novación de la siguiente forma: “La novación es la transformación de una obligación en otra”. Esta definición al emplear la palabra “transformación” da a entender que la primera obligación no desaparece sino que se modifica, y que la segunda, no es sino la primera con alguna modificación. Sin embargo, al analizar los demás artículos dedicados a la novación, nos damos cuenta que no se trata de una “transformación”, sino de una extinción de la primera obligación y del nacimiento de la segunda. De modo que debe considerarse la definición del artículo citado con relación al conjunto del título, que viene a darle un alcance diverso al textual.⁵⁴

NATURALEZA. Existe unanimidad en la doctrina y la legislación, acerca de que la novación es al mismo tiempo una forma extintiva y una fuente creadora de la obligación, por vía convencional. Por ello se entiende que es una “convención liberatoria”, porque requiere el acuerdo de voluntades, y para otras legislaciones (como la nuestra) es un contrato. Esta “convención liberatoria” y creadora de obligaciones, es un acto jurídico bilateral (artículo 946 del

⁵² Dice LAFAILLE que la dación en pago es una de las formas de novación objetiva, y aclara que la dación en pago solamente se conside cuando la novación se produce en el instante de extinguir la obligación. Héctor Lafaille, Teoría general de las obligaciones, Buenos Aires, Ed. Biblioteca jurídica Argentina, 1926-1927, Tomo 1, pág 331.

⁵³ Id

Código citado) que presenta afinidades con diversas figuras jurídicas como es el pago, la dación en pago, la confirmación, el reconocimiento, la renuncia de obligaciones, el pago con subrogación y la cesión de derechos, pero cuya diferencia radica en su dualidad de ser una forma extintiva y al mismo tiempo una fuente creadora de otra obligación⁵⁵.

1.1.3.3 Estructura.

Son elementos esenciales de la novación en el Derecho Argentino los siguientes:

1. Existencia de una obligación anterior.
2. La creación de una nueva obligación que sea incompatible con la primera.
3. La voluntad de novar.

1. existencia de una obligación anterior.

Este requisito se encuentra expresamente determinado por el artículo 802 del Código Civil Argentino el cual dice: “La novación supone una obligación anterior que le sirve de causa”. Y agrega: “Si la obligación anterior fuese nula o se hallara ya extinguida el día que la posterior fue contraída, no habrá novación”. Este artículo al decir “si la obligación fuese nula”, se refiere a que carece de eficacia, en donde no puede dar lugar a novación; pero si fuese simplemente anulable, es decir, susceptible de cumplimiento (mientras no se reconozca el vicio que la invalida) tendría las condiciones necesarias para producir novación.

Con relación a las obligaciones condicionales o a término el artículo 808 dispone: “Tampoco habrá novación si la obligación condicional se convierte en pura y faltase la condición de la primera”, lo cual nos da a entender que una obligación condicional puede ser novada y sustituida por otra pura y simple, siempre que la condición a la que estaba sujeta la primera obligación se cumpla, es decir, si la deuda de la primera obligación era condicional, la novación también lo será y la segunda obligación no nacerá hasta que se cumpla la condición. Pero en el

⁵⁴ *Ibid.*, pág. 332.

⁵⁵ Luis María Rezzónico, *Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil. Extinción de las obligaciones, 2ª parte. Fuentes extracontractuales de obligaciones*, 9ª ed. Buenos Aires, F.d. Depalma, 1966, Vol. 2, pág. 951

caso de que las partes quieran concluir un acto aleatorio, sustituyendo una obligación condicional por otra pura y simple, lo pueden hacer, manifestando esa voluntad⁵⁶.

2. La creación de una nueva obligación que sea incompatible con la primera.

Siendo requisito esencial la existencia de esta segunda obligación, si ella es nula no habrá novación; pero si es anulable y la parte a quien corresponde hacer valer la nulidad no la opone, la novación subsistirá.

Esta nueva obligación puede ser pura, condicional o a término.

El artículo 807 establece que “Cuando una obligación pura se convierta en otra obligación condicional, no habrá novación si llega a faltar la condición puesta en la segunda y quedará subsistente la primera”, “tampoco habrá novación –dice a la inversa el artículo 808- si la obligación condicional se convierte en pura, y faltase la condición de la primera”, pues entonces resultaría que la primera obligación no había existido⁵⁷. Es decir, si faltara la condición suspensiva o se cumpliera la resolutoria dejaría de mediar la nueva obligación, y no podría decirse que han existido una y otra, requisito indispensable de la novación. Pero no ocurriría así, si las partes hubieran querido someterse a ese riesgo y que ello implicara renunciar a la primera obligación.

Además, es requisito indispensable que esta nueva obligación se diferencie de la primera, y debe implicar un cambio sustancial y no una simple modificación de la anterior. Si falta esa diferencia, no habrá novación de la deuda, sino la agregación de otra obligación a la anterior con los efectos propios de una y otra. En este sentido el artículo 812 en su párrafo tercero nos dice: “Las estipulaciones y alteraciones en la primera obligación; que no hagan al objeto principal, a su causa, como respecto al tiempo, lugar y modo de cumplimiento, serán consideradas como que sólo modifican la obligación pero no que la extinguen”. Del mismo modo el artículo 813 dice: “

⁵⁶ *Ibid.*, pág. 957

⁵⁷ La razón en el caso de los dos artículos citados (807 y 808) dice VÉLEZ SARFIELD en la nota, “es que no existiendo la condición no hay mas que una obligación, y toda novación requiere esencialmente de dos obligaciones”. Cit. por., Luis María Rezzónico, Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil. Extinción de las obligaciones 2ª. parte. Fuentes extracontractuales de obligaciones. 9ª ed, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1966, Vol. 2, pág. 959

Si el acreedor que tiene alguna garantía particular o privilegio en seguridad de su crédito, aceptase de su deudor billetes suscritos en pago de la deuda, no hace novación de la primera obligación, si la causa de la deuda fuese la misma en una y otra obligación”.

Así pues, si no existe diferencia entre la primera y la segunda obligación, no puede haber novación, sino solamente reconocimiento de la deuda⁵⁸.

La novedad puede referirse al acreedor o al deudor -cambio de sujeto-, al objeto de la deuda o a la causa⁵⁹ de la obligación –novación objetiva-, o a determinadas modalidades de las obligaciones como la agregación o supresión de un cargo o de una condición que puede afectar el derecho de su existencia.

3. La voluntad de novar.

No basta que las partes hayan creado una nueva obligación, es necesario que lo hayan hecho con el propósito de extinguir la antigua para crear una nueva.

Al respecto, el artículo 812 nos dice: “La novación no se presume. Es preciso que la voluntad de las partes se manifieste claramente en la nueva convención, o que la existencia de la anterior obligación sea incompatible con la nueva. Las estipulaciones y alteraciones en la primitiva obligación que no hagan al objeto principal, a su causa, como respecto al tiempo, lugar o modo del cumplimiento, serán consideradas como que sólo modifican la obligación pero no que la extinguen”.

De ello se deduce, que la novación nunca se presume, y para manifestar la voluntad de novar no se necesita emplear términos o fórmulas solemnes. En el caso de que llegara a existir duda, se debe deducir que no ha existido novación.

El artículo antes mencionado, nos da dos formas en las que se puede manifestar la voluntad de novar y son:

⁵⁸ *Ibid*, pág. 958

⁵⁹ El cambio de causa hay que entenderlo solamente en cuanto a la fuente, origen o antecedente de la obligación, el cual puede variar también las condiciones de exigibilidad

1. En forma expresa; cuando la intención surge claramente de la nueva convención; y
2. Tácita, si ambas obligaciones son incompatibles. En este caso se estará ante una cuestión de hecho que deberá resolverse atendiendo a las circunstancias de cada caso, teniendo en cuenta que sólo hay incompatibilidad entre ambas obligaciones, cuando se ha querido contraer la segunda para extinguir la primera, en caso de duda, debe entenderse que la primera obligación subsiste al lado de la segunda.

1.1.3.4 Capacidad y legitimación.

En cuanto a la capacidad de las partes, tanto en el Derecho romano como en el Español y en éste, algunos autores incluyen a la capacidad como elemento de existencia de la novación, pero opinamos que más bien es un presupuesto de validez como de otros actos jurídicos.

El artículo 805 de Código citado dispone con relación a este punto lo siguiente: “Sólo pueden hacer novación en las obligaciones, los que pueden pagar y los que tienen capacidad para contratar”.

Por ello se exigen dos clases de capacidad: la capacidad en el acreedor para renunciar la deuda primitiva, y la capacidad en el deudor para constituir la nueva obligación.

La novación puede efectuarse por medio de un representante, sea voluntario o convencional, necesario o legal, debe estar especialmente facultado para ello por la convención o por la ley. Ello es así porque la novación implica la renuncia del acreedor al crédito anterior, y esa renuncia exige poder especial (artículo 881 inciso 5o), y entraña un acto de disposición que no puede considerarse implícito en las facultades de un poder ordinario de mera administración (artículos 1880y 1881)⁶⁰.

Al respecto, el artículo 806 dispone: “ El representante del acreedor no puede hacer novación de la obligación, si no tuviere poderes especiales”.

1.1.3.5 Clases.

⁶⁰ Luis Maria Rezzónico, *Op. cit.*, pág. 961.

Novación objetiva (por cambio de prestación) y subjetiva (por cambio de acreedor o deudor).

A) Novación objetiva.

Ésta se da por el cambio de la prestación, pero es necesario que ese cambio recaiga sobre elementos objetivos principales de la obligación, pues si el cambio afecta a elementos accesorios, no habrá novación.

Los cambios que producen novación son los siguientes:

1. Los que afectan al objeto principal de la obligación, como lo es si una obligación de dar se reemplaza por una de hacer o no hacer, o si una obligación pura se transforma en una alternativa o viceversa, etc.
2. Los cambios que afectan a la causa o fuente generadora de la primera obligación; por ejemplo, si se debe una cosa a título de venta y se conviene en entregarla a título de permuta.
3. La agregación o supresión de una condición o de un cargo, sea que tenga carácter de condición resolutoria o sea suspensiva.
4. La inclusión de la deuda en una cuenta corriente mercantil.
5. El cambio de una obligación civil en comercial.

De acuerdo con el artículo 812 tercera parte, no producen novación:

1. Los cambios relacionados con el tiempo del cumplimiento de la obligación.
2. Los cambios relacionados con el lugar del cumplimiento de la obligación
3. Los cambios relacionados en el modo o forma del cumplimiento de la obligación
4. La agregación o supresión de un cargo que no tenga carácter de condición resolutoria.
5. La agregación o supresión de garantías.
6. El otorgamiento o el cambio del título o documento del crédito.
7. La remisión parcial de la obligación.
8. La adición, supresión o la disminución de intereses.
9. El reconocimiento de la obligación.

10. La “*litis contestatio*” y la sentencia judicial.⁶¹

Se ha considerado como una excepción a los principios que se les acaba de exponer, lo relativo al artículo 2046 del que ha hecho abundante aplicación la jurisprudencia, que la prórroga del plazo del pago hecha por el acreedor, sin consentimiento del fiador, extingue la fianza⁶².

B) Novación subjetiva.

Es la que se verifica cuando se cambia a alguno de los sujetos de la obligación.

a) Por cambio de deudor. Este tipo de novación subjetiva se encuentra regulada del artículo 814 al 816 del código citado, y puede revestir dos formas:

- 1) La delegación, si esta se efectúa por iniciativa del deudor, y el acreedor acepta al nuevo deudor liberando al primero (artículo 814). A esta delegación se le llama novativa o perfecta⁶³.
- 2) La expromisión, se da si la sustitución del deudor se efectúa por iniciativa de un tercero, quien sin el consentimiento del primer deudor se ofrece para sustituirlo y el acreedor lo acepta y desobliga al primer deudor (artículo 815)⁶⁴.

b) Por cambio de acreedor. Esta novación se encuentra consagrada en el artículo 817 que establece: “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 del deudor, no habrá novación, sino cesión de derechos”.

1.1.3.6 Formalidades de la novación.

La novación se efectúa por medio de una convención liberatoria, pues requiere del acuerdo de voluntades, y no es contrato, pues los contratos se constituyen para crear obligaciones

⁶¹ *Ibid.*, págs. 964-971.

⁶² Héctor Lafaille, *Op. cit.*, págs. 340 y 341.

⁶³ En la delegación imperfecta o acumulativa, el acreedor delegatario no consiente en liberar al deudor primitivo o delegante de su obligación, la cual permanece intacta con todos sus accesorios Luis María Rezzónico. *Op. cit.*, pág.973.

y no para extinguiirlas. Los actos jurídicos bilaterales que modifican o extinguen obligaciones no son contratos: encuadran en esa categoría genérica o del concepto amplio de las convenciones de las cuales los contratos son una simple especie⁶⁵.

1.1.3.7 Efectos.

El artículo 803 dispone: “la novación extingue la obligación principal con sus accesorios, y las obligaciones accesorias. El acreedor sin embargo, puede, por una reserva expresa, impedir la extinción de los privilegios e hipotecas del antiguo crédito, que entonces pasan a la nueva. Esta reserva no exige la intervención de la persona respecto de la cual es hecha”.

Esta disposición está hecha contemplando que el deudor es quien constituyó la prenda o la hipoteca, pero en el caso de que haya sido dada por un tercero, el código en su artículo 804 dispone que el acreedor no puede reservarse el derecho de prenda o de hipoteca de la obligación extinguida, si los bienes hipotecados o empeñados pertenecieren a terceros que no hubiesen tenido parte en la novación.

El artículo 811 dispone que la novación entre el acreedor y los fiadores, extingue la obligación del deudor principal.

Por último diremos que como consecuencia del efecto extintivo y creador de la novación, la primera obligación no puede revivir, ni la segunda extinguirse por motivos posteriores a la época en que se produjo la novación.

1.2 En el ámbito nacional.

1.2.1 Código Civil de 1870.

El Código Civil Francés, es decir, el de Napoleón, tiene gran influencia sobre nuestro Código Civil de 1870; especialmente en materia de obligaciones. La exposición de motivos de este código, nos hace notar que se realizó tomando en cuenta los principios de Derecho Romano,

⁶⁴ Aquí ese tercero tiene contra el primer deudor la acción *in rem verso* en cuanto su intervención sea útil al primer deudor, pero no se subroga en los derechos del acreedor. *Ibid.*, pág. 974.

⁶⁵ Héctor Lafaille, *Op. cit.*, pág. 347.

la antigua legislación española, los códigos de Francia, de Cerdeña, de Austria, de Holanda, de Portugal y otros.

El Código Civil de 1870 alude a la novación en sus artículos 1721 al 1735.

1.2.2 Código Civil de 1884.

Este Código en materia de novación es una reproducción del de 1870, y regula a la novación del artículo 1606 al 1620.

1.2.2.1 Relación con el Código Civil vigente y con otros códigos.

- **El artículo 1606** se relaciona con el artículo 1134 del Código Civil Español (en proyecto) de 1851, con el artículo 1271 del Código de Napoleón, es decir, Código Civil Francés de 1804 y con el artículo 2213 del Código Civil vigente, es decir, de 1928.
- **El artículo 1607** se relaciona con el artículo 1271 del Código de Napoleón y con el artículo 1134 del Código Civil Español (en proyecto) de 1851.
- **El artículo 1608** se relaciona con el artículo 2214 del Código Civil vigente.
- **El artículo 1609** se relaciona con el artículo 1135 del Código Civil Español (en proyecto) de 1851 y con el artículo 1274 del Código de Napoleón.
- **El artículo 1610** se relaciona con el artículo 805 del Código Civil Portugués de 1867, con el artículo 1136 del Código Civil Español (en proyecto) de 1851, con el artículo 1276 del Código de Napoleón y con el artículo 2053 del Código Civil vigente.
- **El artículo 1611** se relaciona con el artículo 803 del Código Civil Portugués, con el artículo 1273 del código de Napoleón y con el artículo 2215 del Código vigente.
- **El artículo 1612** se relaciona con el artículo 1278 del Código de Napoleón, con el artículo 1138 del Código Civil Español (proyecto) de 1851 y con el artículo 2220 del Código Civil vigente.
- **El artículo 1616** se relaciona con el artículo 810 del Código Civil Portugués y con el artículo 2217 del Código Civil vigente.
- **El artículo 1617** se relaciona con el artículo 811 del Código Portugués y con el artículo 2216 del Código Civil vigente.

