



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO

MAESTRÍA EN DERECHO.

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE
DERECHO

LA NOVACIÓN EN EL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES
CIVILES

TESIS

. QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:

MAESTRO EN DERECHO

PRESENTA:

FERNANDO LÓPEZ RAMÍREZ

TUTOR:

CÉSAR MONTERO.
FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM.

MÉXICO, D.F. MAYO DE 2015



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

La Novación en el Derecho de las Obligaciones Civiles.

Introducción.....	3
-------------------	---

Capítulo Primero

Marco histórico de la novación como forma de extinguir las obligaciones.

1. Breve reseña histórica de la novación	8
1.1 Derecho Romano.....	9
1.2 Derecho francés.....	20
1.3 Derecho mexicano.....	32
1.3.1 Código Civil para el Estado de Oajaca (sic).....	35
1.3.2 Código Civil del Estado libre de Zacatecas de 1829	37
1.3.3 Proyecto de Código Civil mexicano elaborado por orden del Supremo Gobierno a Justo Sierra en 1861.....	39
1.3.4 Código Civil para el Estado de Veracruz- Llave de 1868	48
1.3.5 Código Civil para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California de 1870.....	50
1.3.6 Código Civil para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California de 1884.....	56
1.3.7 Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal	57

Capítulo Segundo

Ubicación de la novación en el Derecho de las Obligaciones y su marco conceptual

1. Ubicación de la novación en el Derecho de las obligaciones	62
1.1 Concepto de obligación	62
1.2 Fuentes de las obligaciones	71
1.2.1 El contrato.....	74
1.2.2 La declaración unilateral de la voluntad	77
1.2.3 Enriquecimiento ilegítimo	81
1.2.4 La gestión de negocios ajenos	85
1.2.5 Obligaciones que nacen de los actos ilícitos {sic} (Hecho ilícito).....	88
1.2.6 El riesgo profesional.....	92

1.3	Formas de extinción de las obligaciones	94
1.3.1	Compensación.....	95
1.3.2	Confusión de derechos	99
1.3.3	Remisión de la deuda.....	100
1.3.4	Dación en pago	102
1.3.5	Prescripción	103
1.3.6	Transacción	104
1.3.7	Caducidad.....	106
1.3.8	Novación.....	108
2.	La novación como forma de extinción de las obligaciones	108
2.1	Elementos	113
2.2	Clases de novación	117
2.2.1	Objetiva.....	118
2.2.2	Subjetiva	121

Capítulo Tercero

La novación como forma de extinguir las obligaciones civiles en el Derecho comparado

1.	Derecho Civil español	127
2.	Derecho Civil argentino.....	155

Capítulo cuarto

Naturaleza jurídica de la novación de las obligaciones civiles. Su regulación en el Código Civil para el Distrito Federal vigente

1.	Naturaleza jurídica de la novación de las obligaciones	178
1.1	Noción de naturaleza jurídica.....	178
1.2	Naturaleza jurídica de la novación	185
1.2.1	Objetiva.....	212
1.2.2	Subjetiva	216
2.	Naturaleza jurídica de la novación en el Código Civil para el Distrito Federal vigente	219
3.	Propuesta de reforma a los artículos 2213 y 2214 del Código Civil para el Distrito Federal vigente	227
	Conclusiones	230
	Glosario.....	231
	Fuentes de consulta.....	234

La Novación en el Derecho de las Obligaciones Civiles

Introducción.

La novación es una de las instituciones del Derecho de las Obligaciones que no obstante su antigüedad, aún presenta posiciones doctrinarias encontradas, a la par que diversa regulación en las legislaciones de nuestra tradición jurídica. A ello obedece, sin duda, el que su estudio continúe siendo de gran interés. Es por esta razón que esta investigación pretende contribuir a su análisis.

La novación tiene gran relevancia en el Derecho Civil mexicano, pues es un medio extintivo de obligaciones que opera mediante la sustitución de una obligación por otra, la cual, tiene utilidad en un sin fin operaciones civiles y comerciales, que son parte de la vida social y económica de este país. Por ende, es vital que la legislación civil mexicana y en concreto la legislación civil para el Distrito Federal deba regular correcta y concretamente esta figura jurídica, tanto en su contenido, clases y efectos; así como el lugar que ocupa en el Derecho de las Obligaciones Civiles.

En este orden de ideas, la presente investigación aborda el análisis detallado de la novación, como forma de extinción de las obligaciones civiles, desde sus orígenes en Roma, hasta la actualidad, acentuándose en la naturaleza jurídica de la novación, pues ésta, no debe ser considerada un contrato, sino un convenio en sentido amplio, ya que por medio de este último se crea, modifica, transmite y extingue una obligación. Por esta razón, en esta tesis, se replantea el análisis conceptual que de esta figura jurídica se ha dado a lo largo de los años en las distintas legislaciones civiles que ha tenido el Distrito Federal, como la de 1870, 1884, 1932 y la del año 2000 -por citar algunas-, las cuales, han dispuesto (erróneamente) que la novación es contrato. Así, en esta investigación se recurre a la consideración conceptual y utilidad, a sus elementos, clases, así como en relación con las diversas teorías jurídicas que la novación tuvo desde sus orígenes hasta la fecha, respecto del lugar que debe ocupar en el Derecho Civil, concretamente en el Derecho de las Obligaciones.

El planteamiento del problema de investigación, se establece que en el Código Civil para el Distrito Federal vigente, existe contradicción respecto del concepto y lugar que ocupa la novación como institución jurídica en su sistemática. Esto se debe a que este ordenamiento regula a la novación en su Libro Cuarto, Título Quinto, Capítulo Cuarto, como forma de extinción de las obligaciones, lo cual, no tiene mayor problema si se atiende a lo dispuesto por el artículo 1792 de este ordenamiento, el cual, define al convenio como “el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir modificar o extinguir obligaciones”; y al contrato, según el 1793, como “los convenios que producen o transfieren derecho y obligaciones...”, siguiendo la lógica jurídica de este ordenamiento, lo pertinente es considerar a la novación como convenio, en el cual, se crea una obligación nueva, que extingue a una anterior. Empero, esta legislación, no sigue su propia lógica, pues de acuerdo con el artículo 2214 la novación “es un contrato, y como tal, está sujeto a las disposiciones respectivas...” Con lo cual, es indudable que existe una contradicción entre los citados artículos del Código, que crean confusión respecto a la naturaleza jurídica de la novación y también respecto del lugar que debe ocupar esta institución en la sistemática del mismo cuerpo normativo, de ahí que sea absolutamente trascendente conocer la naturaleza jurídica de la novación, recurriendo al estudio comparado con otras legislaciones civiles, así como a los criterios emitidos por nuestro máximo órgano jurisdiccional, analizando al efecto las diversas teorías, arquetipos y paradigmas que han dado forma a la regulación que en la actualidad existe en ese específico rubro en el Código Civil para el Distrito Federal , contrastando esta interpretación jurídica con la existente en otros lugares del mundo y en otros sistemas jurídicos, con el fin de demostrar el error por contradicción existente en nuestra legislación civil para el Distrito Federal, al disponer que los actos que extinguen obligaciones son convenios y que los que crean, son contratos, sistematizando a la novación como forma de extinción de las obligaciones, para posteriormente conceptualizarla como contrato.

Aunado a lo anterior, en esta investigación se crítica, la pésima regulación de la novación en el Código Civil, la cual en mi opinión, origina lagunas respecto al lugar que debe ocupar esta forma de extinción de las obligaciones en este ordenamiento, pudiendo confundir no sólo al beneficiario

de la ley, sino al juzgador de la misma, respecto de la especificidad de lo que es la novación, si ella es contrato o convenio, y que requisitos se exigen para uno u otro, o bien, si son sinónimos y la razón por la cual la distinción que se realizan los artículos antes descritos es inoperante, por ello, en el contenido de esta tesis, se insiste respecto a la necesidad enfocarse al estudio exhaustivo de la naturaleza jurídica de la novación, con el fin de determinar el lugar y utilidad que tiene en el Derecho, despejando la confusión que existe de ella, en la legislación civil mencionada.

La justificación, de esta tesis, tiene su causa en que ante el avance de la sociedad en su forma de convivir, relacionarse y comerciar, crea fenómenos que no son estáticos y por ende acabados, sino que continuamente cambian y avanzan, que el Derecho debe regular, por ende se hace necesaria que exista una eficiente reglamentación jurídica de ellos, que responda a la realidad social, lo cual, hace indispensable la continua revisión, crítica, y en su caso, el replanteamiento acerca de la regulación y utilidad de diversas instituciones jurídicas. Es el caso de esta investigación, la cual, se dedica a replantear la regulación existente de la novación en el Código Civil para el Distrito Federal, la cual como mencioné, estimo equivocada, pues genera contradicción en su naturaleza jurídica, concepto y efectos. Mismo que pretendo dilucidar a través de su estudio comparado, respecto de otras legislaciones, como con el estudio documental de las teorías que existen respecto de ella, para generar el resultado de determinar, el lugar que ocupa la novación en el Derecho Civil.

Respecto al lugar que ocupa la novación, en cuanto al estado del arte, en la actualidad, existe poca bibliografía al día especializada sobre la misma, siendo las más vigentes las actualizaciones realizadas a los textos de Ernesto Gutiérrez y González. José Antonio Álvarez Caperochipi, Antonio Hernández Gil, Rafael de Pina, por citar algunos; y textos especializados en la distinción entre convenio y contrato como lo es el del autor Jorge Alfredo Domínguez Martínez de 2012. En materia jurisdiccional, sólo se aborda en tesis aisladas, que datan de 1996, 1998, 2004 y 2011, dictadas por Tribunales Colegiados en Materia Civil, las cuales sólo mencionan de la novación, sus clases, sus elementos, su existencia, así como su distinción de otras figuras jurídicas como la cesión de derechos, pero no su concepto y naturaleza jurídica. Lo cual se ve con más detalle en el contenido de esta tesis.

La legislación aplicable al tema de investigación, es el Código Civil para el Distrito Federal vigente, que regula a la novación de los artículos 2213 a 2219, como una forma de extinción de las obligaciones, así como los artículos 1792 y 1793 del mismo ordenamiento, los cuales, establecen la distinción entre contrato y convenio, y por lo cual, en esta tesis se plantea el problema de esclarecer la contradicción que existe entre estos con los numerales 2213 y 2214, en cuanto a la naturaleza jurídica de la novación.

El objetivo general de esta investigación, consiste en analizar y aplicar las diversas teorías que existen respecto de la naturaleza jurídica en general, aplicándola a la figura jurídica de la novación, aunada a las teorías que existen respecto de la distinción entre convenio y contrato, con la finalidad de demostrar que la novación es convenio y no contrato como se refiere el artículo 2214 del Código Civil para el Distrito Federal vigente; además, de que se estudia la evolución histórica de las teorías acerca de la novación, que han influido en la legislación respectiva actual y el tratamiento que le dan a esa materia los códigos civiles en el Derecho Civil español y argentino.

Por otra parte como objetivos específicos en esta tesis, se establece de manera concreta, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, el precisar jurídicamente el porque la novación es un convenio y no contrato, y en consecuencia, se presenta una propuesta de reforma a los artículos 2213 y 2214 del Código Civil para el Distrito Federal, con la finalidad de evitar la contradicción que existe entre lo dispuesto por estos numerales y los artículos 1792 y 1793.

Con lo anterior, se aclaran las siguientes interrogantes: ¿Qué utilidad tiene en el Derecho Civil la novación?, ¿Existe diferencia entre contrato y convenio?, ¿Cuál es el origen de la distinción entre contrato y convenio?, ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la novación?, ¿Cómo concibe la legislación civil para el Distrito Federal a la novación?, ¿Qué lugar debe ocupar la novación en el Código Civil para el Distrito Federal vigente?

En este estudio, se toman como parametros de la investigación, a los métodos histórico, comparativo, y analítico, con el objetivo de demostrar la importancia, el significado y la naturaleza jurídica que tiene la novación como institución en el Derecho de las Obligaciones Civiles, la cual insisto, debe ser considerada un convenio que extingue obligaciones, distinto del contrato, que

sólo las crea y las transfiere. El método histórico, servirá para analizar las transformaciones que ha experimentado la novación en el Derecho Civil, a través de las distintas propensiones jurídicas del mundo. El método comparativo lo emplearé para identificar los diversos cambios normativos en la forma de concebir y utilizar la novación en México como en Argentina y España. El método analítico, lo emplearé para realizar un estudio concreto de las teorías, historia, legislaciones de otros países, para corroborar las hipótesis planteadas a la investigación propuesta.

La técnica de investigación que se emplea en esta tesis, es la técnica documental, a efecto de recabar información de fuentes, ya sean libros, revistas, diccionarios, legislación y precedentes judiciales, con el propósito de formar un marco teórico e histórico de la novación y establecer la necesidad de realizar las reformas que se proponen en la misma.

Respecto de las teorías jurídicas que utilizo para el desarrollo del objeto de ésta investigación, son: la del *ius normativismo*, pues se realiza un análisis de la normatividad existente respecto de la regulación de la novación, su concepto y naturaleza jurídica; y la Histórica, a que esta investigación parte de un análisis histórico y conceptual de la novación como forma de extinción de las obligaciones, para establecer su evolución y conformación en nuestro sistema jurídico, así como al diverso tratamiento que se le ha dado en legislaciones que han influido en la creación del Código Civil para el Distrito Federal vigente.

Capítulo Primero

Marco histórico de la novación como forma de extinguir las obligaciones

1. Breve reseña histórica de la novación

La novación es una institución del Derecho Civil, que tiene sus orígenes en el Derecho Romano¹ y que a través de la historia, ha sido acogida por otras legislaciones civiles que a su vez, han influido a la mexicana. Por esta razón, es vital para esta investigación realizar el estudio histórico de la novación, tanto en el Derecho Romano como en el Derecho Civil Francés, para determinar cómo fue transmitida esta institución al Derecho Civil Mexicano y si ésta siempre tuvo la naturaleza jurídica de contrato, o alguna vez se le asignó otra naturaleza, y de la misma manera establecer cómo fue acogida por el Código Civil para el Estado de Oaxaca y de manera subsecuente por el Código Civil de Zacatecas, por el Proyecto de Código Civil elaborado por Justo Sierra, el Código Civil para el Estado de Veracruz- Llave, por los códigos civiles para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California de 1870 y 1884, y finalmente por el Código Civil del Distrito y Territorios Federales de 1928.

A través del presente trabajo de investigación pretendo determinar si han existido cambios trascendentales en la figura de la novación desde el Derecho Romano y del Derecho Civil Francés, comparada con la legislación que actualmente regula nuestro Código Civil para el Distrito Federal.

¹ Cfr. con Carbonnier, quien menciona que la novación tiene casi por entero, un origen romano, con base en una concepción formalista, según la cual, la novación resultaba automáticamente de la sucesión de dos estipulaciones con el mismo objeto, hasta desembocar, bajo Justiniano (C. 8, 41, 8, 1), en una conformación voluntarista que condicionaba a la novación a la intención de las partes. Véase Carbonnier, Jean, *Derecho Civil, Estudio Introductorio, Traducción de la 1ª edición francesa con adiciones de conversión al Derecho español por Manuel Ma. Zorrilla Ruiz, Tomo II, Vol. III, Situaciones Extracontractuales y Dinámica de las Obligaciones*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1960. p. 222

1.1 Derecho Romano

En el Derecho romano es donde se acuñan la mayoría de las figuras e instituciones del derecho civil que prevalecen actualmente. Un ejemplo de ello es la novación, la cual, ocupó el lugar dentro del Derecho Civil romano, como una forma de extinción de las obligaciones, Es así que a través de esta investigación, dedicaremos las siguientes páginas a determinar el origen de la novación en el Derecho romano, así como a explicar su existencia y trascendencia en la vida jurídica.

La forma de extinguir las obligaciones por excelencia en el derecho romano fue el cumplimiento o pago. Sin embargo el romanista Guillermo Floris Margadant, nos indica que hasta fines de la época republicana, el simple cumplimiento, no era suficiente para extinguir una obligación pues:

Como la *obligatio* es una especie de “atadura”, se necesitaba un “desatarse (sic)”, en forma contraria a la utilizada para el establecimiento de una obligación. Esta liberación, es el *contrarius actus*. En obligaciones nacidas de la *stipulatio*, se necesita la *acceptilatio*. Tal *acceptilatio*, se lleva a cabo en presencia de testigos levantándose el acta correspondiente. En caso de obligaciones *litteris*, se necesitaba una inscripción, contraria a la original en los libros del acreedor. Y, en caso de devolución, de un préstamo concedido, *per aes et libram* – el *nexum*-, la extinción debe hacerse igualmente *per aes et libram*.

En tiempos de Cicerón, Aquilio Gallo, creó la *actio doli* y la *exceptio doli*, por lo que si un acreedor trataba de aprovecharse de la falta de un *actus contrarius*, para obtener una vez más el cumplimiento de una misma obligación, el deudor podía servirse de estos medios procesales para su defensa. Desde entonces, el *actus contrarius*, dejó de ser requisito para la extinción.²

² Margadant S, Guillermo F. *El Derecho Privado Romano*. 26ª ed. Editorial Esfinge. México. 2006. p. 372

Se aprecia de lo transcrito, que dependiendo de la clase de obligación específica se requería un determinado procedimiento para generar la extinción de la obligación. Empero, desde la desaparición del *actus contrarius*, las formas de extinción se dividieron en dos grandes grupos:

En primer lugar, había modos de extinción *ipso iure*, que aunque el demandado no alegara su existencia ante el Pretor, éste no podía incorporarlos en la fórmula que mandaba al *index* y el juez debía tenerlos en cuenta. En segundo lugar, estaban los modos de extinción *exceptionis ope*, en los cuales si el demandado no hacía insertar estos en la fórmula, no podía alegar ante el *index* su existencia.³

La novación, o lo que es lo mismo, la extinción de una obligación y el nacimiento de otra nueva en su lugar, es un modo de extinción de las obligaciones que se clasificó en los llamados *ipso iure*, opuestos a los modos *ope exceptionis*, ya que extinguen la obligación de modo total y definitivo, además que supone un acto de creación o nacimiento de otra obligación nueva. Según Rodolfo Sohm las Fuentes la definen como *–prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque traslatio* (D. 46, 2, 6)⁴ La cual se produce cuando hay algún interés legítimo en vaciar el antiguo contenido de una obligación en otra nueva, substituyendo su objeto y cambiando tan sólo la persona de las partes o el carácter jurídico de la obligación.⁵ La novación en Roma era una institución jurídica muy importante ya que además de ser forma de extinción de las obligaciones, fungía también como una forma de transmitir las, pues al ser de naturaleza inmutable la obligación, ante la necesidad de sustituir al acreedor primitivo por uno nuevo, esto sólo se podía realizar mediante novación. Así coincide el romanista Fritz Schulz, al mencionar que la función de la novación no fue únicamente extinguir las obligaciones sino también transmitir las, pues el Derecho Romano Clásico:

³ Ídem.

⁴ Sohm, Rodolfo, *Instituciones de Derecho Privado Romano, Historia y Sistema*, Ediciones Coyoacán S. A. de C. V., México, 2006. p. 271

⁵ Schulz, Fritz, *Derecho Romano Clásico, Traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teigeiro*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1960. p. 463

No conoció los modos de transmitir las obligaciones activa y pasivamente. Hubo dos medios para suplir esta deficiencia. Uno de ellos era la *novatio*.-Y explica- Cuando un acreedor A deseaba transmitir su derecho a B. no podía hacerlo con *mancipatio, in iure cessio o traditio*, pero podía autorizar a B a realizar una *novatio* por estipulación con el deudor de A, de modo que este deudor se obligase a satisfacer a B lo que debía al primitivo acreedor A. Económicamente este procedimiento significa una transmisión de la obligación, pero jurídicamente equivale a una extinción de la obligación originaria y la creación de otra nueva.⁶

El Derecho Civil romano intentó suplir algunas deficiencias o lagunas en su ordenamiento, con figuras jurídicas que podían tener un efecto similar al que los contratantes buscaban o pretendían, ejemplo claro, es al que nos hemos referido. Sin embargo, Enneccerus menciona que realmente la utilidad de la novación en Roma no era para extinguir las obligaciones, sino para transmitir las, pues comenta:

Según el derecho romano, una obligación existente, conservando su identidad, no podía ser transmitida ni a otro acreedor, ni a otro deudor, ni tampoco alterarse esencialmente en su contenido. Para lograr estos fines económicos constituíase por tanto, una nueva obligación entre las personas y con el contenido que se desease, lo cual, dada la ineficacia de los contratos obligatorios no ajustados a forma, sólo podía hacerse mediante *stipulatio* o, según el derecho antiguo, por contrato literal, combinándose con esta constitución de una nueva obligación (si se hacía con la finalidad de transformación, *novandi animo*) la extinción de la antigua obligación. Así en el derecho romano toda modificación esencial se traduce en una novación, esto es la extinción de la deuda

⁶.Ibídem p. 599

existente mediante constitución de una nueva obligación abstracta, que ocupa el lugar de aquella⁷

Ante esta situación, algunos autores como Josserand comentan:

La novación no tiene ya, en nuestros días el interés práctico que tenía en Roma, donde se hacía necesaria su utilización, por razón de transmisibilidad y la inmutabilidad de la relación obligatoria; cuando se quería modificar esa relación, no había más remedio que extinguirla y crear otra nueva.⁸

Sin embargo, considero que si bien la novación de nuestros días ya no tiene la utilidad que se le dio en el Derecho romano de transmitir las obligaciones, sigue teniendo una gran importancia como forma de extinguir las obligaciones, pues no es gratuito que esta figura jurídica haya prevalecido hasta nuestros días con cambios mínimos, a grado tal que se ha convertido en una institución del Derecho Civil, que tiene la función esencial de extinguir las obligaciones.

Otra situación por la cual la novación era de gran importancia en Roma, es la que establece Marty al comentar:

En el derecho romano la novación tenía un carácter formalista. En efecto, el acuerdo de voluntades era incapaz de producir por sí solo efectos jurídicos; sólo los producía en los casos especiales en que la ley reconocía y reglamentaba esos efectos. Por esta razón, el

⁷ Enneccerus, Ludwig, *Derecho de Obligaciones, traducción de la 35ª edición alemana por Blas Pérez González y José Alguer, Volumen Primero, Doctrina General*, Bosh Casa Editorial, Barcelona, 1954. p. 368

⁸ Josserand, Louis, *Teoría General de las Obligaciones*, Editorial Leyer, Colombia, 2005. p. 553 in fine

reconocimiento de la novación, como institución jurídica por la ley, tenía en el derecho romano, suma importancia.”⁹

Es necesario mencionar que la novación requería de un procedimiento especial mediante la estipulación¹⁰ para producir sus efectos, así si se quería cambiar la persona de cualquiera de las partes la estipulación se formulaba de la siguiente forma: *–Centum quae mihi Titius debet, tu (Sempronii) dari spondes?, Spondeo*”, (Prometes darme los cien que me debe Tito?, Prometo) o sin necesidad de patentizar el contenido de la deuda antigua: *–Quod mihi Titium ex empto dare facere oportet (dari fieri) spondes?, Spondeo*”¹¹ (Lo que me debe Tito, tu prometes hacerlo a dármelo?, Prometo).

Pero si se quería cambiar la naturaleza de la obligación, la estipulación se debía realizar en los siguientes términos: *–Centum quae ex testamento mihi*

⁹ Marty, Gabriel, *Teoría General de las Obligaciones*, Editorial Cajica S. A. , Puebla, México, 1986. p. 204

¹⁰ Recordemos que la estipulación en el Derecho Romano es un contrato verbal, unilateral y abstracto, en el que el futuro acreedor (estipulante) preguntaba al futuro deudor (prominente) si estaba dispuesto a prometer algo, esto es, a entregar alguna cosa o realizar algún servicio; apenas el deudor contestaba prometiendo, quedaba obligado a entregar la cosa o realizar el servicio prometido. Era un contrato verbal, ya que el vínculo obligatorio surgía a partir del momento en que eran pronunciadas las palabras. Y unilateral pues sólo surgen obligaciones para el prominente. Era abstracto, pues la mención de la causa o finalidad económico-social por la cual se prometía no constituía un requisito esencial del contrato. Esta *stipulatio* podía utilizarse en una amplia gama de negocios, pues sólo era una forma, que podía llenarse con cualquier contenido. El único inconveniente de tenía este contrato, es que las partes debían estar presentes en el momento de celebrarlo y sus consecuencias eran *stricti iuris*, lo cual era peligroso en caso de mala fe de una de las partes. Cfr. Margadant S, Guillermo F., Op. Cit. nota 2. pp. 386 in fine y 387

¹¹ Sohm, Rodolfo, Op. Cit. Nota 4, p. 271

*debes, dari spondes.*¹² En términos más claros nos expone Schulz que el procedimiento para realizar la novación mediante estipulación, en general era el siguiente: –A y B celebran un contrato de compraventa y posteriormente una stipulatio; A (vendedor) pregunta a B: *Quod tu mihi debes ex venditio dari mihi spondes?*. Y B contestaba: *Spondeo.*¹³(Lo que me debes en razón de la venta tu prometes darmenlo?, Prometo).

Como consecuencia de esto, advierte Fritz Schulz, que posiblemente un jurista actual diría que en este supuesto existen dos obligaciones: la resultante de la venta y la de la estipulación, de tal manera que si una de ellas se cumple la otra por esta situación queda extinguida. Pero advierte que la regla clásica y republicana era diferente, pues la *obligatio ex venditio* expiraba ocupando su puesto la *obligatio ex stipulatione*, independientemente de que las partes tuvieran ánimo de novar. Así la nueva obligación difería de la antigua solamente en que la *actio venditi* era una *actio bonae fidei* y la *actio ex stipulatione* no lo era.¹⁴

La novación del Derecho romano, tuvo una gran relación con dos figuras que son la *delegatio* y la *expromissio*. En este Derecho, se conoció la figura de la *delegatio*, con una diversidad de significados en las fuentes y que tenía una utilidad mucho más amplia que la actual, ya que permitía a un tercero hacerse cargo de una deuda ajena mediante novación. Consecuencia de ello, se extinguía la primera obligación surgiendo otra nueva en su lugar, a cargo del delegado, todo ello consecuencia de la estipulación novatoria.

Por su parte, la expromisión se utilizaban para aludir a una promesa hecha por persona distinta al anterior promitente o a persona distinta del beneficiario de una promesa anterior, lo que podía conllevar tanto un cambio de deudor como de acreedor, aunque también se utilizaba en supuestos distintos. Modernamente la expromisión se utiliza para realizar la asunción de una deuda ajena por un tercero, sin intervención del deudor antiguo, lo que separa a esta figura de la delegación. Todo ello, no significa que en el Derecho romano no

¹² Loc. Cit.

¹³ Schulz, Fritz, Op. Cit. Nota 5, p. 463

¹⁴ Ídem.

fuera posible la novación por cambio de deudor mediante acuerdo directo entre el acreedor y un tercero.

La novación que comúnmente se realizaba en el Derecho Romano como ya se mencionó, era mediante la estipulación, pues según Eugene Petit:

La estipulación, por su carácter abstracto, su rapidez y su precisión, ofrecía un procedimiento muy natural para llegar a este resultado. El acreedor, estipula con el deudor lo que ya es sabido; desde entonces, se extingue la obligación antigua y es reemplazada por una obligación nueva. -y como expresa- Estos dos efectos son inseparables, pues nacen de un solo y mismo acto. La cosa debida, se hace objeto de la obligación verbal, creada por la estipulación: y la obligación antigua se extingue porque ya no tiene objeto.¹⁵

Siguiendo la reflexión de este autor, para que la novación se llevara a cabo se empleo un procedimiento para dar fuerza ineludible a la obligación mediante la estipulación, ya que no se podía hablar de la existencia de la misma, si no había estipulación válida en la forma. Es decir, si las palabras eran pronunciadas regularmente, había novación; a contrario sensu, si la estipulación era nula en la forma, aun cuando resulte para el acreedor una obligación natural, no hay novación.¹⁶ Esto en cuanto a la forma ordinaria en que se daba la figura en comento.

En opinión de autores como Schulz, la estipulación era la única forma en que podía realizarse la novación, ya que —@yo solamente menciona esta forma de novación”¹⁷. Sin embargo, es de considerar que se podía obtener el resultado de la novación por otros procedimientos, verbigracia en el contrato literal también podía existir una clase de *novatio*. Autores modernos, también

¹⁵ Petit, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano, contiene el desarrollo histórico y la exposición general de los principios de la legislación romana desde el origen de Roma hasta el emperador Justiniano*, Editora Nacional, México, 1971. p. 494

¹⁶ Loc. Cit.

¹⁷ Schulz, Fritz, Op. Cit. Nota 5, p. 465

comentan que en la *litis contestatio*, operaba una *novatio* en aquellos casos en que la obligación ordinaria quedaba extinguida por *litis contestatio*, es el caso de Sohm, que comenta —̄ el Derecho clásico existe, además de la novación voluntaria, realizada bajo forma estipulatoria, la cual era una *novatio necessaria*, que es la que, por imperio de la ley, se produce en la *litis contestatio*.”¹⁸. Al respecto Schulz difiere y comenta: —̄yo se ocupa en efecto, de la extinción de la obligación por *litis contestatio* inmediatamente después de su capítulo sobre la *novatio* (Gayo, 3.180, 181), pero sin considerar expresamente como *novatio* este medio extintivo. Petit considera que además de la *stipulatio*, la novación se podía realizar mediante la figura de la *nomina transcriptitia* pues:

La *nomina transcriptitia* constituía un instrumento de novación. Sea que las partes hayan querido transformar en obligación literal una deuda de otra naturaleza, mediante la *transcriptio in re persona*, ya que hayan cambiado la persona del deudor por una *transcriptio a personam in personam*, se encuentran en estas dos operaciones todos los elementos y todos los efectos de la novación.¹⁹

Mediante la *nomina transcriptitia*, existía la novación que podía ser objetiva, cuando se sustituye la forma de ser debida o la cosa objeto de la obligación; y la subjetiva, cuando la persona es sustituida. Otro procedimiento para efectuar la novación, distinto de la *nomina transcriptitia*, en el Derecho Romano, se dio en la *dictio dotis*, en la cual se podía novar una obligación sólo en un caso: que es cuando el deudor a la muerte de la mujer, se había comprometido con el marido, para constituir la dote, es entonces, que hay novación por cambio de acreedor.

En el Derecho Romano, se necesitaban los siguientes requisitos para que existiera la novación, que son:

- 1) Que se hayan empleado las formas exigidas por el Derecho civil;

¹⁸ Sohm, Rodolfo, Op. Cit. Nota 4. p. 272

¹⁹ Petit, Eugene, Op. Cit. Nota 15, p. 495

- 2) Que la obligación nueva, difiera de la antigua por un elemento nuevo;
- 3) Que tenga el mismo objeto; y
- 4) El llamado *animus novandi*, es decir, que las partes hayan querido hacer la novación, ya que —isno es que han querido, al estipular, agregar la nueva obligación a la antigua, y no hay novación; las dos obligaciones subsisten.²⁰

Al respecto de este último requisito, puntualiza Schulz que el *animus novandi*, no fue requisito formal en el Derecho Romano, sino hasta después del Derecho Clásico, pues

Los juristas postclásicos requirieron el *animus novandi* y Justiniano fue todavía más lejos, al disponer (C 8.41.8) que la *novatio* tuviese lugar solamente, cuando las partes declarasen de modo expreso su *animus novandi*. Los numerosos textos clásicos en que se consigna el *animus novandi*, están interpolados y Gayo naturalmente nada sabe de este requisito.²¹

En cuanto a los requisitos de la novación, el romanista Vincenzo Arangio Ruiz, indica —Para que exista novación es necesario que sea válida la obligación preexistente.”²² Lo cual tiene sentido, ya que si la obligación principal no es válida, no puede obligarse a responder de la misma, ni mucho menos generar una nueva.

Para que hubiera novación en el Derecho romano, se necesitaba que existiera un elemento nuevo, es decir, que una obligación nueva sustituya a la antigua. Dicho cambio, podía recaer, sobre la naturaleza de la obligación, sobre sus modalidades, o bien, sobre la persona, ya sea acreedor o deudor. Respecto de la primera, Petit refiere:

²⁰ Loc. Cit.

²¹ Schulz, Fritz, Op. Cit, Nota 5, p, 464

²² Arangio- Ruiz, Vincenzo, *Instituciones de Derecho Romano, traducción a la 10ª edición italiana por José M. Caramés Fierro*, Ediciones Depalma, Argentina, 1973. p. 443

La obligación nueva que nace de la estipulación es siempre verbal. Por consiguiente, si la que las partes quieren novar ha nacido de cualquier otra causa que un contrato *verbis*, el solo hecho de transformarla en obligación verbal constituye un cambio suficiente para que la novación sea válida. Esta transformación, tenía su utilidad cuando quería garantizar una deuda por el compromiso de un *sponsor*, o extinguirla por aceptilación. Pero cuando se trata de novar una obligación verbal, es preciso que las partes, aporten otra modificación.²³

Si la naturaleza jurídica de la obligación cambia en el Derecho Romano, se producía la novación agotando los procedimientos y requisitos necesarios.

En cuanto a la segunda, es decir, cuando hay adición o supresión en una modalidad, que puede consistir en la adición o supresión de un término. Asimismo, las partes pueden transformar una obligación pura y simple, en obligación condicional, en este caso hay que poner especial atención, ya que cuando el acreedor estipula pura y simplemente lo que le es debido bajo condición, la estipulación produce su efecto inmediato y crea en su provecho una obligación nueva, suceda lo que suceda, ya que —SB debía 100 a A *ex stipulatione* y posteriormente prometía esta suma a A en virtud de otra estipulación, esta última era nula, por lo menos en Derecho Clásico, pues no contenía nada que no estuviese contenido en la estipulación anterior. En cambio, era válida, si la segunda estipulación contenía una *dies* o una *conditio* que faltaban a la primera”²⁴. Pero sólo hay novación si la condición se realiza; si no, la obligación antigua no puede extinguirse, puesto que nunca ha existido.²⁵ En el caso de que la condición prospere, la estipulación produce su efecto y la novación opera, de tal suerte que si llega a faltar la condición, la nueva obligación no produce efectos, subsistiendo la primera.

La tercera en la cual, se cambia de acreedor, el nuevo acreedor estipula del deudor, lo que es debido al antiguo, y mediante ésta, se extingue el derecho del primer acreedor, naciendo en provecho del segundo una obligación

²³ Petit, Eugene, Op. Cit. Nota 15, p. 494

²⁴ Schulz, Fritz, Op. Cit. Nota 5, p. 463

²⁵ Petit, Eugene, Op. Cit., Nota 15, p. 494

nueva. Por el contrario, si el cambio era del deudor, éste encuentra, en la novación, un medio de librarse de la obligación, respecto de su acreedor, proporcionándole el compromiso de otra persona.

Tomar en cuenta, que los efectos que produce la novación del Derecho Romano, principalmente son la extinción de las obligaciones, y además —a) pérdida de garantías reales y personales correspondientes a la obligación precedente, y la oponibilidad de las excepciones que el deudor habría podido hacer valer.”²⁶ Igualmente, anula de pleno derecho la deuda con todos sus accesorios. El efecto extintivo, también es aplicable en las relaciones de los acreedores y de los deudores correales, esto debido a que la novación afecta el objeto mismo de la obligación. La novación en el Derecho romano tuvo otros usos, de los cuales algunos ya se han mencionado, como son: la cesión de créditos, traspasar deudas, sustituir obligaciones de Derecho estricto, por otras de derecho honorario, o bien, cambiar obligaciones naturales en civiles.