- **El artículo 1618** se relaciona con el artículo 812 del Código Civil Portugués y con el artículo 2218 del Código Civil vigente.
- **El artículo 1619** se relaciona con el artículo 813 del Código Civil Portugués y con el artículo 2218 del Código Civil vigente.
- **El artículo 1620** se relaciona con el artículo 814 y con el artículo 2056 del Código Civil vigente.⁶⁶

1.2.3 Código Civil de 1928.

Este Código es el que rige actualmente, y reproduce en gran parte al anterior y al español, italiano, argentino, chileno y brasileño, en donde encontramos, con frecuencia, como fuente inmediata al Código Civil Francés.

La novación se encuentra regulada en este código del artículo 2213 al 2223.

1.2.3.1 Relación con el Código Civil anterior (1884) y con otros códigos.

- **El artículo 2213** se relaciona con el artículo 1271 fracción I del Código de Napoleón y con el artículo 1606 del Código Civil anterior, es decir, el de 1884.
- **El artículo 2214** se relaciona con el artículo 1608 del Código Civil anterior.
- **El artículo 2215** se relaciona con el artículo 1611 del Código Civil anterior.
- **El artículo 2216** se relaciona con el artículo 1617 del Código Civil anterior.
- **El artículo 2217** se relaciona con el artículo 1616 del Código Civil anterior.
- **El artículo 2218** se relaciona con el artículo 1208 del Código Civil Español de 1888 y con el artículo 1618 del Código Civil anterior.
- **El artículo 2219** se relaciona con el artículo 1619 del Código Civil anterior.
- **El artículo 2220** se relaciona con el artículo 803 de Código Civil Argentino de 1869 y con el artículo 1612 del Código Civil anterior.
- **El artículo 2221** se relaciona con el artículo 804 del Código Civil Argentino y con el artículo 1613 del Código Civil anterior.⁶⁷

⁶⁶ Manuel Borja Soriano, *Teoría general de las obligaciones*, 14ª ed., México, Ed. Porrúa, 1995, pág. 612.

⁶⁷ *Id.*

1.2.3.2 Relación con el Código anterior (1884).

1.2.3.2.1 Definición.

El artículo 1606 del Código de 1884 define a la novación de la siguiente manera “Hay novación de contrato, cuando las partes en él interesadas lo alteran sustancialmente sujetándolo a distintas condiciones; sustituyendo una deuda nueva a la antigua, o haciendo cualquiera otra alteración que afecte a la esencia del contrato, y que demuestre la intención de cambiar por otra la obligación primitiva”.

El artículo 2213 de Código Civil vigente la define así: “Hay novación de contrato cuando las partes en él interesadas lo alteran sustancialmente sustituyendo una obligación nueva a la antigua”.

Para ambos códigos, la novación es un contrato y como tal está a las disposiciones respectivas, salvo las modificaciones consignadas en los capítulos que tienen por rubro “De la novación” (artículo 1608 del Código Civil de 1884 y 2214 del Código Civil vigente)⁶⁸.

1.2.3.2.2 Estructura.

Ambas legislaciones contemplan que para que haya novación se requiere de cuatro elementos que son:

1. La existencia de una obligación anterior;
2. La creación de otra nueva;
3. Una diferencia entre las dos obligaciones; y
4. La intención de novar.

1. La existencia de una obligación anterior. El artículo 1616 del Código Civil de 1884 y 2217 del Código Civil vigente nos señalan que una deuda legalmente inexistente no puede ser novada al establecer lo siguiente: “Si la primera obligación se hubiere extinguido al tiempo en que se contrajere la segunda, quedará la novación sin efecto”.

⁶⁸ Aquí debemos considerar que ambos preceptos toman la palabra “contrato” como sinónimo de convenio.

Según el artículo 1618 del Código Civil de 1884 “Cuando la obligación primitiva fuere absolutamente reprobada por la ley, o cuando sus vicios no puedan subsanarse, será nula la obligación que la sustituya”⁶⁹.

Según el artículo 2218 del Código Civil vigente “La novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad solamente pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen”.

Como podemos observar, en ambos preceptos se tiene como regla general, que la nulidad de la primera obligación determina la de la novación, pero consagran como excepción el hecho de la convalidación sobre todo si el vicio estuvo en el consentimiento⁷⁰ o en la capacidad de ejercicio.

En cuanto a la condición de esta primera obligación, los artículos 1617 del Código civil de 1884 y 2216 del Código Civil vigente, nos establecen lo siguiente: “Aún cuando la obligación anterior esté subordinada a una condición suspensiva, solamente quedará la novación dependiente del cumplimiento de aquélla, si así se hubiere estipulado”. Es decir, la condición no se transfiere de una obligación a otra, más bien, la novación extingue la obligación condicional.

2. La creación de una obligación anterior. El artículo 1619 del Código Civil de 1884 y el 2219 del Código civil vigente, nos establecen que “Si la novación fuere nula subsistirá la antigua obligación”.

3. Una diferencia entre las dos obligaciones. La novación objetiva se da por el cambio de objeto, de causa o de la condición, esto se infiere de lo establecido por los artículos 1606 del Código civil de 1884 y 2213 del Código Civil vigente, pues estos cambios afectan a algún elemento esencial de la obligación. Por el contrario, los cambios que no afectan a algún elemento esencial de la obligación no producen novación como lo son el plazo, intereses y garantías. Con respecto al plazo, cabe aclarar que el artículo 1721 del Código Civil de 1870 (que corresponde al artículo 1606 del de 1884) decía “Hay novación de contrato, cuando las partes en él interesadas

⁶⁹ Esto debe entenderse con arreglo al artículo 1678 de dicho ordenamiento, según el cual el cumplimiento voluntario por medio de novación se tiene por ratificación y el cumplimiento es voluntario cuando el deudor conoce la nulidad. *Ibid.*, pág. 614.

lo alteran sujetándolo a distintas condiciones o plazos...”, al reproducir este artículo el Código Civil de 1884 suprimió las palabras “o plazos”.

En cuanto a la novación subjetiva el artículo 1607 del Código Civil de 1884 establece que “Hay también novación cuando un nuevo deudor es sustituido al antiguo que queda exonerado; o cuando el antiguo acreedor es sustituido por otro, con quien queda obligado el deudor primitivo.”⁷¹

El artículo 1609 del Código Civil de 1884 establece el caso de expromisión al establecer que “La novación por sustitución de un nuevo deudor puede efectuarse sin el consentimiento del primero bajo las mismas condiciones que el pago; pero no sin consentimiento del acreedor”.

El Código Civil vigente suprime lo establecido por el artículo 1607 del Código Civil de 1884, imitando al Código Alemán, el cual considera que la novación subjetiva no tiene ya razón de ser, pues tiende a confundirse con la cesión de crédito o de deuda.

4. La intención de novar. Al respecto los artículos 1611 de Código Civil de 1884 y 2215 del Código Civil vigente establecen que “La novación nunca se presume: debe constar expresamente.”

1.2.3.2.3 Efectos.

En cuanto a los efectos de la novación objetiva el artículo 1612 de Código Civil de 1884 al respecto establece que, “Extinguida la deuda antigua por la novación, quedan igualmente extinguidos todos los derechos y obligaciones accesorios no habiendo reserva expresa.” Y en el mismo sentido el artículo 2220 del Código Civil vigente establece: “La novación extingue la obligación y las obligaciones accesorias, el acreedor puede, por reserva expresa, impedir la extinción de las obligaciones accesorias, que entonces pasan a la nueva”⁷².

⁷⁰ Nótese la necesidad del consentimiento de la nulidad, ya que el artículo 1678 del Código Civil de 1884, se ha reproducido en el 2234 del Código Civil vigente. *Ibid.*, pág. 615.

⁷¹ La novación por cambio de acreedor concuerda con el artículo 1277 del Código de Napoleón.

⁷² Este precepto se relaciona con el artículo 803 del Código Civil Argentino.

Con lo que respecta a la reserva con relación a terceros, el artículo 1613 de Código Civil de 1884 dice: “Si la reserva tiene relación a un tercero, es también necesario el consentimiento de éste.”⁷³

El artículo 2221 del Código Civil vigente al respecto establece: El acreedor no puede reservarse el derecho de prenda o hipoteca de la obligación extinguida, si los bienes hipotecados o empeñados pertenecieren a terceros que no hubieren tenido parte en la novación. Tampoco puede reservarse la fianza sin consentimiento del fiador.”

Por lo que respecta a la novación subjetiva que solo contempla el Código Civil de 1884, el artículo 1620 de dicho ordenamiento nos menciona como efectos por cambio de deudor lo siguiente: “El deudor substituido no podrá oponer al acreedor las excepciones que personalmente competían al primer deudor; más podrá oponerle las que personalmente tuviere contra el mismo acreedor y las que procedan del contrato”⁷⁴ y por lo que respecta al cambio de acreedor, el artículo 1610 establece que “El acreedor que exonera por la novación al antiguo deudor, aceptando otro en su lugar, no puede repetir contra el primero, si el nuevo se encuentra insolvente, salvo convenio en contrario.”

⁷³ Este artículo se relaciona con el artículo 1138 del proyecto del Código Civil Español.

⁷⁴ Este artículo se relaciona con el artículo 814 del Código Civil Portugués

CAPITULO 2. GENERALIDADES SOBRE LA NOVACIÓN.

Como ya lo hemos mencionado en repetidas ocasiones, la novación nació en el pasado como un modo de neutralizar la rigidez del vínculo obligatorio, el cual, una vez formado, no podía ser modificado, y ante la necesidad de introducir alguna alteración en los sujetos, en la prestación o en el mismo vínculo, se hacía necesario extinguir la obligación y sustituirla por una nueva, por ello la novación era el único medio para alcanzar dicho objetivo. Dado que la situación en la actualidad ha cambiado al existir la libertad de convenciones, trae como consecuencia que el acreedor y el deudor puedan libremente modificar como quieran el alcance de la obligación y sustituirla por una diferente, y lo hacen tal vez con mas frecuencia a través de otras instituciones (como la cesión de derechos, la cesión de deudas y la dación en pago) que les permiten alcanzar dichos fines y por ello algunos autores se atreven a decir que desde el punto de vista jurídico la novación ha perdido su originalidad, lo cual no es del todo correcto pues al existir diferencias que permiten alcanzar otras consecuencias entre dichas figuras y la novación existe una razón de ser de esta figura en estudio cuyo alcance es importante.

El propósito de este capítulo es conocer los elementos estructurales o requisitos característicos de la novación, para de ese modo poderla distinguir de las figuras afines que no nos proporcionan las mismas consecuencias.

2.1 Definición.

Comenzaremos por señalar que esta figura se encuentra se encuentra ubicada en el Código Civil en el Título Quinto denominado “Extinción de las obligaciones”, Capítulo IV intitulado “Novación”⁷⁵ y abarca del artículo 2213 al 2223.

2.1.1 Definición legal.

⁷⁵ Esta forma de extinguir obligaciones, supone la satisfacción del derecho del acreedor mediante la entrega de una cosa diversa a la debida, esto, extinguiendo una obligación preexistente, por la creación de una nueva obligación que sustituye a la primera. De ahí proviene su nombre (novación), que es renovación, la primera obligación queda extinguida y en su lugar surge una nueva que produce los efectos legales. Manuel Bejarano Sánchez, Obligaciones civiles, 4ª ed., México, Ed. Harla, 1997, pág. 414.

La definición legal se encuentra en el artículo 2213 del Código Civil que a la letra dice “Hay novación de contrato cuando las partes en él interesadas lo alteran sustancialmente sustituyendo una obligación nueva a la antigua”

2.1.2 Definición de la Jurisprudencia.

La Jurisprudencia define a la novación de la siguiente manera: “Por contrato de novación⁷⁶ se debe entender aquel entre dos o mas personas que tienen entre sí el carácter previo de acreedor y deudor, y por el cual extinguen la obligación original y la sustituyen con ánimo de novar por otra, ésta difiere de la extinguida en uno o varios de sus elementos de existencia”. (Semanario Judicial de la Federación. Quinta Epoca. Tercera Sala. LXXIII. Página 2424)

2.2.3 Concepto de novación.

La novación es una forma de extinguir las obligaciones que consiste en un convenio (en sentido amplio) expreso por medio del cual dos o mas personas que tienen entre sí el carácter previo de acreedor y de deudor deciden extinguir una obligación que los une, y crean para sustituir a la extinguida otra nueva que difiere de la primera por un cambio sustancial, ya sea de sujetos, de objetos o del vínculo jurídico mismo.

2.2 Requisitos.

De la interpretación de las disposiciones que norman la novación en el Código Civil (artículos 2213-2223) se infiere que para tenerla por comprobada deben cumplirse los requisitos siguientes:

1. Que exista una obligación anterior.
2. Que esa obligación sea sustituida por otra, alterándola sustancialmente.
3. Que haya un elemento de esencia diferencial entre la antigua y la nueva obligación.
4. Que se exteriorice expresamente la voluntad de novar o “*animus novandi*”.

⁷⁶ La ley nos afirma que la novación es un contrato y por ello la Jurisprudencia define al contrato de novación pero como analizaremos en su oportunidad nos daremos cuenta es un convenio en sentido amplio pues extingue y crea, y si fuera un contrato solo podríamos crear y no extinguir

Por consiguiente, si en un caso concreto se sostiene que se produjo la novación pero no se demuestra la existencia de los requisitos debe considerarse infundado el planteamiento. (Seminario Judicial de la Federación. Séptima Época. Tercera Sala. Tomo 217-228 Cuarta Parte. Página 208 y Tomo 205-216 Cuarta Parte. Página 115)

1. Que exista una obligación anterior.

La existencia de un vínculo jurídico previo entre las partes, es un presupuesto lógico indispensable –“*sine quanon*”- ya que es el que va a ser extinguido y sustituido por otro, sin este requisito la novación simplemente carecería de base. No es posible concebir la novación sin la existencia de una dualidad de obligaciones, una de las cuales desaparece, precisamente para dejar en su lugar a la que viene a sustituirla (Seminario Judicial de la Federación. Quinta Época. Tercera Sala. Tomo LXXI. Página 1660). Este vínculo jurídico u obligación previa puede tener su origen en un contrato, en una declaración unilateral de voluntad, en una gestión de negocios, en un hecho ilícito, o en cualquier otra relación obligatoria⁷⁷.

Cabe aclarar que siempre ha existido la controversia de si es posible novar una obligación natural, pues algunos tratadistas opinan que también existe prescripción en la obligación natural. PLANIOL y algunos autores franceses se inclinan por la posibilidad de novar una obligación natural, incluso en el Código Civil Francés se reconoce la existencia de novación en este caso, pero nosotros opinamos que no es posible novar una obligación natural ya que no existe jurídicamente obligación, pues es solo un compromiso moral que no se puede exigir jurídicamente, y en caso de que se quisiera “novar” el resultado para la ley sería el nacimiento de esa obligación que ahora sí puede exigirse.

La obligación contraída previamente debe tener existencia jurídica, debe hallarse vigente y ser válida en derecho.

- a) Debe tener existencia jurídica.- Una obligación que resulta inexistente ya sea porque carece de objeto, consentimiento o solemnidad (en su caso); o bien, porque se

⁷⁷ Esta afirmación es la que motivó la elaboración de esta tesis, pues el artículo 2213 de Código Civil da a entender que esta obligación previa tiene que ser contractual

extinguió en virtud de alguna de las causas de extinción de las obligaciones, no podrá ser novada pues le faltaría al convenio novatorio este requisito de existencia que es la obligación previa.

- b) Debe hallarse vigente al momento que se realice la novación.- El artículo 2217 del Código Civil así lo determina: *“Si la primera obligación se hubiera extinguido al tiempo en que se contrajera la segunda, quedará la novación sin efecto.”*
- c) La obligación debe ser válida en derecho.- La obligación nula no puede ser novada. Cuando una obligación se encuentra afectada de *nulidad absoluta*, no puede novarse ya que el vicio que padece no es susceptible de poder ser convalidado por confirmación, ni por prescripción según lo dispone el artículo 2226 del Código Civil, ya que su extinción es impuesta por razones de interés público que no deben ser burladas so pretexto de una novación. En el caso de una obligación afectada de *nulidad relativa*, las circunstancias pueden hacer que se de la novación, o también que no se de, pues como dice BEJARANO, “esta especie de ineficacia (la nulidad relativa) permite la convalidación del acto cuando ha desaparecido el vicio que lo afectaba, la novación del mismo será posible si ello implica la ratificación con conocimiento de causa, pues entonces, deberá interpretarse este nuevo compromiso del deudor como una renuncia tácita a su acción de nulidad y su nueva obligación será válida. La obligación anulable pasa a ser, entonces, la base sólida de una novación porque se halla confirmada implícitamente (RIPERT)”.⁷⁸ Cuando la obligación primitiva está afectada de nulidad relativa, la novación produce efectos provisionales, mientras no se declare la nulidad, además como ya dijimos podrá convalidarse (artículo 2227 del Código Civil). Pero en cambio, si la novación no implica la confirmación, la nulidad de la primera obligación, declarada por el Juez, acarreará también la invalidez del acto novatorio. Esta prescripción tiene apoyo en el artículo 2218 de Código Civil el cual establece: *“La novación es nula si lo fuere la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad solamente pueda ser invocada por el deudor o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen”*, este artículo determina claramente que por regla general, la nulidad de la obligación primitiva determina la de la novación, pero también nos establece dos excepciones que ya mencionamos; primero en el caso de que la nulidad pudiera ser invocada por el deudor, o aquel en que la ratificación

⁷⁸ *Ibid*, págs. 418 y 419.

convalide los actos nulos en su origen, y la segunda excepción nos remite a los preceptos relativos a la nulidad y convalidación de los contratos, de donde se deduce que si el vicio que lo afecta se encuentra en el consentimiento, la novación lo convalidará, pues este acto expresa el propósito de no utilizar la acción de nulidad, ello si se tiene conocimiento de la nulidad.⁷⁹

Es importante aclarar, que la obligación que se va a extinguir, puede estar sujeta a cualquiera de las modalidades (condición o plazo) o a cargas sin que ello afecte al convenio novatorio.

Con respecto a la *condición* el artículo 2216 del código citado dispone lo siguiente: "*Aún cuando la obligación anterior esté subordinada a una condición suspensiva, solamente quedará la novación dependiente del cumplimiento de aquella, si así se hubiere estipulado.*"⁸⁰

Este artículo nos marca que solo por convenio expreso puede transferirse la condición suspensiva a la nueva obligación, por lo que si no se expresa esa voluntad, se entenderá que dicha condición no la tiene la nueva obligación.

En caso de que la condición de que depende esta primera obligación fuera resolutoria y el hecho resolutorio se realiza después de contraída la nueva obligación, la novación producirá sus efectos a menos de que exista convenio que exprese la voluntad de transferir esa condición a la nueva obligación (artículo 2217 del código citado).

Por lo que se deduce que la condición no queda transferida de una obligación a otra, más bien, la novación extingue la obligación condicional.

2. Creación de una obligación sustancialmente distinta a la que sustituye.

⁷⁹ Manuel Borja Soriano, *Op. cit.*, pág. 615.

⁸⁰ GUTIERREZ Y GONZALEZ nos dice que la condición suspensiva no suspende el nacimiento de la obligación como lo dice el artículo 1939 de Código Civil, al redactar lo siguiente "*La condición es suspensiva cuando de su cumplimiento depende la existencia de la obligación*", pues si en verdad la condición suspensiva suspendiera el nacimiento de la obligación ¿Cómo sería posible novar una obligación que aún no nace? ¿Cómo puede extinguirse una obligación que aún no existe?. Surge con toda su fuerza un error de la tesis que afirma que la condición suspensiva suspende el nacimiento de la obligación, y no como es correcto decir que *sólo suspende su eficacia*. Ernesto Gutierrez y González, *Derecho de las obligaciones*, 5ª ed., México, Ed. Cajica, S.A., 1974, pág. 834.

El elemento de esencia de la novación es que se cree otra relación jurídica distinta que sustituya a la primera, esta nueva obligación debe ser creada mediante convenio novatorio – sujeto a las disposiciones respectivas (cosa que analizaremos mas ampliamente al estudiar el *animus novandi*)- siendo así este requisito, el contenido substancial del acto novatorio.⁸¹ “El acreedor no ha entendido renunciar a su derecho gratuitamente. La extinción de su crédito está subordinada a la creación de una deuda nueva. Luego, si esta no nace la novación no tiene lugar” (Planiol, t. II, número 537)⁸².

Esta nueva obligación debe ser igualmente existente y válida, pues si la nueva obligación resulta inexistente, tampoco puede existir la novación, ya que la relación jurídica primitiva no puede quedar sustituida por una que desde el punto de vista jurídico no tiene vida o existencia legal⁸³. Si la nueva obligación resulta nula, es necesario también distinguir si se trata de una nulidad absoluta o relativa. Cuando hay *nulidad absoluta*, tampoco puede producir efectos la novación, ya que dicha nulidad impedirá que se extinga la relación jurídica primitiva y se sustituya por una nueva, tal y como lo dispone el artículo 2219 del Código Civil “*Si la novación fuere nula, subsistirá la antigua obligación*”. En cambio si la obligación se encuentra afectada de *nulidad relativa*, la nulidad producirá efectos provisionales, y ésta puede quedar convalidada ya sea por la ratificación expresa o tácita o por la prescripción, supuestos en los que se vuelven definitivos sus efectos (artículo 2227 del mismo precepto).

La nueva obligación puede revestir cualquier modalidad como es la condición o el plazo y la carga o modo.

En lo referente a la *condición* hay que tomar en cuenta algunas reglas:

Si la nueva obligación se encuentra sujeta a *condición suspensiva* tendremos que considerar si dicha condición se realiza o no, pues si no se cumple, entonces no habrá novación y

⁸¹ Pues como dice el Dr. GALINDO GARFIAS al comentar el artículo 2217 del Código Civil. “Existe una relación de causa o efecto entre la obligación que se crea por medio de la novación. Relación causal en una doble dirección: el motivo determinante de la extinción de una de las obligaciones que se crean, obedece a la extinción de las que éstas van a sustituir.” Cit. por., Sergio T. Azua Reyes, Teoría general de las obligaciones, México, Ed. Porrúa, 1993, pág. 336.

⁸² Cit. por., Manuel Borja Soriano, Teoría general de las obligaciones, 14ª ed. México, Ed. Porrúa, 1995, pág. 616.

⁸³ Es por ello que no se puede novar una obligación natural.

quedará subsistente la primera obligación, cabe aclarar que el código no dispone nada al respecto, pero si aplicamos los principios generales llegaremos a esta solución⁸⁴.

Lo mismo resulta si se trata de una *condición resolutoria* y ésta se cumple, pues se considerará como si nunca hubiese existido la obligación.

No obstante que lo dicho es la regla general, claro está que las partes pueden pactar en reemplazar definitivamente la primera obligación por la nueva aunque ésta se encuentre sujeta a condición.

Además de que la nueva obligación debe de ser existente y válida, también es necesario que sea substancialmente distinta a la primera, cosa que analizaremos mas ampliamente a continuación.

3. Que haya un elemento de esencia diferencial entre la antigua y la nueva obligación.

La diferencia entre la primera obligación y la nueva que la sustituye debe ser substancial, es decir que afecte a los elementos esenciales de la obligación, pues una diferencia accidental no es considerada suficiente para constituir una novación.

“Si no existe diferencia entre la primera obligación y la segunda no puede haber allí novación, sino solamente reconocimiento de la deuda...”⁸⁵.

La doctrina ha entendido que el cambio substancial puede darse en cuanto a los sujetos, al objeto o en cuanto a la modalidad de la condición.

La Jurisprudencia nos dice que si en un nuevo contrato no se cambia la obligación primitiva ni la relación jurídica, y mucho menos el acreedor o deudor, únicamente hay una modificación en cuanto a las modalidades del crédito existente en los contratos celebrados con

⁸⁴ El Código Civil Argentino si determina expresamente esta solución al establecer en su artículo 807 lo siguiente: “Cuando una obligación pura se convierta en otra obligación condicional, no habrá novación si llega a faltar la condición puesta en la segunda y quedará subsistente la primera” Sergio Azua Reyes. *Op. cit.*, pag 836

⁸⁵ Manuel Borja Soriano, *Op. cit.*, pág. 617

anterioridad; a saber en el plazo para pagarlo, en los intereses que producir, así como en la consolidación (Semanao Judicial de la Federación. Octava Época. Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo III Segunda Parte-1. Página 497) y que el caso típico en que se cambia o se transforma una obligación, es aquel en que se altera su calidad (Semanao Judicial de la Federación. Quinta Época. Tercera Sala. Tomo XLVIII. Página 3068).

- a) En cuanto a los *sujetos* podrá haber novación si cambia la persona del deudor o la del acreedor por otra, no que venga a ocupar su lugar, sino con la que se cree una nueva obligación independiente de la primera.
- b) El cambio de *objeto* se dará si la nueva obligación es distinta de la anterior ya sea que una de dar se cambie por otra de dar, por una de hacer o por una de no hacer, o haciendo cualquiera de las combinaciones posibles con los tres tipos de obligaciones.
- c) En cuanto a la *modalidad de la condición* la mayoría de los autores concuerdan en afirmar que sólo esta modalidad puede figurar como cambio substancial de la obligación, como se deduce de la definición clásica de la condición “Acontecimiento futuro de realización incierta y de cuyo advenimiento depende el nacimiento o la extinción de una obligación”, en cambio el término es una modalidad que sólo afecta la exigibilidad de la propia obligación, por lo que el término no es de tal naturaleza esencial que cambie o altere la existencia misma de la relación jurídica o de la obligación⁸⁶, en cambio si la obligación primitiva y la sustituta difieren porque una es condicional y la otra pura y simple, habrá una diferencia esencial entre ambas obligaciones consistente en que la pura y simple existe, en cambio la condicional no existirá sino hasta que se realice la condición suspensiva, o bien, en caso de que exista, dejara de existir al realizarse la condición si es resolutoria, lo cual si modifica substancialmente a la primera obligación exigiéndola si es resolutoria o creando una nueva cuyo nacimiento es incierto si es suspensiva.

Por ello los cambios relacionados a aumentar o disminuir, conceder o suprimir el término, o el monto de la deuda, o el tipo de moneda, convenida, o la alteración de los réditos, o la

⁸⁶ “La concesión de un término o supresión no bastan para producir la novación pues el plazo no afecta a la obligación misma, sino a su efectación. Lo mismo sucede con la constitución de nuevas garantías” G. Marty, Derecho Civil. Teoría general de las obligaciones, Tr. De Jose M Cajica Jr Puebla, Puebla, México, Ed. José M. Cajica Jr., 1952, Vol 2, pág.208

constitución de alguna garantía o la liquidación o implantación de intereses, entre otros, no implican novación por no recaer en los elementos esenciales de la obligación.

4. Que se exteriorice expresamente la voluntad de novar "*animus novandi*".

En nuestro sistema de Derecho Civil, la suprema ley es la voluntad de las partes, y por ello la novación no puede superar este principio. El *animus novandi* es un elemento de naturaleza subjetiva esencial en la novación porque el objeto de esta figura jurídica es extinguir una obligación para crear otra; por lo tanto, no puede existir ni uno ni otro efectos, sin la voluntad de las partes.

La novación como convenio y contrato que es, requiere del consentimiento (pues es elemento esencial de todo contrato). El *animus novandi* es el propósito que persiguen las partes que otorgan el convenio de novación consistente en el ánimo de extinguir y crear obligaciones, es por ello que la "intención de novar es indispensable porque una deuda nueva siempre puede crearse al lado de una antigua. Si pues, el acreedor no ha consentido en perder su primera acción, las dos obligaciones subsistirán juntas, habrá creación de una deuda, pero sin la extinción de otra deuda" (Planiol, t. II número,543)⁸⁷. Los jueces pues, dice PLANIOL, no deben admitir la novación fácilmente y en la duda deberán mas bien dejar la primera obligación, coexistiendo al lado de la nueva⁸⁸ sin novarla. Y como renunciar a un derecho no se presume el artículo 2215 de Código Civil establece que la intención de novar se debe manifestar en forma expresa, nunca tácitamente. Por voluntad expresa entendemos que es la que se manifiesta de palabra, por escrito, o por signos inequívocos según lo dice el artículo 1803 del código citado⁸⁹.

Al respecto la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación pronuncia lo siguiente:

"Si bien la Ley Civil determina que la novación nunca se presume y que debe constar expresamente, esta última frase, como lo establece la doctrina, no debe interpretarse en el sentido de que en el contrato se diga que existe novación, sino en el de que los términos de aquél, se

⁸⁷ Manuel Borja Soriano, *Op. cit.*, pág. 620.

⁸⁸ *Ibid.*, pág. 621.

desprenda la intención de alterar substancialmente el contrato; porque cualesquiera que sean los términos que empleen las partes, no pueden modificar con ellos la esencia de los contratos y al juzgador corresponde interpretarlos, para apreciar la intención que se tuvo al celebrarlos.” (Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época Tercera Sala Tomo XXXI. Página 1160. 26 de febrero de 1931.

Como dice BEJARANO “La esencia de toda novación radica en la voluntad de las partes de cambiar la obligación antigua por una nueva, y aunque según el texto expreso de la ley, la novación no se presume, no es necesario para que exista, el empleo de palabras sacramentales o rigurosas, sino que basta que los términos del segundo convenio resulte demostrada expresamente la intención de las partes de cambiar la obligación primitiva por una nueva para que la novación exista (t. XVI, p. 1221 Pomposa Machado Cuéllar).⁹⁰

Cabe aclarar que existe duda de que si los títulos de crédito que se dan para cubrir el importe de un crédito, implican la existencia de un convenio novatorio y la respuesta es negativa, pues falta el *animus novandi*, ya que el propósito de las partes (al menos el del acreedor) no es substituir su crédito por otro diverso, por lo que si el documento entregado por el deudor no fuere pagado en su oportunidad, el acreedor dispondrá de las acciones correspondientes a su crédito para hacerlo efectivo.

El artículo 7 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece que *Los títulos de crédito dados en pago se presumen recibidos bajo la condición “salvo buen cobro”*. Como no existe novación y el documento solo fue recibido bajo la condición de que fuere pagado, el acreedor conserva su crédito con su garantía y eficacia originales para hacerlo efectivo.