El principal efecto de la novación en el Derecho Romano fue la extinción de la obligación, incluso con todos sus accesorios. Sin embargo, cabe mencionar que en el Derecho republicano según la doctrina de Servio Sulpicio, la antigua obligación quedaba extinguida, incluso cuando no nacía la nueva, pues se consideraba que el acreedor había abandonado su pretensión o renunciado a ella. Para mitigar la dureza de esta norma, los autores clásicos se dieron a la tarea de formular las siguientes distinciones: —a) Si la estipulación novatoria era una *stipulatio non existens*, subsistía íntegramente la *prior obligatio*”²⁷ Esto ocurría cuando no se observaba la forma prescrita para la estipulación y también cuando el promitente era peregrino y ocupaba la palabra —pondeo”, la cual sólo era permitida para los ciudadanos romanos o bien si el promitente era un esclavo. Y —b) Si el promitente en la estipulación novatoria era un *pupillus* o una mujer que actuaba sin la *auctoritas tutoris*”²⁸, en esta última, la anterior obligación quedaba extinguida y la nueva estipulación no era una *stipulatio non existens*, aunque la promesa del *pupillus* o de la mujer fuese nula y no produjese obligación alguna.

²⁶ Arangio- Ruiz, Vincenzo, Op. Cit. Nota 22, p. 444

²⁷ SCHULZ, Fritz, Op. Cit. Nota 5, p. 464

²⁸ Loc Cit.

Aun lo anterior –insisto- el efecto principal de la novación romana, es el de extinguir las obligaciones, pues concuerdo con Rodolfo Sohm en que:

La novación destruye siempre la relación obligatoria primitiva; por eso los juristas romanos (v. Gayo, III, 176) la estudian entre los modos de extinción de las obligaciones. Y la extinción prodúcese ipso iure, al nacer la nueva obligación, sin necesidad especial de contrato cancelatorio. La virtualidad de la obligación primitiva se trasfunde en la nueva; *transfussio atque translatio*”, dicen las Fuentes (D. 46, 2, 6).²⁹

En consecuencia, el efecto y función principal de la novación en el Derecho Romano, no es la creación de la obligación, ni la substitución de una obligación por otra, pues el efecto y utilidad por la cual se crea esta figura es para transmitir y/o extinguir las obligaciones, y aunque la novación sólo se producía mediante el contrato de estipulación, esto no es suficiente para argumentar en la actualidad que la novación sea un contrato, pues realmente su naturaleza jurídica como veremos más adelante es la de ser un convenio.

1.2 Derecho francés

Es importante estudiar la novación en el Derecho Civil francés, específicamente en el Código Napoleón, pues como ya se ha expuesto la legislación civil mexicana es influida por esta legislación, que concretamente fructifica en el Código Civil para el Estado de Oaxaca de 1812.

Es importante subrayar, que el Derecho Civil francés no es algo nuevo ni acabado, pues el mismo a su vez es una manifestación de lo ya creado en el Derecho Romano, lo cual se irá explicando con más detalle en las páginas subsecuentes.

La historia del Derecho Civil francés, suelen dividirla algunos autores, como Jean Carbonnier, en dos partes: antes y después de la promulgación del Código Civil de 1804. Según Carbonnier:

²⁹ Sohm, Rodolfo, Op. Cit. Nota 4, p. 271

El criterio más conveniente consiste en enfocar la historia del Derecho francés con relación al Código Civil, que constituye el punto de arranque de una nueva era y la fuente del actual Derecho Civil, siempre que no se dé a este enfoque, un alcance desmedido y cuidando de tener presente que el Código Civil sólo cuenta con siglo y medio de existencia, mientras que todo lo que le precede ha gozado de una vigencia milenaria.³⁰

Empero, en el año 2004, el Código mencionado, cumplió doscientos años de vigencia y se sigue reafirmando como el más influyente en las legislaciones civiles del mundo. La historia del Derecho Privado francés, es la parte más importante, en virtud de referirse precisamente al Derecho Civil; según los Mazeaud, debe iniciarse durante la época de las Galias antes de las invasiones. Las Galias "debieron plegarse rápidamente a los usos del vencedor y al Derecho Romano, que se transforma en el derecho galo-romano más tarde, luego del Edicto del Emperador Caracalla, de 212, que concede el derecho de ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio".³¹

A la llegada de los bárbaros, durante el siglo II, sólo perduraron sus costumbres y sus prácticas antiguas, ya que las relaciones jurídicas se regularon por el Derecho Romano, "tal como resultaba de la codificación del Emperador Teodosio en 438."³² Se afirma que los bárbaros tenían muy diferentes maneras de vivir; por ello, cuando se decide la codificación de todas

³⁰ Carbonnier, Jean. *Decano honorario de la Facultad de Derecho de Poitiers y encargado de la de París. Derecho Civil. Trad. de la 1ª ed. francesa con adiciones de conversión a Derecho Español, por Manuel María Zorrilla Ruiz. Prólogo del Dr. Antonio Hernández Gil. Tomo I. Vol. I. Disciplina General y Derecho de las Personas. Título de la edición original Droit Civil.* Bosch, Casa Editorial. Barcelona, España. 1960 p. 57

³¹ Mazeaud, Henri, León y Jean. *Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera. Vol. I, que constituye la traducción de los títulos I y II del Libro Primero. Tomo I; de la obra Lecons de Droit Civil, de Henri, Leon y Jean Mazeaud. Trad. de Luis Alcalá Zamora y Castillo.* Editorial Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, República Argentina. 1959. p. 56

³² *Ibidem.* p. 57

esas costumbres y esas prácticas, se originaron "las leyes rituaría, sálica burbunda, visigoda. Cada cual; galo, romano o bárbaro, debía vivir, en consecuencia, bajo su propia ley personal; es el sistema de la personalidad de la ley".³³

En el curso de la evolución del Derecho Privado francés, cabe mencionar que las costumbres generales jugaron un papel determinante, por el enfrentamiento entre los países propiamente de Derecho consuetudinario y los de Derecho escrito. Dentro de la diversidad amplia de costumbres, se mencionan cuando menos setecientas locales y un gran número de usos particulares en Bretaña, Normandía, París y Orléans. Dentro de dicha diversidad de costumbres, se dan "dos tendencias opuestas: los países situados al sur de una línea que podría trazarse de este a oeste, desde Gers hasta la desembocadura del Charente, estaban sometidos, pese a algunas divergencias de escasa importancia, al Derecho Romano del Código de Teodosio. En el norte, al contrario, las costumbres, de inspiración germánica, eran mucho más variadas".³⁴

En los siglos XII y XIII, el Derecho Romano, tal como se había codificado en la época de Justiniano en el siglo VI, fue convirtiéndose poco a poco en el Derecho de los países del Mediodía³⁵, y se le decía: "el Derecho escrito, porque estaba efectivamente escrito, redactado".³⁶ Por el contrario, los países de Derecho consuetudinario, presentaban una forma más fácil para adaptarse a los usos y a las necesidades de la época; sin embargo, esto también motivaba que hubiera divergencias en la interpretación de estas reglas de

³³ Loc. Cit.

³⁴ Ibídem. p. 58

³⁵ Se suele denominar así a los países que están tanto al punto cardinal como a la dirección y a la comarca o parte inferior de la zona geográfica, que por convención se representa en la zona inferior¹ de mapas, cartas y planos. La recta meridiana sobre el horizonte pasa por dos puntos el Norte y el Sur. Lo que es del sur, está en el sur o pertenece al sur, se denomina sureño, austral, meridional o del mediodía. Verbigracia, son países del mediodía europeos: España, Portugal, Italia, Grecia, Francia, Alemania y el Vaticano.

³⁶ Loc. Cit.

Derecho no escrito; por ello, como lo sostienen los Mazeaud,

Los Estados generales obtuvieron así, de Carlos VII, la Ordenanza de Montiltz-Less-Tours, de 1453, que prescribía la redacción de las costumbres. Pero ese considerable trabajo no fue verdaderamente emprendido más que a fines del siglo XV y las costumbres redactadas fueron publicadas a comienzos del siglo XVI (costumbre de Normandíe, 1503; costumbre de París, 1510).³⁷

Fue trascendente haber redactado las costumbres, porque esto permitió a los juristas de la época darse cuenta precisa de cómo era la situación en aquel tiempo y en esas regiones. Además, los propios habitantes se percataron de la claridad de las normas que tenían, las cuales aun cuando les eran familiares no las conocían o no las tenían tan precisas, como cuando se las presentaron escritas.

Tuvo un papel importante en la formación del Derecho Civil francés, entre otros, el Derecho Canónico o Derecho de la iglesia, pues "regía en toda la cristiandad algunas materias de Derecho Privado, tales como el matrimonio, donde la autoridad de la iglesia era casi incuestionable; la filiación, los testamentos e incluso, en cierta época, los contratos, por haberse concertado bajo juramento".³⁸

También influyó el Derecho Romano en los principios del siglo XIII, ya que los juristas franceses de la época al tener noticia de la codificación de Justiniano, ordenada por aquél en el siglo VI, y que era mejor que el Código de Teodosio, adoptaron esa codificación. En el norte de Francia tenían mayor vigor las costumbres germánicas, las cuales eran antiguas y ya no se adaptaban a las relaciones comerciales, y "fue entonces cuando se apeló al Derecho Romano, mucho más evolucionado y de técnica mucho más avanzada para regular toda la materia de los contratos y obligaciones.

Bajo la influencia del Derecho Romano, el Derecho Canónico y el consuetudinario, se empieza a gestar en Francia, la necesidad de agrupar las

³⁷ *Ibidem* pp. 58 y 59

³⁸ *Loc. Cit.*

leyes civiles y darles sistematicidad. Esto sólo se logra a través de la llegada al poder de Napoleón Bonaparte, pues según Castro y Bravo:

El Código Civil de los franceses se deberá, en realidad, a Napoleón, no sólo por su energía y decisión al quebrantar la resistencia política del Tribunado en contra de su aprobación, sino, especialmente, por haber sabido elegir para su redacción a las personas más adecuadas. La comisión redactora del texto definitivo, se componía de Portalis, el filósofo del grupo, autor del famoso Discurso Preliminar; Tronchet, jurisconsulto práctico, lleno de experiencia, del que dijo Napoleón que era el alma de las discusiones del Consejo de Estado; Bigot de Prémeneu, que, como Tronchet, defendió el Derecho consuetudinario francés. Actuaba de secretario Maleville, imbuido, como Portalis, en las ideas del Derecho Romano, intervinieron también en las discusiones, Cambacèrés, en este tiempo segundo Cónsul; el Consejero de Estado Trail Hart, y sobre todo, el mismo Napoleón.³⁹

Dos nuevas ediciones del Código, siguieron a la promulgación del de 1804; en 1807, el Código recibió el nombre de 'Código Napoleón' y las expresiones Emperador, e Imperio fueron introducidas en él; en 1816, el Código tomó el nombre de 'Código Civil' y los términos —~~Rey~~, Reino”, reemplazaron a los precedentes. Finalmente, un decreto del 27 de marzo de 1852, atribuyó de nuevo al Código Civil, el título de 'Código Napoleón', pero sin modificar los textos. Actualmente, en consecuencia, al no haber sido modificada la Ordenanza del 30 de agosto de 1816 y el Decreto del 27 de marzo de 1852, el Código lleva la denominación de 'Código Napoleón', y sus preceptos se refieren al Rey y al Reino.⁴⁰

La sistemática seguida por el Código francés, e imitada por la mayoría

³⁹ De Castro y Bravo Federico. *Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Madrid. Derecho Civil de España. Parte General I. Libro Preliminar. Introducción al Derecho Civil. 3ª edición. Editorial Instituto de Estudios Políticos.* Madrid. p. 200

⁴⁰ Carbonnier, Jean, Op. Cit. Nota 30, pp. 68 in fine y 69

de los códigos que lo han tomado como modelo, es la siguiente:

Un Título preliminar, con seis artículos sobre las leyes, su puesta en vigor y su aplicación, restos del filosófico título preliminar de Portalis: Libro I, De las personas, comprende disposiciones sobre distinción entre franceses y extranjeros, condición de los extranjeros en Francia, actas del estado civil, domicilio, matrimonio, divorcio y separación de cuerpos, filiación, patria potestad, tutela, emancipación, consejo judicial. Libro II, De los Bienes, contiene disposiciones sobre clasificación de los bienes, derecho de propiedad, usufructo, servidumbre. Libro III, De los Diferentes Modos de Adquirir la Propiedad, con disposiciones sobre sucesiones, donaciones y testamentos, teoría general de las obligaciones, contratos especiales, regímenes matrimoniales, privilegios e hipotecas, la prescripción.⁴¹

Comprobando que la legislación civil francesa fue influenciada por el Derecho romano y canónico, ahora me avocaré específicamente al Libro III del Código francés o Napoleón, pues éste regula a la novación, como una forma de extinguir las obligaciones. Es en su artículo 1234, del Código Napoleón que enumera como formas de extinguir las obligaciones al pago, la novación, la quita y perdón voluntario, la compensación, la confusión de representaciones, la pérdida de la cosa, la nulidad y la rescisión, también por efecto de la condición resolutoria y finalmente a la prescripción.

La novación según Marcel Planiol, —consiste en la extinción de la obligación por la creación de una obligación nueva, destinada a reemplazarla y que difiere de la primera por algún elemento nuevo.”⁴² Otro jurista destacado, como lo es Julien Bonnecase, dice que la novación es —na operación jurídica,

⁴¹ De Castro y Bravo. Op. Cit. Nota 38, pp. 200 in fine y 201 supra.

⁴² Planiol Marcelo y Ripert, Jorge, *Tratado práctico de Derecho Civil Francés, Las obligaciones, T. II.*, Editorial Acrópolis, México, 1998. pp. 592 in fine y 593.

por virtud de la cual se extingue una obligación, substituyéndola por otra.”⁴³De acuerdo con estas dos opiniones parecería que la novación vista desde la perspectiva pragmática, se asemeja a un cambio de la obligación. Sin embargo según Carbonnier es algo más grave que un cambio, pues entre ambas obligaciones no hay continuidad sino ruptura, así menciona que para la existencia de la novación se necesitan tres condiciones que son: la mediación de dos obligaciones sucesivas, la diferencia entre ambas y el designio novatorio⁴⁴. Situaciones que se evidencian en el Código Napoleón que a continuación se analizan.

La novación como forma de extinción de las obligaciones, fue regulada en el Código Napoleón específicamente a partir de su numeral 1271 y se podía realizar de tres modos a saber:

- 1) Cuando el deudor contrae con su acreedor una nueva deuda y la sustituye en el lugar de la antigua.
- 2) Cuando cambia un nuevo deudor al antiguo, al que deja libre el acreedor; y
- 3) Cuando por efecto de la obligación nueva, surge un nuevo acreedor, en lugar del antiguo, con respecto del cual queda libre el deudor.⁴⁵

Se observa, que en el Código Napoleón siguiendo al Derecho romano, existían dos clases de novación: la subjetiva y la objetiva. Sin embargo, para que existiera novación en el Derecho Civil francés, se debían dar las siguientes condiciones:

- 1) La existencia de una deuda que se quiera extinguir.
- 2) La creación de una deuda nueva.

⁴³ Bonnecase, Julien, *Elementos de Derecho Civil, T. II, Derecho de las Obligaciones, de los Contratos y del Crédito, traducción por el Lic. José M. Cajica Jr.*, Cárdenas Editor Distribuidor, México, 2002, p. 460

⁴⁴ Carbonnier, Jean, *Derecho Civil, Tomo II...* Op. Cit. Nota 1, p. 218

⁴⁵ *Código Napoleón con las variaciones adoptadas por el cuerpo legislativo el día 3 de septiembre de 1807*, Imprenta de la hija de Ibarra, Madrid, 1809. Texto en PDF. p. 233

- 3) Una diferencia entre las obligaciones sucesivas.
- 4) La voluntad de extinguir la primera parte de ellas.
- 5) La capacidad de disponer del crédito.

En cuanto a la primera condición, la novación –expresa Marcel Planiol- —sólo es posible cuando existe una obligación anterior susceptible de ceder su lugar a una nueva”⁴⁶, ya que si nos encontráramos en el supuesto de que la obligación, tenga distinta naturaleza de la que se pretende sustituir, no hay novación.

Otros requisitos esenciales en ésta legislación para que haya novación son además, que las personas que la realizan sean capaces de contratar (art.1272); y la solemnidad, que consiste en que la voluntad de hacerla, resulte claramente en el acta (art.1273).

En el supuesto de que la novación, se realice por la substitución de un nuevo deudor, se puede hacer, sin la intervención del primero; ya que lo puede realizar un tercero ajeno sin interés. Es lógico que si un tercero entra a sustituir al deudor, en obligaciones que no sean *intuitu personae*, puede realizar la novación, ejecutando él, la obligación pactada. Fijarse bien, que si existiera subrogación, por la cual, un deudor da al acreedor, un nuevo deudor en su lugar, no hay novación si el acreedor no declaró expresamente, que era su intención, dejar libre al deudor, que hizo la subrogación. Asimismo, la simple indicación hecha por el deudor de una persona, que debe pagar en su lugar, no produce novación (1277), igual para el acreedor de cierta persona, que deba cobrar por él.

Respecto de la segunda condición, es decir, la creación de una obligación, en la doctrina francesa, se estipula que la novación sólo se produce por la substitución de una nueva obligación a la antigua; por ello, se requiere que el acreedor renuncie a la primera, ocupando la otra el lugar que ésta tenía. Carbonnier engloba a estas dos condiciones en una que denomina —“cesión de dos obligaciones” en la cual la obligación nueva a constituir sucede a la

⁴⁶ Loc. Cit.

antigua a extinguir⁴⁷. En ella menciona que debe además satisfacer otros requisitos que son:

Primero.- La obligación antigua debe ser válida, pues una obligación nula no puede servir de causa a una nueva obligación, al menos si se trata de una nulidad absoluta, pues —ista nulidad es simplemente relativa, la novación podrá ser eficaz, suponiendo que el motivo de nulidad haya desaparecido en tal momento, pues el acto debe interpretarse como una confirmación de la obligación anulable.”⁴⁸

Segundo.- La obligación nueva debe ser igualmente válida. Su nulidad judicialmente declarada, haría revivir la obligación primitiva⁴⁹. Es decir, no basta para que exista la novación la introducción de un elemento nuevo (cambio de acreedor, de deudor, u objeto) en la obligación, para que se configure la novación, sino además debe cumplirse con los requisitos antes mencionados.

Tercera.- Que exista diferencia entre las dos obligaciones, explican Marcel Planiol y Georges Ripert que —La introducción de un elemento nuevo es esencial (...). De no ser así tendremos un simple reconocimiento de la obligación y ésta será idéntica en todo caso.”⁵⁰ Situación con la que coincide Carbonnier, pues según él, es necesario que una obligación ofrezca con respecto a la otra algo nuevo (aliquid novi), que es la razón de ser de la convención novatoria.⁵¹ Así hemos mencionado ya que en el Derecho Civil francés se permite la novación por cambio de sujetos de la obligación (acreedor o deudor) o por cambio de la deuda, respecto de este último menciona Carbonnier que el cambio de deuda puede afectar al objeto, la causa y las modalidades. En cuanto al cambio de objeto —señala- que la operación se asemeja a una dación en pago, sin embargo en la dación en pago, no hay verdadera creación de la obligación, puesto que el pago es inmediato. Respecto del cambio de causa, el deudor se obliga con el mismo acreedor, con igual objeto, pero en virtud de un título distinto; por ende el cambio recae sobre

⁴⁷ Carbonnier, Jean, Op. Cit. Nota 1, p. 218

⁴⁸ Loc. Cit.

⁴⁹ Idem

⁵⁰ Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge, Op. Cit. Nota 41, p. 595

⁵¹ Carbonnier, Jean, Op. Cit. Nota 1, p. 219

la fuente o causa eficiente de la obligación de la obligación. Finalmente, acerca del cambio de modalidad, menciona, que la subsistencia de la obligación y existe novación, si se incluye una condición, mientras que la interposición de término carece de consecuencias novatorias, pues la condición afecta la existencia de la obligación y el término únicamente su exigibilidad.⁵²

La cuarta condición que es la intención de novar, en el derecho civil francés, es indispensable, ya que ante la ausencia de la misma, las obligaciones, tanto la nueva como la antigua, pueden coexistir. A esta situación algunos autores como Carbonnier la denominan “designio novatorio”, este autor explica que este requisito tiene su razón de ser y existir, pues finalmente la novación es un convenio celebrado entre el acreedor y el deudor de una obligación primitiva, y eventualmente contra un tercero, al objeto de extinguir una relación de obligación, creando otra en su lugar.

Si bien todo convenio requiere acuerdo de voluntades, la intención novatoria, es algo más que el consentimiento necesario para constituir un convenio, pues el efecto extintivo de la novación, supone la renuncia del acreedor al primitivo crédito y:

Es una regla general que las renunciaciones no se presumen... se necesita que la voluntad de extinguir la obligación antigua, quede sustraída a todo equívoco, lo cual no significa que no pueda ser tácita, ni que el juzgador no pueda inducirla de las circunstancias, aunque en la duda, se presumirá que no ha existido novación.⁵³

En esto último coincide Josserand con Carbonnier y agrega:

No se puede, en efecto atribuir gratuitamente al acreedor la intención de renunciar a su derecho; sólo hay novación cuando la voluntad de producirla resulta claramente del acto, es decir, de la operación, del *negotium iuris*, y no del acto instrumental; esta voluntad novadora puede afirmarse

⁵² Ibídem pp. 219 in fine y 220

⁵³ Ibídem p. 220

tácitamente, y corresponde al juez del hecho averiguar, con toda soberanía, si existe en el caso particular⁵⁴.

Sin embargo, Gabriel Marty menciona que este elemento es esencial⁵⁵ pues se requiere que la convención claramente indique la intención que han tenido las partes de extinguir la primitiva deuda, para sustituirla por la nueva.⁵⁶

La quinta y última condición, referida a la capacidad expresan los autores en comento, que –el art. 1272 no exige la capacidad necesaria para el pago, sino la requerida para contratar.”⁵⁷ Esto es, cuando hay cambio en la persona, ya sea deudor o acreedor, el primero contrae una nueva obligación, y el segundo, hace algo distinto al cobro. Pues como cualquier otra convención, la novación supone que las partes son capaces de contratar, así el acreedor debe ser capaz de disponer de su crédito, puesto que la novación implica la extinción del crédito anterior y el deudor debe ser capaz de contraer la nueva obligación que adquiere, puesto que la novación implica la creación de una nueva obligación.⁵⁸

Según la doctrina francesa, la novación, produce dos efectos: el primero es extinguir las obligaciones. Marcel Planiol afirma que opera de un modo semejante al pago ya que junto con el crédito desaparecen sus accesorios,

⁵⁴ Josserand, Louis, Op. Cit. Nota 8, p. 556

⁵⁵ Marty, Gabriel, Op. Cit. Nota 9, p. 208

⁵⁶ Considerando la práctica judicial francesa, Carbonnier dice que muchos procesos se refieren a la intención novatoria. De ella menciona que no existen términos sacramentales para expresarla, pues basta con la certidumbre acerca de la voluntad de las partes. Así se da poder a los juzgadores de fondo para apreciar si la intención de novar se infiere o no de las circunstancias. Para probar el ánimo de novar, se admiten cualesquiera medios, sin exigencia expresa de alguna prueba escrita. Por ello, menciona que la autonomía de la voluntad ha suprimido las barreras de esta exigencia. Ver CARBONNIER, Jean, Ob. Cit. Nota 1, p. 224

⁵⁷Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge, Op. Cit. Nota 41, p. 601

⁵⁸ Cfr. Josserand, Louis, Op. Cit. Nota 8, p. 556 y Marty, Gabriel, Op. Cit. Nota 9 p. 209

quedando suprimidos, ya que el deudor y los codeudores solidarios, quedan liberados cuando la novación se celebra con el deudor principal o con uno de los deudores solidarios⁵⁹; el segundo efecto, es el creador, ya que para la doctrina francesa, crea una nueva obligación, para extinguir la anterior, sin la cual, no se produciría el extintivo. Sin embargo, como la operación es única, ambos efectos están coligados, es decir, cada uno es causa del otro; la primera obligación sólo se extingue si la segunda se crea válidamente; y la segunda sólo surge en la medida que la primera tiene de extinguirse con validez, por eso menciona Carbonnier —a obligación nueva, no es, por lo tanto, la antigua obligación que revive bajo forma distinta; existe discontinuidad entre ambas; si la primera obligación queda extinguida, nada de ella puede sobrevivir en la segunda.”⁶⁰ Esta discontinuidad que aborda este autor plantea dos aspectos. La intransmisibilidad de las garantías y la inoponibilidad de las excepciones.

En la intransmisibilidad de las garantías, se proclama como regla general, que las garantías que acompañan al crédito originario, no benefician al crédito nuevo. Es decir, que las garantías reales o personales se extinguen por la novación. Sin embargo el Código Civil francés permite por medio de una convención especial transferir a la nueva obligación, las garantías de la antigua, con el consentimiento de quienes han procurado tales garantías: codeudores solidarios, fiadores y eventuales propietarios de los bienes a que se afecten los privilegios o las hipotecas.

Respecto de la inoponibilidad de las excepciones, la legislación civil francesa menciona que las excepciones o medios de defensa que el deudor puede argüir frente al primitivo crédito, no son oponibles al nuevo crédito. En términos más simples, los vicios o motivos de nulidad que afectaban a la obligación originaria, se depuran por obra de la novación, de modo que la segunda elación jurídica se independiza de la primera y el pasado no cuenta para ella.⁶¹

⁵⁹ Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge, Op. Cit. p. 601

⁶⁰ Carbonnier, Jean, Op. Cit. Nota 41, p. 221

⁶¹ Cfr. Carbonnier, Jean, Op. Cit. nota 1, p. 221, Josserand, Louis Op. Cit. Nota 8, p.558, Marty, Gabriel, Op. Cit. Nota 9, pp. 209 in fine y 210.

Como se muestra en la codificación francesa la novación no tiene el carácter de ser un contrato, por más que el segundo efecto sea la creación de una nueva obligación, la misma se puede generar por contrato o por convenio o por cualquier otra fuente de las obligaciones. Sin embargo, si su principal efecto es extinguir una obligación, entonces su naturaleza jurídica es ser un convenio.

1.3 Derecho mexicano

Siguiendo el estudio de la novación como forma de extinción de las obligaciones, es importante ahora hacer el análisis de esta figura jurídica en México, pasando por las diversas etapas históricas de nuestro derecho civil.

El Derecho Civil mexicano, tiene antecedentes históricos desde la Época Precolonial. Sin embargo, el concepto de propiedad individual, no existió en esta época. Las características del derecho de propiedad, como lo conocemos, o sea el derecho de usar, gozar y disponer de la cosa, en la época Precolonial correspondía sólo al monarca. Éste no tenía limitaciones, podía enajenar, donar, dar en usufructo; en una palabra, el rey podía hacer lo que quisiera con la propiedad. Cuando él daba en propiedad la tierra, lo hacía:

En primer lugar, a los miembros de la familia real, bajo condiciones de transmitirles a sus hijos, con lo cual se formaban verdaderos mayorazgos. Estos nobles en cambio, rendían vasallaje al rey, le prestaban servicios particulares y cuidaban de sus jardines y de sus palacios; al extinguirse la familia en línea directa, o al abandonar el servicio del rey por cualquier cosa, volvían las propiedades a la corona y eran susceptibles de un nuevo reparto.⁶²

Por esta razón, no existe en esta época antecedente alguno de novación. Sin embargo, es en la época Colonial a partir del siglo XVII comienza a existir una gran influencia del Derecho Romano en México a través de las

⁶² Mendieta y Núñez, Lucio. *El Derecho Precolonial*. Tercera edición. Ed. Porrúa, S.A. México. 1976. p. 108

leyes creadas en España. Así en el derecho de las obligaciones, se superó la influencia germánica, en la cual no eran posibles los contratos consensuales, y por el contrario, se aceptó "que de cualquier manera que el hombre quiera obligarse, quede obligado".⁶³

Es hasta las Leyes de las Partidas que se comienzan a regular con más claridad los derechos civiles pues dentro de este ordenamiento, fue regulado el derecho de obligaciones que siguiendo el modelo de Derecho Romano Justiniano, se distinguen tres especies de obligaciones⁶⁴: las naturales; las civiles; y las civiles y naturales conjuntamente. En la materia de contratos, sostienen una clasificación que se refiere a los nominados, innominados, unilaterales, bilaterales, consensuales, verbales, reales, literales, considerando además, como fuente o causa de obligaciones, los cuasi-contratos, los delitos y los cuasi-delitos; agregando además, la transacción o concordia, que también era fuente de las obligaciones.

Siguiendo al Derecho Romano, Las Partidas aceptan las circunstancias que pueden agregarse a todo contrato, dividiéndolas en esenciales, naturales y accidentales. Se reglamenta la teoría del dolo, la de la culpa y la del caso fortuito; se definen estos conceptos y más adelante expresa cuáles son los principales contratos consensuales; así, verbigracia, determinan la compraventa, el arrendamiento, la compañía y el mandato. En virtud de que hablamos de contratos traslativos de dominio, debe destacarse la reglamentación de la evicción y el saneamiento de la cosa vendida; por ello, debe responderse en los contratos onerosos como el de arrendamiento, la permuta, la dación en pago de deuda, juicios divisorios y otros. Asimismo, se estudia la lesión, así como el derecho de retracto, distinguiéndose el gentilicio o de la sangre, del de comuneros o condueños, que se daba cuando había casos de condominio. El subarrendamiento fue una figura que se permitió, si se autorizaba expresamente para ello. El contrato de compañía o sociedad y el de

⁶³ Ibídem p. 35

⁶⁴ Capdequi, José María. *Historia del Derecho Español en América y del Derecho Indiano*. Aguilar Ediciones S.A. Impreso en España por ediciones Gráficas. Madrid, España 1969. p. 70

mandato, se consideraban como consensuales en las fuentes del derecho histórico castellano.⁶⁵

También menciona los contratos verbales, y en éstos se distingue la promesa contractual. Más adelante, se reseña lo que se refiere a las fiaduras, o sea, la promesa para que al obligarse, las cuestiones prometidas, sean mejor guardadas; es decir, se cumplan en forma adecuada; por ello, la fiadura era una obligación accesoria de otras principales. Otro tipo de obligación accesoria, era la llamada de los peños o prendas, que se constituía para garantizar el cumplimiento de una obligación principal. En los contratos reales, que sabemos se perfeccionaban sólo por la entrega de la cosa, en Las Partidas aceptan el mutuo, el comodato y el depósito. El mutuo y el comodato, eran variantes del préstamo. En las donaciones, como hemos dicho, se requería tener la facultad o la capacidad para enajenar. Se permitían las donaciones puramente -las donaciones puras- otras bajo condición y otras a día cierto, así como la donación 'intervivos', a la cual se le daba el carácter de irrevocable.

Se alude a los contratos, los cuasi-contratos, los delitos y los cuasi-delitos, como fuentes de las obligaciones. Igualmente se expresan algunos casos, cuando se referían a la administración de bienes ajenos, a bienes del menor, a la comunidad de bienes, a la admisión de la herencia y al pago de lo no debido. Finalmente, se habla en esta parte, de cómo se extinguían las obligaciones, siendo el modo más general el pago.⁶⁶ Es decir, en este ordenamiento se toma a la novación como una forma de extinguir las obligaciones, sobre la cual, tiene mayor preponderancia el pago, cuestión que hoy en día subsiste.

Es hasta la creación de la legislación civil de Oaxaca del año 1827, ya hablando en la época del México independiente, que se puede observar con claridad, una verdadera preocupación por regular las relaciones entre particulares. Lo que constituyó para nuestro país, un parteaguas en la etapa de la codificación, pues es el primer Código Civil expedido por el Gobierno del Estado Libre de Oaxaca, el 2 de noviembre de 1827 el cual, se detalla a continuación.

⁶⁵ Ibidem. pp. 71, 72 y 80

⁶⁶ Ibidem. pp. 79 y 80

1.3.1 Código Civil para el Estado de Oajaca (sic)

El Libro I del Código Civil de Oaxaca, fue puesto en vigor cuando era gobernador del Estado José Ignacio Morales, quien expidió el decreto número 29 para que el Código Civil entrara en vigor.

El Libro II del Código Civil de Oaxaca de 1827, promulgado el 4 de septiembre de 1828, por el decreto número 16, siendo gobernador del Estado el C. Joaquín Guerrero, reglamenta lo relativo a los bienes, el derecho de propiedad, las desmembraciones de éste, el usufructo, el uso, la habitación y las servidumbres.

Finalmente, el Libro III del Código Civil de Oaxaca, fue promulgado según el decreto número 39. Siendo Gobernador el C. Miguel Ignacio de Iturrubarría, quien fue vicegobernador interino del Estado Libre de Oaxaca, se mandó publicar este trabajo el 14 de enero de 1829. En el Libro III, se contemplan, entre otras cuestiones, las maneras de adquirir la propiedad.

El Libro III de esta legislación civil es al que avocaremos nuestro estudio pues reglamenta a los contratos y obligaciones. El mismo afirma que "el contrato es una convención por el cual una o muchas personas se obligan, hacia una o muchas otras, a dar, hacer o no hacer alguna cosa".⁶⁷

Esta legislación civil, clasifica a los contratos en bilaterales, unilaterales, conmutativos, de beneficencia, gratuitos y onerosos, estableciendo además, que "cuatro condiciones son esenciales para la validez de un contrato: el consentimiento de la parte que se obliga; su capacidad de contratar; un objeto cierto que forma la materia del empeño; y una causa lícita en la obligación".⁶⁸ En cuanto al objeto de un contrato, aquél debe estar en el comercio y ser determinado.

⁶⁷ Ortiz Urquidi, Raúl. *Oaxaca. Cuna de la Codificación Iberoamericana*. Editorial Porrúa, S.A. México, DF. 1964. p. 242

⁶⁸ Loc. Cit.

En el Código Civil de Oaxaca, se reglamentan los contratos más importantes. Entre ellos, la compraventa ocupa un lugar preponderante y se le da el tratamiento de un contrato consensual. Se regula además como contratos al contrato de permuta que se le llama de cambio, el contrato de locación que tiene dos especies: el de cosas y el de obras, el contrato de arrendamiento como sinónimo de alquiler, el contrato de obra a precio alzado, el de arrendamiento de ganados. Otro contrato interesante, regulado en este Código, es el de sociedad, denominado contrato de compañía, el cual puede ser universal o particular. Así vemos que en ningún momento se menciona a la novación como un contrato o especie del mismo.

Este ordenamiento reglamenta como formas de extinción de las obligaciones; entre otras al pago, donación, novación, condonación voluntaria, compensación, confusión, pérdida de la cosa, nulidad, rescisión y para el caso de una condición revocatoria. Igualmente, expresa que es forma de extinción de las obligaciones, la prescripción.⁶⁹ Es decir, desde la legislación oaxaqueña que es cuna de nuestra codificación civil, se observa que la novación, tiene la naturaleza jurídica de ser una forma de extinción de las obligaciones que sólo se puede hacer por convenio y no un contrato.

La novación es regulada a partir del artículo 1,064, y podía darse de tres maneras:

Primero: Cuando el deudor contrae hacia su acreedor una nueva deuda, que se sustituye a la antigua, la cual es extinguida.

Segundo: Cuando un nuevo deudor se sustituye al antiguo, el cual es descargado por el acreedor.

Tercero: Cuando por el efecto de un nuevo empeño, un nuevo acreedor se sustituye al antiguo respecto del cual es descargado el deudor.⁷⁰

Para ésta legislación, la novación, no se presume, por lo cual, era necesario expresar claramente la voluntad en el acto, por lo que si el deudor es sustituido por otro, no produce novación, si el acreedor no ha declarado expresamente

⁶⁹ *Ibíd*em pp. 256 in fine y 257

⁷⁰ *Ibíd*em. p. 261

que descargaba al deudor sustituido; lo mismo ocurría para el caso del acreedor, de acuerdo al 1,070, del Código. El efecto de la novación en esta legislación civil que sigue a la francesa fue extinguir las obligaciones y no crear mediante contrato una obligación.

1.3.2 Código Civil del Estado libre de Zacatecas de 1829

La investigación histórica-jurídica de este Código, plantea dos hipótesis: la primera, o se trata sólo de un proyecto, y la segunda, fue en realidad un Código puesto en vigor de acuerdo con la comunicación del propio gobernador, según consta en el documento al cual me referiré subsecuentemente.