Al respecto la Jurisprudencia establece:

“La expedición de la letra de cambio no implica novación, a menos que expresamente se haga constar que se substituye una deuda por otra; pero ello no significa que se permite el doble

⁸⁹ La Jurisprudencia nos señala que no sólo la prueba escrita es apta para demostrar la novación, pues también puede compróbarse por otros medios como lo es la confesión que demuestre expresamente la voluntad de novar. (Semanario Judicial de la Federación Sexta Época. Tercera Sala. Tomo: LXXX, Cuarta Parte, página 30).

⁹⁰ Cit. por, Manuel Bejarano Sánchez, Obligaciones Civiles, 4ª. ed., México, Ed. Harla, 1997, pág.420.

ejercicio de las acciones causal y cambiaria al arbitrio del acreedor...” (Semanao Judicial de la Federacón. Tercera Sala. Tomo CXXXVII, Cuarta Parte. Páquina 36. 19 de enero de 1968.)

“No puede decirse que la expedición de unas letras de cambio, como el pago de una compraventa, haya novado el contrato primitivo celebrado entre las partes, si las condiciones propias de éste, no sufrieron modificaciones de especie alguna, subsistiendo la cláusula recisoria estipulada, para el caso de no cubrirse en tiempo oportuno, los documentos de crédito dados en pago” (Semanao Judicial de la Federacón. Quinta Época. Tercera Sala. Tomo: LVII. Páquina 1102. 2 de agosto de 1938.).

2.3 Forma.

Los elementos que anteceden son los específicos de la novación, pero además de éstos deben quedar satisfechos los elementos de validez que son comunes a todos los actos jurídicos y algunos de estos elementos pueden tener carácter variable según la naturaleza de la obligación que se extinga y se crea.⁹¹

Al respecto la Jurisprudencia declara:

“Si bien la ley civil previene que la novación nunca se presume y que debe constar expresamente, esta exigencia no implica la necesidad de que se haga precisamente por escrito, ya que puede celebrarse verbalmente y probarse su existencia por los medios probatorios consignados en la ley, puesto que siendo la novación un contrato, está sujeta a las disposiciones generales respectivas, y así requerir la forma escrita pública o privada, para su validez, de tal solemnidad.” (Semanao Judicial de la Federacón. Quinta Época. Tercera Sala. Tomo: XLVII. Páquina 2663. 18 de febrero de 1936.)

⁹¹ Al respecto la Jurisprudencia establece. La novación es un contrato, y como tal debe estimarse sujeto a las disposiciones generales respectivas, así que cuando la novación de un contrato exija como requisito esencial, el que se consigne en escritura pública, esa novación debe estipularse nula, si no se reviste la solemnidad apuntada, cosa que no sucede cuando la novación simplemente tiende a cambiar el objeto de la obligación, y no se relaciona o entraña pactos o convenios que requieran una forma solemne (Semanao Judicial de la Federacón. Quinta Época. Tomo. LVIII Páquina. 226 6 de octubre de 1938.)

“El artículo 2215 del Código Civil... La novación del contrato debe constar por escrito cuando ésta sea la forma para que tenga validez.” (Semanao Judicial de la Federación. Séptima Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Tomo 3 Sexta Parte. Página 115. 4 de marzo de 1969)

El artículo 2214 del Código Civil nos dice que la novación es un contrato y se rige por las reglas generales a los contratos; uno de los principios de éstos es que las partes por contrato no pueden crear obligaciones a cargo de terceros; esta es la explicación de los artículos 2221, 2222 y 2223 que dicen:

Artículo 2221 “*El acreedor no puede reservarse el derecho de prenda o hipoteca de la obligación extinguida si los bienes hipotecados o empeñados pertenecieren a terceros que no hubieren tenido parte en la novación. Tampoco puede reservarse la fianza sin consentimiento del fiador*”.

Artículo 2222 “*Cuando la novación se efectúe entre el acreedor y un deudor solidario, los privilegios e hipotecas del antiguo crédito sólo pueden quedar reservados con relación a los bienes del deudor que contrae la nueva obligación*”.

Artículo 2223 “*Por novación hecha entre acreedor y alguno de los dadores solidarios, quedan exonerados todos los demás deudores*”.

2.4 Capacidad.

Resulta obvio que además del *animus novandi* se necesita tener capacidad para contratar, pues la novación debe quedar establecida contractualmente.

Al ser la novación un convenio *lato sensu*, produce un doble efecto: extingue una obligación y crea otra en su lugar. Por ello la capacidad que debe tenerse es la necesaria para extinguir la primera obligación, así como para contraer la obligación sustituta, pues si la extinción y la creación constituyen actos de dominio se necesitará tanto la capacidad general como la especial para enajenar. Por lo que el *acreedor* debe ser capaz de disponer de su crédito, puesto que la novación implica la extinción del crédito anterior. El *deudor* debe ser capaz de contraer la nueva obligación que adquiere puesto que la novación implica la creación de una nueva obligación.

Por lo que sólo pueden realizar válidamente convenios novatorios, los que tengan plena capacidad de goce y ejercicio, ya por sí, o por medio de sus representantes con facultad para verificar actos de dominio o disposición.

2.5 Clases.

Al analizar los requisitos de la novación se mencionó que era necesaria una variación substancial entre la obligación que se extingue y la que se crea. Esa variación puede ser objetiva o subjetiva, doctrinalmente denominadas como las clases o tipos de novación.

La *novación objetiva* también llamada real, se da cuando la variación radica en el objeto o en la relación jurídica.

La *novación subjetiva* también llamada personal, se da cuando la variación radica en los sujetos, pudiendo ser por cambio de acreedor o de deudor.

Respecto a la novación subjetiva la Jurisprudencia menciona:

“El Código Civil de 1932 para el Distrito Federal, siguiendo el desarrollo contemporáneo del concepto de transmisibilidad de las obligaciones, suprimió la novación subjetiva, o sea, la que, conforme al sistema del Código Civil de 1884, se operaba por la sustitución del deudor o del acreedor, extinguiendo la deuda primitiva, y en cambio introdujo un rubro especial relativo a la transmisión de las obligaciones, independientemente del de extinción de las mismas, en el que figura la cesión de derechos, la cesión de deudas y la subrogación, regulando la segunda, los casos de sustitución del deudor, sustitución que por si sola no extingue la obligación primitiva, ni da nacimiento a una nueva, sino que deja viva la antigua obligación y lo único que opera, es la transferencia de ella a otra persona.” (Semana Judicial de la Federación. Quinta Época. Tercera Sala. Tomo LXXIII. Página 3338. 6 de agosto de 1942.)

Para aclarar lo dicho por esta tesis jurisprudencial con relación a la supresión de la novación subjetiva comenzaremos por decir que nadie puede negar, sin incurrir en error, que los sujetos son un elemento de esencial en toda relación jurídica y, por ende, cualquier mutación en los mismos implicará modificación substancial.

Contra lo señalado la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido dos ejecutorias a nuestro juicio infundadas y erróneas como queda demostrado en la tesis antes citada al decir que la novación subjetiva quedó suprimida por el Código Civil de 1928, y en la ejecutoria pronuncia da en fecha 10 de diciembre de 1938, Tomo LXXII, página 4175, dijo: “Una obligación tiene naturaleza de cesión de deuda conforme a los artículos 2051 y siguientes del Código Civil vigente, si el acreedor en la escritura relativa, consintió en la sustitución del deudor, por otra persona, pues aunque la transmisión de la s obligaciones por sustitución de deudor se llamaba novación en el artículo 1607 del Código Civil de 1884, en el nuevo se denomina cesión de deuda, según el Capítulo II del Título Tercero de la Primera Parte del Libro Cuarto, pues ya en el capítulo relativo de la extinción de las obligaciones por Novación se prevé este caso de extinción de las obligaciones promovido por cambio de deudor.”

Contra quienes opinan que la novación es una figura inútil por confundirla ya con la cesión de derechos o de deudas, por el solo hecho de que se emplea menos frecuentemente que estas figuras, incurre en un error, pues el hecho de que se utilice una figura con menos frecuencia no quiere decir que se tenga que suprimir de la legislación.

Examinando el Código Civil vigente, encontramos que en efecto se suprimió el artículo 1607 del Código de 1884 que establecía la novación subjetiva por cambio de acreedor o de deudor; sin embargo se dejaron subsistentes las disposiciones de los artículo 2222 y 2223 del Código vigente que dicen: “*Cuando la novación se efectúa entre el acreedor y algún deudor solidario, los privilegios o hipotecas del antiguo acreedor, solo pueden quedar reservados con relación a los bienes del deudor que contrae la nueva obligación; por la novación hecha por el acreedor y alguno de los deudores solidarios, quedan exonerados todos los demás codeudores sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 1999*”. Basta citar la existencia de estos artículos para comprobar que muy a pesar de la desaparición del artículo 1607 de Código de 1884 la novación subjetiva está prevista en el Código Civil vigente, y que por lo tanto la desaparición de ese artículo no tiene la consecuencia jurídica que se señala en las tesis jurisprudenciales.

Tampoco el hecho de que se haya introducido en el Código Civil actual, en el título especial de la transmisión de las obligaciones, a la cesión de deudas, que regula la sustitución del deudor quiera decir que la novación subjetiva desapareció, pues son dos figuras jurídicas distintas.

Por último diremos que otra de las razones y tal vez la más importante de afirmar que la novación subjetiva está regulada, es en atención al artículo 2213 del código citado, el cual define que “Hay novación de contrato cuando las partes en él interesadas lo alteran substancialmente substituyendo una obligación nueva a la antigua”, y como no se especifica como se da la “alteración substancial” debemos en atención al principio de Derecho que enseña que en donde la ley no distingue, no debe distinguirse, podemos deducir que tanto el cambio de objeto como el de sujetos es un cambio substancial que implica novación siempre que se haga con la intención de extinguir la relación anterior, cosa que principalmente la distingue de las figuras jurídicas con la que se le compara y se le pretende suplir.

A) Novación Objetiva.

Una tesis jurisprudencial nos da la siguiente definición:

La novación que la doctrina llama objetiva, consiste en que se producen cambios en el objeto de la obligación o en las circunstancias o condiciones de ella, subsistiendo los mismos acreedor y deudor. (Semanao Judicial de la Federación. Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Tomo: III, junio de 1996. Tesis: VI. 3o. 32C. Página 880.)

La *novación objetiva* es el convenio (*lato sensu*) por medio del cual se extingue una obligación antigua substituyéndola por otra nueva que difiere de aquella en que tiene distinto objeto, o bien es diferente en su relación jurídica.⁹²

- a) Cambio de *objeto*. - El cambio de objeto ocurre cuando lo sustituido es la prestación de dar, de hacer o de no hacer, admitida originalmente por el deudor, por otra prestación distinta. A este tipo de novación se asemeja la dación en pago, que en su oportunidad analizaremos.
- b) El cambio de la *relación jurídica*. - Se presenta:

⁹² Ernesto Gutiérrez y González, *Op. cit.*, pág. 840. Esta definición nos la proporciona GUTIERREZ Y GONZÁLES agregando el calificativo “solemne” a el convenio, cosa con la que no estamos de acuerdo pues como dice AZUA REYES los actos solemnes además de que siempre deben constar por escrito, deben satisfacer otros requisitos como la formulación ante un funcionario público, y en la novación la ley simplemente exige que sea exteriorizada la voluntad en forma expresa que sería un requisito de forma y no de existencia como lo es la solemnidad. Sergio T. Azua Reyes, *Op. cit.*, pág. 337.

1. Cuando a una obligación pura y simple la substituye otra sujeta a la modalidad de la condición o viceversa. La variación en la modalidad puede consistir en que se suprima o agregue una condición ya sea suspensiva o resolutoria.
2. Cuando se cambia el campo en que se reglamenta la obligación, por ejemplo, si un crédito que se regula en el campo civil, es cambiado por uno que rige el derecho mercantil. Este cambio radica en la competencia de autoridades judiciales, así como por lo que hace a las vías en que se ejercen las acciones ante éstas.
3. Cuando se transforma el contrato, o también llamado cambio de causa, esto se presenta cuando se cambia el tipo de contrato por otro diferente aunque el objeto y sujetos sean iguales, por ejemplo, se cambia un contrato de compraventa por uno de mutuo.

Hay ocasiones en que la obligación sufre una alteración que en apariencia pudiera considerarse que es substancial pero en realidad no lo es, como en los siguientes casos:

1. Las alteraciones relativas al plazo, Al respecto PLANIOL dispone que “la concesión de un término al deudor por el acreedor o la renuncia por el deudor al término que la había sido precedentemente concedido pueden hacerse uno y otro sin traer consigo novación, por que el término no concierne sino a la ejecución de la obligación y no a su constitución” Por lo mismo, la prórroga o la abreviatura del plazo tampoco altera la deuda.⁹³ Esta contundente declaración se apoya o fundamenta en el hecho de que el artículo 1721 del Código Civil de 1870 decía: *“Hay novación de contrato, cuando las partes en él interesadas lo alteran sujetándolo a distintas condiciones o plazos...”* y al reproducir este artículo en el Código de 1884 suprimió las palabras “o plazos” lo cual significa que nuestro legislador, de acuerdo con la doctrina, no considera como caso de novación el que una obligación fuera sujeta a plazos.
2. Las alteraciones relativas al lugar del pago, como cuando en una obligación se debe pagar en la ciudad de México y después se acuerda en que se pague en Tlaxcala, lo cual no cambia la obligación.

⁹³ Manuel Borja Soriano, *Op. cit.*, pag. 617. GUTIERREZ Y GONZALEZ al respecto opina erróneamente que cuando el plazo se amplía o se reduce no implica que se trate de una nueva obligación, pero si el plazo no aparece en una obligación y luego sí o viceversa si se trata de una obligación distinta que implica novación

3. Las alteraciones relativas a las garantías o a la carga, por ejemplo, si una obligación está garantizada con derecho real de hipoteca, prenda o fianza y después se cancelan las garantías, o a la inversa no implica el cambio de la obligación (la garantía real sólo es subsidiaria de la obligación principal) pues el crédito es el mismo sólo que con una obligación extraordinaria adicional, o bien ya sin ella.
4. La remisión parcial de la obligación, el hecho de que el acreedor haga el perdón de una parte de la deuda no implica novación.
5. Las alteraciones relativas a los intereses no son parte de la estructura del crédito, por lo que no existe novación por la alteración de los réditos, pues los réditos no son sino frutos civiles.
6. El aumento o disminución del monto no implican novación.
7. La expedición de los títulos de crédito no implican novación.
8. La simple constitución de una nueva escritura no implica novación.
9. No es admisible la existencia de novación en caso de rescisión.
10. Los pagos parciales no implican novación, el hecho de que una deuda reconocida, se divida para su pago en varias exhibiciones mensuales, no altera substancialmente el contrato original sujetándolo a diversas condiciones, y los documentos extendidos para solventar el adeudo, sólo debe considerarse como una forma de pago.
11. La conversión de moneda no implica novación.

B) Novación Subjetiva.

La *novación subjetiva* es un convenio (*lato sensu*) por el cual se extingue una obligación antigua y se crea una nueva que difiere de la anterior, en que cambia uno de los sujetos, ya sea el acreedor, ya el deudor.⁹⁴

- a) Novación subjetiva por cambio de acreedor.

⁹⁴ Ernesto Gutierrez y González, *Op_cit*, pag 845

Es el convenio por el cual se extingue una obligación con consentimiento del deudor, y se crea otra nueva en donde el acreedor es persona diversa del que figuraba en la que se extinguió.⁹⁵

Como ya mencionamos, el Código Civil mexicano no regula de manera expresa esta novación⁹⁶ pues se le encontraba tan amplia semejanza con la cesión de derechos que parecería que es inútil este tipo de novación, lo cual resulta falso pues sus efectos tienen un alcance distinto a los de la cesión (en su oportunidad compararemos ampliamente a estas figuras).

La definición nos proporciona los elementos que se tienen que dar para que haya novación subjetiva por cambio de acreedor.

Así tenemos que se tiene que hacer por medio de un convenio en donde se manifieste de manera expresa que se quiere extinguir la obligación preexistente entre el acreedor y el deudor, para crear un nuevo crédito con otra persona distinta del acreedor original, pues la simple indicación al deudor de quien está autorizado por el acreedor para recibir el pago, no implica novación, pues si el acreedor original le dice al deudor que puede entregar el objeto debido a una tercera persona el cual es su apoderado general, no quiere decir que haya novación, pues dicha entrega será solo por efecto de la representación, que es como si se le hubiere entregado o pagado al mismo acreedor. También se requiere del consentimiento del deudor, pues tampoco habrá novación cuando el acreedor le manifiesta al deudor sin pedirle su consentimiento, que debe pagarle a otra persona, porque entonces se presume que hubo cesión de derechos, por lo que es necesario que el deudor dé su conformidad, pues ello implica que su primera obligación se extinga, y se cree una nueva obligación; imponerle sin más, una nueva obligación no es posible sin su consentimiento, aunque se terminara la primera.

b) Novación subjetiva por cambio de deudor.

⁹⁵ *Ibid.*, pág. 845.

⁹⁶ El Código Civil argentino sí la regula de manera expresa en su artículo 817 que a la letra dice “*Hay novación por sustitución del acreedor en el único caso de haberse hecho con consentimiento del deudor en el contrato entre el acreedor precedente y el que lo substituye. Si el contrato fuese hecho sin consentimiento del deudor, no habrá novación, sino cesión de derechos*”

Es un convenio por medio del cual se extingue una obligación con un determinado deudor, por la creación de una nueva con un deudor diverso: y con el consentimiento del acreedor.

Este tipo de novación se asemeja a la cesión o asunción de deudas, pues en ambas figuras se produce el cambio de deudor, pero los efectos de una y de otra figura son diversos (lo cual analizaremos más ampliamente más adelante).

En relación a este tipo de novación existe una jurisprudencia que explica en términos generales en qué consiste.

“La novación nunca se presume sino que debe constar expresamente, y hay novación (subjetiva por cambio de deudor) cuando un nuevo deudor es sustituido al antiguo, que queda exonerado, y el acreedor que exonera por la novación al antiguo deudor, aceptando otro en su lugar, no puede repetir contra el primero, si el nuevo se encuentra insolvente, salvo convenio en contrario. La novación por cambio de deudor tiene dos aspectos: en uno hay delegación, y en el otro expromisión, existiendo *delegación* cuando el nuevo deudor que quiere obligarse hacia el acreedor, es delegado, esto es, procurando por el antiguo deudor; y *expromisión*, cuando el nuevo deudor que substituye al antiguo, no obra por instigación de éste, sino espontáneamente o por iniciativa de un tercero. En la novación por delegación, se distingue la perfecta de la imperfecta. Para que haya *delegación perfecta*, es indispensable que el delegatario descargue al delegante, puesto que la novación por cambio de deudor, supone que el antiguo deudor es exonerado por el acreedor, para lo cual es necesario que éste de modo expreso declare que exonera a su deudor, pues como se ha dicho, la novación nunca se presume, y cuando no existe esta declaración categórica, no hay sino una *delegación imperfecta*, que da nacimiento a una segunda obligación, análoga a la fianza, aunque no idéntica, ya que el deudor puede oponer los beneficios que le concede la ley, mientras que el delegado a quien se demande con anterioridad al delegante, no tiene ese derecho, pues tanto uno como el otro, son para el acreedor, deudores principales.” (Semanao Judicial de la Federación. Quinta Época. Tercera Sala. Tomo: XL. Página 2716. 20 de marzo de 1934.)

A continuación explicaremos detalladamente estos dos supuestos en los que se da la novación subjetiva por cambio de deudor: la delegación y la expromisión.

1. Novación delegatoria.

En México el Código Civil no hace una reglamentación individualizada de estas formas de novación subjetiva por cambio de deudor⁹⁷

SALVAT dice que la *delegación* es universalmente considerada como una institución jurídicamente propia, distinta e independiente de la novación⁹⁸, pero de la reglamentación legal mexicana se desprende que la novación es el género de donde la especie es la delegación, considerado así desde el derecho romano, por lo que no se comparte la idea de SALVAT.

El ilustre Jurista MARCEL PLANIOL nos da un concepto de lo que es la *delegación* “La *delegación* es el acto por el cual una primera persona, pide a otra que se acepte como deudor a una tercera persona, que consiente en obligarse a su favor.”⁹⁹

GUTIERREZ Y GONZALEZ nos dice que la *novación delegatoria* se verifica cuando el deudor pide extinguir su deuda, y ofrece a su acreedor que creará otra obligación con un deudor diferente que está conforme en asumir iguales responsabilidades que las que extinguirán.¹⁰⁰

Por lo que se desprende que intervienen tres personas a las que se les denomina de la siguiente manera:

1. *Delegante*. Es el que toma la iniciativa de la operación, ajustado a la novación, es el primer deudor cuya obligación se va a extinguir y pone en relación a las otras dos personas.

⁹⁷ El Código Civil argentino si establece de manera expresa estas formas de novación subjetiva por cambio de deudor en su artículo 814 el cual dice: “La *delegación por la que el deudor da a otro que se obliga hacia el acreedor, no produce novación, si el acreedor no ha declarado expresamente su voluntad de exonerar al deudor primitivo*”.

⁹⁸ Apoyando esta idea PLANIOL, MARCEL dice: “La *delegación* no es una especie de novación sino una convención especial análoga al mandato, que se celebra entre el delegante y delegatario, para obtener diferentes efectos jurídicos. Este mandato tiene por objeto la estipulación por parte del delegado, de alguna cosa. En cuanto a la novación que pueda resultar de esta estipulación es una consecuencia posible pero en ninguna forma necesaria de la operación.” Cit. por., José Jesús Aguilar “Independencia y autonomía de la delegación”, Boletín trimestral del departamento de investigaciones jurídicas. Vol. IX, No. 33, enero-marzo, 1989, Guanajuato, Guanajuato, México, pág. 45. Este autor nos afirma que la delegación no es una novación porque no todas las delegaciones producen novación como lo es la imperfecta. Ibid., pág. 48.

⁹⁹ Ibid., pág. 35

¹⁰⁰ Ernesto Gutierrez y González, Op. cit., pág. 849

2. *Delegado*. Es la persona quien por súplica o por orden del delegante va a consentir en constituir la nueva obligación, o bien, en el caso de la novación es el segundo deudor.
3. *Delegatario*. Es el acreedor tanto en una como en otra obligación, cuyo consentimiento es indispensable para que se de la delegación.

La *delegación* se presenta en dos formas: con obligaciones previas o sin obligaciones previas.

A) *Delegación con obligaciones previas*. Se presenta cuando el delegante (primer deudor), es al mismo tiempo acreedor del que se va a constituir en delegado (segundo deudor). Es decir, el delegante (primer deudor) es deudor del delegatario (acreedor) y acreedor del delegado (segundo deudor). Este tipo de delegación puede ser perfecta o imperfecta:

- a) Es *perfecta* cuando el delegante o primer deudor ofrece a su acreedor que es el delegatario, un nuevo deudor o delegado, y el delegatario o acreedor, acepta que se extinga la primera obligación; y subsista sólo la del delegado o nuevo deudor.

Cuando esta operación está efectuada: dos obligaciones se han extinguido: la del delegante hacia el delegatario, y la del delegado hacia el delegante, y en su lugar ha nacido una obligación única, la del delegado hacia el delegatario.¹⁰¹ Y precisamente en eso radica su utilidad, en que a través de ella se pueden simplificar los pagos, pues se extinguen dos deudas y se crea una nueva y sola obligación.¹⁰²

- b) La delegación *imperfecta* o adpromisión, se realiza cuando el delegante o primer obligado, ofrece a su acreedor o delegatario, un nuevo deudor o delegado, para que asuma una nueva obligación, pero el delegatario o acreedor, si bien acepta al nuevo deudor o delegado, no acepta extinguir la primera obligación del delegante. esto es, la de su deudor original.

¹⁰¹ Suponemos, para mayor simplicidad, que los dos créditos primitivos tenían por objeto sumas iguales. Si el delegado debía menos dinero al delegante que el que éste debe al delegatario, el mismo resultado se producirá aún, pero en menos límites y solo y hasta la concurrencia de la deuda primitiva del delegado. Manuel Borja Soriano, *Op. cit.*, pág. 625.

¹⁰² "En toda hipótesis, la utilidad económica de la delegación consiste en simplificar las operaciones por hacer y en obtener, por medio de una prestación única, los mismos resultados jurídicos que si se hicieran dos prestaciones sucesivamente, una del delegado al delegante, otra del delegante al delegatario" (Planiof. t. II, núm. 552). *Id.*

Dado que el primer deudor no queda liberado, no existe en este tipo de delegación novación, pues aquí sólo se adiere otro deudor a la misma obligación, por lo que no se extingue una para ser sustituida por otra, requisitos esenciales de la novación.¹⁰³

B) *Delegación sin obligaciones previas*. Se realiza cuando una persona quiere convertirse en deudora de otra, pero como no tiene posibilidades económicas de hacerlo, solicita de otra persona se obligue frente a la que ella desea ligarse.

En este supuesto es imposible que exista novación si no existen vínculos jurídicos preexistentes que puedan ser extinguidos (este es el tipo de delegación que se asemeja a la estipulación a favor de tercero).

En conclusión, la única delegación que es novatoria o produce novación es la *perfecta*.

2. Novación por expromisión.

Se presenta cuando un tercero, que quiere ser nuevo deudor de un acreedor, por sí o por instancia de otra persona, se ofrece crear para sí una obligación, si el acreedor consiente en extinguir la deuda de un deudor que ya tiene, y sin pedir el consentimiento de éste.¹⁰⁴

La diferencia entre la delegación y la expromisión es que en la delegación el antiguo deudor ha invitado al nuevo deudor a obligarse, en su lugar del antiguo deudor y en la expromisión el nuevo deudor se obliga espontáneamente.

2.6 Diferencia con figuras afines:

Como ya lo hemos mencionado en repetidas ocasiones, en la actualidad se le pretende restar importancia a la novación, dado que el derecho ha evolucionado admitiendo la transmisión

¹⁰³ En la práctica es evidente el por qué esta clase de delegación (imperfecta) es la más utilizada, y es porque el acreedor tiene una mayor forma de asegurar su crédito.

¹⁰⁴ Ernesto Gutierrez y González, *Op. cit.* Pág. 850. Como ya lo mencionamos el Código Civil argentino si dispone expresamente la novación por medio de esta figura jurídica diciendo en su artículo 815 lo siguiente: "*Puede hacerse la novación por otro deudor que substituya al primero, ignorándolo éste, si el acreedor declara expresamente que desobliga al deudor precedente, y siempre que el segundo deudor no adquiera subrogación legal en el crédito*"

de los derechos y reconociendo después la posibilidad de transferir también las deudas, figuras jurídicas que aparentemente sustituyen en uso a la novación, adjudicándoles un alcance similar a los tipos de novación que ya mostramos, así pues haremos una comparación que nos permita distinguir que los efectos de esas figuras y de la novación son distintos y que por ello la novación se conserva en nuestra legislación como una figura jurídica bien determinada.

Así pues la novación subjetiva por cambio de acreedor se asemeja a la cesión de derechos en cuanto a que en ambas el deudor quedará ligado con un acreedor distinto a quien tuvo ese carácter originalmente; por cambio de deudor se asemeja a la cesión de deudas en cuanto a que en ambas se da un cambio de deudor, y la novación objetiva por cambio de objeto se le asemeja a la dación en pago en cuanto a que en ambas se cambia el objeto original de la obligación, pero a pesar de estas similitudes estas figuras tienen un efecto diverso al de la novación.

2.6.1 Cesión de derechos.

La cesión de derechos se encuentra regulada en el Código Civil en su Título Tercero titulado “De la transmisión de las obligaciones”, Capítulo I denominado “De la cesión de derechos”, del artículo 2029 al 2050.

Por lo tanto comenzaremos diciendo que es un modo de transmitir obligaciones. La transmisión tanto en el aspecto activo (derechos) como en el pasivo (deudas), es un efecto concretado en el derecho moderno, pues “En el derecho romano la obligación se concebía exclusivamente como vínculo personal: cambiar al acreedor o al deudor era aniquilar la obligación misma. En el derecho moderno, sin perder su carácter de vínculo entre dos personas ha adquirido otro: es un valor patrimonial para el acreedor y una carga patrimonial para el deudor, se hace así independientemente de la personalidad de los sujetos activos o pasivos que pueden variar sin que con ello resulte afectada la obligación. De ahí su transmisibilidad activa o pasiva (Gaudement)”¹⁰⁵

Se deduce que la novación ha sido inutilizada al surgir esta figura de la cesión pues el derecho romano no contemplaba la posibilidad de cambiar a los sujetos de la obligación sin

¹⁰⁵ Manuel Bejarano Sánchez, *Op. cit.*, pág. 387

extinguirla y por lo tanto dicha sustitución sólo llegó a efectuarse mediante la novación, esto es, extinguiendo la obligación original y creando una nueva con distinto sujeto, sin preservar el vínculo jurídico, siendo ésta una diferencia importante entre una y otra figura.

Por lo tanto la primera diferencia y la más importante entre una y otra figura es que la cesión de derechos no extingue el vínculo jurídico y la novación sí, pues el artículo 2229 del Código Civil define a la cesión de la siguiente manera: *“Habrá cesión de derechos cuando el acreedor transfiere a otro los que tenga contra el deudor”*.

BEJARANO al definir a la cesión de derechos lo hace diciendo que es el contrato a virtud del cual el titular de un derecho (cedente) lo transmite a otra persona (cesionario), gratuita u onerosamente, sin alterar la relación jurídica¹⁰⁶. Por lo que el mismo derecho del acreedor original (cedente) lo recibe el nuevo acreedor (cesionario) tomando el cesionario el lugar del cedente en la relación jurídica original. Y en la novación se extingue esa relación jurídica original para crear una nueva que la sustituye.

De esta trascendental diferencia se derivan las demás.

En la cesión de derechos como la relación jurídica permanece inalterada, el deudor podrá oponer al cesionario las mismas excepciones (salvo las personales) que pudo oponer al cedente – su acreedor original- al momento de efectuarse la cesión. En la novación el deudor no podrá oponer al nuevo acreedor, las mismas excepciones que habría podido alegar al titular del crédito anterior.

También tienen distinta naturaleza jurídica: la cesión de derechos es un contrato¹⁰⁷, pues es una forma de transferir la titularidad de los derechos, ya mediante compraventa-cesión, la permuta-cesión o la donación-cesión, en donde se deben observar las normas particulares del acto jurídico al que corresponda, tal como se señala en el artículo 2031 del ordenamiento citado que dice: *“En la cesión de crédito se observarán las disposiciones relativas al acto jurídico que le de origen en lo que no estuvieran modificadas en este capítulo”*. La novación en cambio, es un

¹⁰⁶ Ibid., pág. 388.

¹⁰⁷ Se ha calificado como un contrato “cambiante” porque asume la esencia de diversos contratos, como la compraventa, la permuta o la donación de los cuales va ha tomar su naturaleza.

convenio en sentido amplio porque extingue y crea obligaciones (muy a pesar de que la ley lo califique como contrato).