Cronológicamente este trabajo se terminó el día 10 de diciembre de 1828, estando integrada la comisión por Antonio García, como Presidente, y Juan G. Solana, Julián del Rivero, Pedro de Vivanco y Luis de la Rosa, como redactores del mismo. Estos juristas, elaboraron su trabajo en Zacatecas, el cual fue puesto en manos del gobernador Francisco García, quien en una comunicación fechada el 14 de febrero de 1829, o sea al año siguiente de haberlo terminado la comisión redactora, se sirvió expedir un decreto que a la letra expresa:

Francisco García, Gobernador del Estado Libre de Zacatecas, a sus habitantes, sabed:

Que los ciudadanos secretarios del H. Congreso del mismo, con fecha 14 del próximo pasado febrero, me han comunicado el Decreto que sigue: "Secretaría del Congreso del Estado Libre de Zacatecas o Excelentísimo Señor

Habiendo admitido a discusión el proyecto de Código Civil, que se le presentó el 22 de diciembre anterior, decretó.

Que se imprima, publique y circule para que dentro del término de seis meses, después de circulado, se le hagan las observaciones por los Ayuntamientos, a reserva de que el gobierno amplíe el término por otros tres, si a pedimento de alguno o algunos de ellos así lo creyere conveniente.

Lo que comunicamos a vuestra Excelencia de su orden, y le acompañamos el indicado proyecto para su cumplimiento.

Dios y Libertad, Zacatecas, febrero 14 de 1829. Excelentísimo Señor Francisco Romo. Gregorio de la Parra, Diputado secretario. Excelentísimo Señor Gobernador del Estado.

Por tanto mando se imprima, publique y circule. Zacatecas, 28 de octubre de 1829. Francisco García. Manuel G. Cosío.⁷¹

Históricamente, puede ser considerado como el segundo Código Civil vigente en México, en virtud de que del Código Civil de Oaxaca hay la certidumbre que entró en vigor, precisamente en el mes de octubre de 1828 y fue unos cuantos meses antes de cuando este último inició su vigencia.

Esta legislación, es muy parecida a la oaxaqueña, pues regula también en su Libro III a los contratos y las obligaciones, mencionando de estas últimas las de hacer o no hacer, las diversas especies de obligaciones. Se sostiene que hay obligaciones condicionales, referidas a la condición suspensiva y a la rescisoria o resolutoria; las sujetas a término; las alternativas y las solidarias o mancomunadas. Se regulan además las obligaciones especiales como la mancomunidad y las obligaciones indivisibles y las divisibles.

En cuanto al tema de la extinción de las obligaciones, se precisa que éstas se extinguen por pago; y al mencionar este tema, se habla del pago en general, de la asignación o aplicación del pago, así como de las ofertas de pago y del depósito y la cesión de bienes. También, como formas de extinción de las obligaciones, están la novación, la remisión o perdón de deuda, la compensación, la confusión, la pérdida de la cosa y la acción de nulidad o rescisión de los convenciones. Para terminar, están las obligaciones que se contraen sin haberse convenido.

Respecto de la novación, la regulación de ésta es sorprendentemente igual al Código Civil del Estado de Oaxaca, pues además de encontrarse en el

⁷¹ *Proyecto de Código Civil, presentado al Segundo Congreso Constitucional del Estado Libre de Zacatecas, por la Comisión encargada de redactarlo. Impreso en la Oficina del Gobierno, bajo la Dirección de Pedro Piña. Zacatecas, 1829. Ed. of. pp. 2 y s.s.*

mismo libro, se advierte que es el mismo capítulo e incluso numeral que norma a esta forma de extinción de las obligaciones.

Lo que se debe destacar de esta investigación histórica, es que hasta el momento, todas estas legislaciones han normado a la novación, como una forma de extinción de las obligaciones y no como un contrato, pues en ningún artículo de estas legislaciones se ha encontrado explícitamente que la novación lo sea.

1.3.3 Proyecto de Código Civil mexicano elaborado por orden del Supremo Gobierno a Justo Sierra en 1861

Siendo Presidente de la República Mexicana, Benito Juárez, en 1859, Justo Sierra tuvo el honor, de haber sido el autor del Proyecto de Código Civil mexicano, el cual realizó, atendiendo las disposiciones del Supremo Gobierno de esa época, para ejecutar el trabajo mencionado. En una carta dirigida el 18 de diciembre de 1859, fechada en Mérida, Yucatán, Justo Sierra se dirige al Ministro de Juárez, para comunicarle que tiene ya la primera parte del trabajo que le encomendó el Supremo Gobierno, respecto al proyecto de un Código Civil mexicano. Es de tan gran trascendencia esta carta, que la misma pasó a formar parte del Proyecto. Al dirigirse Justo Sierra al Ministro le dijo lo siguiente:

Señor Ministro:

Elevo a manos de usted el primer libro del Proyecto de un Código Civil mexicano. Aunque mis labores están ya adelantadas, hasta el Quinto Título del Libro Tercero, no ha habido tiempo para poner en limpio, sino la copia que va adjunta.

Puede usted estar seguro, que no alzaré la mano del trabajo, que deseo vivamente corresponda a las elevadas miras del Supremo Gobierno.

El método que he seguido es muy sencillo; es casi el método del Código francés, con abreviaciones que he juzgado necesario, bien para conservar lo que del Derecho patrio es ciertamente inmejorable, o bien para introducir las reformas que demanda el espíritu de la época. De

algo me han valido mis apuntes de codificación; pero lo que realmente me ha servido de guía, han sido las discusiones del Código francés, los comentarios del señor Rogron, los Códigos de la Louisiana, de Holanda, de Vauf, de Piamonte, de Nápoles, de Austria, de Baviera y de Prusia, comparados con el francés; y, sobre todo, el proyecto de Código Civil español, sus concordancias con nuestros antiguos Códigos y el Derecho Romano, publicado con motivos y comentarios por el señor García Goyena; uno de los más eminentes jurisconsultos españoles de la escuela moderna.

Fijado el punto, he acudido al texto francés y he hecho la comparación con los referidos Códigos modernos, concordados con aquél, evacuado las citas de Goyena, tanto del Derecho patrio cuanto del Romano, examinado la doctrina corriente de los tratadistas y resuelto la cuestión más frecuentemente según las fórmulas del repetido señor Goyena, como más claras, concisas y expresivas, sin permitirme otras modificaciones que las que he juzgado necesarias para conservar la unidad del sistema que me he propuesto desde el principio.

De manera, que es un verdadero trabajo -ecléctico- de legislación civil, el que ahora presento al examen del señor Ministro. Si se reserva la obra para un cuerpo legislativo, difícilmente tendremos jamás un Código Civil del que hay tanta necesidad. Publicado desde luego, la experiencia irá mostrando sus deficiencias y redundancias, y es seguro que al cabo de algún tiempo tendríamos una obra perfecta.

Diré dos palabras, sobre algunas innovaciones que se introducen en este Primer Libro. En el Título de las Actas del Registro Civil, no he descendido a pormenores reglamentarios; lo uno, porque conozco el celo de los Estados contra las tendencias centralizadoras del poder federal, aun cuando sean en el sentido más progresista; y lo otro, porque este asunto es de los que deben reglarse por leyes especiales. Me he limitado a fijar bases y dar valor uniformemente legal a las actas del Registro. En este punto, he imitado al Código sardo, que es uno de los más liberales.

En el Título del Matrimonio, he expuesto cuanto hay que decir sobre la verdadera índole, carácter y tendencias de esta institución social. Ni una

palabra sobre cuestiones que se rocen con los asuntos de la Iglesia. La sociedad no reconoce otro matrimonio que el matrimonio civil; y cada cual, es libre para hacerlo bendecir del cielo antes o después de ser celebrado conforme a la Ley. Y no sé qué es lo que pueda objetarse a mi proyecto, que abraza todas las cuestiones más graves que se han suscitado en la materia. Casi en nada me he separado de la Ley vigente en cuanto ésta abraza: las ampliaciones son de Derecho Común.

He fijado la mayor edad en los veintiún años, acomodándome a casi todas las legislaciones modernas, -1859- creyendo que en ninguna parte como en México, esta reforma es necesaria, sin que me extienda en exclamar las razones que el señor Ministro comprende perfectamente. Además, nuestra Constitución otorga los derechos políticos al mayor de veintiún años ¿Cómo negarle los civiles? Sería una completa antilogía.

Fijada la mayoría en los veintiún años, es completamente inútil y aun extravagante la curaduría de los menores, y la tutela la he extendido hasta la época de la emancipación o mayor de edad. La tutela se administra en mi proyecto con tales precauciones y con tanta circunspección, que es preferible a la curaduría, que sólo establezco para los mayores en ciertos casos. La institución del consejo de familia, que en todas partes se ha adoptado, es una de las más bellas y útiles que han probado mejor en la guarda de las personas e intereses del huérfano. La he imitado, no porque sea idea francesa, puesto que es más bien copiada de nuestro Fuero Juzgo, sino porque donde quiera que se ha ensayado, ha surtido el mejor efecto.

He subrogado a la madre, a falta del padre, en todos los derechos de éste, relativo a la patria potestad. Creo que nada es más justo, más digno de una sociedad morigerada. Tiempo es ya de que los derechos de la maternidad, tengan la importancia que deben tener, puesto que la ley puede prevenir los abusos que pudieran resultar de la debilidad del sexo.

Suprimí el Título de la Adopción, porque me pareció enteramente inútil. Es una cosa que está del todo fuera de nuestras costumbres. Pero en compensación, he introducido el Título de Ausentes e Ignorados, que es materia sobre la cual casi no había dicho una palabra nuestra legislación

patria, y que va siendo asunto de importancia desde que el comercio, los trastornos políticos y el movimiento universal hacen las ausencias más frecuentes de lo que antes lo fueran.

En fin, Ud., señor Ministro, irá examinando y haciendo las modificaciones y supresiones que tenga a bien. Yo sólo le presento un proyecto, que si bien todo él está basado en cierto sistema de unidad, no por eso resiste modificaciones. Mi principal objeto, es que el Sr. Presidente quede satisfecho de mi celo, y Ud. del deseo que tengo de cumplir sus órdenes. "Mérida, 18 de diciembre de 1859. Justo Sierra.⁷²

Justo Sierra confiesa que el método seguido en este trabajo es prácticamente el del Código francés. Igualmente, menciona haber seguido las discusiones de este Código, así como los de Europa, de Holanda, de Nápoles, de Austria, de Baviera, de Prusia y otros, y destaca de manera primordial el trabajo de Florencio García Goyena de 1851, autor del proyecto de Código Civil español y en América, el de la Louisiana, los cuales le fueron de gran utilidad para elaborar el trabajo mencionado.

Como ha quedado anotado, para el Libro Primero, Justo Sierra se inspiró fundamentalmente en el Código Civil francés y en el proyecto de García Goyena.

En cambio, cuando se refiere al Segundo y Tercer Libros, existe un documento que el propio Justo Sierra dirigió al Ministro de Justicia de Benito Juárez, el día 18 de enero de 1860, al mes siguiente de haber enviado la comunicación del Libro Primero, en el cual decía en qué se fundó para la realización del Libro Segundo y Tercero que acabamos de mencionar, y es el siguiente:

Señor ministro:

⁷² Sierra, Justo. *Proyecto de un Código Civil Mexicano, formado por orden del Supremo Gobierno*. Edición Oficial. Imprenta de Vicente G. Torre. San Juan de Letrán No. 3, México, 1861. pp. I, II, III y IV.

Por este paquete envío a usted, el Segundo Libro y los tres primeros Títulos del Libro Tercero del Proyecto de un Código Civil mexicano; y tengo esperanza de que dentro de un mes le enviaré el resto del proyecto, en el cual he trabajado con cuanta agilidad me ha sido posible. Además del Código francés y de los otros, a los que hice referencia al remitir el Primer Libro, he tenido a la vista para mis ulteriores tareas, los Códigos Sueco, de Berna, de Badering, de Friburgo, de Arjovia, y de Haití, con las Leyes Hipotecarias de Suecia, Ginebra, Wurtemberg, Friburgo, Saint Gall y Grecia, sin desviarme en medio de la comparación, de las observaciones y de las fórmulas castizas del eminente señor Goyena. Hay unas innovaciones importantes, agrega Justo Sierra, principalmente en el Libro Tercero, como irá usted notando. Cuando sus penosas tareas le permitan encargarse de este proyecto tan necesario; pero en mi concepto, todas esas innovaciones son útiles, ceden en ventaja de la sociedad y pertenecen a la más moderna escuela legal. Mi pensamiento dominante en esta codificación, ha sido el de uniformar el proyecto con la letra y espíritu de los Códigos modernos, aunque se aparten de nuestro Derecho patrio, sino existía alguna o algunas razones especiales para conservar lo existente. Éste es el mismo pensamiento, que ha dirigido a la Comisión Española de Códigos, que propuso tantas y tan útiles innovaciones con el filosófico objeto de ir estableciendo la unidad de legislación en el mundo civilizado. Creo que tanto el Señor Presidente Benito Juárez, como usted, Señor Ministro de Justicia, hallarán justa esta apreciación Soy suyo muy obediente y atento servidor Q. B. S. M. (Que beso su mano). Mérida, 18 de enero de 1860. Justo Sierra.⁷³

Es importante destacar que al ser remitidos los manuscritos de Justo Sierra al Congreso, éstos cayeron en el olvido hasta que Luis Méndez, a partir de una copia dedicada que poseía del proyecto, obtuvo del Ministerio de Justicia la impresión del mismo, bajo el título —Proyecto de un Código Civil Mexicano, formado de orden del Supremo Gobierno, por el doctor don Justo

⁷³ *Ibidem* pp. 83 y 84

Sierra.”⁷⁴ Sin embargo como advierte Cruz Barney, este proyecto fue objeto de una minuciosa revisión que se dividió en tres etapas: la primera de 1862 a 1863, en que se turnó, siendo ministro de Justicia Jesús Terán a una comisión revisora integrada por él y por Sebastián Lerdo de Tejada, Fernando Ramírez, José M. Lacunza, Pedro Escudero y Echánove y Luis Méndez, la cual no concluyó debido a la intervención francesa. La segunda etapa, se inició tiempo después de haberse constituido la Regencia, en julio de 1863, hasta noviembre de 1864. Y la tercera etapa, se produjo durante el periodo del emperador Maximiliano de Habsburgo, el cual, solicitó a la comisión antes señalada, que continuarán con esa tarea, a lo cual obedecieron.⁷⁵

Con el fin de dar por concluido este proyecto, Maximiliano de Habsburgo envía una carta dirigida al ministro de Justicia del Imperio, Pedro Escudero y Echánove, para fijar el mecanismo de revisión del proyecto de Código, que culminó con la promulgación de los dos primeros libros del Código Civil del Imperio Mexicano de 1866, el título preliminar y libro primero (artículos 503 a 739) el 6 de julio de 1895 y el Libro Segundo (artículos 503 a 739) el 20 de julio de ese año. Empero menciona Cruz Barney que —Etercer libro estaba ya listo para darse a la imprenta y al cuarto le faltaban las correcciones de estilo, sin que alcanzarán a publicarse dado que poco después cayó la capital mexicana en poder de las fuerzas republicanas.⁷⁶

El proyecto de Justo Sierra, contiene tres Libros. El Primero, se refiere a las personas; el Segundo, a los bienes, la propiedad y sus diferentes modificaciones, y el Tercero, a los diferentes modos de adquirir la propiedad, incluyendo en éste, contratos, obligaciones y el Registro Público. En el Proyecto de Justo Sierra, se hace una división de títulos, capítulos y secciones. Así, en el título preliminar, se especifican las leyes y sus efectos, con las reglas generales para su aplicación. El proyecto de Justo Sierra, comprende 2,124 artículos.

⁷⁴ Sánchez Medal, Ramón, *Dos Códigos y una Escuela de Derecho*, México, Fuentes Impresores, 1972. pp12-17

⁷⁵ Cruz Barney, Oscar, *La Codificación Civil en México: Aspectos Generales*, IJ-UNAM, texto en PDF, pp. 8 in fine y 9

⁷⁶ *Ibídem* p. 9

En materia del Derecho de las obligaciones, el proyecto de Justo Sierra las encuadró en el Libro Tercero, Título Quinto, dentro de los contratos y obligaciones. En primer lugar aborda a la fuente de las obligaciones (contratos), señalando los requisitos que son necesarios para la existencia del contrato y cuáles se requieren para que produzcan efectos jurídicos. Se establece la capacidad de los contrayentes, su consentimiento, la naturaleza jurídica y el objeto del contrato, así como la causa o motivo de éste y la forma o solemnidad de las obligaciones.

En cuanto al efecto de las obligaciones, se citan las de dar y las de hacer, o sea, las de prestar algún servicio; se regula el resarcimiento de daños y perjuicios y el abono de intereses, para finalmente darnos las reglas de cómo deben interpretarse los contratos. Todas estas materias, están especificadas desde la página 218 a la 238 del proyecto. Respecto de las obligaciones y sus especies, se regulan las personales, las reales, las puras, las condicionales, las sujetas a plazo, las que no lo están, las conjuntivas, las alternativas, las mancomunadas, las divisibles e indivisibles, para terminar con las que contienen cláusula penal.

En el Capítulo de la Extinción de las Obligaciones, además de las disposiciones generales, se mencionan como formas de extinción, el pago o cumplimiento, la subrogación, la compensación, la novación, la quita o remisión de la deuda, la cesión de bienes, la confusión de derechos, la pérdida de la cosa debida, para terminar con la rescisión y la prescripción de las obligaciones⁷⁷. En un Capítulo diferente, se menciona la nulidad de las obligaciones, señalando quiénes tienen derecho a pedir esa declaración y cuándo pueden hacerlo, citando además cuáles son los efectos principales de la declaración de nulidad. De lo cual se aprecia, que en ningún momento, sistematizó a la novación como contrato, es decir, Justo Sierra siguiendo al Código Napoleón, encuadró a esta figura jurídica como forma de extinción de las obligaciones y no como fuente de las mismas (contrato).

Para demostrar y sostener lo anterior, debo subrayar, que el redactor de esta legislación previó como contratos al matrimonio. Y dentro de los traslativos de dominio, el legislador menciona el de compra y venta. Señala su naturaleza

⁷⁷ Sierra, Justo. Op. Cit. Nota 71, pp. 203 y ss.

jurídica y la forma que se debe llevar, así como quiénes pueden comprar y vender. Sus efectos, sobre todo, cuando la cosa vendida se ha perdido. También cita como contrato traslativo de dominio, el de permuta. Más adelante, al referirse a los contratos traslativos de uso y disfrute, cita el de arrendamiento. De éste, da sus disposiciones generales y divide los que se refieren a los predios rústicos y a los urbanos, así como las que son especiales para el arrendamiento de los primeros y para el arrendamiento de los segundos. Habla curiosamente, bajo la influencia del Derecho francés y del Romano, del arrendamiento del trabajo y de la industria, y regula en otro apartado, el servicio de los criados y de los trabajadores asalariados, así como el contrato de obras por ajuste, llamado también de precio cerrado, para terminar esta materia, se refiere al contrato de transporte refiriéndolo al de personas y cosas, por agua o tierra.

Sobre los censos, como un contrato, subraya cuáles son las reglas comunes a ellos, y distingue el consignativo y el reservativo, y las disposiciones aplicables a los censos y los gravámenes análogos, que se hayan constituido con anterioridad a la promulgación del Código -decía él- o sea del proyecto de Justo Sierra. En el contrato de sociedad, éste fue dividido en universal y en particular, así como las obligaciones que tienen los asociados, entre ellos mismos y respecto a terceros, y la forma de extinguirse el contrato de sociedad, es lo que viene a constituir el Título Décimo Segundo, de este Libro Tercero.

El mandato, es un contrato regulado en este Código y de él, se indica su naturaleza jurídica, su forma y las especies del mismo, así como las obligaciones del mandatario y del mandante, para terminar con los modos de acabarse este contrato. Curiosamente, el contrato de préstamo, se menciona en el Título Décimo Cuarto y dentro de éste, se considera el comodato, así como las obligaciones del comodatario y del comodante, para finalmente hablar del mutuo o simple préstamo, contratos éstos, que no se consideran como traslativos de dominio, sino como préstamo.

El depósito es un contrato, también con naturaleza jurídica especial. Se puede dividir en voluntario, en el caso en que se señalan las obligaciones para el depositante y al depositario, y el necesario, con su especie, el secuestro. Los contratos aleatorios pueden ser los de seguros, de juego y apuesta y el de la

renta vitalicia. En otro apartado, se mencionan los de transacción y compromiso.

En los accesorios, se señala el de fianza; se menciona su naturaleza jurídica y hasta dónde puede el monto, garantizar con fianza, sus efectos, distinguiendo los que se dan entre deudor y fiador; entre acreedor y fiador, y entre los cofiadores. Disponiendo finalmente, cómo se extingue la fianza y en qué consiste la legal y la judicial. La prenda y la anticresis, también son contratos que la ley considera accesorios y en el proyecto se explican de esa manera. Posteriormente, aborda el contrato de hipoteca, considerándolo como accesorio, y la divide en legal y voluntaria; expone los efectos que produce, en primer lugar, respecto al obligado y sus bienes, y en segundo lugar, en cuanto a la hipoteca, respecto a terceros poseedores. Indica, para terminar, la extinción de la hipoteca.

Con lo anterior se muestra que en ningún momento este proyecto de Código Civil, enunció como contrato a la novación, pues ha quedado claro que a esta figura jurídica se le encuadró como una forma de extinción de las obligaciones a la par del pago, es decir, la novación dentro de esta legislación civil satisfacía la obligación contraída por el deudor al acreedor como si fuera el pago de la deuda, más adelante el legislador recapacitará y dotará de autonomía sistémica al pago, regulándolo como un efecto natural de la obligación y no como una forma de extinción de las obligaciones, ya que éste es el único medio por el cual, desde mi punto de vista puede quedar satisfecha una obligación.

Finalmente se puede afirmar que este proyecto, es trascendental para la historia del Derecho Civil mexicano, porque fue el inspirador del Código de 1870. Además de que este proyecto se repitió, una vez que se copió en el de 1870, para hacer el Código de 1884, con las modificaciones que más adelante mencionaré. También es capital para la historia del Derecho Civil mexicano este proyecto, porque el Código Civil de 1928, copió casi todo el Código de 1884, y éste a su vez copió el de Justo Sierra, el cual también es en gran medida influenciado (y así lo reconoce Justo Sierra) por el Código Civil de los franceses de 1804.

1.3.4 Código Civil para el Estado de Veracruz- Llave de 1868

Siguiendo la historia de la novación en el Derecho Civil mexicano, corresponde analizar el trabajo presentado a la H. Legislatura por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, licenciado Fernando de Jesús Corona, cuya observancia deriva del decreto número 127 del 17 de diciembre de 1868, cuya edición oficial de este Código, fue impresa en los Talleres Gráficos Progreso, de Veracruz, Veracruz.

Es substancial precisar que esta legislación civil, también fue influenciada por el proyecto de Justo Sierra, pues como menciona Cruz Barney —El proyecto de Justo Sierra se adoptó como Código Civil local por el estado de Veracruz Llave por decreto del 5 de diciembre de 1861.”⁷⁸ Sin embargo, como lo mencionamos, tras el regreso del gobierno republicano, se adopta de nuevo una estructura federal, lo cual llevó a que en algunos estados de la república se realizaran codificaciones civiles particulares, como fue el caso de Veracruz, en donde se adopta el proyecto de Fernando Corona, con el título de Código Civil del Estado de Veracruz- Llave, presentado en proyecto a la honorable legislatura por el presidente del Tribunal Superior de Justicia, Fernando de Jesús Corona y mandado observar por decreto 127 de 17 de diciembre de 1868.

Siendo gobernador de Veracruz, el señor Francisco H. y Fernández, propició la promulgación, entre otros, del Código Civil, del Penal y los de Procedimientos. Se afirma en los documentos oficiales, acompañados a este Código, que su realización se debió a la inspiración de Fernando J. Corona, como se mencionó era Magistrado del H. Tribunal Superior de Justicia. Su vigencia comenzó el 5 de mayo de 1869, y consideramos que este Código debe mencionarse en esta reseña histórica de la novación en el Derecho Privado mexicano, tanto por su contenido, como porque precedió al Código de 1870.

Este Código, al igual que los ya expuestos, también reguló en su Libro Tercero, los medios de adquirir la propiedad, entre las cuales están los contratos y las obligaciones en general, en un mismo Título; de los efectos de

⁷⁸ Cruz Barney, Oscar, Op. Cit. Nota 74, p. 10

las obligaciones hasta llegar a la extinción de las mismas. Siguiendo, dentro de los contratos, se cita el matrimonio, la dote, la compraventa, la permuta, el arrendamiento, los censos, y otros contratos análogos; se analiza la sociedad, el mandato, el préstamo, el depósito, los contratos aleatorios o de suerte, las transacciones y los compromisos. Después se hace referencia a los contratos accesorios, la fianza, la prenda y la anticresis, la hipoteca⁷⁹. Así se observa que para nada se encuentra la novación como una forma contractual.

Sin embargo, el Código Civil de Veracruz-Llave, enumeró las formas de extinguir las obligaciones, en su artículo 1, 476, y establece que se extinguen por el mutuo consentimiento de las partes contrayentes, por la muerte del obligado cuando son personalísimas, que no pasan á los herederos, ó por la de aquél, en cuyo favor se constituyeron, cuando su derecho es personalísimo de la misma manera⁸⁰. No siendo las únicas, pues el artículo 1, 477, ordena:

También se extinguen las obligaciones:

Por pago o cumplimiento de ellas.

Por subrogación.

Por compensación.

Por novación.

Por quita ó remisión.

Por cesión de bienes.

Por confusión.

Por pérdida de la cosa debida.

Por rescisión.

Por prescripción.⁸¹

Respecto de la novación, la regula en su Sección V como sigue:

⁷⁹ *Código Civil de Veracruz-Llave*, Edición Oficial, Imprenta el Progreso, Veracruz, 1868, Texto en PDF. p. 366 y ss.

⁸⁰ *Ibídem* p. 373

⁸¹ *Loc. Cit.*

Artículo 1,524. Hay novación de contrato cuando los contrayentes lo alteran, porque cambian las condiciones ó plazos, sustituyen una nueva deuda á la antigua, ó un deudor distinto, ó hacen cualquiera otra alteración sustancial que muestre su intención de novar. Cuando el primer deudor sustituye en su lugar otro nuevo, se llama delegación.⁸²

En esta legislación que sigue a la francesa, sólo existen dos especies de novar la obligación, la objetiva y la subjetiva. Además se observa que nunca menciona que la novación sea un contrato, sino que se puede realizar la novación de un contrato para extinguir la obligación que éste género, situación con la que no estoy de acuerdo, pues lo que se nova es la obligación y no el contrato, y por esta situación se extingue esa obligación primaria. Lo cual, queda claro en el numeral 1528 de esta legislación:

Por la novación no solo se extingue la obligación principal, sino también sus accesorias; y para que éstas continúen, en cuanto afecten á un tercero, es necesario el consentimiento de este.⁸³

Con lo expuesto, se puede determinar que en esta legislación no se considero a la novación un contrato, sino como una forma de extinguir las obligaciones.

1.3.5 Código Civil para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California de 1870

En cuanto a este código, sus trabajos se reiniciaron cuando Antonio Martínez de Castro, secretario de justicia, obtuvo los documentos entregados por la comisión revisora del proyecto de Justo Sierra que estaban en manos del licenciado Luis Méndez, encarcelado en la Prisión de la Enseñanza. El documento fue entregado a Rafael Dondé el 4 de septiembre de 1867.

⁸² Ibídem p. 382

⁸³ Ibídem p. 383

El Código Civil de 1870 tuvo vigencia para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California. Siendo Benito Juárez Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, ordenó la elaboración y redacción de este Código Civil. La comisión se formó por instrucciones del Ministro de Justicia e Instrucción Pública, y quedó integrada por los licenciados en Derecho, Mariano Yáñez, José María Lafragua, Isidro Montiel y Rafael Dondé.⁸⁴

Este Código lo concluyó el Congreso de la Unión, el 8 de diciembre de 1870; y se inició su vigencia el 1 de marzo de 1871, abrogando todas las normas jurídicas o legislaciones antiguas que en Derecho Civil, estaban vigentes en ese momento. Es importante, destacar la trascendencia de este Código Civil. Cronológicamente, fue el primero para el Distrito Federal y el último producto de aquella intención, formulada por Benito Juárez, en el año de 1861, exactamente diez años antes, cuando ordenó a Justo Sierra, la elaboración de un Código Civil mexicano. La importancia del Código Civil, conocido como de 1870, reside en haber sido el primero con sistemática y estructuración adecuada, para su época.

El 15 de enero de 1870, la comisión redactora, integrada por los juristas Mariano Yáñez, J. M. Lafragua, Isidro A. Montiel, Duarte, R. Dondé y J. Eguía Liz, se dirigió al Ministro de Justicia e Instrucción Pública, comunicándole sucintamente la exposición de los cuatro Libros del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California. En este documento, confiesa que realizar un Código perfecto es imposible; sin embargo, habían redactado un trabajo trascendente, llenando, según ellos, las condiciones que a un Código deben serle necesarias, como son las de equidad, el orden, la claridad y la concisión, de manera que se pudieran adaptar a las costumbres del pueblo mexicano y, sobre todo, para que se pudieran satisfacer dignamente esas inquietudes del pueblo mexicano.

Señalan en su exposición,

Que aunque no presenciamos hoy las revoluciones sociales que los tiempos pasados producían como consecuencias necesarias radicales cambios en la legislación, vivimos bajo una incesante revolución moral,

⁸⁴ Cruz Barney, Oscar, Ob. Cit. Nota 74, p. 11

que introduce nuevos elementos en la ciencia del Derecho. Aquellas revoluciones eran seculares: la nuestra es de todos los días. Representaban aquéllas los bárbaros, que se repartían los restos de un pueblo, y los señores que se repartían a los individuos; representa la actual, los descubrimientos científicos y artísticos, que reparten los beneficios de la civilización y desarrollando nuevos gérmenes de prosperidad pública y privada, exigen constantes modificaciones en la legislación, para acomodarla a las nuevas necesidades de la sociedad.

85

La comisión redactora hace una breve referencia, a los antecedentes del Derecho español. Destaca la crisis que había en nuestro país, cuando el Derecho de Castilla estuvo vigente de manera supletoria. La comisión confiesa en relación al Código de 1870, que:

Apenas contendrá el proyecto uno u otro artículo exclusivo de la comisión, porque su principio fue innovar lo menos posible; y aun en este caso, prefirió casi siempre a su propio juicio, el formado sobre la materia por los expertos jurisconsultos a quienes se deben las obras referidas. El proyecto sin duda, tendrá muchos y graves defectos, amargos frutos de las dificultades antes indicadas y de la insuficiencia de la comisión; no resultado de falta de estudio y de empeño. Pero sí la comisión está segura, de no haber hecho un Código perfecto, lo está también de que el proyecto, tal cual es, remediará en gran parte los males que lamentamos, siquiera sea porque suprimiendo todo lo que no es ya adecuado a nuestra época, y aumentando lo que la ciencia moderna ha considerado como útil, ofrece en un volumen la legislación que hoy, está derramada en muchos, y la presenta con más orden y claridad; escrita en el idioma que todos hablamos.

⁸⁵ *Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, de 1870.* Editado por imprenta dirigida por José Batiza, México, 1870. Ministerio de Justicia e Instrucción Pública. p. 1.

La formación de un buen Código, es obra de muchos años; ya porque la experiencia va indicando poco a poco, los errores que hay que corregir y los vacíos que hay que llenar; ya porque las nuevas negociaciones mercantiles e industriales, exigen nuevas reglas; ya, en fin, porque los cambios políticos traen consigo la necesidad de modificar la legislación. Hace más de 60 años, que Francia, comenzó la grande obra de reformar su legislación; y todos los días encuentra motivos para variar algo de lo existente, y para introducir nuevos preceptos. Lo mismo sucede en las demás naciones; lo mismo sucederá irremisiblemente entre nosotros. Si el proyecto llega a ser Código, el legislador tendrá menos trabajo, porque sólo deberá ocuparse en el examen de materia determinada; habrá conveniencia en mejorar; pero no habrá ya necesidad de formar un nuevo Cuerpo de Derecho Civil. ⁸⁶

Esto es importante, porque permite apreciar la realidad del Derecho Civil mexicano, es decir, con estas palabras se comprueba, que la legislación civil mexicana fue totalmente influenciada por el trabajo que ya habían hecho los juristas franceses en su propia codificación. Y se advierte que los motivos de creación del Código Civil de 1870 fueron realmente económicos, mercantiles e industriales, es decir, los fenómenos políticos, sociales y económicos obligan al legislador a actualizar la legislación para que las normas se adapten a la realidad del momento histórico en que se generan.

Así las cosas, se debe determinar si existieron cambios en torno a la regulación de la novación, en esta legislación civil. En el Libro Tercero del Código Civil de 1870, siguiendo la metodología de los Códigos modernos de aquella época, se establecieron las reglas fundamentales de los contratos, ya sea para constituirlos o para declarar las obligaciones, derivadas de los mismos; la forma de extinguirlas, rescindirlas o anularlas. Al citar los contratos, se mencionan, en primer término, las reglas generales, para después expresar lo referente a las diferentes especies de obligaciones y determinan la forma de ejecutar los contratos y la extinción de las obligaciones.

⁸⁶ *Ibíd.* p. 2

La extinción de las obligaciones, es tratada por la comisión, sosteniendo como primera forma, la del pago; analiza sus especies y el tiempo y el lugar donde éste debe hacerse. Determina que el pago es sinónimo de cumplimiento de una obligación, y consiste en «la entrega de la cosa, o cantidad o la prestación del servicio que se hubiere prometido». ⁸⁷ Respecto a la extinción de las obligaciones, el legislador incluye la compensación, la subrogación, la confusión de derechos, la novación, la cesión de acciones, y la remisión de la deuda y la prescripción.

La novación, según el legislador en comento, es también un contrato (desde mi punto de vista es un convenio), como se muestra en las propias palabras del legislador de 1870, así el artículo 1721 dispone:

Hay novación de contrato cuando las partes en él interesadas lo alteran, sujetándolo a distintas condiciones o plazo; sustituyendo una nueva deuda a la antigua, o haciendo cualquiera otra alteración sustancial, que demuestre claramente la intención de variar la obligación primitiva. ⁸⁸

En este caso, el legislador dice: hay novación de contrato. Sin embargo, según mi entender, sólo hay novación de obligación, porque las obligaciones se derivan del contrato y lo que se va a novar fundamentalmente, es la obligación y no el contrato.

Decíamos que esta legislador de este código, clasifica a la novación como un contrato, cambiando el concepto que se venía siguiendo en las legislaciones civiles mexicanas ya expuestas desde el Código Napoleón, pues el Código de 1870 dispone en su artículo 1723 expresa:

La novación es un contrato y como tal está sujeto a las disposiciones generales respectivas... ⁸⁹

⁸⁷ Loc. Cit.

⁸⁸ Ibídem. p. 283

⁸⁹ Ibídem p. 284

El legislador comete el error de normar a la novación como un contrato, ya que según su naturaleza y función principal en el derecho de las obligaciones, no es constituirse como fuente de las mismas (como si lo es el contrato), sino la finalización o extinción de ellas. Por ende, reflexionamos que lo más apropiado es considerarla un convenio, pues éste tiene el alcance de extinguir una obligación. Asimismo es una gran contradicción para la sistemática de esta legislación, decir que la novación es un contrato y no incluirla dentro de los mismos, y sí dentro del capítulo concerniente a las formas de extinción de las obligaciones.

Es importante recordar que el contrato (fuente de las obligaciones) es la manifestación de la voluntad de dos o más personas para crear o transmitir obligaciones y derechos, en lo cual se diferencia del convenio en que éste, transmite, modifica y extingue derechos y obligaciones. Consecuentemente, es evidente que existe una diferencia teórica y práctica entre ambos (contratos y convenios), pues como se ha mencionado en convenio sirve para transmitir, modificar y extinguir derechos y obligaciones, así es más cristalino que si la función y finalidad de la novación es extinguir las obligaciones, ésta debe encuadrarse como un acto jurídico denominado convenio.