Otra diferencia es en cuanto al consentimiento para hacer el cambio de acreedor; en la cesión de derechos no se requiere del consentimiento del deudor para que el acreedor transmita su crédito a otra persona, el artículo 2030 así lo prescribe: *“El acreedor puede ceder su derecho a un tercero sin el consentimiento del deudor, a menos que la cesión esté prohibida por la ley, se haya convenido en no hacerla o no la permita la naturaleza del derecho...”*. Si la cesión de crédito puede verificarse independientemente de la voluntad del deudores porque para éste poca o ninguna importancia tiene pagar lo debido a uno u otro, cosa diferente en caso de la cesión de deudas, en donde el interés del acreedor puede ser manifiestamente atacado cuando se substituye en su crédito a un deudor solvente uno que no lo es, por lo que es necesaria para su transmisión la autorización expresa o tácita del acreedor. En la novación sí se requiere del consentimiento del deudor para extinguir la primera obligación y quedar vinculado por otro al nuevo acreedor.

Por último, otra diferencia es que en la cesión de derechos el crédito conserva todas sus garantías accesorias, lo mismo que los intereses vencidos (artículo 2032 de código citado) a favor del nuevo acreedor pues el crédito es el mismo. En la novación la relación jurídica no conserva (por principio general) las garantías que aseguraban a la obligación inicial.

2.6.2 Cesión de deudas.

Esta institución fue concebida y desarrollada por la Doctrina alemana a mediados del siglo pasado, alcanzó consagración legal en el Código Civil alemán, y, a imitación de éste en el Código suizo de las obligaciones, el polaco, el chino y en el mexicano de 1928. En cambio, sigue siendo ignorada por la mayoría de las legislaciones, entre ellas la francesa, pese a que varios tratadistas galos reconocen que una vez admitida la cesión de derechos, se impone reconocer la asunción de deudas la cual obedece a idéntico principio.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Antes del Código de 1928 nuestra legislación civil no comprendía la cesión de deudas, pero a pesar del silencio de la ley podía efectuarse válidamente apoyada en el principio de la libertad de los contratantes.

La cesión de deudas se encuentra regulada en el Título Tercero “De la transmisión de las obligaciones” Capítulo II “De la cesión de deudas” del artículo 2051 al 2057 del Código Civil.

BEJARANO nos proporciona un concepto de la cesión de deudas diciendo que “Es un contrato celebrado entre el acreedor, el deudor y un tercero, en el cual aquél consiente: que el tercero asuma la deuda y el deudor original quede desligado a la obligación”.

Aquí se observa la gran similitud que tiene con la novación subjetiva pasiva en el aspecto de que el deudor original deja su sitio de obligado a alguien que la substituye con el consentimiento del acreedor, y en ambas el deudor original se des obliga del acreedor, el artículo 2053 de ordenamiento citado relativo a la cesión de deudas dispone “*El acreedor que exonera al antiguo deudor, aceptando otro en su lugar, no puede repetir contra el primero, si el nuevo se encuentra insolvente, salvo convenio en contrario*”, en ambas, las garantías proporcionadas por terceros no se conservan artículo 2055 del código citado “*El deudor sustituto queda obligado en los términos en que estaba el deudor primitivo; pero cuando un tercero ha constituido fianza, prenda o hipoteca para garantizar la deuda, estas garantías cesan con la substitución del deudor, a menos que el tercero consienta en que continúen*”, pero cabe aclarar que en el caso de nulidad de la cesión de deudas sus consecuencias son aparentemente las mismas que las de la novación pues el artículo 2057 del Código Civil dispone con relación a la nulidad de la cesión de deudas lo siguiente “*Cuando se declara nula la substitución de deudor, la antigua deuda “renace” con todos sus accesorios: pero con la reserva de derechos que pertenecen a terceros de buena fe*”. Es decir, si la cesión de deudas fuere declarada nula, al destruir sus efectos la nulidad, el deudor que se pretendió substituir quedará ligado nuevamente, pero este simple efecto está mal expresado en el artículo citado. en donde se afirma que la nulidad de la cesión de deudas hace que la “antigua deuda” renazca (como se tratara de una novación que se extinguió y con la nulidad renació) siendo que la obligación del deudor original no “renació”, sino sólo sobrevivió, ya que el acto por el que iba a ser substituido no fue eficaz y válido.¹⁰⁹ Pero la diferencia radica en que en la novación se extingue un primer crédito y surge otro nuevo diferente y en la cesión de deudas no hay dos obligaciones, sino una sola que se transmite de uno a otro deudor.

¹⁰⁹Manuel Bejarano Sánchez, *Op. cit.*, pag. 410

La cesión de deuda tiene la naturaleza jurídica de ser un contrato porque transmite obligaciones y en la novación existe un convenio novatorio porque extingue y crea.

En la cesión de deudas el nuevo deudor podrá oponer al acreedor las mismas excepciones originadas por la naturaleza de la deuda que podía invocar el deudor sustituido, así como sus propias defensas, pero no podrá oponer excepciones que eran personales del deudor original. (artículo 2056 de Código Civil). En la novación el segundo deudor, sólo puede hacer valer las excepciones derivadas de la nueva obligación, pero no las que correspondían al primer deudor que substituyó.

Como la cesión de deudas es un acto plurilateral en el que habrán de intervenir las tres voluntades: del deudor original, (que va a ceder su lugar), del tercero (que va a asumir la deuda), y la del acreedor, esta última en atención al interés que tiene en la seguridad de su crédito que depende de la solvencia, responsabilidad y honorabilidad del deudor.

El artículo 2051 del ordenamiento citado establece que “*Para que haya substitución del deudor es necesario que el acreedor consienta expresa o tácitamente.*” (el artículo 20502 y 20504 dan la presunción del consentimiento tácito), es decir, que aquí es necesario que el consentimiento del acreedor se manifieste ya sea en forma expresa o tácita¹¹⁰. En la novación el consentimiento del acreedor sólo se admite en forma expresa, nunca tácita.

2.6.3 Dación en Pago.

A manera de introducción, diremos en forma general que hay dación en pago cuando el acreedor consiente en recibir de su deudor una conducta diversa (puede ser de dar, de hacer o de no hacer) de la que es objeto de la obligación como cumplimiento de ésta.

En otros regímenes jurídicos, la dación en pago se considera como una forma especial de novación objetiva de ejecución inmediata. Así tenemos que fue principalmente en Francia en donde se formuló esta teoría consistente en afirmar que la dación en pago es un medio extintivo

¹¹⁰ Esto confirma que no es lo mismo la asunción de deuda que la cesión, pues suele denominarse a la cesión de deuda como asunción y así lo explica BEJARANO “La asunción de deuda no implica la cesión de la misma, esto es, la transmisión del débito del obligado al nuevo deudor, quien toma el sitio de aquél en la relación jurídica y queda

de las obligaciones, que se produce a través de la novación, en donde algunos autores afirman que la dación en pago produce una novación por cambio de objeto puesto que el acreedor consiente en substituir su antiguo crédito por uno nuevo que tiene un objeto diferente. El nuevo crédito, dura sólo un instante: aquél que va desde que se realiza la convención de dación en pago, hasta la efectiva realización, afirmando que las partes substituyen la primera obligación por una nueva, en el entendimiento de que ésta será ejecutada inmediatamente: y afirman que en el fondo de toda dación en pago, se descubre una “novación tácita” por cambio de objeto (ello en donde se permite la novación tácita).¹¹¹

Esta exposición nos permite vislumbrar la semejanza que existe entre la dación en pago y la novación objetiva por cambio de objeto, y hasta parecería que la declaración que hacen estos autores de que toda dación en pago implica una novación es verdad, pero no lo es, y esto lo concluiremos si analizamos sus efectos y consecuencias de cada figura.

En nuestro derecho la dación en pago es una institución independiente y diversa de la novación objetiva; es una forma especial de extinción por pago: en el acto del cumplimiento, el acreedor accede a recibir cosa diversa de la debida y extingue el crédito.

El artículo 2095 del Código Civil la contempla y establece al decir que *“La obligación queda extinguida cuando el acreedor recibe en pago una cosa distinta en lugar de la debida.”*

Al ser estrecho este concepto BEJARANO nos proporciona una definición que nos permite visualizar sus características: y dice que es la dación en pago “el cumplimiento actual de la obligación, con una conducta distinta de la que era su objeto original, con el consentimiento del acreedor”.¹¹²

Por lo que tres son los requisitos que deben cumplirse para la realización de esta figura.

1. El consentimiento del acreedor en recibir en pago una conducta diversa de la que es debida.

sujeto a la misma necesidad de conceder la prestación —o abstención— que es su objeto, pues para que haya verdadera cesión de deuda es indispensable que el acreedor consienta en la situación del deudor original”. *Ibid.*, pág. 407.

¹¹¹ José Beltrán de Heredia y Castaño. *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1956, págs. 368 y 369

2. Que el acreedor preste inmediatamente, en el mismo acto esa conducta¹¹³, pues es evidente que la dación en pago en sentido estricto requiere la tradición efectiva de una cosa corporal o de una prestación, o de un crédito *pro soluto* nunca *pro solvendo*¹¹⁴ por lo que no habrá dación en pago si se pospone en cumplimiento de la conducta aprobada por el acreedor, ni tampoco se pueden dar en pago cosas futuras (a menos que lo que se transfiera sea el derecho a percibir las).
3. Si el objeto de la dación en pago es una cosa, se necesita que ésta sea propiedad del deudor, de lo contrario la dación será nula (artículo 2087 del código citado).

La dación en pago y la novación difieren en los siguientes aspectos:

La dación en pago no tiene el doble efecto de la novación de extinguir y crear obligaciones, la dación no crea un crédito; simplemente extingue el que ya existía. La dación en pago es un convenio *lató sensu* que extingue derechos, pero cuando su objeto es una cosa, produce además otro efecto, que es el de transferir la propiedad de ella: el dominio de la cosa transmite del *solvens* al *accipiens*, y además de extinguir la obligación constituye un acto jurídico translativo de la propiedad, lo cual permite clasificarlo en el supuesto contemplado, como un convenio en sentido amplio porque extingue y transfiere derechos reales.

Otra diferencia radica en cuanto a su naturaleza, pues la novación objetiva no es un pago, sino una forma de extinguir una obligación y crear una nueva cuyo objeto se pagará en el futuro, y la dación en pago es una entrega actual.

Otra diferencia que se observa entre la novación y la dación en pago, es en cuanto a sus consecuencias en el caso de evicción, pues en el caso de novación objetiva, si pierdo por evicción la cosa objeto de la nueva obligación, sólo tendré derecho al saneamiento, pues no podré pretender el pago del objeto original dado que fue extinguido por la nueva obligación. En cambio en el caso de la dación en pago, la pérdida de la cosa por evicción determina que el pago no se

¹¹² Manuel Bejarano Sánchez, Op. cit., pág. 430.

¹¹³ “En consecuencia, si se va a pagar con una cosa diversa, es necesario que se entregue la cosa tradición que puede ser real, si se confiere su tenencia física; jurídica “cuando, sin estar entregada materialmente la cosa, la ley la considera recibida” (artículo 2284 del código citado) o cuando el acreedor conviene que la cosa quede en poder de un tercero o del mismo deudor (artículo 2859) y virtual si el acreedor se da por recibida de ella aceptando que ya ha quedado a su disposición (artículo 2284)” Ibid., pág. 431.

haya efectuado, pues el pago con cosa ajena (es decir, no es propiedad del deudor) es nula; por lo que el acreedor conserva su derecho al objeto original de la deuda.¹¹⁵

¹¹⁴ *Op. cit.*, José Beltrán de Heredia y Castaño, pág. 369.

¹¹⁵ Al respecto observa BEJARANO que el Código Civil reseña este efecto impropio en el artículo 2096 que dice: "*Si el acreedor sufre la evicción de la cosa que recibe en pago renacerá la obligación primitiva quedando sin efecto la dación en pago*". BEJARANO dice que la obligación no renació sino que no fue extinguida y sí sobrevivió Manuel Bejarano Sánchez, *Op. cit.*, pág. 433.

**CAPÍTULO 3. LA TRASCENDENCIA DE LA NOVACIÓN EN EL ÁMBITO
JURÍDICO PRÁCTICO Y SU FUTURO EN EL CÓDIGO CIVIL.**

CAPÍTULO 3. LA TRASCENDENCIA DE LA NOVACIÓN EN EL ÁMBITO JURÍDICO PRÁCTICO Y SU FUTURO EN EL CÓDIGO CIVIL.

Como hemos podido observar a lo largo de este trabajo, la novación es una figura jurídica de notoria importancia en el ámbito jurídico, ya que es una forma de extinguir obligaciones, y es por ello que no se le puede reemplazar, ni restar importancia por el solo hecho de que han surgido de otras figuras jurídicas, que en épocas pasadas no existían y que hacían más frecuente su utilización. Así pues, los efectos que nos proporciona la novación son diferentes al de otras figuras con las que se le suele comparar, lo cual, permite a las partes unidas por una relación jurídica optar por la figura que más convenga a sus intereses.

Me parece sumamente necesaria la revisión y corrección del capítulo de la novación en el Código Civil, pues adolece de errores importantes que pueden ser la causa de que no se conozca esta figura jurídica y por tanto no se opte por su utilización.

En esta parte de la tesis se expondrán los errores que provocan gran confusión en torno a la novación, y la sencilla propuesta para corregirlos, así como una breve mención de los ámbitos en donde es más frecuente su utilización.

3.1 Naturaleza jurídica de la novación.

La lógica jurídica nos señala que para poder establecer la naturaleza jurídica de la novación, es necesario analizar su esencia, o bien, sus elementos esenciales, y por ello es necesario ir a su definición.

BEJARANO define a la novación diciendo que es un acto jurídico plurilateral, pues intervienen varias voluntades jurídicas que se exteriorizan con el propósito de producir consecuencias de derecho, las cuales consisten en extinguir un vínculo de derecho preexistente, mediante la creación de un vínculo nuevo: extingue y crea derechos.¹¹⁶

¹¹⁶ *Ibid*, pag 416.

Como se puede apreciar en esta definición y en la que nos proporciona el multicitado artículo 2213 del Código Civil, los elementos esenciales de la novación son dos: la extinción de una obligación y la creación de una nueva.

El análisis estos dos elementos esenciales nos proporcionará pues, su naturaleza jurídica, por lo cual surge la interrogante de si la novación es un convenio o un contrato. Y para poder deducirlo, el Código Civil en sus artículos 1792 y 1793 nos proporcionan las definiciones de convenio y de contrato.

Artículo 1792. *“Convenio es el acuerdo de dos o más voluntades para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones”.*

Artículo 1793. *“Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos”.*

Como podemos observar, el convenio y el contrato están ligados con los indestructibles lazos de género y especie, siendo el convenio el género y el contrato la especie. El género como más amplio incluye a la especie, por lo que podemos afirmar que todo contrato es convenio, mas no todo convenio es contrato.

Así también podemos afirmar que todo género incluye como mínimo dos especies, por lo que el convenio *“lato sensu”*; incluye las especies de contrato y de convenio *“stricto sensu”*.

De acuerdo con ello podemos afirmar que la novación es un convenio *“lato sensu”*, ya que *“extingue”* una obligación y *“crea”* otra que la substituye, o bien, que es un contrato y un convenio *“stricto sensu”*.

3.1.1 Crítica al artículo 2214 del Código Civil.

En lo relativo a este punto, el artículo 2214 del Código Civil afirma que *“la novación es un contrato y como tal, está sujeto a las disposiciones respectivas salvo las modificaciones siguientes”.*

La aseguración categórica de este artículo de que *“la novación es un contrato”* nos parece un grave desacierto, pues al analizar las disposiciones relativas a definir al convenio y al contrato

(artículo 1792 y 1793) nos resulta que la novación es un convenio en sentido amplio o bien, que es un convenio en sentido estricto en cuanto a que extingue una obligación y también un contrato en cuanto a que crea una nueva obligación.

Con esta base podemos apreciar la gravedad del error en que incurre el artículo citado al llamar limitadamente contrato a la novación, pues de ello se aprecia el desconocimiento absoluto de la naturaleza de esta figura, y por otro lado, como disposición legal es objeto de lamentables confusiones, siendo que la principal característica de la técnica jurídica, debe ser la claridad y la precisión.

También cabría considerar como un error (aunque de menos trascendencia jurídica) la evidente contradicción entre el citado artículo y el título de esa sección denominada “Extinción de las obligaciones”, ya que el contrato por definición, nunca extingue obligaciones y en consecuencia hay “*contradictio in terminis*”.

Cabe señalar que el maestro BORJA SORIANO aserva que “Para nuestros Códigos la novación es un contrato y como tal está sujeto a las disposiciones respectivas, salvo las modificaciones consideradas en los capítulos que tienen por rubro de la novación”, y señala que en vista de lo expuesto debemos considerar que en estos preceptos está tomada la palabra contrato como sinónimo de convenio¹¹⁷

Lo cual consideramos injustificable, pues los términos jurídicos contrato y convenio están bien establecidos con su significado preciso en los artículos 1792 y 1793¹¹⁸.

En base a toda la serie de confusiones de que es objeto la redacción de el artículo 2214, considero que tal debería establecer lo siguiente: “*La novación debe efectuarse mediante contrato, por lo cual estará sujeta a las disposiciones respectivas salvo las modificaciones siguientes*”.

¹¹⁷ Manuel Borja Soriano, *Op. cit.*, pág. 613.

¹¹⁸ Cabe señalar que en las legislaciones extranjeras no existe este problema que tratamos de resolver, pues en todas ellas los términos convenio y contrato son sinónimos, lo que nos conduce a confirmar que dicha divergencia tiene vicios de mexicanidad.

En esta redacción que me atrevo a proponer no se establece textualmente la naturaleza jurídica de la novación, pero ello no es necesario, pues eso se deduce por medio del estudio de las disposiciones correspondientes, lo que sí es necesario es la claridad de esas disposiciones para no caer en confusiones graves. Así pues este artículo estará enfocado a establecer lo conducente a esa parte creativa de la novación que lógicamente solo puede efectuarse mediante contrato, teniendo así no un “contrato de novación” (el cual tendría que estar incluido en el capítulo correspondiente al de los contratos), sino un contrato (de compra-venta, mutuo, etc.) novativo.

Así pues, la novación es un convenio en sentido amplio o bien, es un convenio en estricto sentido (porque extingue una obligación) y un contrato (porque crea una nueva).

3.2 Crítica al artículo 2213 del Código Civil.

Artículo 2213 *“Hay novación de contrato cuando las partes en él interesadas lo alteran substancialmente sustituyendo una obligación nueva a la antigua”.*

Este artículo es de suma importancia, ya que contiene el concepto de novación y los requisitos esenciales que deben cumplirse para el su configuración, cuya trascendencia es importante, ya que es una forma de “extinguir obligaciones”.

Como ya se mencionó y estudió, los requisitos esenciales de la novación desprendidos de este artículo son:

1. La existencia de una obligación.
2. Que esa obligación sea sustituida por otra alterándola substancialmente.
3. Que haya un elemento de esencia diferencial entre la antigua y la nueva obligación.
4. Que se exteriorice expresamente la voluntad de novar (requisito también establecido por el artículo 2215).

Lo que ahora nos ocupa, es este primer requisito, el cual se encuentra delimitado en la redacción del artículo 2213 al decir “novación de contrato”, pues tal parece que esta obligación preexistente para que pueda ser novada tiene que provenir de un contrato, lo cual limita mucho su aplicación.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

En realidad no es necesario que la obligación preexistente sea contractual; puede novarse “contractualmente” una obligación nacida de un cuasi-contrato o de un hecho ilícito, a través de la transacción como acto novativo, en donde la novación objetiva desempeña una función de plena actualidad y conveniencia. Así por ejemplo, si como consecuencia de un accidente de circulación, el autor y la víctima, en evitación de litigios, limitan, definen y pactan una indemnización convencional como solución de la responsabilidad por el daño, la indemnización de ésta no creo la haga insusceptible de novación, lo cual tiene importancia a efectos de relación causal entre ambas: repetibilidad del obligado contra un tercero si se descubre, después, que fue el culpable del accidente, etc.¹¹⁹

Los autores, unánimemente afirman que la obligación que ha de ser novada puede derivar de cualquier otra fuente, es decir, la novación puede surgir de una declaración unilateral de voluntad, de una gestión de negocios, de un hecho ilícito, etc. No olvidemos que la novación es una forma de “extinguir obligaciones” no de “extinguir contratos”. La novación puede extinguir una obligación cualquiera, no sólo la derivada de contrato.

Esta limitación claramente establecida en el artículo citado, carece de fundamento, y tal vez se redactó así por el hecho de que la mayoría de las obligaciones derivan de los contratos, pero ello no justifica tal error de redacción pues la ley debe ser clara y precisa.¹²⁰

Cabe mencionar, que en los siguientes artículos referentes a la novación no se vuelve a hacer esta limitación y solo se refieren a “la anterior obligación” y no se especifica que tenga que ser contractual, por lo que podemos afirmar que la novación no solo lo será de contrato sino de cualquiera obligación independientemente de su origen, salvo que la ley lo prohíba respecto de algunas obligaciones en particular.

¹¹⁹ Francisco de Asis Sancho Rebullida, Op. cit., pág. 341

¹²⁰ Al respecto ENNECCECERUS dice: “que la novación puede no referirse al contrato sino a la relación obligatoria nacida del mismo; y añade: no se trata, aunque acaso se redactase en ese sentido el tenor literal del convenio, de una modificación del primitivo contrato (pues no es menester, en absoluto, que exista tal contrato), sino de la modificación de la relación obligatoria existente. Si pues, los derechos reales existentes, como el usufructo y la prenda, pueden ser modificados por contrato . no hay razón alguna para que no pueda convenirse con respecto al contenido una modificación d un punto esencial .” Cit. por. Francisco de Asis Sancho Rebullida, La novación de las obligaciones, Barcelona, Ed. Nauta S A., 1964, pág. 341

Por todas estas razones el artículo 2213 considero debería simplemente cambiar en su redacción la palabra “contrato” por la de “obligación” y así se evitarían confusiones que sin duda son de importante trascendencia.

El artículo 2213 quedaría de la siguiente manera: “*Hay novación de obligación cuando las partes interesadas en ella la alteran substancialmente sustituyendo una obligación nueva a la antigua*”.

3.3 Efectos de la novación.

Al ser la novación un convenio “*lato sensu*” produce un doble efecto: extingue una obligación y hace nacer otra. Es un acto único el que realiza este doble resultado. Uno de estos dos efectos no puede, pues, obtenerse sin el otro; hay entre ellos una estrecha solidaridad, por lo que nada se hace si uno de los dos falta por cualquier causa: no se nova una deuda sino para reemplazarla por otra y no se crea ésta sino para substituir a la otra.¹²¹

3.3.1 Como convenio en sentido estricto.

El efecto extintivo de la novación es precisamente lo que hace trascender a esta figura y darle una utilidad especial y única en el ámbito jurídico, y es también por este efecto extintivo que los Códigos incluyen a esta figura de la novación entre los medios de extinción de las obligaciones.

Así pues, al extinguirse el primer crédito, se producen otros efectos más amplios, según si la obligación que se extingue haya estado o no garantizada con derechos accesorios como la hipoteca, la prenda o la fianza, o bien que haya establecido una cláusula penal o intereses. Al respecto el artículo 2220 del Código Civil en su primera parte establece: “*La novación extingue*

¹²¹ Dado que en términos generales la novación es la extinción de una obligación y creación de otra nueva que la substituye. La extinción de la obligación primitiva no es solo el efecto, sino, además, la causa de la nueva, llamada a substituirla, hasta el punto de que el nacimiento y extinción se condicionan recíprocamente y la obligación nueva no se produce si la anterior era nula o inexistente y viceversa. La característica es esta unidad compleja “creación-extinción”, la mutua interdependencia causal; se extingue la obligación primitiva porque nace otra nueva; nace una obligación nueva para extinguir la anterior y ocupa su sitio. *Ibid.*, pag. 327.

la obligación principal y las obligaciones accesorias.”¹²² Esta disposición es en atención al principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Quiere esto decir que si la obligación principal estaba garantizada, al extinguirse por novación, se terminan también las garantías, puesto que si estaban destinadas a asegurar su cumplimiento, y el crédito deja de existir, carecen de fundamento, pues para ellas rige el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Es por eso que los acreedores que tienen alguna garantía, algún derecho accesorio para garantizar su derecho principal, deben tener cuidado al novar la primera obligación si no quieren verse expuestos a perder su garantía (esta es una de las razones por las cuales se tachaba de poco conveniente a la utilización de esta figura jurídica de la novación).

No obstante esta determinación, la ley permite que la posibilidad de pactar que los accesorios que garantizan la primera obligación, al extinguirse ésta, no se extingan con ella, pudiendo así las partes preservar tales accesorios trasladándolos a la nueva obligación. Basta para ello una reserva expresa del acreedor en tal sentido y la tácita aceptación del deudor. Esta determinación se encuentra incluida en el propio artículo 2220 segundo párrafo que dice: *“El acreedor puede, por reserva expresa impedir la extinción de las obligaciones accesorias, que entonces pasan a la nueva.”*¹²³

Las garantías, como son los privilegios y las hipotecas adheridas al crédito antiguo pueden, pues, reanudarse al nuevo crédito por una cláusula especial y conservan entonces todo su valor¹²⁴. La reserva de que se trata, que deroga al derecho común, no es eficaz si no se expresa, sin embargo, la ley no prescribe para ello términos sacramentales, lo único necesario es que esta

¹²² SALVAT comenta este precepto diciendo, que dado a que uno de los efectos de la novación es extinguir la obligación principal, la extinción de los accesorios y las obligaciones accesorias, es una consecuencia lógica de su propio carácter: “los accesorios y las obligaciones accesorias siguen la suerte de la obligación principal y, en consecuencia, extinguida ésta, aquellos debían quedar también extinguidos. La ley habla de extinción de obligación principal con sus accesorios, por ejemplo: los privilegios que correspondieran a la obligación; los intereses debidos, los cuales quedarían extinguidos conjuntamente con el capital. La ley habla igualmente de la extinción de las obligaciones accesorias, como pueden ser: la obligación derivada de la existencia de una cláusula penal, la fianza, la prenda, la hipoteca, etc. Para mayor simplicidad hablaremos de accesorios solamente, comprendiendo bajo esta palabra tanto los accesorios propiamente dichos, como las obligaciones accesorias.” Manuel Borja Soriano, *Op. cit.*, pág. 622.

¹²³ Y es aquí en donde cabe preguntarse si existe la novación parcial, pues no toda la obligación es extinguida.

reserva se formule en el acto mismo de la novación. La necesidad de la reserva expresa existe para toda clase de novación (tanto objetiva como subjetiva).

La conservación de estas garantías u obligaciones accesorias es evidentemente contraria a el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, pero si el legislador ha admitido esta excepción, ha sido por razones de utilidad práctica de facilitar los negocios.

En vista de lo expuesto, los acreedores que quieran conservar las garantías de su crédito, al consentir en una novación deben tener cuidado de hacer la reserva de la que hemos venido hablando.

Tal convenio "*stricto sensu*" (puesto que estamos en esta parte extintiva) que trasplanta las garantías, sólo es posible en los casos en que éstas hayan sido proporcionadas por el deudor mismo, pues si provinieran de un tercero (como es la fianza, o bien la prenda o hipoteca concedidas por tercero), su supervivencia sólo será posible si el garante (tercero) consiente en ella. El artículo 2221 determina esta limitación.

Como ya se mencionó, además de las garantías, los intereses de la deuda principal también fenecen con ella, a menos que fueran considerados o computados al formular la nueva relación. También con la deuda original desaparecen sus modalidades, limitaciones y vicios. Si la relación jurídica primitiva estaba sometida a ciertas modalidades o limitaciones o adolecía de determinados vicios éstos se suprimen con ella (artículo 2218), una obligación condicional dejará de serlo si al ser novada no se somete a la misma modalidad. Así lo establece el artículo 2216: "*Aún cuando la obligación anterior esté subordinada a una condición suspensiva, solamente quedará la novación dependiente de l cumplimiento de aquélla, si así se hubiere estipulado.*"

3.3.2 Como contrato.

El efecto creativo de la novación, es el que hace que la novación se manifieste mediante la forma contractual (pues como ya dijimos sólo mediante contrato se crean derechos y

¹²⁴ La hipoteca (o cualquier garantía)es reservada tal como existía en el primer crédito. Así pues, si la nueva deuda es más considerable, la hipoteca reservada no la garantizaría sino en los límites de la deuda antigua. Ernesto Gutierrez y González, *Op. cit.*, pág. 623.

obligaciones) y se rija por las reglas generales de los contratos (artículo 2214), uno de los principios de éstos es que las partes no pueden crear obligaciones a cargo de terceros, ésta es la explicación del artículo 2221, 2222 y 2223 del Código Civil.

El artículo 2221 establece que *“El acreedor no puede reservarse el derecho de prenda o hipoteca de la obligación extinguida si los bienes hipotecados o empeñados pertenecieren a terceros que no hubieren tenido parte en la novación. Tampoco puede reservarse la fianza sin consentimiento del fiador.”*

SALVAT explica que “por una parte, la novación, cualquiera que sea su clase, implica la alteración de la primitiva obligación, alteración que no puede ser invocada contra tercero, que ha quedado extraño a ese acto, la novación es para él *res inter alios acta*. Por otra parte, en el caso de novación por cambio de deudor, el tercero puede haber querido garantizar la obligación del primitivo deudor de cuya solvencia está informado y a quien le unen, quizás vínculos de parentesco, de amistad o de negocios; pero puede no estar dispuesto a garantizar la obligación del tercero, que puede ser para él un desconocido”.¹²⁵

El artículo 2222 establece: *“Cuando la novación se efectúe entre acreedor y algún deudor solidario, los privilegios e hipotecas del antiguo crédito sólo pueden quedar reservados con relación a los bienes del deudor que contrae la nueva obligación.”*

El artículo 2223 dispone: *“Por la novación hecha entre acreedor y alguno de los codeudores solidarios quedan exonerados todos los demás codeudores, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1999”.*

Estos artículos nos establecen los efectos con relación a las obligaciones solidarias de deudores, es decir, cuando hay novación de un acreedor único con un alguno de los deudores solidarios, pero también existe el caso de que se nove una obligación cuando existe un deudor único con alguno de los acreedores solidarios, o bien, que haya solidaridad tanto de deudores como de acreedores y uno de cada solidaridad nove la obligación.

¹²⁵ Manuel Borja Soriano, *Op. cit.*, pag. 624

a de los
ngue la

9 el cual
a exigir
r partes

debe ser
hubiere

chos del

nove la
xigir de
se habrá
ifestado
según lo
ga en los
ligación

ifestaron
rtes que
di.

ligación,
s demás
teniendo
que les

corresponda, pues se subroga en las obligaciones del deudor, convirtiéndose ahora en deudor de ellos.