Otra característica importante de la novación en este código es la formalidad que exige a la misma pues según su artículo 1726 la novación nunca se presume pues deba constar expresamente.⁹⁰ Esta manifestación de la voluntad expresa, le da a la novación un carácter formal y no solemne, lo cual, abundaré con más detalle en el siguiente capítulo.

Los efectos fundamentales de la novación, consisten en que al extinguirse la primera deuda, desaparecen también los derechos y obligaciones accesorios, siempre y cuando no se haga una reserva expresa o haya disposiciones en contrario en este sentido. Igualmente, —si la primera obligación se hubiere extinguido al tiempo en que se contrajera la segunda, quedará la novación sin efectos.⁹¹ Esto es así, porque lo accesorio, sigue la suerte de lo principal, y en virtud de que la novación, va a crear una nueva obligación; y si

⁹⁰ Loc. Cit.

⁹¹ Loc. Cit.

ésta se extingue, cuando nace la segunda, es obvio que la novación quedará sin efecto.

En consecuencia, esta legislación reguló a la novación dentro de las formas de extinción de las obligaciones. Aunque tal vez por error del legislador en cuanto a sistemática y utilidad de esta figura jurídica, decidió darle la naturaleza jurídica de contrato (fuente de las obligaciones).

1.3.6 Código Civil para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California de 1884

A catorce años de haberse promulgado el Código Civil de 1870, el Presidente Constitucional de la República Mexicana Manuel González, puso en vigor el Código de 1884. Este cambio tan rápido de legislaciones civiles es poco frecuente en México e inexplicable, ya que es difícil pensar que en catorce años, una materia tan importante como el Derecho Civil, pueda transformarse de tal manera que se dé origen a un nuevo Código Civil.

Considero hubiera sido más conveniente un proyecto de reformas en las materias que se pretendían modificar, ya que, como lo veremos, el Código de 1884, copió textualmente a su antecesor, habiendo hecho modificaciones; desde luego pero sin alguna razón suficiente, para promulgar un nuevo Código Civil.

El Código en cuestión, inició su vigencia el 1 de junio de 1884, abrogando el Código Civil del 8 de diciembre de 1870, y toda la legislación civil que se había dado antes de este Código, como fueron entre otras, las Leyes de Reforma.

El 31 de marzo de 1884, Manuel González, a la sazón Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, hizo saber al licenciado Joaquín Baranda, Secretario de Estado y del Despacho de Justicia e Instrucción Pública, el contenido del Código Civil de 1884. El 14 de diciembre de 1883, el Ejecutivo se

dirigió al Congreso de la Unión, para comunicarle que había tenido a bien promulgar el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California.⁹² Este Código siguiendo al de 1870, también normó en su Libro Tercero, Título Cuarto, a las formas de extinción de las obligaciones. En el Capítulo Primero, realiza el estudio del pago, como forma de extinguir las obligaciones, en el Tercero al ofrecimiento y consignación del pago. En cuanto a las forma de extinguir las obligaciones, sólo compiló la legislación civil que le antecede, por lo que son las mismas formas de extinción que se encuentran en el código de 1870, cambiando únicamente el numeral que las regula. Así se reglamentan como forma de extinguir las obligaciones a la compensación de los artículos 1570 a 1589; a la subrogación del numeral 1590 al 1598; la confusión de derechos del 1599 al 1605; la novación del 1606 al 1620; la cesión de acciones del 1621 a 1647; la remisión de la deuda del 1648 al 1654; y finalmente a la prescripción con un trato especial en el Libro Segundo, Capítulo Quinto.⁹³

Por lo que respecta específicamente a la novación (arts. 1606 a 1620), no sufre cambio alguno y el legislador sigue cometiendo el mismo error que cometió el de 1870, al mencionar que la novación es un contrato y como tal está sujeto a las disposiciones generales respectivas⁹⁴. Pues como expuse, su finalidad es extinguir las obligaciones y no la creación de las mismas.

1.3.7 Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal

Este Código Civil fue realizado debido a las modificaciones que sufrió el Derecho civil durante la Revolución.

⁹² *Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California*, Ed. Of., México, 1884. p.1

⁹³ *Ibíd*em p. 110

⁹⁴ *Ibíd*em p. 117

El 29 de diciembre de 1914 se promulgó la Ley del Divorcio, que autorizaba el divorcio desvinculatorio, y el 9 de abril de 1917 lo fue la Ley de Relaciones Familiares, que sustituyó todo el libro de derecho de familia del Código Civil. En fin, los principios de la nueva Constitución Política de 1917 hicieron necesaria la revisión del Código Civil.⁹⁵

La elaboración de este código fue terminado en 1928 por la comisión redactora integrada por Ángel García Peña, Ignacio García Téllez, Fernando Moreno y Francisco H. Ruiz, promulgado el 30 de agosto de 1928 con el título de "Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común, y para toda la república en Materia Federal"⁹⁶ cuya vigencia se inició el 1 de octubre de 1932, más adelante, se conoció como Código Civil para el Distrito Federal, en virtud de que los antiguos territorios se convirtieron en Estados, y la vigencia del Código mencionado, se circunscribió sólo a la capital de la República.⁹⁷

A primera vista, pareciera que hablaré de un nuevo Código Civil, sin embargo, demostraré, como lo he hecho a lo largo del análisis de esta evolución histórica, que quienes tuvieron la responsabilidad de hacer este Código, sólo copiaron el de 1884, y a su vez el de 1870.

Este código fue expedido por el Ejecutivo Federal, según los decretos del Congreso de la Unión, el 7 de enero y 6 de diciembre de 1926, y el 3 de enero de 1928, por los cuales, confirieron al Ejecutivo Federal, la facultad de ordenar la redacción de un nuevo Código Civil.

La elaboración del articulado se efectuó en la Secretaría de Gobernación, por una comisión de jurisconsultos, y con fecha 30 de

⁹⁵ Cruz Barney, Oscar, Ob. Cit. Nota 74 p. 16

⁹⁶ *Ibíd*em p.17

⁹⁷ Rodolfo Batiza comente al respecto, que esta denominación del Código perdió sentido, debido a que por los decretos de 31 de diciembre de 1951 y de 7 de octubre de 1974 los territorios de baja California y Quintana Roo se convirtieron en estados de la República Mexicana. Cfr. Batiza, Rodolfo. *Las fuentes del Código Civil de 1928. 1ª edición*. Editorial Porrúa, S.A. México p. 30

agosto de 1928, fue promulgado por el Presidente de la República. El Diario Oficial inició su publicación el 26 de mayo de 1928, y la inserción terminó el 31 de agosto de igual año. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo primero transitorio, la fecha de entrada en vigor del nuevo Código, fue la de 1 de octubre de 1932. Hasta entonces rigió el Código Civil de 1884.⁹⁸

Rodolfo Batiza ratifica que las fuentes del Código Civil de 1928 se encuentran, en

Diversos Códigos Civiles europeos (suizo, español, alemán, francés, ruso) e iberoamericanos (argentino, chileno, brasileño, guatemalteco, uruguayo), en legislación nacional y extranjera, en disposiciones constitucionales y obras doctrinarias, así como en observaciones críticas formuladas al proyecto. Entre esa variedad de fuentes, el Código Civil de 1884 y la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, representan la proporción principal, aquél con algo más de dos mil artículos, y ésta con unos 435. Si se considera que la mayoría de los artículos de dicha ley, provienen del Código de 1884, y que algunos de los clasificados como 'nuevos' reconocen el mismo origen, resulta que el Código anterior, subsiste en el actual (integrado por 3044 artículos) en más de las dos terceras partes de éste.⁹⁹

Es evidente que la afirmación anterior, en lo que se refiere a jurisprudencias, es insostenible, dado que el Código en cuestión, es el resultado de una copia casi íntegra del de 1884, por lo que resulta incongruente, decir que se elaboró, como si hubiera sido un trabajo original. En este sentido, Rodolfo Batiza, demuestra en su obra, "Las Fuentes del Código Civil de 1928", que este Código fue copiado del de 1884; éste a su vez del de 1870.

⁹⁸ Muñoz, Luis y Castro Zavaleta, Salvador, *Comentarios al Código Civil. Tomo I. 1ª edición*. Cárdenas, Editor y Distribuidor. México, D.F. 1974. pp. 23 y 24

⁹⁹ Batiza, Rodolfo. Op. Cit. Nota 97. p.13

Con lo ya mencionado, la tarea es de verificar si esta legislación en materia de obligaciones, copió a las legislaciones civiles de 1884 y 1870. Así el Código Civil de 1928, regula a las formas de extinción de las obligaciones en su Libro Tercero, Título Quinto. En su Capítulo Cuarto trata a la novación como una de las formas de extinguir las obligaciones, a partir de su numeral 2,213 que dispone: —~~Hay~~ novación de contrato cuando las partes en él interesadas lo alteran substancialmente sustituyendo una nueva a la antigua”¹⁰⁰

Es nítidamente advertible que este artículo es totalmente igual el texto que regula la novación en esta legislación que los preceptos dados en los códigos de 1870 y 1884. Siguiendo el mismo parámetro que los anteriores códigos civiles, el de 1928 también menciona que hay novación de contrato cuando básicamente –insisto- se nova la obligación. Asimismo, este código civil retoma la naturaleza de la novación que dio el legislador de 1870 mencionando en su artículo 2,214: —La novación es un contrato, y como tal, está sujeto a las disposiciones respectivas, salvo las modificaciones siguientes”¹⁰¹ Este legislador comete el error de los anteriores códigos del Distrito Federal, pues la novación es un convenio que sirve para extinguir las obligaciones y no crearlas (que sí es naturaleza del contrato).

Básicamente la regulación de esta legislación, en cuanto a la novación, forma de extinguir las obligaciones, es idéntica a la de las legislaciones de 1870 y 1884, pues igual que esta última, sólo cambia respecto del numeral que regula a esta institución.

En el Código de 1928, se regula en su artículo 2,215, la no presunción de novación si no consta expresamente; en el 2,216 regula la novación cuando una obligación está sujeta a condición suspensiva; el 2,217 la obligación extinguida al momento de contraerse la segunda, que deja sin efecto la novación; los artículos 2,218 y 2,219 el caso y efectos de la nulidad de la novación; el numeral 2,220 los efectos de la novación tanto en la obligación

¹⁰⁰ *Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.* p. 454, Texto en PDF, disponible en Internet en:

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/ccf/CCF_orig_26may28_ima.pdf

¹⁰¹ Idem

principal como en la accesoria; el 2,221 las reservas que no pueden hacer los acreedores respecto de las obligaciones accesorias de prenda e hipoteca; el 2,222 las reservas del acreedor y deudor solidario; y finalmente el artículo 2,223 que aborda los efectos entre el acreedor y los deudores solidarios.

Es evidente que no existió cambio en esta legislación en cuanto a la forma de regular la novación, pues las únicas innovaciones que tiene esta legislación con respecto a las anteriores en materia de obligaciones menciona Cruz Barney:

Consistieron en establecer la igualdad de capacidad jurídica del hombre y la mujer (artículo 2); una forma especial de lesión (artículo 17); consagrar la doctrina del abuso del derecho en materia de propiedad (artículo 840); la del abuso del derecho en general (artículo 1912); la responsabilidad objetiva extracontractual (artículo 1913); el riesgo profesional (artículos 1935 a 1837); también se reguló la promesa de contratar (artículo 2243); y el otorgamiento de la facultad a los jueces para que en vista del atraso, miseria y lejanía de las vías de comunicación de algunos individuos, pudieran eximirlos de las sanciones establecidas por la ley que ignoraban o bien otorgarles un plazo especial para su cumplimiento (artículo 2).¹⁰²

En fin que como se observa, no hay cambio sustancial entre lo que es la legislación de 1870 y la que ahora nos ha ocupado en la novación. Sin embargo, como se aprecia los legisladores de ambas épocas siguieron cometiendo el inexplicable error de considerar a la novación como un contrato. En consecuencia, en el Capítulo Cuarto de esta investigación, se estudiará si este error siguió en la legislación civil que actualmente nos rige en el Distrito Federal y las razones por las cuales el legislador considera a la novación un contrato.

¹⁰² Cruz Barney, Oscar, Ob. Cit. Nota 74 pp. 17 in fine y 18

Capítulo Segundo

Ubicación de la novación en el Derecho de las Obligaciones y su marco conceptual

1. Ubicación de la novación en el Derecho de las obligaciones

Para dejar clara mi postura acerca de que la novación no debe ser considerada un contrato sino un convenio, debo partir de cómo ha sido acogida esta figura por la ciencia del Derecho.

En las siguientes líneas abordare cómo ha sido estudiada la novación por los juristas y tratadistas del derecho, lo cual, servirá como parámetro para darle sustento a mi tesis, y demostrar que en nuestra presente legislación civil para el Distrito Federal, existe el error de confusión entre dos figuras jurídicas: el contrato y el convenio, el cual, mediante esta investigación se pretende subsanar. Para ello, es importante iniciar mencionando el concepto de obligación y de ella sus elementos, sus fuentes, y las formas de extinguirlas, para determinar el lugar que ocupa la novación en el Derecho de las Obligaciones civiles.

1.1 Concepto de obligación

En Roma se acuña y perfecciona el concepto de obligación, al grado de aseverar que es la cuna del Derecho civil. A ésta, se le dio como concepto, ser una relación jurídica, en cuya virtud, una o varias personas, tienen el derecho subjetivo de exigir el cumplimiento de una determinada prestación, o la ejecución de un acto o actos en su favor, o una satisfacción patrimonial equivalente respecto de otra u otras personas que tienen el deber jurídico de cumplirla y que responden con su patrimonio. El vínculo jurídico obligacional, fue protegido por una *actio*, la cual, se crea entre deudor y acreedor, siendo el objeto del mismo, un *dare, facere o praestare*.¹⁰³

¹⁰³ Gutiérrez-Alviz y Armario, Faustino. *Diccionario de Derecho Romano*. 4ª ed. Editorial Reus, S.A. Madrid, España. 1995. p. 496

La obligación romana, consta de dos elementos: el débito, o sea, el deber de realizar una determinada prestación, y la responsabilidad o perjuicio jurídico, que al deudor le sigue dentro de la obligación antigua, la responsabilidad, se coloca en primer plano. La *obligatio*, es una atadura de la propia persona, su sujeción, se deriva de un deber.

El significado de los términos, referentes a la responsabilidad o sujeción – *obligari*, de *ob-ligari* – y a la liberación del vínculo – *liberare, solvere*-, y en general, la forma de realizarse el nexo personal en que se sustenta la obligación, nos prueban, que el *obligatus*, no es el deudor, en el sentido que hoy damos a la palabra, sino una persona sometida al acreedor, y sobre la cual, le es dable satisfacerse, en el caso de que no observe el comportamiento debido.¹⁰⁴

La *obligatio* en Roma, –es el vínculo jurídico por virtud del cual, una persona denominada deudor, es constreñida frente a otra llamada acreedor, a realizar una determinada prestación.”¹⁰⁵ En la obligación primitiva romana, se actúa fuera de los linderos de la familia, en la que, por lo demás, no hay sujetos jurídicamente equiparados, y la misma se hace necesaria, al momento de poner un vínculo de carácter obligatorio. Sin embargo, en la época adelantada, se llega, pero no de un modo definitivo, a sustituir al paterfamilias por el individuo. Más adelante, en la evolución histórica del Derecho Romano, la obligación va teniendo diversas acepciones, siendo la más reconocida y que ha servido de base a la doctrina, la definición de Justiniano que cita en el Proemio, Libro III, Título XIII:

*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstrigimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitates iura*¹⁰⁶

¹⁰⁴ Iglesias, Juan. *Derecho Romano, Historia e Instituciones. 10ª ed.* Editorial Ariel S.A. Barcelona, 1992. p. 356

¹⁰⁵ *Ibidem* p. 355

¹⁰⁶ Castan Tobeñas, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral, T. III Derecho de la Obligaciones, la Obligación y el Contrato en general, 16ª ed.*, Editorial REUS, S. A. Madrid, España. 1992. p. 47

La obligación es un vínculo jurídico, por el cual, somos constreñidos a pagar alguna cosa, según el Derecho de nuestra ciudad. Si se suprime la última parte, que se refiere a las obligaciones propias del derecho civil de los romanos, esta definición, salvo algunas innovaciones, se ha mantenido hasta nuestros días.

Ello, ha influenciado e distintos tratadistas que la han tomado como parámetro para tratar de dar la propia, verbigracia: Para Pothier la obligación es un vínculo de derecho que nos sujeta respecto de otro a darle alguna cosa o hacer o no hacer alguna cosa.¹⁰⁷

Para Giorgi.

La obligación es un vínculo entre dos o más personas determinadas, en virtud del cual, una o varias de ellas (deudor o deudores) quedan sujetas respecto a otra u a otras (acreedor o acreedores) a hacer o no hacer alguna cosa¹⁰⁸

Para Planiol la definición usual de la obligación es:

Un vínculo de derecho por el cual una persona está sujeta para con otra a hacer o no hacer una cosa, o bien, la obligación es una relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual una de ellas, llamada acreedor, tiene derecho de exigir cierto hecho de otra que se llama deudor.¹⁰⁹

Para Bonnacase:

¹⁰⁷ Pothier, Robert Joseph, *Tratado de las Obligaciones*, Publicación aportada por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003 p.11

¹⁰⁸ Giorgi, Jorge, *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*, Vol .1, Editorial Reus, Madrid, 1909. p. 9

¹⁰⁹ Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, traducción española del Dr. Mario Díaz Cruz, Tomo Séptimo, Las Obligaciones, Primera parte*, Editorial Cultural, S. A. Habana, 1945. p. 12

El derecho de crédito es una relación de derecho en virtud del cual una persona, el acreedor, tiene el poder de exigir de otra, llamada deudor, la ejecución de una prestación determinada, positiva o negativa y susceptible de evaluación pecuniaria¹¹⁰

Para Francesco Messineo:

La obligación es un vínculo jurídico por virtud del cual, una persona denominada deudor, se encuentra constreñida jurídicamente a ejecutar algo a favor de otra persona llamada acreedor.¹¹¹

Las anteriores definiciones, también sirven para determinar qué lugar ocupa la obligación dentro del Derecho civil, así advierte Gutiérrez y González que:

La obligación se encuentra dentro del derecho civil, como una especie del género deber jurídico –lato sensu-, consecuentemente toda obligación es un deber, pero no todo deber jurídico es una obligación...El deber jurídico en sentido amplio es la necesidad de observar voluntariamente una conducta conforme a lo que prescribe una norma de derecho. Y en sentido estricto es la necesidad de conservar voluntariamente una conducta, conforme a lo que prescribe una norma de derecho, ya a favor de una colectividad, ya de persona o de personas determinadas.¹¹²

¹¹⁰ Bonnecase, Julien, Op. Cit. Nota 43, p. 11

¹¹¹ Messineo, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial, T. IV, traducción de Santiago Sentis Melendo*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955, pp. 3 in fine y 4

¹¹² Gutiérrez y González Ernesto, *Derecho de las Obligaciones, Décima Séptima edición, aumentada y puesta al día por la doctora Raquel Sandra Contreras López*, Editorial Porrúa, México, 2008. pp. 30 y 31

Por lo cual las obligaciones están contenidas en el mundo del Derecho civil en el deber jurídico (como en el Derecho romano). Sin embargo, para este autor, la definición de obligación tiene dos variantes la obligación en sentido amplio y la obligación en sentido restrictivo, de la primera menciona que es:

La necesidad jurídica de cumplir voluntariamente una prestación de carácter patrimonial (pecuniaria o moral), a favor de un sujeto que eventualmente puede llegar a existir, o a favor de un sujeto que ya existe.¹¹³

Y de la obligación en sentido estricto argumenta que es

La necesidad jurídica de mantenerse en aptitud de cumplir voluntariamente una prestación de carácter patrimonial (pecuniaria o moral), a favor de un sujeto que a).- eventualmente pueda llegar a existir, y b).- si existe, aceptar.¹¹⁴

Como se observa, todas estas definiciones parten del concepto romano de obligación que ya hemos descrito, y sólo son diferentes en cuanto a su estructura gramatical, pero no sustancialmente, pues la variable en ellas es la sustitución de vínculo jurídico por relación jurídica o necesidad jurídica¹¹⁵. En otras palabras, algunas definiciones describen la obligación desde el punto de vista pasivo, por lo que se refiere al estado del deudor; y otras, el aspecto activo, imputándole la facultad de exigir el acreedor algo al deudor. Esto no quiere decir que estoy en desacuerdo de las anteriores, ni que quisiera dar la propia definición de obligación, sino lo que quiero exponer y dejar claro de las

¹¹³ Ibídem p.36

¹¹⁴ Ibídem p. 38

¹¹⁵ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil III, Teoría General de las Obligaciones, decimoquinta edición aumentada con jurisprudencia definida de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la última compilación editada en el año de 1980*, Porrúa, México, 1987. p. 10

anteriores, es que en todas ellas se muestra que en la obligación, siempre van a existir determinados elementos, que son subjetivos y objetivos.

En cuanto al elemento subjetivo de la obligación ésta siempre va a tener dos partes o sujetos: uno denominado acreedor y el otro deudor. Pues la obligación en sí misma como deber jurídico no podría explicarse mencionando sólo a una parte de ellos, ya sea deudor o acreedor, porque la noción de deber es correlativa de la noción de facultad, por eso debe intervenir también el acreedor, como sujeto activo de la obligación, quien va a exigir la conducta regulada como prestación o como abstención, Así el sujeto activo o el sujeto pasivo pueden ser determinados o simplemente determinables en la obligación; pero siempre deberán determinarse en el momento en que se exija el derecho o se cumpla el deber jurídico, porque el hecho del ejercicio o el del cumplimiento supone respectivamente, un pretensor o un obligado determinado.

Respecto al elemento objetivo de la obligación, es también inherente a ella, pues es imposible concebir la idea de obligación en la que no conste el objeto. Éste se caracteriza por ser la prestación o la abstención, es decir, se presenta como forma de conducta positiva o negativa ¹¹⁶. El objeto de la obligación puede consistir en cosas, esto es cuando las prestaciones se refieren a bienes en general. Sin embargo, coincidimos con la mayoría de estudiosos del derecho en que el objeto tanto del derecho objetivo, del derecho subjetivo y del deber jurídico es la conducta humana. Consecuentemente, el objeto de la obligación tiene que ser conducta, pero esta conducta materia de la prestación o de la abstención puede referirse a cosas y entonces estas serán objetos indirectos de las prestaciones de dar o de hacer, cuando los hechos a su vez, recaigan sobre las cosas. ¹¹⁷

En resumen, la obligación como estructura jurídica, en sentido de relación contiene: un sujeto activo, que tiene la facultad de exigir la prestación; un sujeto pasivo obligado; y tercero, un objeto, consistente en una actividad que ha de desplegar el deudor, denominada prestación. Al respecto menciona Castan Tobeñas:

¹¹⁶ *Ibíd*em 11

¹¹⁷ *Ibíd*em pp. 11 in fine y 12

Podría añadirse todavía el de la causa de la obligación (*causa debendi o causa obligationis*), que es la razón de ser del deber de cumplir la obligación que tiene el deudor¹¹⁸

Rafael de Pina apunta que los elementos esenciales de toda obligación son cuatro: los sujetos, la relación jurídica, el objeto y la patrimonialidad¹¹⁹

El elemento personal de la obligación está constituido por los sujetos de la relación obligatoria, que son, las personas que aparecen como partes de la misma, éstas pueden ser personas físicas o jurídicas, ya que se encuentran en la posibilidad legal de entrar en la obligación como elementos de la relación vinculatoria.¹²⁰

En cuanto a la relación jurídica De Pina menciona que una obligación supone siempre una relación obligatoria, pues sin relación no hay obligación, ya que ésta constituye una peculiar situación jurídica respecto de los sujetos que participan en ella, y de la cual, nacen deberes, de un lado, y derechos de otro.¹²¹

El objeto, como ya se dijo, designa el comportamiento positivo o negativo que el deudor debe conservar a favor del acreedor. Consecuentemente la prestación debe tener los siguientes elementos:

a.- Que sea determinada: esta se deriva de la naturaleza de la misma de las obligaciones civiles. La determinación de la prestación constituye, en relación con el deudor, una garantía de que no le podrá ser exigido ni más ni menos que aquello a que se encuentre obligado.

b.- Que sea posible física y jurídicamente: Es decir se debe adaptar a las normas de la naturaleza y la ley de los hombres.

¹¹⁸ Castan Tobeñas, José. Op. Cit. Nota 106 p. 67

¹¹⁹ De Pina, Rafael, *Elementos de Derecho Civil Mexicano (Obligaciones civiles- Contratos en General)*, Volumen Tercero, Cuarta Edición revisada y actualizada por Rafael de Pina Vara, Porrúa, México, 1977. p. 35

¹²⁰ Ibídem p.36

¹²¹ Ibídem p. 40

c.- Que sea lícita. Es decir que el objeto no choque con ningún precepto de derecho positivo, ni con ninguna norma moral, ni contraria al orden público.

Toda prestación que no se oponga ni directa ni indirectamente a las normas aludidas es lícita y, por lo tanto, exigible.

La licitud es un requisito esencial de la obligación.¹²²

Como se muestra, estos requisitos que exige la ley para el objeto de la obligación, son prácticamente los mismos que se exigen para el objeto indirecto de cualquier acto jurídico.

El Código Civil para el Distrito Federal, explica al objeto de las obligaciones, mediante el contrato pues expone:

Artículo 1824. Son objeto de los contratos:

- I. La cosa que el obligado debe dar
- II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer.

Artículo 1825. La cosa objeto del contrato debe: 1º Existir en la naturaleza. 2º Ser determinada o determinable en cuanto a su especie. 3º Estar en el comercio.

Artículo 1827. El hecho positivo o negativo objeto del contrato, debe ser:

- I. Posible
- II. Lícito.¹²³

La crítica a estos artículos es que como se muestra, explican al objeto de toda obligación mediante el contrato, como si fuera la única figura jurídica, de la cual emanan, nacen o se originan las obligaciones, por lo cual en lugar de decir “contratos” debería decir “obligaciones”.

El cuarto elemento de la obligación que menciona De Pina es la patrimonialidad, este requisito es un tanto controversial entre la comunidad científica del derecho, pues el mismo autor nos advierte que la patrimonialidad

¹²² *Ibíd*em p. 42 in fine

¹²³ *Código Civil para el Distrito Federal, Agenda Civil del D.F. 2014, Versión cosida*, Editorial ISEF, México 2014 p. 185 in fine

-es un requisito que no es unánimemente admitido por la doctrina ni por las legislaciones”¹²⁴. Así, existen diversas teorías respecto a los elementos de las obligaciones: una posición afirman que la prestación que forma el objeto de la obligación es susceptible en si misma de apreciación pecuniaria, y debe presentar alguna ventaja apreciable en dinero para el acreedor; y otra posición que niega que toda prestación debe tener necesariamente un valor patrimonial; y la última postura advierte que las obligaciones siempre han estado comprendidas en el derecho patrimonial, por lo que la prestación que constituye su objeto tiene valor económico, valuable en dinero, lo cual no significa:

Que deba consistir para el acreedor en un efectivo de sus bienes económicos, bastando con que el objeto pertenezca a la esfera patrimonial, que sea susceptible de obtenerse con dinero, no siendo necesario que el interés del acreedor sea de carácter patrimonial, pudiendo serlo de naturaleza moral o de afección.¹²⁵

Rojina Villegas, se orienta a favor de la tesis de que la ley protege tanto obligaciones de carácter patrimonial como extrapatrimonial, pues menciona que hasta el Código civil de 1884, las obligaciones debían tener un objeto susceptible de valor en dinero. Sin embargo desde el momento en que el Código civil de 1928 suprime expresamente el principio de que son imposibles las cosas o actos que no se pueden reducir a un valor exigible:

Se demuestra la intención del legislador de considerar como obligaciones posibles, aquéllas en que las cosas o actos tengan un valor moral o espiritual.¹²⁶

Es decir, para este autor la tesis de Ihering sigue vigente en nuestra legislación civil para el Distrito Federal.

¹²⁴ De Pina, Rafael, Ob. Cit. Nota 119 p. 43

¹²⁵ Ibídem pp. 43 y 44

¹²⁶ Rojina Villegas, Rafael, Ob. Cit. Nota 115 p. 16

Como ha quedado anotado, el concepto de obligación no presenta mayor variación, que él ya descrito por los romanos, y sin embargo, en el momento de abordar sus elementos, existe controversia en cuáles y cuántos son. Pero esta situación no presenta mayor dificultad para esta investigación, pues el concepto y elementos de la obligación, ayudan a ubicar a la novación dentro de las obligaciones, pues se muestra que en esta figura existen todos los elementos que contiene una obligación, consecuentemente, no la podemos ubicar en el Derecho Civil, fuera de las obligaciones. Empero, esto me lleva a investigar a qué parte de las mismas pertenece, pues el legislador del Código Civil para el Distrito Federal, dispuso que la novación es contrato, y éstos como se sabe son fuente de las obligaciones. En consecuencia, dedicaré las siguientes páginas al análisis de las fuentes de las obligaciones, con la finalidad de demostrar que el legislador está equivocado, y a reforzar mi hipótesis de que la novación no es contrato- fuente de las obligaciones, y sí convenio-medio de extinción de las obligaciones.

1.2 Fuentes de las obligaciones

Antes de entrar al estudio de cuáles son las fuentes de las obligaciones es importante precisar que debe entenderse por “fuente” o “fuentes”, pues reflexiono que es desafortunada (aunque aceptada) la expresión, en mi opinión debería utilizarse la expresión origen de las obligaciones. Pues las mismas las origina el hombre en sociedad, no emanan, como si fueran ajenas a él y más un producto de un hecho natural. Al respecto Ernesto Gutiérrez y González explica:

La palabra fuente, tiene su raíz etimológica en el término latino *fontis*, “fontis”, lo cual significa manantial de agua que brota de la tierra.

Esta palabra se usa en sentido metafórico y se llevó al campo del derecho, con la finalidad de buscar de donde emana o brota el derecho o cada una de sus instituciones o figuras que rigen la conducta de los seres humanos.

Toda obligación tiene su fuente en el hecho jurídico en su doble división de acto y hecho jurídicos *strictu sensu*.¹²⁷

Sin embargo, considero que aunque este término se utilice a manera de tropo o metafóricamente como ha quedado descrito, parecería que al utilizar la palabra fuente (de donde emana o brota en este caso la obligación) el hombre se olvida que las obligaciones son un producto humano y no de la naturaleza, consecuentemente es más preciso decir “origen de las obligaciones”, con lo cual se menciona de donde vienen o qué origina a las mismas. También de la opinión de Gutiérrez y González, se muestra que para él, existe una sola forma de dar origen a una obligación que es el hecho jurídico. Lo cual es correcto, ya que desde coincido en que dan origen a una obligación todos aquellos hechos o actos de la vida humana que, enfocados desde el punto de vista jurídico, son susceptibles de producir obligaciones.

El estudio de estos fenómenos que dan origen a las obligaciones, lleva a determinar como una persona teóricamente libre de toda sujeción, puede quedar jurídicamente obligada, es decir convertirse en deudor o acreedor de una obligación. Por esta situación es importante su análisis, así existen juristas preocupados al respecto como Ignacio Galindo Garfias quien comenta:

El estudio de las fuentes de las obligaciones debe buscar la respuesta a estas tres interrogantes: a) por qué determinados hechos jurídicos (y no otros) generan obligaciones, b) cuáles son los hechos jurídicos que se encuentran previstos en un determinado ordenamiento como fuente de las obligaciones, y c) cuál es el criterio de clasificación que atendiendo a las respuestas de las cuestiones a) y b), debe adoptarse para clasificar las fuentes de las obligaciones.¹²⁸

¹²⁷ Gutiérrez y González, Ob. Cit. Nota 112 p. 106

¹²⁸ Galindo Garfias, Ignacio, *Las fuentes de las obligaciones*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México. p. 7

Texto en PDF, disponible en internet en:

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/399/2.pdf>

Es evidente que desde la perspectiva de este autor, las obligaciones se derivan del hecho jurídico en sentido amplio. Sin embargo, existe actualmente la tendencia de simplificar la clasificación de los fenómenos que dan origen a las obligaciones. Así, en la doctrina francesa se puede encontrar clasificaciones dualistas del origen de la obligación¹²⁹, y en otros autores, la tendencia contraria, consistente en enumerar distintas fuentes autónomas, sin comprender que las mismas quedan incluidas en una clasificación más general, que se funde en grandes grupos.

Para Bonnecase las fuentes de las obligaciones son el hecho jurídico y la ley y el acto jurídico y la ley, mencionando a esta última —como fuente suprema de las obligaciones¹³⁰ Clasificación que sigue Rojina Villegas¹³¹, pues en su opinión, son dos fuentes de las obligaciones que engloban a todas las demás, ya que dentro de los actos jurídicos se encuentran el contrato, el testamento, la declaración unilateral de la voluntad y los actos de autoridad; y dentro de los hechos jurídicos, los naturales y los del hombre (los cuales clasifica a su vez en lícitos e ilícitos).¹³²

La tendencia de realizar una clasificación de los fenómenos que dan origen a las obligaciones no es nueva, pues ya en el Derecho romano se preocupaban por determinar esta situación. Para Gayo, *omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delictio*¹³³, es decir, toda obligación nace, bien del contrato, bien del delito, por lo cual, solo existe una bipartición, del origen de las obligaciones.

¹²⁹ Cfr. Planiol, Marcelo y Ripert; Jorge, Op. Cit. Nota 109 quienes proponen que sólo existen dos fuentes de las obligaciones: la ley y el contrato, sin embargo, estos autores olvidan que el contrato se deriva a su vez de la ley, la cual le permite determinada autonomía de la voluntad, por esta razón si los autores tuvieran razón encontraríamos como única fuente de las obligaciones a la ley.

¹³⁰ Bonnecase, Julien, Op. Cit. Nota 42 p. 47

¹³¹ Cfr. Rojina Villegas, Rafael, Op. Cit. Nota 115 p.49

¹³² Loc. Cit

¹³³ Citado por Iglesias, Juan. Op. Cit. Nota 104 p. 379.

Posteriormente, en la época postclásica, el Derecho Justiniano retoma esta clasificación, adicionando los cuasicontratos y los cuasidelitos.

Desde nuestro punto de vista siguiendo a Gutiérrez y González y a Galindo Garfias, existe un solo fenómeno que origina a todos los demás, que es el hecho jurídico en sentido amplio, el cual incluye a los demás actos jurídicos y hechos jurídicos en sentido estricto, sin embargo la tendencia a simplificar los fenómenos que dan origen a las obligaciones, me hace realizar un estudio particular de ellos y a determinar si realmente dan o no origen a las obligaciones, y por qué esos y no otros fenómenos tienen esa cualidad.

El actual Código Civil para el Distrito Federal menciona en su Libro cuarto, Primera parte, Título primero como fuentes de las obligaciones a los contratos, a la declaración unilateral de la voluntad, al enriquecimiento ilegítimo, a la gestión de negocios, a las obligaciones que nacen de los actos ilícitos y al riesgo profesional.¹³⁴ Es decir, sigue la posición contemporánea de simplificar los hechos que originan obligaciones. Tomando en cuenta esta situación, se analiza a detalle cada una de estas figuras jurídicas a continuación.

1.2.1 El contrato

Ya antes mencioné que en Roma, se preocuparon por sistematizar los fenómenos o hechos que generaban obligaciones. Así hemos dicho que en un principio Roma destacó al contrato y al delito como generadores de obligaciones, lo que siguió posteriormente con la clasificación cutripartita de Justiniano de contrato, cuasi-contrato, delito y el cuasi-delito. Sin embargo Galindo Garfias comenta:

Originalmente, la voz *contractus* (en el Derecho romano) no parece haber poseído un preciso significado técnico jurídico. Etimológicamente, *contractus* es el participio pasivo del verbo *contraeré*, por lo cual designa genéricamente “el contraído”. Lo contraído es un negocio o más exactamente, una obligación. *Contractus*, es pues, aquella situación que da origen a ese especial vínculo iuris en que la *obligatio* consiste...Sólo

¹³⁴ Código Civil para el Distrito Federal, Op. Cit. Nota 123 pp. 182 y ss.

aquellos solemnes y rituales actos que generan una *obligatio* se les podía llamar *contractus*.¹³⁵

Siguiendo al Derecho romano, en la actualidad autores franceses como Bonnetcase siguen considerando esta clasificación cuatripartita como las únicas formas generadoras de obligaciones. Empero, existen autores que ven al contrato como el único productor de obligaciones, al considerar que —constituye una fuente importantísima de las obligaciones, especialmente desde el punto de vista que podemos llamar estadístico”.¹³⁶ Nuestra doctrina y legislación civil, también coinciden con el Derecho romano en que el contrato es —fuente” de las obligaciones, pues de este se ha dicho que es la manifestación de la voluntad de dos o más personas para crear o transmitir obligaciones y derechos, y se diferencia del convenio en que éste, modifica y extingue derechos y obligaciones. Afirmando con esto, que todos los contratos entran en el género de los convenios pero los convenios no pueden entrar en la especie de los contratos.

Esta distinción se aprecia con más detalle en los artículos 1792 y 1793 del Código Civil para el Distrito Federal que disponen:

Artículo 1792. Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir modificar o extinguir obligaciones.

Artículo 1793. Los convenios que producen o transfieren derechos y obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.¹³⁷

Nuestra legislación civil, norma a los convenios, con mayor alcance jurídico que los contratos, pues sirven para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones, mientras que los últimos sólo presentan la utilidad de producir y transmitir obligaciones. Empero, de la sistemática que tiene el Código, es evidente que los contratos son —fuente” de las obligaciones. Lo cuestionable de esta norma es que sí los convenios tienen un mayor alcance

¹³⁵ Galindo Garfias, Ignacio, Op. Cit. Nota 128 p. 9

¹³⁶ De Pina, Rafael, Op. Cit. Nota 119 p. 64

¹³⁷ Código Civil para el Distrito Federal, Op. Cit. Nota 123 p. 182

para generar obligaciones que los contratos, lo propicio sería mencionar que los convenios y dentro de ellos los contratos son actos creadores de obligaciones.

Delimitado este tema es propicio mencionar si la novación es un contrato o un convenio u otra clase de obligación. El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo dispone:

Hay novación de contrato cuando una de las partes en él interesadas lo alteran sustancialmente sustituyendo una obligación nueva a la antigua.¹³⁸

Lo cual, hace evidente las limitaciones o ignorancia del legislador de este código, pues no previó que el contrato no es el único acto o hecho creador de obligaciones, pues ya antes el mismo había mencionado en su Libro cuarto, Primera parte, Título primero como “fuentes” de las obligaciones a los contratos, a la declaración unilateral de la voluntad, al enriquecimiento ilegítimo, a la gestión de negocios, a las obligaciones que nacen de los actos ilícitos y al riesgo profesional. Consecuentemente, se le olvido que si la novación es una “firma de extinción de las obligaciones”, cualquier obligación sea cual fuere la causa lícita que le dio origen, se puede extinguir mediante esta figura jurídica.

Pero la ignorancia o poca pericia del legislador en su trabajo, lo lleva a cometer otro error, pues en el artículo siguiente, es decir en el numeral 2214 dispone:

La novación es un contrato, y como tal está sujeto a las disposiciones respectivas...¹³⁹

No conforme el legislador con cometer el error de prever que el contrato no es el único origen de las obligaciones, comete otro, pues confunde dos figuras

¹³⁸ Ibídem p. 222

¹³⁹ Loc. Cit.

jurídicas que en un principio parecía tener claras: la distinción del convenio y el acto jurídico, pues de acuerdo al artículo 1792

Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

Distinto del contrato el cual según el numeral 1793.

Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contrato.

Por lo cual, si se toma en cuenta esta distinción que el legislador realizó acerca de la utilidad y alcance de los contratos y convenios -que posteriormente pareció olvidar- es indiscutible que la novación no debe ser considerada un contrato sino un convenio, pues este último tiene los fines y alcances que el legislador quiso darle en el Libro cuarto, Título quinto, Capítulo cuarto, como forma de extinguir las obligaciones. Empero, este tema se retomará en el Capítulo Cuarto de esta investigación, cuando abonemos más acerca de la distinción entre convenio y contrato.

1.2.2 La declaración unilateral de la voluntad

Siguiendo con el estudio de las formas jurídicas que dan origen a las obligaciones, toca realizar el estudio de la declaración unilateral de la voluntad, la cual, surgió en Roma y se daba a través de una figura llamada "*stipulatio*" que era la declaración o la promesa unilateral que se hacía a un Dios. Posteriormente en Roma, surge la pölicitación, que era la promesa unilateral hecha a una ciudad. En ambos casos, el promitente quedaba obligado frente al dios o a la ciudad, según el tipo de promesa hecha.

La llaman pölicitación u oferta se lleva a cabo cuando una persona hace una declaración unilateral de la voluntad tácita o expresa a una persona física o jurídica, la cual puede ser determinada o indeterminada y que puede o no estar presente. En esa declaración se deben expresar los elementos esenciales del contrato que el proponente pretende celebrar y cumplir en su oportunidad,

ejemplo, (cuando alguien pone un anuncio en el periódico, ya sea para comprar o vender se dirige a todos y a nadie, y si no se cumple con el anuncio la ley lo sanciona).

Existen diversas teorías que afirman o niegan a la declaración unilateral de la voluntad como creadora de las obligaciones, verbigracia:

La doctrina alemana ha reivindicado para el derecho germánico la tesis favorable al reconocimiento de la voluntad unilateral como fuente de las obligaciones.¹⁴⁰

Esto es importante, porque nuestro Código Civil sigue esta doctrina, incluyendo a la declaración unilateral de la voluntad como generadora de obligaciones.

Siguiendo con las teorías que afirman la existencia de la declaración unilateral de la voluntad. Existen dos grandes posiciones que tratan de dar valor a la voluntad unilateral como fuente de las obligaciones pues:

Una pretende sustituir el contrato por la voluntad unilateral, afirmando que en los casos donde con mayor evidencia se ofrece el aspecto bilateral, la conjunción de las voluntades no es simultánea, sino sucesiva; y otra, que sostiene que el derecho sólo admite por excepción la fuerza de promesa unilateral en aquellos casos en que lo exijan los intereses del comercio como en las promesas de contrato, las de fundación y recompensa, los títulos a la orden y las estipulaciones para otro.¹⁴¹

Si se retrotrae al tiempo de los romanos la declaración unilateral de la voluntad, sería considerada un cuasi-contrato, pues para que sea reconocido debe exigir la aceptación de la oferta de otro sujeto, siguiendo el principio de

¹⁴⁰ De Pina, Rafael, Op. Cit. Nota 119 p. 66

¹⁴¹ Bonilla San Martín. Adolfo, *Sobre los efectos de la voluntad unilateral* (propia o ajena) en materia de obligaciones mercantiles, Reus. S. A., Madrid .1901. p. 45

que el consentimiento, elemento de existencia del acto jurídico se forma de dos o más voluntades, pues para que sea considerado tal es necesario que en él converjan tanto la policitación de una parte como una aceptación de un sujeto distinto.

La teoría de la declaración unilateral de la voluntad en México no siempre fue aceptada pues según Borja Soriano:

Los Códigos de 1870 y de 1884, al disponer que el oferente debía responder de los daños y perjuicios que causara si hubiere retractación de la oferta durante el plazo legal o convencional, consagraban una obligación nacida antes del contrato, sin embargo esta obligación no nace de la declaración unilateral de la voluntad, sino de la obligación de indemnizar en la existencia de un hecho ilícito consistente en la retractación, que implica una actitud indebida del oferente, que si bien no supone dolo, por lo menos implica culpa, al no prever las consecuencias que por su oferta iba a engendrar, originando gastos en el aceptante para después retirarla antes del plazo.¹⁴²

No obstante para Rojina Villegas, la conclusión a la que llega Borja Soriano es inoperante y el sistema de la declaración unilateral de la voluntad es fuente de las obligaciones por dos razones:

1ª.-Porque en él, la retractación de la oferta es inoperante, de manera que la obligación de celebrar un contrato existe y no puede producir ningún efecto esa retracción¹⁴³; 2ª.- Porque ya el Código actual acepta el sistema de la declaración unilateral de la voluntad, y los autores modernos al comentar esta obligación del oferente y esta retracción inoperante, consideran que la obligación ha nacido de una simple declaración de la voluntad.¹⁴⁴

¹⁴² Borja Soriano, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones, T. I*, Porrúa, México, 1939, pp. 181 y 182

¹⁴³ Cfr. Ennecerus, Ludwing, et al, Op. Cit. Nota 7, pp. 157 y 158

¹⁴⁴ Rojina Villegas, Rafael, Op. Cit. Nota 115 p.60

El Código Civil para el Distrito Federal que actualmente nos rige, acepta a la declaración unilateral de la voluntad como creadora de obligaciones, pues está sistematizada en su Libro cuarto, Título primero, Capítulo segundo.

Aunada a esta situación, la doctrina mexicana reconoce a esta figura jurídica como creadora de obligaciones en el Código Civil, ya que de acuerdo a su artículo 1860:

El hecho de ofrecer al público objetos en determinado precio, obliga al dueño a sostener su ofrecimiento.¹⁴⁵

Desde el momento en que el oferente realiza el hecho de ofrecer al público determinados objetos, se genera para él la obligación de sostener su ofrecimiento. Y más aún pues lo mismo ocurre para el sujeto que mediante anuncios u ofrecimientos hechos al público se compromete a realizar determinada prestación a favor de quién cumpla determinada condición o desempeñe cierto servicio. Pues la persona que cumpla con estas características puede exigir el cumplimiento de la obligación, conforme al artículo 1862.

Esto ha servido a los teóricos que están a favor de la declaración unilateral de la voluntad como argumento de que esta figura es creadora de obligaciones. Y en el hecho de que tan es así que se ha generado una obligación, que la única forma de desvincularse de esa obligación es cumpliendo con la oferta o bien antes de que esté prestado el servicio o cumplida la condición, el promitente revoque su oferta, con la misma publicidad que hizo en el ofrecimiento, sin embargo si el que estuvo interesado en cumplir la condición o prestar el servicio, prueba que hizo erogaciones para aceptar esa oferta, tiene derecho a que se le reembolse lo gastado y el promitente a pagar esa obligación.

¹⁴⁵ Código Civil para el Distrito Federal, Op. Cit. Nota 123 p. 188

1.2.3 Enriquecimiento ilegítimo

El enriquecimiento ilegítimo, es otra de las llamadas “fuentes” de las obligaciones, que regula el Código Civil para el Distrito Federal, en su Libro Cuarto, Título primero, Capítulo Tercero, pues el artículo 1882 dispone:

El que sin causa se enriquece en detrimento de otro., está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida que él se ha enriquecido.¹⁴⁶

Es notable que el legislador se preocupó por regular esta figura jurídica, generando para el que obtuvo el beneficio en detrimento de otro, una obligación. Para Rafael De Pina:

El enriquecimiento ilegítimo o sin causa se produce siempre que una persona obtiene de otra un beneficio o ventaja, de naturaleza económica que carece en absoluto de justificación.¹⁴⁷

Este fenómeno es de acuerdo a nuestra legislación civil vigente, una de las fuentes de las obligaciones, pues el legislador de este código, siguió la doctrina que considera que el enriquecimiento sin causa o ilegítimo se funda en el principio de la equidad, que afirma que nadie puede aumentar su patrimonio injustamente en perjuicio de otro, de donde se deriva la obligación de restituir lo adquirido a expensas de los demás y sin beneficio para ellos.¹⁴⁸

La consideración del enriquecimiento ilegítimo como creadora de obligaciones, no es nueva, pues ya en el Derecho Romano, se estableció que por medio de esta figura jurídica se creaban obligaciones. Así en los Institutos de Justiniano título 27 se consideraron como fuentes de las obligaciones a los cuasi contratos y a los cuasi delitos.

¹⁴⁶ *Ibidem* p. 190

¹⁴⁷ De Pina, Rafael, *Op. Cit*, Nota 119 p. 76

¹⁴⁸ *Ibidem* p. 77

Esta figura jurídica es acogida por el Derecho francés y pasa así a la legislación civil mexicana, pues como ya se ha demostrado, las mismas son copia del Código Napoleón.

Al enriquecimiento ilegítimo, también se le conoce como enriquecimiento sin causa, situación que desde la perspectiva de Rojina Villegas es más apropiada, pues:

Todo enriquecimiento ilegítimo evoca la idea de lo ilícito. Sin embargo, el término “ilegítimo”, sólo significa que es sin causa, por lo que es más correcto emplear esta segunda denominación.¹⁴⁹

Lo anterior, también sirve para determinar que no todo detrimento en el patrimonio de una persona a favor de otra, es enriquecimiento ilegítimo, pues un requisito sine qua non para que se cree la obligación, es precisamente que no exista una causa o un motivo justificado, que hizo que una de las partes en la relación obligatoria se enriqueciera en la proporción que la otra se empobreció. Ya que:

En todo enriquecimiento sin causa hay un cambio patrimonial que se traduce en beneficio para uno y en perjuicio para otro. Ahora bien, si este cambio patrimonial tiene una causa jurídica lícita o ilícita, ya no estamos en presencia de la fuente denominada enriquecimiento sin causa”¹⁵⁰

El enriquecimiento ilegítimo tiene como elementos los siguientes: 1) que haya empobrecimiento de un patrimonio, 2) Que exista enriquecimiento de otro, 3) Que exista una relación de causa a efecto entre el primero y el segundo y 4) que no exista una causa jurídica que justifique ese desplazamiento patrimonial. Así para que exista esta figura jurídica tanto el enriquecimiento como el empobrecimiento debe ser de carácter patrimonial.

¹⁴⁹ Rojina Villegas, Rafael, Op. Cit. Nota 115 p.261

¹⁵⁰ Loc Cit.

Este hecho creador de obligaciones puede clasificarse de acuerdo a lo dispuesto en el Código Civil para el Distrito Federal, en hecho voluntario ilícito, cuando existe buena fe, o bien, en hecho voluntario ilícito cuando medie mala fe, creando diversas consecuencias jurídicas, para cada una de las partes intervinientes, según disponen los artículos 1884 a 1891. Rafael Rojina comenta al respecto que es propicio hacer la distinción entre el enriquecimiento de mala y de buena fe pues:

Si ha habido mala fe, debe indemnizarse en la medida del empobrecimiento; si ha habido buena fe, debe indemnizarse en la medida del enriquecimiento.¹⁵¹

La norma jurídica plasmada en el Código Civil, emplea un ejemplo del enriquecimiento ilegítimo, que es el pago de lo indebido. Ya que origina obligaciones el hecho de pagar una deuda que no se debe, ya sea que se haga por error fortuito. Estaremos en presencia del pago o entrega de lo indebido. El pago de lo indebido establece una relación o vínculo jurídico entre dos personas: una que recibe lo que no tenía derecho a recibir, y otra que paga por error, en cuya virtud, el cobrador, está obligado de restituir lo indebidamente pagado.¹⁵² Para que exista pago de lo indebido se deben dar los siguientes elementos: 1. Pagar una cosa cierta y determinada o un bien. 2. Que la cosa no se deba, que no había obligación de darla así no hay vínculo jurídico entre el que paga y el que recibe, es decir, no hay deuda. El deudor paga a quien no debe y el acreedor recibe el pago de quien no se debe. 3. Que la entrega de esa cosa cierta se haga por error fortuito, es decir, quien paga y quien recibe debe estar en el falso supuesto de que existe entre ellos esa deuda. Si en esa figura no hay error fortuito, sino, dolo o mala fe habrá fraude y no pago de lo indebido. Como se muestra, el pago de lo indebido se pueda dar tanto por error de hecho (cuando se paga algo que no se debe); y error de derecho (cuando el deudor paga a una persona distinta a su acreedor).

¹⁵¹ *Ibíd*em p. 267

¹⁵² De Diego Gutiérrez, Felipe Clemente, *Instituciones de derecho civil español*, Tomo III, Madrid, 1930. p. 306

Abundando respecto de la buena y mala fe que puede darse en el enriquecimiento ilegítimo, desde el punto de vista de Rojina Villegas, debe tomarse en consideración para indemnizar a la víctima de este hecho, pues:

Si de buena fe un sujeto recibe un pago que no corresponde, por un verdadero error, tanto del que paga como del que recibe y suponemos que el enriquecimiento es menor que el empobrecimiento, dada la fe de aquel que se enriquece, no debe indemnizar sino en la medida en que se enriqueció, restituyendo la cosa; pero si los frutos se perdieron, no tendrá que pagarlos. En cambio si de mala fe él recibió, lo que se le llama la recepción dolosa de lo indebido, entonces un principio evidente de justicia nos indica que aquí debe indemnizarse no en la medida del enriquecimiento, que es menor, sino del empobrecimiento que fue mayor.¹⁵³

En otras palabras para este autor es importante el hecho mediante el cual se obtuvo el enriquecimiento sin causa, ya sea de mala o buena fe, para determinar el efecto restitutorio de la cosa y si es posible también una pena para el caso de mala fe. La consecuencia del enriquecimiento sin causa por pago de lo indebido es la indemnización a quien se empobreció restituyéndole la cosa y si esto no es posible deben pagársele daños y perjuicios, en donde el juzgador considere la buena o mala fe para condenar a la devolución de la cosa considerando sus menoscabos y pérdidas así como las mejoras útiles y los frutos que la cosa produzca.

Así las cosas, la ley dispone que la carga de la prueba de haber hecho el pago es para quien pretende haber pagado, es decir, quien dice que pagó debe probar que lo hizo de acuerdo al artículo 1891 del Código Civil para el Distrito Federal.

Artículo 1891. La prueba del pago incumbe al que pretende haberlo hecho. También corre a su cargo la del error con que lo realizó. A menos que el demandado negare haber recibido la cosa que se reclama. En

¹⁵³ Rojina Villegas, Rafael, Op. Cit. Nota 115 p. 267

este caso, justificada la entrega por el demandante, queda relevado de toda otra prueba. Esto no limita el derecho del demandado para acreditar que le era debido lo que recibió.¹⁵⁴

Con lo analizado anteriormente, se puede decir que el hecho de que una persona se enriquezca en la medida que otra se empobrece sin que medie causa justificada para ello, genera la obligación para el que se enriquece, y un derecho de restitución o de indemnización para el que se empobrece como consecuencia de ese hecho jurídico, por lo tanto, se puede decir que el pago o entrega de lo indebido como una especie del enriquecimiento ilegítimo es una fuente de las obligaciones.

1.2.4 La gestión de negocios ajenos

De esta figura jurídica desde el Derecho romano ya se estimaba como una fuente de las obligaciones, pues de la clasificación cuatripartita de Justiniano, se determinó como un cuasi contrato. Sin embargo, es necesario mencionar que en la actualidad esa no debe ser considerada su naturaleza, pues aunque la doctrina francesa la sigue considerando así (cuasi- contrato), en la legislación civil mexicana no existe esa denominación. Por ende lo más apropiado es razonarla como un hecho jurídico en sentido estricto, pues no es un acto jurídico, ya que para ser considerada así, debe de existir el elemento de existencia del contrato: consentimiento. Lo cual no acontece en la gestión de negocios, pues es justamente de lo que adolece esta figura y por ello es mejor considerar su naturaleza jurídica: hecho jurídico.

El Código Civil para el Distrito Federal, regula a la gestión de negocios ajenos en su Libro cuarto, Título primero, Capítulo cuarto, en el cual, no hace ninguna observación o disposición expresa respecto a si su naturaleza es ser un cuasi contrato o un hecho jurídico, más aun, pues al legislador se le olvidó que la expresión “gestión de negocios”, en sí no puede ser reconocida como un hecho que origina obligaciones, pues es necesario que el asunto de que se encargue el gestor sea ajeno y no propio, pues no es lógico para el Derecho que una persona reclame en juicio lo que se debe a sí misma.

¹⁵⁴ Código Civil para el Distrito Federal, Op. Cit. Nota 123 p. 191

La gestión de negocios ajenos, es otra llamada —fuente autónoma de las obligaciones” y se crea cuando una persona sin estar autorizada para ello, realiza determinados actos y hechos que tengan por objeto beneficiar a un tercero. Rafael de Pina concuerda con esta idea mencionando que la gestión de negocios es —el fenómeno jurídico que se produce cuando una persona, sin mandato y sin estar obligada a ello, se encarga de un asunto de otra.”¹⁵⁵

La gestión de negocios se considera como un hecho autónomo que genera obligaciones porque la conducta realizada por el gestor tiene como propósito que el dueño del negocio ratifique lo que él hace y de esa conducta surge una obligación tanto para el dueño del negocio, si ratifica, como para el gestor.

La ley le confiere una responsabilidad al gestor de lo que hace, aunque el dueño ratifique o no la conducta, y al darse el segundo supuesto no existe obligación para el dueño del negocio sino responsabilidad para el gestor. Pero esta responsabilidad sólo es en la medida en que el dueño se aproveche o no de la gestión. Si el dueño se aprovecha debe pagar al gestor los gastos que éste haya hecho. Pero si el dueño del negocio no se aprovecha es responsabilidad del gestor, así lo disponen los artículos 1896 a 1902:

Artículo 1896. El que sin mandato y sin estar obligado a ello se encarga de un asunto de otro, debe obrar conforme a los intereses del dueño del negocio.

Artículo 1898. Si la gestión tiene por objeto evitar un daño inminente al dueño, el gestor no responde más que de su dolo o de su falta grave.

Artículo 1899. Si la gestión se ejecuta contra la voluntad real o presunta del dueño, el gestor debe reparar los daños y perjuicios que resulten a aquél, aunque no haya incurrido en falta.

Artículo 1900. El gestor responde aun del caso fortuito si ha hecho operaciones arriesgadas, aunque el dueño del negocio tuviere costumbre de hacerlas; o si hubiere obrado más en interés propio que en interés del dueño del negocio.

¹⁵⁵ De Pina, Rafael, Op. Cit. Nota 119 p. 74

Artículo 1901. Si el gestor delegare en otra persona todos o algunos de los deberes de su cargo; responderá de los actos del delegado, sin perjuicio de la obligación directa de éste para con el propietario del negocio.

La responsabilidad de los gestores, cuando fueren dos o más, será solidaria.

Artículo 1902. El gestor, tan pronto como sea posible, debe dar aviso de su gestión al dueño y esperar su decisión, a menos que haya peligro en la demora.

Si no fuere posible dar ese aviso, el gestor debe continuar su gestión hasta que concluya el asunto.¹⁵⁶

Es evidente que el hecho de ejecutar actos en representación de un sujeto sin que obre mandato alguno y sin estar obligado a ello, genera las obligaciones que ya se han descrito, es decir, la ley le establece responsabilidades a la persona que se gestiona un asunto o negocio que no le competía, generando en un principio sólo obligaciones para ella, que van desde responder de su dolo o culpa grave, hasta reparar los daños y perjuicios que resulten de su actuación. Empero, como ya se mencionó si el dueño del asunto es útilmente gestionado, aunque no ratifique la actuación del gestor, también se generan obligaciones para él, así disponen los artículos 1903 a 1905 del Código Civil:

Artículo 1903. El dueño de un asunto que hubiere sido útilmente gestionado, debe cumplir las obligaciones que el gestor haya contraído a nombre de él y pagar los gastos de acuerdo con lo prevenido en los artículos siguientes.

Artículo 1904. Deben pagarse al gestor los gastos necesarios que hubiere hecho en el ejercicio de su cargo y los intereses legales correspondientes; pero no tiene derecho de cobrar retribución por el desempeño de la gestión.

¹⁵⁶ Código Civil para el Distrito Federal, Op. Cit. Nota 123 p. 192

Artículo 1905. El gestor que se encargue de un asunto contra la expresa voluntad del dueño, si éste se aprovecha del beneficio de la gestión, tiene obligación de pagar a aquél el importe de los gastos hasta donde alcancen los beneficios, a no ser que la gestión hubiere tenido por objeto librar.¹⁵⁷

Para que exista la gestión de negocios, como se dijo, se requiere: 1.- Del hecho de que una persona llamada gestor se encargue del negocio o asunto de otra persona y 2.- Que en el hecho por el que se encarga el gestor no exista la voluntad del dueño del negocio, ni exista una obligación entre ambas personas. Es decir, si no existe voluntad por parte del dueño del negocio, no se forma el consentimiento, y consecuentemente no existe contrato, pero si hay un hecho que la ley reconoce atribuyéndole determinados efectos jurídicos. Pero en el caso de que en la gestión de negocios el dueño del negocio haga la ratificación pura y simple de las acciones del gestor, se producen los efectos del mandato, consecuentemente, ese hecho jurídico llamado gestión de negocios, cambia su naturaleza jurídica a acto jurídico contrato, pues el artículo 1906 dispone que la ratificación tiene efecto retroactivo al día en que comenzó la gestión.

En la hipótesis de que el dueño del negocio no ratifique la gestión de negocios, éste sólo estará obligado a responder de los gastos que originó ésta, hasta el importe de las ventajas que originó el negocio.

Es indudable, que tanto la doctrina como nuestro código civil, adoptaron el hecho de que existe no una sino varios fenómenos jurídicos que originan obligaciones, y ejemplo de ello es la gestión de negocios ajenos, la cual, por el simple hecho que el gestor realiza una determinada conducta en los negocios o asuntos del dueño o responsable de ellos, se genera una obligación para ambos sujetos.

1.2.5 Obligaciones que nacen de los actos ilícitos {sic} (Hecho ilícito)

Es increíble que el legislador de nuestro código civil para el Distrito Federal, sea tan falto de pericia al elaborar determinadas disposiciones, que

¹⁵⁷ Ibídem pp. 192 in fine y 193

más parecen resultado de un plagio mal hecho, que de una norma elaborada reflexivamente por profesionales del Derecho. Pues bien, como dispone el Código Civil en su Libro cuarto, Primera parte, Título primero, Capítulo quinto existen determinados “actos ilícitos” que generan obligaciones, lo cual nos deja ver el gran error que comete el legislador en disponer que existen actos ilícitos que provocan obligaciones. Pues realmente no existen “actos ilícitos” sino más bien hechos ilícitos, así al usar la denominación “actos”, se podría confundir con los “actos jurídicos” y estos jamás son ilícitos, ya que los actos jurídicos son la manifestación de la voluntad para crear, modificar, transmitir o extinguir derechos y obligaciones, los cuales para existir deben ser lícitos. Por ende, lo más apropiado es ocupar la expresión “hecho ilícito” para señalar que estas manifestaciones de la voluntad pueden ser voluntarias o involuntarias pero sin intención por parte del sujeto que lo produce y que ello origina obligaciones.

Los hechos ilícitos son hechos jurídicos humanos voluntarios ilícitos. Los cuales ya eran previstos en Roma en dos categorías tradicionales: 1.- Delitos. Por el dolo con que son ejecutados; y 2.- Cuasi delitos, por que presentan como elemento subjetivo la culpa.

Su aparición en Roma, se debió a la ley Aquilia, la cual, reemplazo las penas impuestas en la antigüedad, por la separación pecunaria del daño. En ella no bastaba la comisión del hecho, sino que debían reunirse condiciones muy concretas que de no aparecer, excluían la responsabilidad del autor del daño. Indudablemente esta figura jurídica tampoco es nueva, pues como se ha dicho tiene su antecedente en el Derecho romano, así de acuerdo con Gutiérrez y González:

Al lado de esa responsabilidad fundada en la culpa, ya también los romanos conocieron, si bien incipientemente y no establecieron una teoría al respecto, una responsabilidad en caso de que se causara daño, no obstante haberse actuado en los términos que la ley autorizara, o no prohibiera.

Esta responsabilidad civil, sin culpa, va cobrando nuevos casos al aparecer ya los Códigos modernos, después del Napoleón, pero cobra una fuerza arrolladora, con el advenimiento del maquinismo, que hace

surgir una especial responsabilidad sin culpa, cuando se genera un daño por mecanismos en sí peligrosos...

La responsabilidad objetiva se gesta en Roma, y se presenta en varios casos no sistematizados, pero ahí está, y luego en el Código Napoleón, y de ahí pasó a todos los Códigos modernos.¹⁵⁸

La legislación civil mexicana ha seguido a la romana y la francesa en determinar una responsabilidad a aquella persona que causa un daño a otra por hecho ilícito, que refleja la preocupación del legislador por regular determinados hechos que causan menoscabo o afectación en el patrimonio de las personas, así como al respeto por los derechos que le asisten al damnificado y, como contrapartida la necesidad de impedir el abuso de quienes intentan convertir una indemnización en enriquecimiento justifican la importancia que se le asigna a esta figura jurídica.

Los hechos ilícitos nacen cuando se viola un contrato, una declaración unilateral de la voluntad o un deber jurídico los cuales ya sabemos originan obligaciones. Se caracterizan por ser una conducta culposa que va en contra de las normas de orden público o en contra de un deber jurídico, trayendo aparejada una responsabilidad en contra de quien cometió el hecho ilícito de indemnizar o en su caso pagar los daños y perjuicios al afectado. El Código Civil dispone:

Artículo 1910. El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.¹⁵⁹

La misma situación opera si una persona al ejercitar un derecho causa daño a otro, sólo si se demuestra que la persona que lo ejercitó lo hizo con el fin de causar el daño y que ese derecho no le causaba utilidad.

¹⁵⁸ Gutiérrez y González Ernesto, Op. Cit. Nota 112 p. 716

¹⁵⁹ Código Civil para el Distrito Federal, Op. Cit. Nota 123 p. 193

Dentro de la legislación civil, también se encuentra la regulación de la llamada responsabilidad civil objetiva, de ella menciona Gutiérrez y González que:

Es la necesidad jurídica que tiene una persona llamada obligado-deudor, de cumplir voluntariamente a favor de otra persona, llamada acreedor, que se le pueda exigir la restitución de una situación jurídica al estado que tenía, y que le causa un detrimento patrimonial, originado por A.- una conducta o un hecho previsto por la ley como objetivamente dañoso; B.- el empleo de un objeto que la ley considera en si mismo peligroso; o C.- por la realización de una conducta errónea, de buena fe.

La responsabilidad objetiva por riesgo creado es la conducta que impone el derecho de reparar un detrimento patrimonial, causado por objetos o mecanismos peligrosos en sí mismos, al poseedor legal de estos, aunque no haya obrado ilícitamente.¹⁶⁰

En otras palabras, la responsabilidad objetiva nace de un fenómeno o hecho que eminentemente tiene consecuencias jurídicas, a esta se le ha denominado responsabilidad objetiva por riesgo creado, en la cual, ya sea por el uso de objetos o mecanismos que por sí mismos representen un peligro, verbigracia, el uso de la llamada maquinaria pesada, aeronaves, objetos tóxicos, etc., la persona (poseedor legal de la cosa) por el simple hecho de usar estos objetos tiene una responsabilidad es decir se genera una obligación. El ámbito de aplicación de esta figura jurídica en el mundo del derecho se da en materia de siniestros profesionales, cuya regulación se hace conforme al artículo 123 apartado A fracción XIV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y por los artículos 472 a 513 de la Ley Federal del Trabajo; pero también en el derecho civil cuando se causan daños por el empleo de mecanismos, instrumentos, aparatos y demás a que se refiere el artículo 1913 del Código Civil.¹⁶¹ Gutiérrez y González, comenta que existen determinados

¹⁶⁰ Gutiérrez y González, Ernesto, Op. Cit. Nota 112 pp. 716 y 717

¹⁶¹ Ibídem p.717

casos en que no hay responsabilidad objetiva por riesgo creado aunque se produzca el daño, que son los siguientes:

- a.- si no hay relación de causalidad inmediata y directa del empleo del objeto peligroso, y no imputable a tercera persona que produzca una causa que lo lleva a provocar a su vez el daño.
- b.- Si hay culpa de la víctima, ya que el artículo 1913 determina que no se es responsable, en caso de que el daño se produzca como consecuencia de culpa inexcusable de la víctima.
- c.- Como consecuencia del caso fortuito.
- d.- Por prescripción, cuando esta haya operado y se haga valer¹⁶²

Queda claro que si falta lo que los doctrinarios llaman nexo causal entre el empleo del objeto peligroso y la conducta que se pudiera imputar a la persona que produjo la causa para provocar el daño, no habrá responsabilidad objetiva. Lo mismo para el segundo caso donde el daño es producido por la culpa inexcusable de la víctima. Tampoco existe responsabilidad si el daño se causa por caso fortuito; y el último supuesto que se da más bien en un ámbito procesal donde se haga valer la excepción perentoria por prescripción (forma de extinción de las obligaciones o negativa)

Como se muestra, el hecho ilícito es un fenómeno por el cual se originan obligaciones y del cual el legislador se preocupó por regular, ya que como se mencionó anteriormente, nace de la necesidad de impedir el abuso de quienes intentan convertir una indemnización en enriquecimiento lo que justifica la importancia que se le asigna a esta figura jurídica.

1.2.6 El riesgo profesional

Es otra de las denominadas fuentes de la obligaciones que regula nuestro Código Civil, la cual, es una reminiscencia de las disposiciones del ahora denominado Derecho laboral o Derecho de los trabajadores, que fueron reguladas en la legislación civil, es decir, tenían la naturaleza de ser de orden civil y no de Derecho social. Así el Código Civil para el Distrito Federal dispone:

¹⁶² Ibídem p. 725

Artículo 1935. Los patrones son responsables de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales de los trabajadores sufridas con motivo o en el ejercicio de la profesión o trabajo que ejecuten; por tanto, los patrones deben pagar la indemnización correspondiente, según que hayan traído como consecuencia la muerte o simplemente la incapacidad temporal o permanente para trabajar. Esta responsabilidad subsistirá aun en el caso de que el patrón contrate el trabajo por intermediario.

Artículo 1936. Incumbe a los patrones el pago de la responsabilidad que nace de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales, independientemente de toda idea de culpa o negligencia de su parte.

Artículo 1937. El patrón no responderá de los accidentes del trabajo, cuando el trabajador voluntariamente (no por imprudencia) los haya producido.

Desde mi punto de vista, este capítulo del Código Civil debería derogarse, pues ya no es posible pensar que una relación entre patrón y trabajador, pueda ventilarse en el orden civil. Ya mucho se ha escrito respecto de la autonomía del Derecho de los trabajadores, y la desigualdad que existe en esa relación que conlleva a que su naturaleza no sea de carácter particular, sino más bien de orden social, en la cual no impera la autonomía de la voluntad sino el orden público y el interés social.

En consecuencia, este tipo de obligaciones obrero-patronales, ya se encuentran reguladas en la ley respectiva, ya sea como consecuencia del artículo 123 apartados A o B, según sea el tipo de relación.

Sin embargo, debo advertir que la teoría del riesgo, es bien importante tanto en Derecho laboral, como en el Derecho Mercantil, pues en este último encuentra su utilidad específicamente en el contrato de seguro, donde el riesgo es la causa de su existencia. Para el jurista Arturo Díaz Bravo el riesgo es la:

Posibilidad de que ocurra un acontecimiento dañoso: tal es la común definición del riesgo, aplicable también a uno de los elementos característicos del seguro. En efecto, todo seguro debe significar un riesgo para el asegurador, por cuanto asume la obligación de resarcir al

asegurado los daños que éste a su vez, resienta por la eventual realización del acontecimiento previsto.¹⁶³

Así se observa, la importancia que tiene en Derecho mercantil la figura del riesgo, y el porqué se preserve esta figura como una fuente de las obligaciones. Sin embargo, volviendo a la novación materia de este estudio, comparándola con el análisis de las anteriores formas de dar origen a las obligaciones, considero que ella puede tener esta naturaleza si se aprecia al convenio como fenómeno creador de obligaciones y no al contrato. Empero lo que se hace evidente es determinar si esta es la verdadera utilidad de la novación, es decir, si únicamente es “fuente” de las obligaciones (contrato como la define el Código Civil para el Distrito Federal vigente), o bien, como forma de extinción de las mismas, que es el lugar que ocupa en su sistemática en la legislación civil. Por ende, ahora es turno de estudiar qué y cuáles son las formas de extinguir las obligaciones que regula el Código Civil para el Distrito Federal vigente.

1.3 Formas de extinción de las obligaciones

El estudio de las formas de extinción de las obligaciones es determinante para esta investigación, ya que de éste se puede establecer la función jurídica de la novación. Y determinar si ésta es realmente un contrato o un convenio que extingue obligaciones.