En este caso puede surgir el problema de que no sea posible para el acreedor novante (ahora deudor) cumplir ante los demás la parte proporcional de la prestación en su forma originaria, en cuyo caso considero que dichos acreedores tendrán el derecho de exigir además de la parte correspondiente de la obligación primitiva el pago de daños y perjuicios¹²⁶.

Debido a que resulta evidentemente problemática la novación en este supuesto, me parece necesario se regule específicamente en cuanto a sus efectos, ya que el Código nos omite este caso en específico, y cabe la posibilidad de no resultar ser tan solvente este nuevo deudor como el original.

En los casos de solidaridad mixta se combinan las anteriores reglas y soluciones.

En el caso de las obligaciones mancomunadas, el Código tampoco establece reglas específicas; pero se deduce de los artículos 1985 y 2005 del Código Civil, que por regla general la novación sólo podrán realizarla el acreedor o deudor mancomunados en la parte de la deuda que les corresponda a cada uno, y como regla especial, si la división fuera imposible, la novación sólo podrá realizarse por la totalidad de los acreedores mancomunados (mancomunidad activa), o deudores de la misma clase (mancomunidad pasiva) según el artículo 2006, claro está con su debida manifestación de querer novarla.

En cuanto a las clases de novación (objetiva y subjetiva) los efectos son:

3.3.3 En la novación objetiva.

En la novación objetiva, la pérdida de la cosa o la imposibilidad sobrevinida de la prestación nueva no confieren derecho al acreedor sobre la anterior.

¹²⁶ SANCHO REBULLIDA dice al respecto, que este supuesto se resolverá como cualquier otro incumplimiento en forma específica, en donde los coacreedores solidarios podrán optar entre la parte proporcional de la obligación novada o el *id quod interest* de la primitiva. Ernesto Sancho Rebullida, *Op. cit.*, págs. 365 y 366.

3.3.4 En la novación subjetiva.

En la novación subjetiva por cambio de deudor, como el crédito novado es diverso, el deudor no podrá oponer a su cobro las excepciones y defensas que habría podido invocar contra el primitivo. Este efecto lógico de la novación, el Código de 1884 si lo establecía expresamente en su artículo 1620 al decir: *“El deudor substituido no podrá oponer al acreedor las excepciones que personalmente competían al primer deudor; mas podrá oponerle las que personalmente tuviera contra el mismo acreedor y las que procedan del contrato”*.¹²⁷

Así también en el caso de insolvencia del nuevo deudor, el Código de 1884 en su artículo 1610 establecía: *“El acreedor que exonera por la novación al antiguo deudor, aceptando otro en su lugar, no puede repetir contra el primero, si el nuevo se encuentra insolvente, salvo convenio en contrario”*. Este artículo se encuentra transcrito en el artículo 2053 del Código vigente perteneciente al rubro de la cesión de deudas, lo cual quiere decir que al suprimirse del capítulo de la novación sólo se entenderá por lógica esta primera parte de artículo consistente en que al realizarse la novación por cambio de deudor, se extingue el derecho del acreedor de reclamar nada al anterior pues esa obligación se encuentra extinguida, en cambio al pertenecer ahora al capítulo de la cesión de deudas este artículo abre la posibilidad de que el acreedor pueda garantizar su crédito con la inclusión de *“salvo convenio en contrario”*. Si este artículo se hubiera transcrito en el Código vigente, la novación perdería su esencia que es la de extinguir obligaciones, no transmitir las.

3.4 Utilidad práctica de la novación.

Una vez analizados los efectos de la novación, no puede negarse su utilidad, pues como todo medio de extinción de obligaciones es importante en el ámbito jurídico.

¹²⁷ “Enseña CUNHA GONCALVES que por fuerza del artículo 814 del Código Portugués, un efecto de la novación es que el nuevo deudor (substituido, dice el mismo artículo, en vez de substituto), no puede oponer al acreedor las excepciones o razones jurídicas de no pagar, que podrían oponer al antiguo deudor; pero puede oponerle las que personalmente tenga contra el mismo acreedor...El nuevo deudor, no estando obligado por la deuda antigua, ni siendo sucesor del antiguo deudor, no ocupa la situación jurídica de éste; y por eso, es que sólo podrá defender con las excepciones personales, tales como algún vicio de su consentimiento, la nulidad del título en que se hizo la novación...en suma, todos los argumentos extintivos de su obligación paralizadores de la acción del acreedor.” Manuel Borja Soriano, *Op. cit.*, pág. 624

La utilidad práctica de la novación se extiende a diversos campos de derecho, pues para que se pueda aplicar solo es necesaria una relación jurídica obligacional.

En uno de los contratos que con más frecuencia suele utilizar esta figuras es en el de prestación de servicios profesionales, pues con frecuencia se pactan en ellos posteriores condiciones diversas a las primitivas, en cuanto al monto, forma y época de pago de los honorarios del profesional, ello constituye una alteración substancial que sustituye una obligación nueva a la antigua, por lo que surge la novación del contrato y se deben pagar los honorarios conforme a las nuevas obligaciones.

Otro de los casos en donde con frecuencia se hace efectiva la utilización de la novación, es en la comisión de un hecho ilícito, en donde las partes negocian para facilitar el pago por indemnización del agravio que se cometió. Por ejemplo: Pablo le debe a Juan \$5,000 como indemnización por el hecho ilícito que cometió en su agravio. Pablo para garantizar su deuda, le da a Juan en prenda un reloj de oro. Pablo le propone novar la obligación y, en vez de ella, se compromete a suministrarle gasolina para sus automóviles por el término de un año.

La novación como una forma de extinción de las obligaciones es muy frecuente en el campo laboral. En el caso de contratos por tiempo indeterminado es muy difícil que ellos queden intactos por el plazo de muchos años, siendo más bien normal que sus disposiciones, aun las esenciales, se transformen durante la relación de trabajo, en tal forma que, al terminar dicha relación son contadas las cláusulas que hayan quedado como el contrato original. Tal es el caso bastante frecuente del trabajador que habiendo ingresado joven en la empresa, en calidad de obrero o modesto empleado, a través de numerosas etapas, llega a cubrir el cargo de gerente o director general de la misma. Cada cambio de salario, cada cambio substancial de tareas, cada ascenso o retroceso, significan una novación del contrato inicial¹²⁸, lo que llamaríamos novación objetiva. En el campo laboral resulta de suma importancia la determinación de la antigüedad del trabajador, ya que es tomada en cuenta para el otorgamiento de diversas prestaciones o beneficios, por ello se ha tomado como principio general que para efectos de determinar la

¹²⁸ "Evidentemente no puede hablarse de novación, cuando los ascensos y los aumentos de sueldo están ya previstos en el contrato individual, en la reglamentación interna o en el estatuto legal de la profesión, ya que en este caso tales aumentos o ascensos son debidos en virtud del contrato individual." Mariol Deveali. "La novación objetiva y subjetiva en el contrato de trabajo", *De iure del trabajo*, Tomo VII, 1947, Buenos aires Argentina, pág 481.

antigüedad del trabajador, ésta no se vea afectada por los efectos de la novación, pues la antigüedad es considerada como una situación de hecho con independencia de los negocios jurídicos que la ocasionaron. Así pues entendemos que en el caso de novación subjetiva del contrato de trabajo por sustitución del empleador, el principio de la acumulación de los servicios, a los efectos de determinar la antigüedad toman este principio. Por consiguiente, toda vez que una ley laboral o un convenio colectivo toma en consideración el elemento “antigüedad”, éste deberá ser determinado, a falta de disposiciones en contrario, teniendo en cuenta la serie de contratos que se han seguido sin interrupciones, por efecto de las novaciones aceptadas por el trabajador, en donde el nuevo contrato novado funciona como una continuación del anterior (a diferencia de lo que ocurre en el derecho civil), pero solo para efectos de determinar la antigüedad del trabajador. Consideramos inútil agregar que, cuando existe novación, no puede hablarse de despido o renuncia, sea según el derecho común¹²⁹.

Estos son los casos que con más frecuencia se utiliza a la novación, pero claro está que su aplicación no tiene límites pues puede derivarse de cualquier fuente ya contractual, ya extracontractual.

¹²⁹ “También la doctrina alemana, si bien entendía, de acuerdo con los principios de derecho común, que la venta de la empresa trae consigo la terminación de los contratos, admitía que si los trabajadores aceptan continuar prestando sus servicios –aceptación que puede ser tácita- cesa la obligación del empleador anterior de pagar la indemnización por despido (DE LA CUEVA, *Derecho mexicano del trabajo* pág.642)”. *Ibid.*, pág. 488.

CONCLUSIONES.

PRIMERA. La novación tuvo en el derecho romano un alcance y una importancia superior a la que reviste en nuestros días, ello como consecuencia del desarrollo y evolución del propio derecho, el cual vio la necesidad de establecer la transmisión de las obligaciones creando figuras jurídicas que permiten obtener los mismos fines que la novación subjetiva pero con mejor regulación en sus efectos, los cuales pueden convenir a las partes.

SEGUNDA. La novación no puede ser suprimida de ninguna legislación, pues en virtud de la libertad de contratación, las partes siempre podrán celebrar una convención como lo es la novación por más que no estuviera legislada de manera expresa.

TERCERA. Existen figuras que se pueden equiparar a la novación en cuanto a sus fines como son: la cesión de derechos con la novación subjetiva por cambio de acreedor, la cesión de deudas con la novación subjetiva por cambio de deudor y la dación en pago con la novación objetiva por cambio de objeto, sin embargo se pueden establecer notables diferencias entre esas figuras y la novación las cuales tendrán efectos diferentes.

CUARTA. El Código Civil de 1884 regulaba expresamente en su artículo 1607 a la novación subjetiva y el Código Civil vigente suprime lo establecido en ese artículo (imitando al Código Alemán), considerando que la novación subjetiva ya no tiene razón de ser al aparecer ya en este Código figuras como la cesión de derechos y la cesión de deudas, sin embargo la definición que hace el Código Civil vigente de la novación deja abierta la posibilidad de que exista esta clase de novación al establecer en su artículo 2213 que "Hay novación de contrato, cuando las partes en el interesadas lo alteran substancialmente...", ya que dentro de este requisito de "cambio substancial entre la obligación que se extingue y la que se crea en su lugar" cabe el caso de un cambio de sujetos en la obligación.

QUINTA. La novación resulta ser la figura idónea y el único procedimiento jurídico por el cual las partes pueden hacer un cambio en el objeto o en la causa de la obligación, pero además también les puede resultar conveniente la utilización de esta figura en los casos en los que se

pretenda cambiar a los sujetos, en donde los efectos serán diferentes a la utilización de figuras como la cesión de derechos o de deudas.

SEXTA. El artículo 2213 del Código civil vigente delimita la aplicabilidad de esta figura al establecer "Hay novación de contrato...", lo cual se interpreta que sólo puede haber novación cuando se pretenda extinguir una obligación derivada de contrato, lo cual es falso pues puede novarse "contractualmente" una obligación nacida de un cuasi-contrato o de un hecho ilícito, por lo que la obligación que ha de ser novada puede derivar de cualquier fuente, contractual o extracontractual como lo es una declaración unilateral de voluntad, una gestión de derechos, un hecho ilícito, etc. El artículo 2213 debería decir: *"Hay novación de obligación, cuando las partes en ella interesadas la alteran substancialmente sustituyendo una obligación nueva a la antigua"*.

SEPTIMA. La novación no es un contrato como lo establece el artículo 2214 del Código Civil vigente, este es un grave error que denota un total desconocimiento de la naturaleza jurídica de esta figura, pues es una figura que se caracteriza por tener un doble efecto creación-extinción, de lo cual se deduce que es un convenio, pues abarca esas dos efectos, nuestro Código define y distingue expresamente al convenio y al contrato en sus artículos 1792 y 1793 respectivamente, en donde el contrato solo abarca la parte creativa de la obligación y no la extintiva, por ello la novación es un convenio, o bien, es un contrato y un convenio en sentido estricto. El artículo 2214 debería decir: *"La novación debe efectuarse mediante contrato, por lo cual estará sujeta a las disposiciones respectivas salvo las modificaciones siguientes"*.

BIBLIOGRAFÍA.

DOCTRINA.

AGUILAR, José Jesús, "Independencia y autonomía de la delegación", *Boletín trimestral del departamento de investigaciones jurídicas*. Vol. IX, No. 33, enero-marzo, 1989. Guanajuato, Guanajuato, México.

AZUA REYES, Sergio T., *Teoría general de las obligaciones*. México, Editorial Porrúa, 1993. 376 p.

BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones civiles*. 4ª edición, México, Editorial Harla, 1997. 545 p.

BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José, *El cumplimiento de las obligaciones*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1956. 526 p. (Serie J. Monografías prácticas de derecho español Vol. XXX).

BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*. 14ª edición, México, Editorial Porrúa, 1995. 732 p.

BRAVO GONZÁLEZ, Agustín y BRAVO VALDÉS, Beatriz, *Segundo curso de derecho romano*. México, Editorial Pax, 1987. 280 p.

DI PIETRO, Alfredo y LAPIEZZA ELLI, Angel Enrique, *Manual de derecho romano*. 2ª edición, Buenos Aires, Editorial Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1977. 486 p.

FLORIS MARGADANT, Guillermo, *El derecho privado romano*. 6ª edición, México, Editorial Esfinge, 1975. 530 p.

GIORGI, Jorge, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Tr. Eduardo Date Iradier, Tr. de la 7ª edición italiana y anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas, por redacción de la revista general de legislación y jurisprudencia y expedida de una introducción del Excmo. Sr. D. Eduardo Date Iradier, 2ª edición, Madrid, Editorial Reus, S.A., 1930. 559 p. Vol. 7.

GUTIERREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*. 5ª edición, México, Editorial Cajica, S.A., 1974. 946 p.

LAFAILLE, Héctor, *Teoría general de las obligaciones*. Buenos Aires, Editorial Biblioteca Juridica Argentina, 1926-1927. 480 p. Tomo 1.

- MARTY, G., Teoría general de las obligaciones. Tr. de José M. Cajica Jr., Puebla, Puebla, México, Editorial José M. Cajica Jr., 1952. 350 p. Vol. 2.
- PUIG PEÑA, Federico, Tratado de derecho civil español. Obligaciones y contratos. 2ª edición, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1974. 414 p. Tomo 4.
- REZZÓNICO, Luis María, Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil. Extinción de las obligaciones 2ª parte. Fuentes extracontractuales de obligaciones. 9ª edición, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1966. 1656 p. Vol. 2.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asis. La novación de las obligaciones. Barcelona, Editorial Nauta S.A., 1964. 484 p.
- BARASSI, Sergio T., Instituciones de derecho civil. Barcelona, José María Bosch Editor, 1991. Vol. 2.
- BORJA SORIANO, Manuel, Apuntes de la cátedra del tercer curso de derecho civil. Teoría general de las obligaciones. México, D.F., Editorial Acuña Hermanos, 1930, 297 p.
- BORRELL SOLER, Agustín, Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones civiles. Barcelona, Editorial Bosch, 1954. 292 p.
- MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, Teoría de las obligaciones. 3ª. Edición, México, Editorial Porrúa, 1993, 382 p.
- NAMORADO URRUTIA, Pericles, Manual de obligaciones civiles. Xalapa: Universidad Veracruzana, 1995. 525 p.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de derecho civil III: Teoría general de las obligaciones. 16ª. Edición, México, Editorial Porrúa, 1989. 543 p.

LEGISLACIÓN.

- Código Civil Argentino.
- Código Civil Español.
- Código Civil para el Distrito Federal de 1870.
- Código Civil para el Distrito Federal de 1884.
- Código Civil para el Distrito Federal vigente.