Las formas de extinción de las obligaciones que la ley regula expresamente como tales son: compensación, confusión de derechos, remisión de deuda y novación.

Sin embargo aunque no estén reguladas expresamente por el Código como formas de extinción de las obligaciones, y debido a la función práctica que presentan, también son formas de extinción de las obligaciones: la transacción, la dación en pago, la caducidad, y la prescripción.

¹⁶³ Díaz Bravo, Arturo, *Contratos mercantiles*, 6a. ed., Editorial Harla, México, 1997, p. 152.

Todas estas figuras jurídicas, tienen en común extinguir obligaciones, esto se debe a que en algunos casos el acreedor recibe como pago un objeto distinto al que se le debía originalmente. También puede darse el caso de que el acreedor recibe el pago de una persona distinta a la de su deudor principal. En otros casos como la remisión de la deuda, abandono de deuda, caducidad y prescripción, el acreedor no recibe pago alguno ni su equivalente, sin embargo ya sea por el transcurso del tiempo o bien porque perdona la deuda, se extingue la obligación.

En estas formas de extinción de las obligaciones he omitido voluntariamente el pago, porque el mismo, no debe ser considerado con esta naturaleza, sino más bien como un efecto natural de las obligaciones, en otras palabras el pago no extingue obligaciones, sino las solventa y satisface. Por ende el pago bien hecho es la única manera de satisfacer y terminar una obligación, situación que no ocurre con las formas de extinción de las obligaciones.

Empezaremos por abordar el estudio de las formas de extinción de las obligaciones partiendo de la sistemática que da a las mismas el Código Civil para el Distrito Federal vigente.

1.3.1 Compensación

La palabra compensación, menciona Luis de Gasperi, deriva de las latinas *pendere oum*, que los romanos se sirvieron, para connotar la idea de un balance, establecido entre dos deudas recíprocas de la misma naturaleza por virtud del cual, cada deudor, podía retener lo que por su parte el acreedor le debía, y viceversa, de suerte que, por virtud de esta retención, tuviese lugar, una especie de pago ficticio del objeto de dichas deudas hasta donde por su coexistencia ambas se neutralizaran y no se quedase obligado a prestar sino el excedente a favor del que resultase acreedor.¹⁶⁴

Castan Tobeñas, citado por Rafael de Pina, señala que la compensación es una especie de pago abreviado, que proporciona a cada deudor una doble

¹⁶⁴ De Gasperi, Luis, *Tratado de Derecho Civil III, De las Obligaciones (parte especial)*, Editorial Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1964. pp. 233 y 234

ventaja, al facilitar el pago de la deuda y la garantía para la efectividad del crédito.¹⁶⁵ Sin embargo, no puede hablarse de pago, porque no se está solventando la deuda que se estipuló en la obligación, sino que las partes utilizan el fenómeno de ser recíprocamente deudoras y acreedoras en diferentes obligaciones, para extinguir la obligación, situación que no ocurre en el pago. Por ende esta figura se crea porque al no haber pago o cumplimiento en la obligación original, las partes convienen realizar la compensación, estamos de acuerdo que la compensación, facilitando únicamente el desligue de las obligaciones por parte de las personas que se encuentran sujetas a ésta.

El concepto legal de la compensación, se encuentra en el artículo 2185 del Código Civil para el Distrito Federal, que ordena:

Tiene lugar la compensación cuando dos personas reúnen la calidad de deudores y acreedores recíprocamente y por su propio derecho.¹⁶⁶

La compensación, es una forma de extinguir las obligaciones por ministerio de ley, porque se trata de dos distintas, en las que ambos sujetos se encuentran vinculados entre sí, los cuales reúnen la calidad de ser acreedores y deudores recíprocos. En razón de esto, se requieren como elementos de existencia de esta figura: la existencia de créditos diferentes y el carácter de deudor y acreedor por su propio derecho.

Además de los anteriores, se precisan otros requisitos para efectuarla que son: la reciprocidad, la fungibilidad, que la deuda sea líquida y exigible.

La reciprocidad quiere decir que el deudor tiene contra el acreedor un crédito, por lo tanto, las dos partes son acreedoras y deudoras entre sí, cuyos créditos tienen un origen diferente, verbigracia, que un crédito provenga de un préstamo, y el otro emane de un arrendamiento.

La fungibilidad quiere decir que la compensación solamente puede realizarse si las dos deudas consisten en una cantidad de dinero, o bien, sean

¹⁶⁵ De Pina, Rafael. Op. Cit. Nota 119 p. 132

¹⁶⁶ *Código Civil para el Distrito Federal*. Op. Cit. Nota 123 p. 220

fungibles las cosas debidas y de la misma especie y calidad designadas en el contrato.¹⁶⁷

Que la deuda sea líquida significa que para que haya lugar a la compensación se requiere que las deudas sean líquidas y exigibles, pues las que no lo fueren, solo podrán compensarse por consentimiento expreso de los interesados.¹⁶⁸ Y por deuda líquida debe entenderse en términos del artículo 2189, aquella cuya cuantía se haya determinado o puede determinarse dentro del plazo de nueve días.¹⁶⁹ Las deudas exigibles son aquellas cuyo pago no puede rehusarse conforme a derecho.¹⁷⁰

Existen cuatro clases de compensación, que son: la legal, la judicial, la convencional y la facultativa.

Es legal, ya que por mandamiento de ley se otorga, el Código Civil en su artículo 2186, estipula:

El efecto de la compensación es extinguir por ministerio de la ley las dos deudas, hasta la cantidad que importe la menor.¹⁷¹

Esta clase de compensación opera, aún en contra de la voluntad de las partes, produciéndose, de manera automática de pleno derecho, por lo tanto, desde el momento en que ambas deudas reúnen los requisitos señalados por la ley, para que proceda la compensación, la parte interesada, la puede invocar ante el Juez, el cual, no está facultado para suplirla de oficio ante el silencio del interesado, lo que lleva, a que se puede renunciar a ella, según el artículo 2197:

El derecho de compensación puede renunciarse, ya expresamente, ya por hechos que manifiesten de un modo claro la voluntad de hacer la renuncia.¹⁷²

¹⁶⁷ Loc. Cit.

¹⁶⁸ Ídem.

¹⁶⁹ Loc. Cit.

¹⁷⁰ Loc. Cit.

¹⁷¹ Ídem.

Judicial: Es la decretada por autoridad judicial, dentro de un litigio, al faltar alguno de los requisitos para que opere de pleno derecho; opera cuando un deudor, es demandado y éste reconviene. Invocando la compensación.

La convencional, es aquella en la que las partes acuerdan y declaran compensables los créditos que no lo eran, manifestando su voluntad de compensar y precisan, sobre la extinción de ellos y en el que sólo se requiere uno de los requisitos antes mencionados.

La facultativa. Se diferencia de la convencional, en que en ésta. sólo interviene una de las voluntades, y que además, tiene la ventaja de que solo a él, le corresponde renunciarla, siendo él, quien admite la compensación y la otra parte no puede evitarlo.

El efecto que tiene esta figura jurídica es el de extinguir las obligaciones automáticamente para el caso de que la cantidad de las deudas compensables, son exactamente iguales, pero cuando una es mayor que la otra, se extingue la mayor, hasta el importe de la menor, y deja expedita la acción por el resto de la deuda.¹⁷³ En este sentido, Roberto de Ruggiero, señala:

Quando dos personas son entre sí, acreedoras y deudoras, las dos partidas de crédito se equilibran y destruyen totalmente, si son cantidades iguales, o hasta la concurrencia de la menor, si son desiguales.¹⁷⁴

Es lógico que si su principal efecto y utilidad, razón por la cual nace la compensación, es extinguir las obligaciones, su naturaleza jurídica debe ser esa, pues es un convenio que extingue obligaciones.

¹⁷² *Ibíd.* p. 221

¹⁷³ *Ídem.*

¹⁷⁴ Ruggiero, Roberto de, *Instituciones de Derecho Civil, T. II, Vol. 1, Derecho de Obligaciones, Derecho de Familia, Derecho Hereditario*, Editorial REUS, Madrid, España. p. 228

1.3.2 Confusión de derechos

Esta es otra forma de extinción de las obligaciones, contemplada en el Libro cuarto Título quino, Capítulo segundo, del Código Civil para el Distrito Federal. Ésta se define en derecho de las obligaciones como «la situación de ser acreedor y deudor en el mismo acto jurídico.»¹⁷⁵

La confusión, significa que en la misma persona se aglutinan las cualidades de acreedor y deudor, en este orden de ideas Ruggiero dice que se da la extinción de los derechos de crédito en la confusión, «como una consecuencia necesaria, de la imposibilidad conceptual y jurídica de que una obligación subsista si no hay dos personas diversas ligadas por un vínculo.»¹⁷⁶

El concepto legal, se encuentra en el artículo 2206 del Código Civil, el cual menciona que la obligación, se extingue por confusión, cuando las calidades de acreedor y deudor se reúnen en una misma persona. Pero a su vez señala que la obligación renace si la confusión cesa.¹⁷⁷ Por eso decíamos que el pago no puede confundirse con las formas de extinción de las obligaciones, pues regularmente en ellas si cesa la causa por la cual se da el supuesto de extinción de la obligación la deuda es jurídicamente exigible.

La confusión tiene su fundamento en que una persona, no puede ser deudora y acreedora de sí misma, por lo que si se reúnen ambas calidades, se extingue la obligación.

La confusión se puede causar a título universal, y a título particular:

A título universal. Esta a su vez puede ser total o parcial; es total, cuando el deudor recibe como único y universal heredero la masa hereditaria de su acreedor; y es parcial, cuando el deudor recibe solo alguna porción de la herencia de su acreedor, operando la confusión, hasta que se ha efectuado la partición de la herencia, según dispone el artículo 2208 del Código Civil pues

¹⁷⁵ Magallón Ibarra, Mario, coord. *Compendio de Términos de Derecho Civil*. Editorial Porrúa- Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2004. p. 79

¹⁷⁶ Ruggiero, Roberto de, Op. Cit. Nota 174 p. 236

¹⁷⁷ Código Civil para el Distrito Federal, Op. Cit. Nota 123 p. 222

Mientras se hace la partición de una herencia, no hay confusión cuando el deudor hereda al acreedor o éste a aquél.¹⁷⁸

El cual se relaciona con el artículo 1678 del mismo ordenamiento, que dispone:

La aceptación en ningún caso produce confusión de los bienes del autor de la herencia y de los herederos, porque toda herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario, aunque no se exprese.¹⁷⁹

La confusión a título particular, se efectúa cuando una persona sucede en sus derechos a otra, es decir, el sucesor es la persona a la que se le transmite un bien o derecho en particular que sale del patrimonio de otra persona, convirtiéndose el deudor en acreedor por adquirir el crédito que existía en su contra. Puede ser total, cuando cubre toda la deuda y parcial, cuando cubre solo una parte de ella.

El efecto que tiene la confusión es, extinguir la obligación con todos sus accesorios. En caso de existir solidaridad, se está a lo dispuesto en el artículo 2207 del Código Civil, el cual, dispone que la confusión que se verifica en la persona del acreedor o deudor solidario, solo produce sus efectos, en la parte proporcional de su crédito o deuda.

1.3.3 Remisión de la deuda

Es otra forma de extinción de las obligaciones sistematizada en el Código Civil, de la cual según Rafael de Pina, ésta, es un acto de liberalidad del acreedor¹⁸⁰, pues en última instancia, él decide si perdona la deuda. Así la liberación de la deuda, otorgada gratuitamente por el acreedor a favor del deudor, recibe las denominaciones de remisión, perdón o quita.¹⁸¹

El concepto legal, se encuentra implícito en el artículo 2209 del Código Civil para el Distrito Federal, que dice:

¹⁷⁸ Loc. Cit.

¹⁷⁹ Ibídem p. 171

¹⁸⁰ De Pina, Rafael. Op. Cit. Nota 119 p. 159

¹⁸¹ Loc. Cit.

Cualquiera puede renunciar a su derecho y remitir, en todo o en parte, las prestaciones que le son debidas, excepto en aquellos casos en que la ley lo prohíbe.¹⁸²

La remisión de la deuda es un medio liberatorio de obligaciones, pues es un acto jurídico, que puede ser unilateral o bilateral que libera al deudor de su obligación. Es unilateral por excelencia, por que el acreedor es el sujeto que tiene a favor el crédito o deuda; y bilateral, porque puede existir un acuerdo entre el acreedor y el deudor, de perdonar la deuda.

Los efectos de la remisión de la deuda los establece el artículo 2210, al disponer, que la remisión de la deuda principal, extingue las obligaciones accesorias¹⁸³; siguiendo el principio que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

En caso de existir fiadores solidarios, la remisión de la deuda, que se conceda a uno de ellos, solo surte efectos en la parte relativa, a la responsabilidad de éste, no así, para los demás fiadores, de acuerdo al numeral 2211 del Código Civil.

En el supuesto de que la remisión de la deuda, se realice respecto de un contrato de prenda, ésta surte efectos de manera presuncional, a favor del deudor prendario, si a éste le es devuelto el objeto materia de dicho contrato, siempre y cuando el acreedor no demuestre lo contrario, según lo dispuesto por el artículo 2212. Verbigracia, si se piensa en un contrato de prenda, el deudor prendista deja una pintura de arte como garantía del cumplimiento de su obligación, si el acreedor sin que sea cubierta la obligación, devuelve el bien dado en garantía, se presume que remitió la deuda.

Indudablemente mediante esta figura jurídica, en la cual, el acreedor remite la deuda que tiene el deudor frente a él, la obligación queda extinguida.

Como se mencionó al principio de este apartado, existen otras formas de extinción de las obligaciones que nuestra legislación civil no sistematiza como tales, y que sin embargo en razón de su función práctica han sido consideradas

¹⁸² Código Civil para el Distrito Federal. Op. Cit. Nota 123 p. 222

¹⁸³ Loc. Cit.

así tanto por la doctrina como por la legislación civil, las cuales son las que a continuación analizamos.

1.3.4 Dación en pago

Ésta forma de extinguir las obligaciones, que no se encuentra como tal en la sistemática del Código Civil para el Distrito Federal, pero que se presenta cuando el deudor, con el consentimiento del acreedor, le entrega a éste una cosa distinta, de la debida. En el Derecho Romano se conoció como *“datio insolutum”* que era dar algo distinto a lo debido para extinguir la obligación. También debe considerarse la dación en pago como un convenio que celebran el acreedor y el deudor por el cual, el primero acepta en pago un objeto diverso y en consecuencia se extingue la obligación. Por ende la dación en pago no debe considerarse efecto de las obligaciones, es decir, no es pago por que lo que se da no es la prestación que originalmente se pactó, sino se entrega una cosa distinta que extingue la obligación y que debe entenderse como una forma diversa de pagar, en la práctica esto se da sobre todo, en los embargos (Juicios Ejecutivos) cuando el deudor conviene con el acreedor en dar una cosa distinta que extingue la obligación. Para Rafael de Pina, la dación en pago, es *“el acto jurídico mediante el cual, el deudor entrega al acreedor una prestación diferente de la debida, con el consentimiento de éste.”*¹⁸⁴

El concepto legal se desprende del artículo 2095 del Código Civil, que ordena: *“la obligación queda extinguida cuando el acreedor recibe en pago una cosa distinta en lugar de la debida.”*¹⁸⁵ La dación en pago, extingue la obligación, mediante un convenio, en el cual, el acreedor, acepta recibir una prestación distinta a la pactada, es decir, se modifica la obligación de dar, hacer o no hacer. Esta forma de extinguir las obligaciones, debe ser demostrada plenamente, ya que ésta al igual que la novación no se presume.

Los requisitos para su existencia son: 1.- Que exista un crédito u obligación, que las partes desean extinguir y que debe ser válida; 2.-El ofrecimiento del deudor, de cumplir su obligación, con un objeto distinto al que se debe; es decir, la manifestación de la voluntad, por parte del deudor, para

¹⁸⁴ De Pina, Rafael, Op. Cit. Nota 119 p. 131

¹⁸⁵ Código Civil para el Distrito Federal, Op. Cit. Nota 123 p. 212

desligarse del vínculo jurídico; 3.- La aceptación del acreedor de ese cambio de objeto; ya que el acreedor debe conocer, con que se pretende extinguir la obligación contraída por parte de deudor, según le convenga; y, 4.- Que el objeto que se entregue a cambio, sea dado en pago; porque como apuntamos, la dación, no se presume, debe constar expresamente, que las partes, han manifestado su intención, de dar por extinguida de forma total e inmediata, la obligación original.

El efecto principal de esta figura es extinguir la obligación antigua, con todos sus accesorios. Sin embargo si el acreedor sufre la evicción de la cosa que recibe en pago, renacerá la obligación primitiva, quedando sin efecto la dación en pago.

1.3.5 Prescripción

Esta es otra forma de extinguir las obligaciones, que no se encuentra sistematizada de esta manera por el Código Civil para el Distrito Federal, y que sin embargo, este ordenamiento la clasifica en un título aparte de dos maneras: La positiva, que sirve para adquirir derechos reales en virtud de la usucapión y la posesión; y la negativa, que permite, liberarse del cumplimiento de obligaciones, por el solo transcurso del tiempo y la inactividad del acreedor. Por ende vemos que la llamada prescripción negativa al permitir que una persona se libere de una obligación por el simple transcurso del tiempo, es forma de extinguir las obligaciones. Así en términos del artículo 1158:

La prescripción, negativa se verifica por el sólo transcurso del tiempo fijado por la ley.¹⁸⁶

A la prescripción negativa, también se le denomina liberatoria, o extintiva. Es una forma de extinguir las obligaciones, por el transcurso del tiempo, sin satisfacer al acreedor y que el deudor hace valer por vía de acción o excepción, cuando el acreedor deja transcurrir el plazo que marca la ley, sin ejercer su derecho y se dicta una sentencia que absuelve al deudor, en atención a la prescripción invocada.

¹⁸⁶ Ibídem, p. 246

La naturaleza jurídica de esta figura, es una sanción que la ley le impone al acreedor, por la inactividad de ejercer su derecho de exigir el cumplimiento de la obligación, y como efecto de ésta, se extingue la obligación.

Los elementos que deben darse para que exista esta forma de extinción son: 1.- El transcurso del tiempo: que es, el que fije la ley, y que varía, dependiendo del caso concreto; 2.-La inactividad o falta de ejercicio de la acción, por parte del acreedor para exigir el cumplimiento de la obligación dentro del plazo fijado por la ley, para evitar la prescripción; 3.-Que la acción o el crédito, no sean imprescriptibles, de otro modo no podría operar la prescripción; por ejemplo, el caso de los alimentos según lo ordenado por el artículo 1160, del Código Civil.

Sus características son las siguientes: 1ª tiene su origen en la ley; la cual, establece los plazos, las clases y sus requisitos; 2ª es de orden público, 3ª no de oficio, a pesar de ser de orden público; 4ª es de interpretación restrictiva, ya que en caso de duda, debe prevalecer que ésta no ha prescrito y que subsiste; y, 5ª la obligación prescrita, subsiste, en realidad lo que prescribe es la acción para ejercitar el derecho, es decir, se extingue la obligación civil y subsiste solo de forma natural.

Su función substancial, es extinguir la obligación, con todos sus accesorios; y el deudor, queda liberado jurídicamente de su cumplimiento, porque al subsistir, de forma natural, puede ser pagada o no por el deudor.

1.3.6 Transacción

La transacción, también es otra forma de extinguir las obligaciones, su naturaleza jurídica es, ser un convenio para extinguir o prevenir una controversia, mediante concesiones recíprocas, que se hacen las partes.

Esta forma de extinción, es importante, porque la ley la reconoce, como un medio para que las partes, que pudieran enfrentarse en un litigio, mediante un convenio no lleguen a juicio, o estando en éste, se desistan del mismo y arreglen sus diferencias mediante convenio. El artículo 2944 ordena:

La transacción es el contrato por el cual, las partes, haciéndose recíprocas concesiones, ponen fin a una *litis* ya comenzada o prevén un pleito o conflicto que pueda surgir entre ellos.¹⁸⁷

De acuerdo a la lógica que sigo en cuanto al tema de esta investigación, es erróneo decir que la transacción es un contrato, como forma de extinguir las obligaciones, ya que si se compara a la luz de la naturaleza jurídica de un contrato, se muestra que este último es el acto jurídico por el cual se crean y transmiten derechos y obligaciones. Y como se sabe, la transacción extingue las obligaciones, por lo cual, no puede ser un contrato, es un convenio, porque del estudio de la naturaleza jurídica de éste, se observa, que es el acto jurídico en virtud del cual, se modifican, transmiten o extinguen, derechos y obligaciones.

Casi todos los fenómenos jurídicos pueden ser objeto de transacción, sin embargo el artículo 2948 del Código Civil, existe una disposición expresa respecto de aquello que no puede ser objeto de la misma, como lo es el estado civil de las personas, ni sobre la validez del matrimonio; el artículo 2950 del mismo ordenamiento, expresa, que es nula la transacción que se haga:

- Sobre delito, dolo y culpa futuros
- Sobre la acción civil que nazca de un delito o culpa futuros
- Sobre sucesión futura
- Sobre una herencia, antes de visto el testamento, si lo hay
- Sobre el derecho de recibir alimentos.¹⁸⁸

La transacción también precisa de determinados elementos para que nazca a la vida jurídica y son:

1.- El consentimiento de ambas partes: deben manifestar su intención de hacerse recíprocas concesiones. 2.- Que las recíprocas concesiones tengan como finalidad, extinguir la obligación, ya sea para prevenir o en el momento del litigio.

¹⁸⁷ Ibídem p. 303

¹⁸⁸ Ibídem. p.304

Para que se produzcan esos elementos se necesitan a su vez de los siguientes requisitos: 1.- la capacidad: la cual, debe ser la general para contratar, así como estar legitimado para poder realizarla; un ejemplo de esto lo da el artículo 2946, el cual, indica que los ascendientes y tutores no pueden transigir a nombre de sus representados, pues para que sea válido se requiere, que sean beneficiarios previa autorización judicial. 2.- La forma: de acuerdo con el numeral 2945 del Código Civil, la transacción que previene controversias futuras debe constar por escrito, si el interés pasa de doscientos pesos. 3.- Ausencia de vicios en el consentimiento de ambas partes. 3.- Debe ser lícito; ya que, como mencionamos, si se otorga en contra de la ley, éste, es nulo.

En la transacción existen dos clases de efectos a saber: preventivos y extintivos; el primero porque, previene un conflicto que pueda suscitarse entre las partes, y el segundo, o sea, el extintivo, consiste en extinguir los derechos y obligaciones transigidos, así como sus accesorios, al respecto el artículo 2953 del Código Civil ordena:

La transacción tiene respecto de las partes, la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada; pero puede pedirse la nulidad o la rescisión en los casos permitidos por la ley.¹⁸⁹

Así, para que surta sus efectos de cosa juzgada, requiere que se homologue, o que existe la aprobación expresa de la autoridad judicial.

1.3.7 Caducidad

Es otra forma de extinción de las obligaciones no sistematizadas así por el Código Civil. La palabra caducidad proviene de la latina *caedere*, que significa caerse el derecho¹⁹⁰. La caducidad menciona Julián Güitrón Fuentesvilla, es

El periodo en el cual, se produce la extinción de una cosa o un derecho. También cuando una facultad pierde su validez, en virtud de haber dejado

¹⁸⁹ Loc. Cit.

¹⁹⁰ Magallón Ibarra, Mario, Ob. Cit. Nota 175 p. 27

de transcurrir un plazo determinado para ejercerla. Cuando un testamento es ineficaz en algunas de sus disposiciones, por no cumplirse en un tiempo determinado. Cuando no se ha proseguido una acción o un derecho y el tiempo o el término ha transcurrido para ello.¹⁹¹

La caducidad, es la pérdida de un derecho, por haber transcurrido el tiempo convenido por las partes o establecido por la ley o por autoridad para ejercitar una acción o un derecho.

Del concepto supramencionado, podemos notar, que existen tres tipos de caducidad: la convencional, la legal y la judicial. La convencional, es la que se establece por voluntad de las partes: la legal, se encuentra establecida por la ley, por ejemplo, el plazo de sesenta días, que se da al cónyuge varón, para deducir la acción de impugnación de la patria potestad; y finalmente la judicial que se da por intervención de la autoridad judicial, verbigracia, la caducidad procesal, la cual, extingue un derecho procesal ya nacido.

La caducidad es diferente de la prescripción ya que es una sanción legal que se da en Derecho Procesal para quien en un tiempo determinado no ejerce un derecho. En cambio, en la prescripción, es la sanción señalada por el Derecho Civil para liberar del cumplimiento de una obligación a una persona por el simple transcurso del tiempo. Esa prescripción es extintiva o liberatoria y la otra es adquisitiva o positiva.

En mi reflexión, la caducidad, es una forma de extinguir obligaciones, ya que si transcurre el tiempo, ya sea convencional, legal o judicial, la parte que tiene derecho a ejercer la acción, no la realiza en tiempo, se pierde para sí su derecho, vamos a dar un ejemplo, para que se note el porqué consideramos que extingue obligaciones; si en un contrato de compraventa, se fija el derecho de preferencia del vendedor, para el caso de que el comprador venda la cosa, pero si ambos fijan que este derecho caduque en cinco días, si el vendedor no acredita su derecho, en este supuesto, extingue la obligación que tiene el comprador de venderle al anterior la cosa.

¹⁹¹ Loc. Cit.

1.3.8 Novación

He dejado un apartado especial para esta figura jurídica, en el cual e dedicaré a demostrar por qué la novación debe ser considerada forma de extinción de las obligaciones, en contraposición con lo que menciona nuestro Código Civil, acerca de que ella es un contrato, situación que es errónea, desafortunada y confusa, porque su naturaleza jurídica es de convenio.

2. La novación como forma de extinción de las obligaciones

Mencioné que el estudio específico de la novación es importante, porque ayuda a determinar su naturaleza jurídica y por ende su ubicación en el Derecho de las obligaciones, ya previamente se analice otras figuras jurídicas que tanto la doctrina como la legislación civil para el Distrito Federal, convergen en determinarlas como forma de extinción de las obligaciones. Empero, la novación representa la disputa entre teorías y practicas acerca de cuál es su naturaleza jurídica, pues todavía se discute acerca de si es contrato o convenio. Al respecto, considero que el análisis de ella, puede dar como resultado qué es en Derecho la novación.

2.1 Concepto de novación

La novación como se mencionó tiene su origen en el Derecho Romano como una causa de extinción *ipso iure*, y su utilidad, no presentaba la función principal de extinguir las obligaciones, sino transmitir las, beneficio que no tiene en la actualidad. Sin embargo, aunque la función y utilidad ya no es la misma, poco o nada ha cambiado su concepto. Así Luis de Gasperi dice que la novación es:

Un acto jurídico por el cual dando el acreedor por extinguida una obligación a cuyo cumplimiento específico tenía derecho, y a cambio de ella, deviene titular de un crédito nuevo y distinto, que la substituye, sea porque el deudor es otro, y el primitivo ha sido absolutamente desligado

de su deuda; o porque la prestación es diferente de la anterior, o porque la segunda obligación contiene cambio tan substancial respecto de la primera que resulta incompatible con ella.¹⁹²

La actual novación ha seguido los pasos de la novación romana, pues en ambas hay una sustitución jurídica de una obligación por otra, y mediante esto se busca la extinción de la anterior. En opinión de Roberto de Ruggiero, la novación:

Se trata simplemente de un acto que, sustituyendo una obligación existente por otra nueva, crea un nuevo vínculo obligatorio y extingue otro cuyo contenido absorbe aquél total o parcialmente, siendo ambos vínculos distintos aun siendo idénticos sus contenidos.¹⁹³

En los comentarios anteriores, existen similitudes, pues ambos están de acuerdo en que la novación es un fenómeno jurídico, mediante el cual las partes convienen modificar sustancialmente la obligación, de tal forma que se crea una nueva que sustituye y por ello extingue a la antigua. Otra situación también de resaltar es que ambas concuerdan en que es un acto y no un hecho jurídico, es decir, las partes intervinientes en la obligación realizan este fenómeno con la intención de crear una obligación nueva para extinguir la antigua. Por ello comenta Messineo que:

La novación, es una forma de extinguir las obligaciones, a la que acompaña, inseparablemente, la sustitución de una obligación nueva, la cual, desde el punto de vista económico, es equivalente de la extinguida, aquí, encontramos la función práctica de la novación, ya que, aunque el acreedor no recibe lo pactado, tampoco existe un perjuicio, porque su derecho de crédito no satisfecho, es sustituido, con otro del mismo contenido.¹⁹⁴

¹⁹² De Gasperi, Luis. Op. Cit. Nota 164 pp. 166 y 167.

¹⁹³ De Ruggiero, Roberto, Op. Cit. Nota 174 p. 219

¹⁹⁴ Messineo, Francesco, Op. Cit. Nota 111 p. 401

La novación –considero- consiste en la extinción de una obligación por la creación de una obligación nueva, destinada a reemplazarla y que difiere de la primera por algún elemento nuevo. De ella, algunos autores han pronosticado su desaparición, pues la ven como una figura jurídica en desuso que no cumple la función para la cual fue creada en el Derecho Romano, pues:

Es una institución cuya importancia práctica va en descenso, porque la mayoría de sus resultados puede alcanzarse por otros procedimientos más modernos. Ha ido perdiendo su función traslativa a medida que ganaba terreno la transmisibilidad de las obligaciones. La cesión de derechos hace inútil la novación por sustitución de acreedor; si bien la transmisión de deudas no está organizada en el derecho francés, la estipulación a favor de tercero se emplea con más frecuencia que la novación para obtener un resultado diferente.¹⁹⁵

Autores franceses y alemanes desde hace más de cuarenta años pronosticaban su desaparición, argumentando que la función para la cual fue creada en el Derecho romano, fue ante la imposibilidad jurídica de transmitir obligaciones, situación que hoy en día, se puede realizar mediante nuevas figuras¹⁹⁶ que se han creado para ese fin como la cesión de derechos, la cesión de deudas y la subrogación. Pero lo importante a reflexionar es si realmente ha caído en desuso por la creación de estas figuras jurídicas, o bien, porque ya no cumple en la actualidad la función por la cual se ha regulado, que es la extinción de las obligaciones. En contraposición a estas doctrinas, considero, que en México la novación no tiene el efecto (ni se busca) de transmitir las obligaciones, pues la función que tiene esta figura en la actualidad, es precisamente extinguir las obligaciones, es decir, se busca darle al deudor un

¹⁹⁵ Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge, Ob. Cit. Nota 41, p. 592 in fine y 593

¹⁹⁶ Cfr. Enneccerus, Ludwing, et al, Op. Cit. Nota 7. p. 369, pues argumenta que en el Derecho alemán han desaparecido las razones que forzaron a los romanos a practicar en la forma de novación toda alteración de importancia.

sin número de posibilidades para quedar desligado del vínculo jurídico, en este caso mediante la creación de una obligación nueva, que extinga la antigua.

En la doctrina mexicana uno de los juristas más notables en el Derecho de las Obligaciones que es Ernesto Gutiérrez y González opina respecto al concepto de la novación:

Es el convenio lato sensu, solemne, celebrado entre dos o más personas que guardan entre sí el carácter previo de acreedor y de deudor y en ciertos casos interviene un 3º, y por el cual extinguen el derecho de crédito convencional que los liga y los sustituyen, con el ánimo de novar (animus novandi) por otro que difiere del extinguido en uno de sus elementos de existencia.¹⁹⁷

Esta definición sin duda es de las más completas que existen en la doctrina mexicana, y coincido en que la novación efectivamente es un acto jurídico denominado convenio (porque su función principal no es crear obligaciones sino extinguir las) en el que intervienen tanto el acreedor como el deudor y en su caso un tercero que sustituye a alguno de ellos, modificando sustancialmente la obligación de tal suerte que mediante la creación de la nueva se extinga la antigua. Empero, difiero de este concepto en que la novación sea de carácter solemne, pues se debe tener cuidado en la distinción entre consentimiento expreso de las partes y forma solemne de manifestar la voluntad. Ya que como más adelante se estudiará, el hecho de que se exija una expresa manifestación de la voluntad por las partes que intervienen en la obligación, es distinto de que la ley exija que las partes realicen una serie de formulismos sacramentales para que exista ese acto jurídico, que es el caso de la solemnidad, lo cual, en la novación no acontece.

Como dije, esta definición de novación es una de las más completas en nuestra doctrina, pues es destacable el hecho que este autor considere a la novación como un convenio y no como un contrato, por ello el autor menciona:

¹⁹⁷ Gutiérrez y González Ernesto, Op. Cit. Nota 112 p. 970

De acuerdo con el concepto que doy de novación, se aprecia el error de la ley en los artículos transcritos:

a).- La novación no es un contrato como afirma el artículo 2214, es un convenio lato sensu. Si fuera contrato, no podría producir los efectos de crear y extinguir en forma simultánea como lo hace la novación. En efecto, si con la novación se extingue una obligación antigua, ello es en función de convenio en sentido estricto; pero si además se crea una nueva obligación, eso es en función del contrato; y esos dos efectos simultáneamente sólo se pueden producir por un convenio en sentido amplio como lo prevé el mismo artículo 1792.¹⁹⁸

Insisto, en el error en que incurre el legislador del Código Civil para el Distrito Federal, que seguramente se repite en otras codificaciones, en disponer que la novación tiene la naturaleza jurídica de contrato y no de convenio, cuando ya advertimos que el contrato es una especie de convenio que se encuentra limitado, pues crea pero no tiene el alcance de extinguir obligaciones. No obstante con lo anterior, Gutiérrez y González también advierte otro error del legislador de este Código, pues:

b).- Además se dice en el artículo 2213 que hay novación de contrato, y con ello parece que la ley ignora que se puede novar no sólo la obligación surgida de un contrato, sino que también se puede sujetar a este tipo de convenio, cualquiera obligación sin importar cuál sea la fuente en que se originó.

Se puede novar una obligación surgida de un hecho ilícito, como una surgida de una declaración unilateral de la voluntad, o de una gestión de negocios, o de cualquiera de otra de las fuentes estudiadas.¹⁹⁹

Subrayo, que desde la fecha en que este autor escribió su libro, advirtiera los errores señalados que había cometido el legislador y redactor del Código Civil para el Distrito Federal, y que al respecto no se haya hecho nada.

¹⁹⁸ Loc. Cit.

¹⁹⁹ Ibídem p. 971

Lo cual, en vez de decepcionar, motiva a seguir los pasos de éste y de otros autores, en demostrar que el Derecho Civil no es perfecto y acabado, y que puede mejorarse tanto en la doctrina como en la práctica. Por ello, se insiste y ojalá, esta investigación sea una voz más para que el legislador recapacite y tome en cuenta la opinión de los juristas, y modifique algunas disposiciones que en lugar de solucionar problemas en la sociedad, los acrecienta.

Siguiendo este orden de ideas, el concepto que describe de mejor manera el fenómeno de la novación, es el ser un convenio mediante el cual, las partes en una obligación, la alteran sustancialmente, de modo que, mediante la creación de una nueva se extingue la antigua.

2.1 Elementos

Nuestra legislación civil, no señala expresamente cuales deben ser los elementos que deba tener la novación para existir, sin embargo la doctrina ha explicado a esta figura analizando las partes que la componen o le dan estructura. Así para la mayoría de los civilistas la novación está compuesta de los siguientes cuatro elementos que son:

- 1.- existencia de una obligación previa,
- 2.- la creación de otra obligación que va a extinguir a la previa;
- 3.- Un elemento de esencia diferente entre la primera y nueva obligación y,
- 4.- exteriorización de la voluntad de las partes o *-animus novandi*²⁰⁰

En la novación siempre debe de existir una obligación que se quiere extinguir, que en este caso es la obligación primitiva, la cual, no importa cuál sea su *-fuente*" u origen, ya sea por medio de contrato, por gestión de negocios, por declaración unilateral de la voluntad etc., en contraposición de los que establece nuestro código civil en su artículo 2213. Asimismo de no existir esa obligación previa, la novación no puede producirse. Sin embargo

²⁰⁰ Ibídem p. 971

puede darse el caso de que existiendo la obligación primitiva, esta sea declarada nula, en tal caso:

Si la obligación primitiva es nula también la novación lo es, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, es decir, si no lo hace, o ratifica este acto nulo, si puede surtir efectos definitivos la novación.²⁰¹

En otras palabras, si la obligación está afectada por nulidad relativa, al ratificar el acto nulo que le dio origen, la novación si surte sus efectos extintivos.

Del segundo elemento de la novación, o sea, la creación de una obligación nueva, esta se hace por parte de los involucrados con la obligación, con el fin de extinguir la primera obligación, por ello la obligación que se crea debe ser sustancialmente distinta a la anterior, por ello Galindo Garfias comenta:

Existe una relación de causa o efecto entre la obligación que se extingue y 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 es la creación de la que la sustituirá y a la inversa, la causa de las obligaciones que se crean, obedece a la extinción de las que éstas van a sustituir²⁰²

Lo anterior se relaciona con el tercer requisito, que es, el elemento diferencial entre la primitiva y la nueva obligación, pues como se mencionó ambas deben ser sustancialmente distintas en un elemento estructural, pues de otra forma no se podrá realizar el convenio novatorio. Por ende para que ambas obligaciones sean distintas deben presentar una variación en el objeto, en la relación jurídica o en los sujetos²⁰³ Sergio Azúa Reyes, menciona que

²⁰¹ Ibídem p. 1331

²⁰² *Código Civil para el D.F. Comentado. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM*, Editorial Miguel Ángel Porrúa, México, 1984. p. 132

²⁰³ Gutiérrez y González, Ernesto, Op. Cit. Nota 112 p. 1336

además puede cambiar la estructura de la obligación si existe en ella un cambio en la modalidad de ella, pues:

En cuanto a las modalidades sólo se acepta que la condición pueda figurar como cambio sustancial de la obligación, pues el término sólo afecta a la exigibilidad pero no a la obligación misma.²⁰⁴

Del cuarto elemento que es la exteriorización de la voluntad o “animus novandi”. Existen autores como Gutiérrez y González, que opinan que este elemento es una voluntad solemne, este criterio es tan controvertido entre los juristas, que a continuación me permito mostrar el porqué el Maestro Gutierrez y González hace esta consideración:

La voluntad de las partes que dan nacimiento al convenio novatorio, no puede ser una voluntad que se exprese de la manera que mejor les acomode. No, en la novación la voluntad de los sujetos, siempre debe ser expresa; no cabe la posibilidad en la legislación mexicana, de que la voluntad se externe en forma tácita; siempre deben los que en ese acto intervienen, decir expresamente que están conformes con que se extinga una obligación anterior y se cree otra nueva en su lugar.

Por ello, si la voluntad de novar no se externa de manera expresa, resultará que no hay novación, habrá otro acto jurídico diverso, pero el acto novatorio no existirá.

Esto me permite sentar la afirmación de que el convenio novatorio es de tipo solemne, en el derecho mexicano, al contrario del argentino en donde no reviste esa característica, ya que ahí puede ser la novación también tácita. Salvat al respecto dice:

Estableciendo que la novación no se presume, la ley no ha querido hacer de ella un acto jurídico solemne, sino simplemente sentar el principio que ella no se supone, en el sentido que sin una manifestación

²⁰⁴ Azua Reyes, Sergio T. *Teoría General de las Obligaciones, Prólogo de Ignacio Galindo Garfias, 3ª ed. Actualizada*. Porrúa, México, 2000. p. 339

de voluntad de hacer novación, ésta no puede existir, pero esta voluntad puede ser expresa o tácita.

A contrario de las anteriores palabras, puede sostenerse que en los códigos civiles de 2000, la novación si es solemne, pues coincide con la idea argentina de que no se presume, pero difiere fundamentalmente respecto de esta, en que nunca puede ser tácita, sino siempre debe ser expresa, por lo cual sin esa característica no puede existir.

No se puede pensar que el acreedor quiera extinguir un crédito si no lo dice, y de igual manera no se puede pensar que el deudor o un tercero, busquen asumir una nueva deuda sin que lo digan en la forma expresa consagrada por la ley; si no se externa la voluntad de esta manera, no hay novación.²⁰⁵

Es importante destacar este comentario porque el mismo ha marcado tendencia entre la comunidad científica del Derecho Civil, sin embargo, considero que la novación no es solemne, por las siguientes razones:

1.- Si se considera la procedencia de la palabra solemne es del *sollemnis* cuyo concepto es *consagrado, ritual*, que se celebra una vez. Es decir, etimológicamente la palabra solemne implica un ritual, en la cual se deben seguir determinados protocolos y formulismos. A su vez, para la real Academia Española, el significado de solemne es —celebrado o hecho públicamente con pompa o ceremonias extraordinarias”; —formal, grave, firme, válido, acompañado de circunstancias importantes o de todos los requisitos necesarios”; —rítico, interesante, de mucha entidad”. Es cristalino que el término solemnidad implica un ritual, un hecho celebrado a través de ceremonias formales, situación que eminentemente no opera en la novación, pues se relaciona con la siguiente razón

2.- Si se atiende fielmente el concepto jurídico de solemnidad vemos que la doctrina se ha inclinado por mencionar que ella es la forma de manifestar la voluntad como elemento de existencia del acto jurídico, es decir, ante la ausencia de ella no se está en presencia de un acto jurídico sino de otra clase de fenómeno.

²⁰⁵ Gutiérrez y González, Ernesto, Op. Cit. Nota 112 pp. 1336 y 1337

Tomando como parámetro lo dispuesto por el artículo 2215, que menciona que la novación no se presume, sino que debe constar expresamente, en mi opinión no implica que ella sea solemne, pues los actos considerados solemnes deben satisfacer determinados requisitos como la formulación ante un funcionario público y constar por escrito para poder ser determinados con esa característica, En la novación no ocurre ninguno de estos hechos, pues la ley no exige estos requisitos, sino simplemente que conste de forma expresa, es decir que no se presuma o se deduzca de otros actos; verbigracia, —~~p~~uede existir novación en forma verbal si la manifestación de las partes consta en una cinta grabada.”²⁰⁶

Por ello considero que existe una confusión entre el término solemnidad y consentimiento, pues aunque ambos sean elementos esenciales del contrato, son distintos; pues el primero es la forma de manifestar la voluntad por escrito y ante el funcionario competente, con los formulismos y requerimientos exigidos por la ley; y el segundo, es la suma de las voluntades de los sujetos intervinientes en el acto jurídico, la cual, puede ser tanto expresa como tácita. El consentimiento expreso (que es el que se exige en la novación), es el que se puede manifestar verbalmente, por escrito y por signos inequívocos. Por ende la novación no es solemne, pues no requiere determinados formulismos o actos sacramentales, pues basta con que el consentimiento sea expreso en los modos ya descritos, para que, sumado a los elementos ya descritos, produzca sus efectos extintivos.

2.2 Clases de novación

La novación, presenta dos clases que son: 1ª. La novación objetiva, que se da cuando lo que cambia entre la primera y segunda obligación es el objeto o la relación jurídica; y 2ª. La novación subjetiva, si lo que difiere entre ambas, son los sujetos, ya sea por cambio de acreedor o deudor. De ellas se dedicaran las siguientes líneas a su estudio y análisis específico.

²⁰⁶ Azua Reyes, Sergio, Op. Cit. Nota 204 p. 339

2.2.1 Objetiva

La novación objetiva es aquella que se da cuando las partes intervinientes e interesadas en extinguirla, crean una nueva de la anterior que difiere en el objeto de la misma, ya sea por que cambió el objeto, la causa o la condición. Por ello menciona Gutiérrez y González que:

Es el convenio solemne por medio del cual se extingue una obligación antigua, substituyéndola por una nueva que difiere de aquella en que tiene distinto objeto, o bien es diferente su relación jurídica.²⁰⁷

La novación objetiva siguiendo este concepto, plantea dos hipótesis que pueden dar origen a la novación objetiva: 1º Por cambio de objeto, entre la primera y segunda obligaciones; 2º Por cambio en la relación jurídica de las mismas.

En el primer caso, cuando se cambia el objeto de la obligación original respecto de la que le sucede, puede diferir el objeto si es de dar, en uno de hacer; o bien si el primero es de hacer y el segundo de dar; también si es de dar o hacer en la primera, y la segunda es de no hacer, o a la inversa, se presenta este tipo de novación.²⁰⁸

El segundo supuesto se presenta cuando la relación jurídica de la primera obligación que se pretende extinguir, es diferente a la relación jurídica de la nueva obligación que se crea en su lugar. Verbigracia, si la primera obligación es pura y simple, y la segunda está sujeta a condición; pero también —isse transforma el tipo de contrato, o bien si se cambia el campo en que se reglamenta la obligación”²⁰⁹. Lo cual se explica con más detalle a continuación.

La relación jurídica puede cambiar por tener la modalidad de condición, si la primera obligación que se va a extinguir —decíamos- es pura y simple, y la que la sustituye está sujeta a condición, o viceversa si la primera obligación presenta condición y la segunda no. En ambas hipótesis existe una diferencia

²⁰⁷ Gutiérrez y González, Ernesto, Ob. Cit. Nota 112 p. 975

²⁰⁸ Loc. Cit.

²⁰⁹ Ibídem p. 976

sustancial en la relación, haciendo que sean consideradas dos obligaciones distintas. Por ello comenta Borja Soriano:

El cambio que consiste en suprimir o en agregar una condición afecta la existencia misma del crédito; no se puede decir que sea la misma relación la que subsiste.²¹⁰

Indudablemente si una obligación es pura y simple y la segunda está sujeta a condición, existe un cambio sustancial entre la obligación que desea extinguirse y la que nace con ese fin.

Como se apuntó, puede existir también cambio en la relación jurídica por transformación de contrato - o como mejor precisa Borja Soriano- por cambio de causa, quién aclara esto con el siguiente ejemplo:

Yo le debía a usted tal suma como comprador y usted me la deja a título de depósito o préstamo... aquí la palabra causa está tomada en el sentido de causa eficiente y, en consecuencia, como sinónima de fuente, origen y título.²¹¹

Por lo cual si se cambia el origen o título del crédito, existe también un cambio sustancial en la relación jurídica, que trae como consecuencia que se hable de dos obligaciones distintas, y que se cumplan los requisitos necesarios para efectuar la novación.

Otra forma en que se puede transformar la relación jurídica, se da en cuanto al campo jurídico en que se regula la obligación, pues ella

²¹⁰ Borja Soriano, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones, concordada con la legislación vigente por Francisco Ignacio Borja Martínez, 15ª edición*, Porrúa, México, 1997. p.617

²¹¹ Loc. Cit.

Se presenta cuando un crédito que se regula V.g. en el campo del Derecho civil, se extingue y se crea en su lugar una nueva obligación que se rige por el Derecho mercantil o a la inversa.²¹²

Esto implica un cambio sustancial entre la primera y segunda obligación, ya que al existir dicho fenómeno se altera la competencia de la autoridad judicial así como las vías en que se ejercen las acciones ante éstas.²¹³

Así como existen cambios que alteran tanto al objeto como a la relación jurídica e implican por esta situación novación objetiva, existen otros cambios que sufre el crédito pero no lo extinguen, ni hacen surgir otro nuevo, pues no afectan algún elemento esencial de la obligación, y por ello no se está en presencia de novación. Estos cambios son:

Alteraciones en el plazo. Esto se debe a que el término no concierne sino a la ejecución de la obligación y no a su constitución, consecuentemente el cambio en el término para el cumplimiento de una obligación no precisa cambio sustancial alguno, por lo que no se estaría en presencia de dos obligaciones distintas, y por ello no existiría novación.

Alteraciones en el lugar de pago. Evidentemente el cambio del lugar donde deba ejecutarse la obligación, tampoco implica un cambio sustancial en la obligación, y por ello tampoco habrá novación, pues la obligación no cambia es la misma, y no hay alteración que permita suponer la existencia de dos obligaciones sucesivas”.²¹⁴

Alteraciones en la garantía o a la carga. Tampoco implica cambio sustancial en la relación jurídica y por ende no hay novación, ya que la constitución de garantías como la prenda, la hipoteca o la fianza, sólo tienen por efecto garantizar el pago de la obligación principal, y como menciona Baudry Lacantinerie —~~hacen~~ hacen nacer un accesorio de la deuda pero no cambian nada de ella”²¹⁵ Y como menciona Gutiérrez y González:

²¹² Gutiérrez y González, Ernesto, Op. Cit. Nota 112 p. 977

²¹³ Loc. Cit.

²¹⁴ Ibídem p. 978 y 979

²¹⁵ Citado por Borja Soriano, Manuel, Op. Cit. Nota 210 p. 618

Lo mismo se puede decir si no se pactó una carga y luego se pacta, o bien si se pactó y después se decide suprimir; aquí no habrá novación, pues el crédito es el mismo sólo que con una obligación extraordinaria adicional, o bien ya sin ellas.

Alteración de los intereses.- Tampoco existe un cambio sustancial en la obligación, pues sigue siendo la misma, y por ello tampoco hay novación ~~ya~~ que los intereses, no son parte de la estructura del crédito, son frutos civiles”²¹⁶

Se nota, que existe una gran similitud entre la novación objetiva y la dación en pago, pues en ambas se cambia el objeto pactado, y con ello se extingue la obligación, pero además en ambas figuras jurídicas es necesario el consentimiento del acreedor. Empero, no podemos afirmar que estas dos figuras son iguales, ya que la diferencia fundamental entre ellas, es que la novación, al crearse la nueva obligación extingue la anterior con todos sus accesorios. Por ello, en caso de evicción, el afectado sólo podrá ser indemnizado y no podrá hacer que reviva la anterior obligación la cual fue extinta por el convenio novatorio; en cambio, en la dación en pago, ocurre exactamente lo contrario, pues si el acreedor sufre la evicción de la cosa que recibe en pago, renacerá la obligación primitiva, quedando sin efecto la dación en pago retro trayéndose la obligación al estado que antes guardaba.²¹⁷ Así si el deudor había constituido garantía en pago de su obligación ella volverá a constituirse o a surtir efectos en favor del acreedor.

2.2.2 Subjetiva

La novación subjetiva, es el convenio por el cual se extingue una obligación anterior, por una obligación nueva, la cual difiere de la anterior por el cambio en el sujeto de la obligación. Así dentro de este tipo de novación, encontramos dos posibilidades de sustitución, ya sea por cambio de acreedor, o bien, por cambio de deudor.

²¹⁶ Gutiérrez y González, Ernesto, Op. Cit. Nota 112 p. 979

²¹⁷ Un ejemplo muy interesante nos propone Gutiérrez y González, Véase Derecho de las obligaciones, Ob. Cit. Nota 112 p. 1343 in fine y 1345

La novación subjetiva por cambio de acreedor es de acuerdo con Gutiérrez y González.

El convenio solemne por el cual, con autorización del deudor, se extingue una obligación y se crea otra nueva donde el acreedor es persona diversa de la que figuraba en la que se extinguió.²¹⁸

En mi opinión, ninguna especie de novación, ya sea objetiva o subjetiva es solemne, pues hemos demostrado, que no se debe de confundir el consentimiento expreso, el cual, puede consistir de forma escrita o verbal o por signos inequívocos, de la solemnidad como forma y procedimientos establecidos previamente por la ley ante funcionario público, elemento de existencia del acto jurídico. Con esta salvedad considero preciso el término, pues bien la novación por cambio de acreedor, es un convenio, en el cual, es un requisito de existencia de esta clase de novación, el consentimiento o autorización del deudor, ya que sin este, estaríamos en presencia de la cesión de crédito y no de novación.²¹⁹ En consecuencia, para que se realice la novación subjetiva por cambio de acreedor son necesarios los siguientes elementos:

1º.- Substitución de un acreedor por otro.- La simple indicación al deudor de quién está autorizado por el acreedor para recibir el pago, no implica novación.

Tampoco habrá novación, cuando el acreedor le manifiesta al deudor sin pedirle su conformidad de que debe pagarle a otra persona, porque entonces se presume que hubo cesión de derechos, pero no una novación. Se necesita que se extinga la obligación de un acreedor y se cree otra en donde el acreedor es diferente y lo acepta el deudor.

2º.- Creación de una nueva obligación y extinción de la anterior.- El cambio de la persona del acreedor, debe obedecer a una creación y

²¹⁸ Ibídem p. 980

²¹⁹ Cfr. Borja Soriano, Manuel, Op. Cit. Nota 210 p. 619

extinción de obligaciones, para que de esta manera el nuevo crédito reporte un elemento diferencial respecto de la obligación primitiva.

3º.- Substitución del acreedor con autorización del deudor.- Es necesario que el deudor dé su conformidad, pues implica que su primera obligación se extinga y se cree una nueva; imponerle sin más una nueva obligación, no es posible sin su autorización, aun que se terminara la primera.²²⁰

Es importante destacar, que existen similitudes y diferencias entre la cesión de créditos y la novación subjetiva por cambio de acreedor, pues como advertimos las dos implican que el deudor va a quedar ligado respecto de un acreedor diverso de aquél con quien inicialmente estuvo vinculado. Sin embargo las diferencias son las siguientes:

Primera.- En la novación es necesario el acuerdo del deudor, para que se extinga la primera obligación y surja la una nueva, en donde el acreedor sea diverso al de la primera; en cambio, la cesión de derechos, no requiere de dicha autorización, pues el acreedor transmite el crédito a otra persona.²²¹

Segunda.- En la novación se extingue una obligación antigua por la creación de una nueva; por su parte, la cesión no extingue ningún crédito sólo lo transmite.

Tercera.- Puesto que en la novación se extingue la primera obligación, no se pueden oponer al acreedor nuevo, las excepciones provenientes de esa obligación, pero si las de la segunda o nueva; en cambio, en la cesión de derechos:

Si se le pueden oponer al acreedor, si el deudor hizo reserva y oposición al momento de notificársele, las excepciones que se tuvieron contra el

²²⁰ Gutiérrez y González, Ernesto, Op. Cit. Nota 112 p. 981, De esta nota aclaramos omitimos voluntariamente el cuarto elemento que propone este autor que es el consentimiento solemne, pues insistimos, la novación, y por ende ninguna de sus especies son solemnes, pues el hecho de que se exija por la ley el consentimiento expreso, ello no implica solemnidad.

²²¹ Cfr. con los comentarios que hace Baudry-Lacantinerie, en Borja Soriano, Manuel, Op. Cit. Nota 210 p. 619

primer acreedor, pues sigue siendo la misma obligación. Tiene por ello dos excepciones, y no una sola como en la novación.²²²

Por otra parte, además de existir novación subjetiva por cambio de acreedor, puede darse el supuesto de que el cambio sustancial en la relación jurídica, sea por cambio de deudor, entonces estamos en presencia de la novación subjetiva por cambio de deudor. Al respecto comenta Colín y Capitant:

Esta variedad de novación puede producirse de dos maneras diferentes: a) ya implica el consentimiento del primer deudor y del acreedor. Por ejemplo...yo, vendedor de un inmueble, hago intervenir en el acto de la venta a uno de mis acreedores y se conviene que el comprador de mi inmueble pagará una parte de su precio a mi acreedor, el cual me da liberación de mi deuda. Esta especie de novación se llama delegación, pues constituye una de las aplicaciones de la delegación, la delegación novatoria o perfecta. b) La novación por cambio de deudor puede igualmente, realizarse sin el concurso del primer deudor. Se dice entonces que hay expromisión. Hay que suponer que un tercero se obliga directamente para con el acreedor a condición que éste libere al deudor. El caso evidentemente no es frecuente.²²³

La novación subjetiva por cambio de deudor, puede a su vez revestir dos formas, que son: la delegación novatoria o perfecta y la expromisión. La primera se produce, cuando el deudor al extinguir su deuda, conviene con su acreedor crear una nueva obligación con un deudor diferente, quién manifiesta su voluntad de asumir las responsabilidades que el anterior deudor tenían, y mediante ello extinga la primera obligación.

²²² Gutiérrez y González, Op. Cit. Nota 112 p. 982

²²³ Colín, Ambroise y Capitant, Henri, *Derecho Civil, Obligaciones, Vol. 1, Colección Grandes Maestros del Derecho Civil*, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2004 pp. 305 y 306

El deudor primitivo se designa —Delegante”; el nuevo deudor se designa como —Delegado”, y —Delegatorio” es el acreedor en la primera y segunda obligación.²²⁴

La expromisión en cambio, surge cuando un tercero, por sí o a 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, sin pedir su consentimiento al primer deudor.²²⁵

La delegación perfecta tiene mucho parecido a la asunción de la deuda, esta última forma de transmisión de las obligaciones. Sin embargo existen diferencias notables, que no permiten su confusión, ellas son:

Primera.- En la delegación, se extingue un primer crédito y surge otro nuevo y diferente. En cambio, en la asunción de deuda, no hay dos obligaciones, una que se transmite de uno a otro acreedor.

Segunda.- En la delegación, segundo deudor sólo puede hacer valer las excepciones derivadas de la nueva obligación, pero no las que correspondían al primer deudor. Empero, en la asunción, el cesionario (o segundo deudor) puede oponerle al acreedor, las excepciones que hubiere tenido el cedente, menos las personales como la compensación, así como también las derivadas de la naturaleza del acto²²⁶

La novación objetiva, en sus dos especies (ya sea mediante delegación, o bien, mediante expromisión) tienen una gran semejanza con las formas de transmisión de las obligaciones, y es por esta razón que algunos doctrinarios²²⁷ comentan que al contemplar sus respectivas legislaciones, formas de

²²⁴ Gutiérrez y González, Op. Cit. Nota 112 p. 1339

²²⁵ Ídem

²²⁶ Ibídem p. 1341

²²⁷ En Francia y Alemania, existen juristas que argumentan la poca utilidad que tiene en la actualidad novación, y por ello advierten la desaparición de esta figura jurídica en algunas legislaciones, sobre todo en la civil alemana. Cfr. Enneccerus, Ludwing, et al. Ob. Cit. Nota 7 p.368 y Planiol, Marcel y Ripert, Georges, Op. Cit. Nota 109 p. 593

transmisión de las obligaciones, es inútil seguir conservando en las mismas la regulación de la novación. Ejemplo de esto, advierte Gaudemet es:

El código civil alemán...ha desterrado hasta el nombre de la novación: la antigua institución ha desaparecido ante la sucesión en los créditos y en las dudas. Salpius...había notado que la novación por cambio de acreedor no tiene ya razón de ser en una legislación que admite la cesión de créditos. Los redactores del código civil alemán, consagrando la sucesión de la deuda, han tenido la misma idea respecto de la novación por cambio de deudor...Suprimiendo la palabra novación, la ley nueva no ha prohibido el acto mismo; los contratantes quedan en libertad de realizarla, salvo tener que proveerse de una prueba de su intención.²²⁸

Sin embargo, del estudio que se realiza, en cuanto a las dos formas de novación (subjética y objetiva), se comprueba, que aunque existe similitud con las formas de transmisión de las obligaciones, el fin que persigue la novación es distinto, pues la misma como se ha insistido tiene como utilidad la extinción de una obligación, mediante la creación de una nueva que la sustituye. Por ende, a la novación no puede clasificarse como fuente de las obligaciones, ni como forma de transmitir las, sino atendiendo al efecto que produce y a la utilidad para la cual se ha creado, es forma de extinción de las obligaciones. Con ello, logramos dilucidar las incongruencias del legislador respecto de esta figura jurídica, y al mismo tiempo, se dejó cabalmente establecido que de ninguna manera puede concebirse a la novación como un contrato en virtud de los razonamientos expuestos precedentemente.

²²⁸ Gaudemet, Eugene, *Teoría General de las Obligaciones, traducción y notas de derecho mexicano por Pablo Macedo*, Editorial Porrúa, S. A. México, 1974 pp. 300 y 301

Capítulo Tercero
La novación como forma de extinguir las obligaciones civiles en el
Derecho comparado

1. Derecho Civil español

El Derecho Civil español, ha tenido una influencia importante en la legislación civil mexicana, y esto es lo que no lleva al estudio comparado de nuestra legislación civil con aquella, pues como afirma Federico de Castro y Bravo, "no se trata de convertir el estudio del Derecho Civil en historia del Derecho, sino de tener en cuenta las corrientes del pensamiento que vivifican el Derecho vigente".²²⁹

La formación del Derecho Civil español, reviste para México un significado muy especial, en virtud de la conquista española y consecuente dominación, que por más de tres siglos durara en nuestro país, por ello, es trascendental para nuestra investigación, conocer y comparar el avance histórico que ha seguido este Derecho y analizar las similitudes y diferencias -si existen- entre éste y el nuestro. Por esta razón coincido con De Castro y Bravo en que:

La historia no es sólo la física experimental de la legislación, es el espejo en que se reflejan las constantes de carácter nacional. La realidad que significa la Nación es tanto pasado como futuro, la tradición y aspiración.
²³⁰

Considerando lo anterior, nos ocuparemos brevemente de la formación del Derecho Civil español, que según De Castro y Bravo considera:

Es el resultado de la mezcla del romano y germánico. El Derecho Romano y el germánico, sobre todo el primero, se extiende sobre un período de tiempo (sic) tan vasto, que es difícil señalarles unos principios determinantes. A nuestro objeto -dice De Castro y Bravo- interesa sólo

²²⁹ De Castro y Bravo Federico. Op. Cit. Nota 38. p. 153

²³⁰ Loc. Cit.

en el momento en que actúan para formar el Derecho español. El Derecho Romano en su forma aún poco conocida de legislación provincial, del Derecho imperial que influye en la época visigoda y, sobre todo, como el jus tal como se conocía a través del Digesto. El Derecho germánico no será el descrito por Tácito en su Germania, sino el Derecho visigodo, transformado y modelado por el contacto con tierras romanizadas y el nacido por obra del catolicismo.

En nuestro Derecho -continúa De Castro y Bravo- el universalismo imperialista del Derecho Romano será transformado en el principio de la primacía del bien común; el individualismo de la terrible gente goda se convertirá en respeto a la persona, y ambos principios se conjugan en la idea católica de la vida y de la unidad del Derecho".²³¹

Así, el Derecho civil español, se puede dividir en dos épocas importantes. En una primera época se persigue la formulación de un Código único que rigiera en todo el territorio. Son las Cortes de Cádiz, en 1811, las que aprobaron una proposición (de Espiga y Gadea), para que en la Constitución de 1812 se recogiera esta aspiración codificadora. Siguiendo las corrientes codificadoras napoleónicas, la Constitución de Cádiz señaló que "El Código civil, criminal y de comercio serán unos mismos para toda la monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias puedan hacer las Cortes", recogiendo así la posibilidad de admitir la pervivencia de los derechos forales.

Las turbulencias políticas de la época, a consecuencia de la invasión napoleónica y la posterior pugna entre el absolutismo de Fernando VII y los partidarios de un régimen constitucional, impidieron que la aspiración codificadora tuviera grandes resultados hasta la época moderna, en que se creó una Comisión General de Códigos, que terminó en 1846 el proyecto más importante de los que han precedido al Código Civil actual. En 1851 se remite al Gobierno dicho proyecto codificador realizado principalmente por Florencio García Goyena basado en el Código napoleónico, pero manteniendo la tradición y esencia española en numerosas instituciones, principios y

²³¹ *Ibidem* pp. 154 y 155

fundamentos. Sin embargo, no prosperó por considerarse excesivamente radical en materias sociales y religiosas.

El fracaso del proyecto hizo que se optara por la publicación de leyes especiales, que no admitían más demora, como la Ley Hipotecaria de 1861, la Ley de Aguas de 1886, la Ley de Matrimonio Civil y del Registro Civil de 1870.

En 1880 renace la aspiración codificadora, adaptándose el sistema de creación de un único código basado en los regímenes de las diversas regiones con derecho civil propio, recogiendo las instituciones más características de cada una. Por ello se agregó a la Comisión de Códigos representantes de las regiones forales, pero no fue posible llegar a ningún resultado práctico.

En la segunda época se persigue la publicación de un Código Civil general sobre la base del Derecho Castellano (de mayor difusión territorial) y Apéndices, en los que se contendrían las particularidades vigentes en los territorios forales. Así:

Nuevamente en 1880 se intenta afrontar la codificación civil. Por Real Decreto de 2 de febrero de dicho año se pretende sustituir el sistema de unidad exclusiva de la legislación civil por el de unidad armónica de las diversas instituciones nacionales (en respuesta a la presión foralista, reacia a ver absorber sus fueros en un cuerpo nacional de leyes). En 1881 se aprueba un proyecto de Ley de Bases, que autorizaba la publicación del proyecto de Código Civil de 1851, con una serie de pertinentes modificaciones. En 1882 se presentaron a las Cortes los dos primeros libros del futuro Código, y en 1885 se sometió un segundo proyecto (de Francisco Silvela), que, examinado por la Comisión de las Cámaras y sancionado por el poder real, se convirtió en Ley de Bases para el Código Civil, de 11 de mayo de 1888. Resultado de esta Ley de Bases fue la presentación de un proyecto de Código Civil, que, aprobado, se publicó por Real Decreto de 6 de octubre de 1888, que entró a regir el 1 de mayo de 1889. Ordenada una nueva edición, que venía a corregir algunos defectos habidos en la primera, se publica nuestro Código Civil por Real Decreto de 24 de julio de 1889. El Código así publicado sigue el plan sistemático romano francés, resultante de la clásica división del Derecho Civil en tres ramas

(personas, cosas, acciones), con la única innovación de añadir un Libro IV, dedicado a Obligaciones y contratos, lo que se debió más que a deseos de novedad, a reducir la exagerada extensión dada a un Libro III (cual ocurrió con el Code).²³²

Como se muestra, el Código Civil español en su última etapa de formación y promulgación, sigue como parámetro (aunque conservando su propia historia y costumbres) al Código Napoleón, lo que lo hace más importante su estudio en esta investigación, pues se pretende vislumbrar, si existen diferencias significativas entre la regulación que hace este código y el nuestro, respecto a la novación. En otras palabras el análisis y método comparativo de este texto jurídico con el nuestro (Código Civil para el Distrito Federal vigente) en cuanto a la novación, ayudará a explicar, que lugar debe ocupar esta figura jurídica en el derecho de las obligaciones.

Entrando en materia de la novación, el Código Civil español en su artículo 1.156, al enumerar los supuestos o causas en virtud de los cuales las obligaciones se extinguen, menciona en último lugar la novación. Más tarde, dedica a esta figura una rúbrica entera, que es la sección sexta del mismo capítulo (arts. 1.203- 1.213). En principio, pues de acuerdo con una larga tradición histórica, la novación aparece mencionada en el artículo 1.156 y regulada en los artículos 1.203-1.213 dentro de la rúbrica general de la extinción de las obligaciones. Sin embargo curiosamente, el artículo 1.203 que abre la disciplina normativa de la novación, dice que las obligaciones pueden modificarse; primero, variando su objeto o sus condiciones principales; segundo, sustituyendo la persona del deudor; tercero, subrogando a un tercero en los derechos del acreedor, lo cual, hace evidente que existen diferencias entre nuestro Código Civil para el Distrito Federal vigente, cuando ambas tomaron como un parámetro de existencia al Código Napoleón, lo que hace más interesante su análisis y comparación, que punto por punto iremos analizando en las siguientes páginas.

²³² *Historia del Código Civil español*, disponible en internet en:

<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/codigo-civil/codigo-civil.htm>

Pues bien, el Código Civil español, en su sistemática regula a la novación en su Libro Cuarto —“las obligaciones y contratos”, Capítulo Cuarto —“la extinción de las obligaciones”, Sección Sexta —“la novación”, es decir, en esta legislación al igual que la nuestra, la novación es una forma de extinción de las obligaciones, en las que conjuntamente se encuentra el pago, la pérdida de la cosa debida, la condonación de la deuda, la confusión de derechos y la compensación, así lo estipula el artículo 1156:

Artículo 1156.

Las obligaciones se extinguen:

Por el pago o cumplimiento.

Por la pérdida de la cosa debida.

Por la condonación de la deuda.

Por la confusión de los derechos de acreedor y deudor.

Por la compensación.

Por la novación.²³³

La novación, como forma de extinción de las obligaciones la regula este Código en la Sección Sexta, del Capítulo Cuarto, del Libro Cuarto de la siguiente forma:

Sección 6.ª De la novación

Artículo 1203.

Las obligaciones pueden modificarse:

1.º Variando su objeto o sus condiciones principales.

2.º Sustituyendo la persona del deudor.

3.º Subrogando a un tercero en los derechos del acreedor.²³⁴

²³³ *Código Civil, Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Ministerio de Gracia y Justicia BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889, Texto Consolidado, última modificación: 14 de noviembre de 2012. Texto en PDF, Disponible en Internet en:*

<https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>

²³⁴ Loc. Cit.

Se observa que el Código Civil español, utiliza el término modificación como comprensivo de la novación objetiva y subjetiva por cambio de deudor, así como de la subrogación por pago, de la cual más adelante ahondaremos en ella.

A simple vista, en comparación con nuestra legislación, esta legislación no intenta definir a la novación. Es decir no menciona si es un acto o un hecho jurídico, si es contrato o convenio, etc., no obstante, esto no quiere decir que no se intentará, pues el proyecto de Código Civil español de 1851 –que tanta influencia ejerció en el vigente Código Civil español, y que como se mencionó en los antecedentes de nuestro Derecho Civil, también ejerció gran influencia en nuestros Códigos civiles de 1870 y 1884, se incorporaba a la definición de la novación, la expresa referencia a que sólo se podía novar mediante contrato, ya que según la fórmula utilizada por el artículo 1.143 del Código de 1851 –~~ay~~ novación de contrato cuando las partes en él interesadas lo alteran...”²³⁵

El Código civil español, regula a la novación expresamente en sus dos especies que son: la novación objetiva y la novación subjetiva, distinto del Código Civil para el Distrito Federal, en la cual, se infiere del numeral 2213, al disponer –alteran sustancialmente”.

Siguiendo con el estudio de este numeral, otra notable diferencia entre esta legislación y nuestro Código Civil para el Distrito Federal, dispone que existe novación cuando las partes interesadas sustituyen una obligación antigua por una nueva y mediante esta situación se extingue la primera, la legislación civil española, dispone que mediante la novación se puede modificar la obligación, dejando abierta la posibilidad de que se extinga o subsista la obligación anterior²³⁶. Por ello Borrel y Soler, menciona:

²³⁵ Hernández Gil, Antonio, *Obras Completas, Tomo III, Derecho de las Obligaciones*, Editorial Espasa- Calpe, S. A., Madrid, 1988. p. 531

²³⁶ Menciona Diez-Picazo, que la novación aparece como un fenómeno que en alguna medida resulta un tanto extraño, ¿Por qué razón, cabría preguntarse, hay que sustituir la obligación por una nueva? O bien, ¿Por qué razón la creación de una nueva obligación extingue a la vieja? En el planteamiento empírico de la institución está claro, como señala Puig Britau, que el mecanismo jurídico llamado novación lo que trata de conseguir es una

La novación no extingue las obligaciones de una manera absoluta, sino que las transforma en otras nuevas, de donde toma el nombre.

La transformación de la obligación en otra nueva puede consistir en el cambio del acreedor, del deudor, de la prestación, de la causa o de las modalidades.²³⁷

Sin embargo, para Antonio Hernández Gil, no está completamente de acuerdo con lo anterior, pues aunque pudiera inferirse que la novación no produce extinción sino una simple modificación de la obligación²³⁸, hay más

sustitución de la relación jurídica. La novación dice la sentencia de 11 de junio de 1947, comprendida en el Código Civil entre los modos extintivos de las obligaciones, ofrece la singularidad que le caracteriza y distingue de las demás, que de ella sólo una manera relativa cabe decir que extingue las obligaciones a las que afecta, porque en realidad su efecto propio es variarlas, modificarlas o sustituirlas por otras. Se discute si la novación es realmente extintiva o simplemente modificativa, o bien extintiva en algunos casos y modificativa en otros, y en cualquier caso por qué ocurre así. Cfr. Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Volumen segundo, Las relaciones obligatorias, Quinta edición*, Editorial Civitas, Madrid, 1996. p. 795

²³⁷ Borrel y Soler, Antonio M. *Derecho Civil Español, T. III, Obligaciones y Contratos*, Bosh Casa Editorial, Barcelona, 1955. p. 159

²³⁸ Hernández Gil, menciona que en el régimen del Código civil la novación no incorpora siempre un efecto extintivo respecto de una relación obligatoria precedente, pues junto a la novación en el sentido gramatical y romano de la expresión, que entrañaba el doble efecto de dar vida a una obligación y poner término a otra a la que la nueva reemplaza, se han abierto camino figuras novatorias desprovistas de ese alcance destructor. Y ello lo mismo en el plano del objeto que en el de los sujetos. La novación objetiva no productora de la extinción suele llamarse modificativa o impropia. La novación subjetiva con subsistencia de la obligación precedente da lugar a la transmisión a título singular de la deuda. Cfr. Hernández Gil, Antonio, Ob. Cit. Nota 235, p. 530

hechos notorios en la ley que disponen que la novación si produce el efecto de extinguir las obligaciones, pues explica:

El Código Civil, a través de una terminología a veces equivocada y en ocasiones claramente significativa, brinda cierta base para sostener que la novación no implica extinción. En el artículo 1.156, dedicado a enunciar los modos de extinción de las obligaciones, la novación aparece mencionada como uno de ellos. Sin embargo, el artículo 1.203, primero de los que regulan esa institución jurídica dice que ~~as~~ “las obligaciones pueden modificarse”, lo cual traduce más la idea de transformación que la de extinción. Si, pese a ello, cupiera alguna duda, queda despejada con el texto terminante del artículo 1.207. Al prevenir que ~~cuando~~ “cuando una obligación se extinga por efecto de la novación, sólo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a los terceros que no hubieran prestado su consentimiento”, da entender que no son conceptos indisociables la novación y la extinción, puesto que al hacerse objeto de especial previsión en forma hipotética y condicional el que la obligación se extinga por efecto de la novación, se deja abierta la posibilidad de que haya una novación sin eficacia extintiva; y de otro lado, que el alcance de la novación extintiva no es total, pues subsisten las obligaciones accesorias en beneficio de terceros que no hayan prestado su consentimiento.²³⁹

Con ello, este autor advierte que el legislador del Código Civil español, ha pretendido dotar a la novación de una doble eficacia, es decir, mediante ella, se puede alcanzar la extinción de las obligaciones, o bien, la simple modificación de la obligación que no la extingue, y justifica este hecho de la siguiente forma:

La progresiva despersonalización y espiritualización del vínculo le dotan de una flexibilidad que permite su mantenimiento y coexistencia, aunque se introduzcan cambios. El radicalismo y la rigidez de la concepción romana priva al crédito de sus posibilidades de traslación e integración.

²³⁹ Ibídem p. 529 y 530

La vida económica moderna, tan ágil y múltiple, pugna por encontrar los instrumentos jurídicos adecuados, buscando causas para su desarrollo, y está lejos de servir a los fines de un mecanismo novatorio configurado de tal manera que cualquier alteración en una obligación precedente afecta su existencia.

Tomando en cuenta lo anterior, es importante determinar, si de verdad la novación importa una simple modificación de la relación obligatoria que hace que subsista la anterior obligación, o bien, si mediante esta alteración a la primera obligación, se extingue con la nueva. Así, remitiéndonos a la interpretación que ha hecho el Tribunal Supremo español, se considera lo siguiente:

Por novación se entiende según el tribunal supremo, en Sent. 1.12.1951- –el cambio o sustitución de una relación obligatoria por otra, con ánimo de extinguir o modificar esencialmente la primera, siendo sus requisitos esenciales: una obligación preexistente, la creación de otra nueva, la disparidad entre ambas y la voluntad de llevar a cabo la sustitución”.

Cada uno de esos elementos debe darse conjuntamente en un solo acto unitario que tiene la virtualidad de extinguir una y crear otra obligación...por lo tanto, lo específico de la novación, como modo de extinguir las obligaciones, es el hecho de hacer surgir otra nueva, estrechamente vinculada con la extinta.²⁴⁰

De acuerdo con esta interpretación del Tribunal Supremo español, en la legislación civil española, se admite que la novación produzca o no la extinción de la obligación, dejando únicamente como concepto tradicional, el que la novación es la extinción de la obligación por medio de la creación de una nueva destinada a reemplazarla, pues como explica Puig Brutau

El Derecho moderno y concretamente en la regulación de nuestro Código civil, las partes tienen amplia libertad para sustituir una

²⁴⁰ García Amigo, Manuel, *Lecciones de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos*, McGraw- Hill, Madrid, 1995. p. 635

obligación por otra, o pueden limitarse a modificarla, por lo que la novación puede ser extintiva o modificativa.²⁴¹

Coincide con Puig Brutau, el profesor de la Universidad de Navarra José Antonio Álvarez Caperochipi, quien menciona que la novación es la extinción de una obligación por el nacimiento de una que viene a sustituirla, y en la cual los efectos propios de la novación son la extinción de una obligación, pues se extingue una obligación primitiva y con ella todas las relaciones accesorias, como garantías reales o personales, intereses, cláusulas de estabilización, etc; así, la nueva obligación no tiene el rango, los privilegios y prioridad primitiva; y a la nueva obligación no se le pueden aplicar los términos y condiciones de la anterior extinguida.²⁴² Empero advierte:

El Código civil, abandonando el personalismo del derecho romano o medieval, desde una concepción mucho más patrimonialista de la obligación, afronta el régimen de la novación desde una perspectiva favorable al mantenimiento del vínculo a pesar de la introducción de una modificación en la obligación (art. 1.204). Y adopta un concepto amplio y nada técnico de la novación, que comprende tanto la extinción del vínculo (novación en sentido jurídico) como la mera modificación de la obligación sin efectos extintivos (art. 1.203 CC, la llamada novación modificativa).

El concepto jurídico de novación reserva dicho término a la novación extintiva, esto es, a la extinción del vínculo por el nacimiento de otro nuevo. El principio general, que luego se desarrolla particularmente en cada supuesto de novación, es que para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya es preciso que se declare

²⁴¹ Puig Brutau, José, *Compendio de Derecho Civil, Volumen II, Derecho de Obligaciones, Contratos y Cuasicontratos, Obligaciones derivadas de los actos ilícitos, 3ª edición actualizada por Carles J. Maluquer de Montes*, Bosch Casa Editorial, Barcelona. p. 123

²⁴² Álvarez Caperochipi, José Antonio, *Curso de Derecho de obligaciones, Vol. I., Teoría General de la Obligación*, Editorial Civitas, Madrid, España, 2000. p. 133

terminantemente o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles. En caso contrario se considera que la modificación introducida en una obligación no la extingue, y que por tanto, la obligación continúa después de la modificación con el mismo rango y antigüedad, y con las mismas garantías y relaciones accesorias, y con las mismas cláusulas accesorias que con anterioridad a la modificación.²⁴³

Es decir, en esta legislación, la novación tiene dos efectos generales: extinción y modificación. Respecto de la novación modificativa, de acuerdo con este autor, se debe entender por regla general que no afectará la subsistencia de las obligaciones accesorias. Sin embargo si la modificación agrava el contenido de la obligación, no podrán quedar afectados los fiadores personales o reales, si no la consintieron.²⁴⁴

El problema que surge al existir dos diferentes efectos en la novación (modificación o extinción), es determinar cuándo se está en presencia de uno u otro, ya que podría existir la confusión entre las partes de la obligación a determinar si por ejemplo una quiso extinguir la obligación y la otra parte sólo deseaba modificarla. Ante este hecho jurídico, García Amigo da una posible respuesta:

Para la distinción entre la novación extintiva de la meramente modificativa hay que tener en cuenta:

1.- El predominio de la voluntad del pacto, sobre todas las circunstancias formales, es decir, que se produce la novación con el cauce y los límites que las partes se propusieron. Sent. 20.1.1961.

2.- Que según la Sent. 29.4.1947, en los casos dudosos ha de presumirse querido por las partes el efecto más débil, o sea, la modificación no extintiva de la obligación.²⁴⁵

²⁴³ *Ibidem* pp. 134 in fine y 135

²⁴⁴ *Ibidem* p. 125

²⁴⁵ García Amigo, Manuel, *Op. Cit.* Nota 240. p. 635

Pero para Hernández Gil, existe otra medio para determinar el efecto de la novación, pues advierte que

Al darse cabida en el Código civil junto a la novación extintiva a otra meramente modificativa, la exigencia de la declaración terminante cobra el especial significado de concernir tan sólo a la novación extintiva a otra meramente modificativa, por lo que si falta la declaración terminante, la novación podrá ser meramente modificativa.²⁴⁶

Diez- Picazo en cuanto al dilema si la novación es extintiva o es modificativa, concluye:

En líneas generales cabe admitir que en nuestro actual Derecho Positivo son posibles dos formas de novación, la llamada novación propia o extintiva y la llamada novación impropia o modificativa...Dicho de otro modo, para que la extinción de la obligación se produzca y para que la sustitución sea plenamente derogatoria, es necesario, o bien una cláusula expresa derogatoria, o bien, una objetiva incompatibilidad o contradicción entre ambas reglamentaciones o sistemas de organización de intereses. En la duda, el Código (art. 1.204) parece inclinarse por la solución de que no hay extinción de la antigua obligación.

La conclusión de todo ello cabe extraer, es, a mi juicio, la de que la figura de la modificación de la relación obligatoria cobra en sí misma una evidente autonomía y que para esclarecer el panorama deben investirse los términos tradicionales. En lugar de hablar de una novación extintiva y de una novación modificativa, debe hablarse de una modificación simple con pervivencia de efectos y de una modificación extintiva con total sustitución de reglamentación o del sistema de organización de intereses establecidos por las partes.²⁴⁷

Es lógico que el hecho de que las partes declaren fehacientemente el efecto buscado por la novación, no deja lugar a duda lo que convinieron,

²⁴⁶ *Ibíd*em p. 532

²⁴⁷ Diez- Picazo, Luis, *Ob. Cit.* Nota 236, p. 800

empero ante cualquier hecho que cause duda acerca del efecto que quisieron darle las partes el Juez determinará siempre el menor, que es la simple modificación de la obligación y no la extinción de la misma. Distinto de nuestra legislación civil para el Distrito Federal, en la cual, la novación no se presume, pues mediante el *animus novandi* y la modificación sustancial de la obligación se produce únicamente la extinción de la obligación. Lo cual no quiere decir, que en la legislación española, el efecto principal de la novación es la modificación de la obligación, pues si bien es cierto que ésta está permitida por el artículo 1203, en los posteriores numerales parece dar más importancia a la novación extintiva, así el artículo 1204 dispone:

Artículo 1204.

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

En otras palabras, para que se produzca la novación extintiva se requiere que las partes lo declaren terminantemente, lo cual se explica de la siguiente manera:

Declaración terminante viene a equivaler a declaración expresa, es decir, específica y claramente dirigida a sustituir una obligación por otra. El criterio espiritualista que prepondera en nuestro sistema de contratación que considera esencial la intención y no en los términos que se exprese, quiebra aquí, para convertirse en requisito un particular modo de dejar constancia de lo convenido y pretendido...²⁴⁸

De este modo, el Código Civil español al igual que el del Distrito Federal, consagra al *animus novandi*, como un medio para determinar mediante esta forma de expresar la voluntad, la intención de las partes en extinguir la obligación. No obstante, se aclaró que a diferencia de nuestro Código, el español, utiliza otro medio para determinar la extinción de la obligación, que es la incompatibilidad de las obligaciones, con lo cual, el legislador de este Código, impone un nuevo reto al jurista y al intérprete de la norma, que estriba

²⁴⁸ Hernández Gil, Antonio, Ob. Cit. Nota 235, p. 532

en determinar cuando la antigua y la nueva obligación son incompatibles²⁴⁹. Por ello, Díez-Picazo menciona que la regla de incompatibilidad ofrece más dificultades, pues la cuestión principal estriba en determinar qué debe entenderse por ésta e indica que existen tres criterios que la explican:

1º- Aquella que la coloca en un plano ideal, haciéndola sinónima de imposibilidad. Es decir, que exista una variación en los elementos esenciales, de tal suerte que se crea una entidad idealmente diferente y por ello incompatible con la anterior.

2º.- Que la incompatibilidad de la obligación, devenga del hecho de que el cumplimiento resultante de la obligación resultante del convenio novativo haga imposible el cumplimiento de la obligación en su estado originario o suponga transgresión.

3º.- Plantea que hay incompatibilidad cuando el acto novativo supone necesariamente una renovación del negocio que generó la obligación. Un contrato es compatible con otro anterior si la modificación de algunos elementos no supone la extinción sino la subsistencia tal y como nacieron del primitivo contrato.

4º.- Este menciona que tal incompatibilidad, debe buscarse en la causa de la obligación, Según esta postura habrá novación, cuando la primera obligación priva de causa a la anterior, tomándola para sí, con lo cual, la primera deviene ineficaz. Verbigracia

Si Primus se había obligado a entregar una casa y después se obliga a entregar un camión, será preciso buscar la causa de tales atribuciones, de tal manera que si la entrega del camión no tiene otra causa posible que la contraprestación del precio de la casa, se habrá extinguido la

²⁴⁹ El Tribunal Supremo español, en sus sentencias de 14 de junio de 1916 y 26 de enero de 1928 dicen que hay incompatibilidad cuando la segunda obligación varíe o altere alguna de las condiciones principales que fueron objeto de la primera. Entre esas condiciones (elementos esenciales), se considera el objeto. Así la sentencia de 4 de junio de 1919 entiende que hay novación extintiva cuando se conservan íntegras las condiciones (elementos) esenciales tales como el objeto del contrato, el precio del arriendo y el término de su duración”, Crf. Hernández Gil, Antonio, Ob. Cit. Nota 235, p. 533

obligación de entregar ésta, aunque las partes no hayan hecho expresión del animus novandi.²⁵⁰

No obstante lo anterior, para Álvarez Caperochipi:

La incompatibilidad se refiere fundamentalmente al cambio de deudor o a la introducción en la obligación de un objeto más gravoso, y la incompatibilidad se deriva de la exigencia de protección de los acreedores de nuevo deudor que no pueden ser pospuestos por una nueva obligación en la que no han intervenido. Pero no son los únicos supuestos de incompatibilidad, pues la misma puede referirse también a cualquier imposibilidad de subsistencia simultánea o de coordinación de dos obligaciones, derivado de ello el sinalagma contractual o de la protección de los sujetos de la obligación. Así, por ejemplo, se considera incompatible un contrato de promesa, y el posterior contrato de venta formalizado entre las mismas partes, y por ello, resuelta la venta por impago del precio no puede mantenerse la vigencia y exigibilidad de la promesa de venta.²⁵¹

La novación extintiva, en el Derecho Civil español puede darse en dos supuestos: por declaración expresa de las partes (animus novandi o declaración terminante), o bien, por un consentimiento tácito *sui generis* de las partes, pues siguiendo a Hernández Gil:

...el artículo 1.204 del Código civil, equipara a la declaración terminante el que la antigua y la nueva obligación sean de todo punto incompatibles. He aquí otra manifestación del *animus novandi*. La circunstancia de que no tenga por base una declaración de voluntad, sino el hecho material de la existencia de una incompatibilidad entre la antigua y la nueva obligación, hace que suela hablarse en tal caso de novación tácita. La terminología no resulta del todo correcta. Porque no se trata de que también sea posible dar vida a la novación tácitamente en términos generales, sino de que un determinado supuesto y sólo él –el de

²⁵⁰ Diez-Picazo, Luis, Op. Cit. Nota 229 p. 799

²⁵¹ Álvarez Caperochipi, José Antonio, Op. Cit. Nota 242 p. 135

incompatibilidad- la ley considera como existente la novación, plegando la consecuencia jurídica a un hecho material concluyente que no puede tener otro significado...Las obligaciones han de ser de todo punto incompatibles.²⁵²

Distinta es la regulación del Código Civil para el Distrito Federal, en la cual, el único supuesto para que exista novación, es que las partes lo hagan constar expresamente, pues ella nunca se presume.

Como se mencionó anteriormente, en la legislación civil española, se dispone expresamente que existen dos clases de novación, así se clasifica, según los distintos elementos que pueden cambiarse en una obligación, en novación subjetiva, por cambio de acreedor y de deudor, y la novación objetiva, por cambio del objeto, la causa o las condiciones de un contrato.

Novación subjetiva por cambio de acreedor.

En esta clase de novación, -que distinta a la que regula nuestro Código, ésta sí es expresa- el acreedor puede cambiarse en una obligación permaneciendo idéntico el vínculo. El Código civil español, según Álvarez Caperochipi, regula dos supuestos típicos: el pago por subrogación y la cesión de crédito. Así los artículos 1209 a 1213, disponen:

Artículo 1209.

La subrogación de un tercero en los derechos del acreedor no puede presumirse fuera de los casos expresamente mencionados en este Código.

En los demás será preciso establecerla con claridad para que produzca efecto.

Artículo 1210.

Se presumirá que hay subrogación:

- 1.º Cuando un acreedor pague a otro acreedor preferente.
- 2.º Cuando un tercero, no interesado en la obligación, pague con aprobación expresa o tácita del deudor.

²⁵² Hernández Gil, Antonio, Ob. Cit. Nota 235, pp. 532 in fine y 533

3.º Cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvos los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda.

Artículo 1211.

El deudor podrá hacer la subrogación sin consentimiento del acreedor, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, y expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada.

Artículo 1212.

La subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas.

Artículo 1213.

El acreedor, a quien se hubiere hecho un pago parcial, puede ejercitar su derecho por el resto con preferencia al que se hubiere subrogado en su lugar a virtud del pago parcial del mismo crédito.

Lo anterior, es otra diferencia con el Código Civil para el Distrito Federal, pues en él, la subrogación no es forma especial de novación, pues ella ocupa un lugar especial como forma de transmitir las obligaciones en el Libro Cuarto Título Tercero, Capítulo Tercero, y no como una forma especial de extinguir las obligaciones. Aunado a esto, para que exista novación subjetiva por cambio de acreedor en nuestra legislación civil se requiere el consentimiento del deudor, pues si no existiera éste, no se está en presencia propiamente de novación, sino de una cesión de derechos, la cual, es diferente de aquella, pues la primera tiene el efecto de transmitir las obligaciones; y la segunda de extinguirlas, situación que no se prevé en el Código Civil español, que confunde dos figuras jurídicas con la novación. Esto mismo lo confirma Álvarez Caperochipi, quien advierte que en el caso de cambio de acreedor, la nueva y la antigua obligación no se estiman incompatibles, deduciéndose que para la novación hará falta el *animus novandi* expreso que no se presume.²⁵³ Con ello, -desde mi punto de vista- se subsana la desafortunada regulación de considerar a la novación subjetiva por cambio de acreedor como una

²⁵³ Álvarez Caperochipi, José Antonio, Op. Cit. Nota 242, p. 137

subrogación o como una cesión de derechos, pues si existe el consentimiento expreso de ambas partes (*animus novandi*), no se está ante estas figuras, sino propiamente frente a la novación extintiva.

Como se mencionó, en Derecho Civil español, regula como una clase de novación a la subjetiva por cambio de deudor de la siguiente forma:

Artículo 1205.

La novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor.

Artículo 1206.

La insolvencia del nuevo deudor, que hubiese sido aceptado por el acreedor, no hará revivir la acción de éste contra el deudor primitivo, salvo que dicha insolvencia hubiese sido anterior y pública o conocida del deudor al delegar su deuda.

Esta legislación respecto de esta clase de novación se rige bajo el principio de intransmisibilidad de las deudas a título singular, lo que deduce la necesidad de protección de los acreedores del nuevo deudor, que no pueda ver antepuesta sin su consentimiento (a contrario de la subjetiva por cambio de acreedor) una deuda ajena; la relación jurídica sólo puede ser objeto de tráfico desde su titularidad, no desde su vinculación (art. 1.112); en definitiva, en el supuesto de cambio de deudor se produce la extinción de la obligación primitiva; la novación en este caso está en consonancia con la identidad misma del derecho de crédito, pues cambiando el patrimonio que garantiza un derecho de crédito se desnaturaliza la identidad del propio crédito.

Al igual que nuestra legislación, el Código Civil español, regula dos modalidades de cambio de deudor en la obligación: la expromisión y la delegación. La expromisión -como se mencionó- es el acuerdo entre el acreedor y un nuevo deudor por el que éste se compromete al abono de una deuda ajena (art. 1.205). La delegación, es el acuerdo entre el

deudor y un tercero por el que éste se compromete al abono de la deuda del acreedor.²⁵⁴

Distinto de nuestra legislación, es la figura expromisoria que plantea Álvarez Caperochipi, la cual es aceptada por la jurisprudencia española, pues ella:

Ha reconocido también la existencia de una figura expromisoria atípica, que es la llamada asunción de deuda acumulativa o de refuerzo; es decir, que el acreedor puede realizar un convenio de asunción de deuda con un tercero sin que se extinga la obligación anterior, lo que conducirá a una obligación solidaria del nuevo y antiguo deudor. Sin embargo, el régimen ordinario ha de ser el del carácter liberatorio de la expromisión, y ello sin perjuicio de las acciones de regreso que puedan existir entre el nuevo deudor y el antiguo deudor liberado.

La liberación del antiguo deudor en la delegación se produce con el consentimiento del acreedor a la delegación (art. 1.205). La jurisprudencia recalca que el consentimiento no se presume, y que ha de constar expresamente, sin que sea suficiente para la liberación del antiguo deudor el conocimiento por el acreedor y aun su no oposición a la delegación. Tras el acuerdo de delegación, y si no hay consentimiento del acreedor a la sustitución del deudor, ambos deudores quedan obligados solidariamente.²⁵⁵

Siguiendo con el estudio de las clases de novación que regula el Código Civil español, también existe en el la novación objetiva, la cual, en términos generales esta legislación admite que el cambio de objeto en la obligación no implica la incompatibilidad entre la nueva y la primitiva obligación, siempre que el nuevo objeto no sea más gravoso que el anterior. Si el nuevo objeto es más

²⁵⁴ Ibídem p. 138

²⁵⁵ Ibídem p. 139

gravoso habrá que aceptar en términos generales, la extinción de la primitiva obligación por exigirlo así la protección de los demás acreedores del deudor.²⁵⁶ Asimismo, al igual que en nuestra doctrina, la española y su legislación civil, admiten que el régimen de cambio de objeto se aplique también a la novación por cambio de las condiciones de cumplimiento de una obligación. Empero, la modificación de las condiciones en aspectos no esenciales no supone el nacimiento de una nueva obligación a efectos de la aplicación de una condición resolutoria. Al respecto menciona Álvarez Caperochipi:

En particular se estima que la prórroga concedida al deudor extingue la obligación por aplicación del principio que para la fianza establece el artículo 1.851 CC. Sin embargo la jurisprudencia reiteradamente distingue entre el otorgamiento de una prórroga, como nuevo plazo de cumplimiento, del mero otorgamiento de un plazo de gracia o cortesía para el cumplimiento de la obligación, si el deudor tiene dificultades en su cumplimiento puntual, o si el aplazamiento no constituye una modificación esencial en los términos de la obligación, lo que se interpreta como una mera tolerancia del acreedor con la dilación. Así se estima que la concesión de una moratoria no obsta para la aplicación de penalidad pactada por el retraso en la ejecución de una obra.²⁵⁷

Tanto en México como en España, se admite el supuesto de novación por cambio de causa. Pues:

Normalmente se entiende que el cambio de causa implica una novación de la obligación, como cuando lo que se debe a resultas de una compraventa pasa a deberse como préstamo, o si el depósito se transforma en préstamo.²⁵⁸

Sin embargo, ésta no se presume y ha de constar expresamente.

²⁵⁶ *Ibídem* p. 140

²⁵⁷ *Ibídem* p. 141

²⁵⁸ *Ibídem* p. 142

Así no se puede entender por meros indicios que las partes cambiaron un dinero que se entregó en préstamo por la participación en la copropiedad de la vivienda comprada con el dinero prestado.²⁵⁹

En cuanto a los efectos de la novación, como ya lo habíamos mencionado representa el problema de determinar cuándo por medio de ella se extingue o modifica la obligación. Sin embargo el artículo 1207 de esta legislación civil, parece simplificar este efecto, pues dispone:

Artículo 1207.

Cuando la obligación principal se extinga por efecto de la novación, sólo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento.

Es decir, parece que el efecto principal de esta figura jurídica es extinguir las obligaciones, aunado con el artículo 1204 que como ya mencionamos regula:

Artículo 1204.

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

Así, de acuerdo con Antonio Hernández Gil, estima que ambos artículos se refieren exclusivamente a la novación extintiva, pues así lo proclaman diversas sentencias, entre las que merecen resaltarse las de 29 de abril de 1947 y 21 de abril de 1951. Las cuales explican a la novación objetiva extintiva de la siguiente manera:

A virtud de la novación objetiva extintiva, una obligación nueva viene a reemplazar a otra precedente. La obligación nueva tiene una doble eficacia: la creadora que concierne a su propia existencia y la extintiva

²⁵⁹ Loc. Cit.

que pone término a la existencia de la obligación anterior. Los efectos son indisolubles y se hayan condicionados en una relación recíproca de causalidad. Esa mayor entidad de las consecuencias jurídicas inherentes a una obligación novatoria, y el hecho de que entren dos obligaciones es lo que explica y justifica que la apreciación de su existencia, venga condicionada a la concurrencia de determinadas exigencias legales. La primera de ellas es que el acto constitutivo que dé vida a la obligación novatoria aparezca concertado por las mismas personas que hubieran intervenido en la constitución de la obligación precedente. La sustitución de una situación jurídica por otra requiere el concurso de quienes constituyeron la originaria...Porque si no es así, la obligación que se constituya podrá ser «otra», pero no una que sustituya a la precedente, ocupando su lugar.²⁶⁰

Tomando en cuenta lo anterior pareciera que el efecto principal de la novación es verdaderamente la extinción de las obligaciones. Empero el problema lo representa el artículo 1207, respecto de que las obligaciones accesorias pueden subsistir en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento. Lo cual refleja que realmente no existe un efecto extintivo pleno por medio de la novación. Por ello menciona Álvarez Caperochipi que:

Uno de los problemas prácticos con los que se enfrenta la «desconcertada»¹ regulación que nuestro Código contiene sobre la novación, es el de la extinción o subsistencia de aquellas relaciones accesorias constituidas para garantizar una obligación principal que ha sido novada.

A estos efectos suele decirse que, en principio, si la obligación principal se extingue en virtud del nacimiento de otra nueva que viene a sustituirla, se extinguen también con aquélla todas las relaciones que le sean accesorias. Por el contrario, si la obligación principal sólo es modificada, al subsistir, lógico es que subsistan con ella aquellas relaciones accesorias que la garantizan; todo ello en virtud del conocido

²⁶⁰ Hernández Gil, Antonio, Ob. Cit. Nota 235 p. 530 y 531

aforismo de que lo accesorio sigue a lo principal. Sin embargo, dicho principio parece tener excepciones: en caso de modificación de una obligación, por ejemplo, no es lógico ni justo que subsistan las garantías prestadas por un tercero cuando el objeto de la obligación resulta más gravoso, y también, excepcionando el principio, el artículo 1.207 parece incorporar un supuesto de subsistencia de las relaciones accesorias, extinguida la obligación principal, si aprovechan a un tercero que no haya prestado su consentimiento.²⁶¹

En consecuencia, existe otra distinción en cuanto a los efectos que en Código Civil para el Distrito Federal se le da a la novación, que los que tiene en España, pues el artículo 1.207 del Código Civil español da una regulación distinta. Nuestra legislación civil en el artículo 2220, dispone que la novación extingue la obligación principal y las accesorias, por lo que el acreedor bajo reserva expresa, es el único que puede impedir que se extingan las relaciones accesorias. Y por orden del artículo 2221, se expresa que el acreedor no puede reservarse el derecho de prenda o hipoteca de la obligación extinguida si los bienes que garantizan pertenecen a terceros que no hubiesen tenido parte en la novación, lo mismo que la fianza sin el consentimiento del fiador. Lo cual, es lógico en nuestra legislación, pues no es justo que un tercero tenga que garantizar una deuda con prenda, hipoteca o fianza, ya sea porque no intervino o por que le sea más gravosa.

Así vemos que el problema en el Código Civil español, es determinar la intención del legislador al señalar que sólo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento, al examinar esta situación comenta Álvarez Caperochipi:

Los supuestos más claros de terceros a quienes aproveche la subsistencia de las relaciones accesorias y que no hayan prestado su

²⁶¹ Álvarez Caperochipi, José, *El artículo 1.207 del Código Civil: Notas para un estudio de las relaciones accesorias en la novación*, Revista Crítica de Derecho inmobiliario, Núm. 499, Noviembre- Diciembre de 1973, España.. pp. 1413-1432

consentimiento son, en principio, los acreedores del acreedor de la obligación objeto de la novación, por cuanto pueden ver disminuida la garantía patrimonial de su crédito si la nueva obligación es de menor entidad que la primitiva. También podrían incluirse en este apartado los herederos legitimarios del acreedor, que pueden ver disminuidas sus expectativas.²⁶²

No obstante, el mismo autor señala que la regulación de la novación en este numeral es desafortunada y no refleja para nada la intención que realmente el legislador tenía al reglamentar el destino de las obligaciones accesorias al extinguirse la principal, pues:

De la interpretación literal del artículo 1207 parece deducirse, de una parte, un principio general: el de la extinción de las relaciones accesorias por efecto de la novación, y, de otra, una excepción al citado principio general: el de la subsistencia de dichas relaciones accesorias cuando aprovechan a un tercero que no haya prestado su consentimiento. Sin embargo... esta claridad, que aparentemente se deduce de su interpretación literal, resulta oscuridad al intentar su aplicación práctica; a nuestro juicio, el artículo 1.207 quiere formular-y, sin embargo, no lo hace literalmente-una aclaración: que las relaciones accesorias sólo subsistirán, tras la extinción de la obligación principal por efecto de la novación, en cuanto que el tercero que las ha prestado (en realidad, el fiador personal o real distinto del deudor), preste su consentimiento.²⁶³

Lo que es un acierto en nuestra legislación civil para el Distrito Federal, pues si analizamos *a contrario sensu* el artículo 2221, vemos que el tercero que garantiza el cumplimiento de la obligación con prenda, hipoteca o fianza, debe de expresar su consentimiento para que estas obligaciones accesorias

²⁶² Ibídem p. 1415

²⁶³ Ibídem p. 1414

subsistan en la nueva obligación. Y lo que sucede en España como explica el autor citado es:

La engañosa formulación literal del artículo 1.207 proviene de un defecto de redacción del proyecto de Código civil de 1882, en el que se quiso dar sentido positivo al contenido formulado negativamente por el proyecto de García Goyena de 1851. Esta alteración originó, de hecho, un cambio de significación en el artículo 1.207, y, de rechazo, un oscurecimiento en la ya de por sí oscura regulación de la novación.

El artículo 1.207 trata de formular el principio de la extinción de las relaciones accesorias en la novación, lo cual no impide que dichas relaciones accesorias-principalmente garantías personales o reales-vuelvan a prestarse en relación con la obligación que la sustituye. Al tratarse de una nueva obligación parece evidente que no conserva el rango y, en su caso, privilegio de la antigua; del mismo modo, tampoco conserva las garantías que acompañaban a la primitiva, pues parece evidente que para subsistir deberán ser prestadas de nuevo por aquellos a quienes perjudican.²⁶⁴

Por lo anterior, este autor considera que en cualquier caso resulta anómala la interpretación literal del artículo 1.207 del Código civil, que conduce a la subsistencia de relaciones accesorias de una obligación que se ha extinguido y en favor de unos terceros (acreedores o herederos del acreedor), que si bien no prestaron su consentimiento, "sólo eventual e indirectamente se pueden ver afectados por la novación"²⁶⁵, lo que hace especialmente anómala esta interpretación, pues al contraponerse los intereses de dichos terceros a los de aquellos que prestaron su garantía personal o real a una obligación, y luego, sin su consentimiento, se encuentran garantizando a la que la sustituye.²⁶⁶

²⁶⁴ *Ibíd*em pp. 1414 y 1415

²⁶⁵ *Ibíd*em p. 1420

²⁶⁶ Este jurista advierte que para la interpretación de este artículo debe atenderse a sus antecedentes históricos: el artículo 1.207 corresponde literalmente al artículo 1.224 del proyecto de 1882, que cita como precedente

Seguendo a este autor, es evidente que la intención del legislador en cuanto a la regulación de este numeral, no fue hacer subsistir las obligaciones accesorias por excepción, cuando se ha extinguido la principal, pues como se dijo es una norma injusta pues aprovecha a los terceros beneficiados por el acreedor y no a lo que realmente se pretendía, pues se buscaba más bien que subsistieran las obligaciones accesorias si los bienes que servían para garantizar la obligación pertenecen a terceros que no hubieren tenido parte en la novación, como es el caso del numeral 2221 del Código Civil para el Distrito Federal. Con ello, podemos decir que a pesar de que en España la novación sirve tanto para modificar la obligación como para extinguirla el efecto principal para lo cual fue creada y normada es éste último. Pues como lo aclara Diez-Picazo.

Si la obligación es extintiva o propia, su efecto es la extinción de la obligación anterior y la constitución de otra que la sustituye. Evidentemente el efecto es doble, porque consiste en la extinción de una obligación y en el nacimiento de otra. Debe sin embargo, subrayarse la unidad negocial; el acto novatorio presenta una inescindible unidad. Obedece a una única causa y única es su función económico-social.²⁶⁷

Por lo contrario, si la novación es impropia o meramente modificativa, el efecto es naturalmente el mantenimiento de la identidad de la relación obligatoria, con la introducción de alguna variación en uno de sus elementos estructurales o en su contenido.

La novación produce también el decaimiento de las relaciones accesorias, lo mismo si son obligaciones accesorias a cargo del deudor que si lo son a cargo de terceros. Puede entenderse que la misma regla puede aplicarse a las situaciones favorables y a los terceros. Sin embargo esto sólo se da en el supuesto de que la novación sea

inmediato al artículo 1.138 del proyecto de 1851. Cfr. Álvarez Caperochipi, José Antonio, Ob. Cit. Nota 261 p. 1420

²⁶⁷ Diez-Picazo, Luis, Ob. Cit. Nota 236, p. 800.

extintiva, pues se advierte de la interpretación literal del artículo 1.207 —cuando la obligación principal se extinga por efecto de la novación” De aquí podría deducirse, en sentido contrario, que en la novación impropia o meramente modificativas, subsisten las llamadas relaciones accesorias. Por ello, parece más lógico entender que en la novación modificativa subsisten las relaciones accesorias salvo cuando la situación del tercero, resulte agravada como consecuencia de la novación.²⁶⁸

El último punto que nos falta comparar entre el Código Civil para el Distrito Federal con el de España, es el que concierne a los efectos que tiene la obligación nula en la novación. Esta situación, el Código Civil español, la reconoce al igual que el nuestro, de inescindible unidad negocial o interdependencia novatoria, el artículo 1208 del mismo ordenamiento dispone:

Artículo 1208.

La novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen.

Siguiendo a Sancho Rebullida, este artículo plantea dos variantes de excepción a la nulidad de la novación; la primera, es la causa de nulidad que sólo pueda ser invocada por el deudor, la cual, de acuerdo con este autor no es de fácil comprensión, pues según él, se entiende que se refiere sólo a los supuestos de cambio de deudor y, para tal supuesto exceptúa de la nulidad a aquella que responde a causas personalísimas del antiguo deudor, que éste ya no puede alegar. En este caso, si el nuevo deudor se obliga, su acto no queda afectado por la causa de nulidad,²⁶⁹ La segunda variante, se encuentra respecto de la referencia que el artículo 1.209 hace a una ratificación que se

²⁶⁸ *Ibíd*em p. 801

²⁶⁹ Sancho Rebullida, Francisco de Asís, *La novación de las obligaciones*, Editorial Nauta, Barcelona, 1964. p. 225

convalide, la cual, parece que debe entenderse referida a la convalidación de los actos anulables.

Por supuesto, la nulidad de la novación no tiene lugar si la obligación anterior, puramente anulable, hubiera sido confirmada ya antes de procederse a su novación. El Código no parece referirse a esta hipótesis, sino más bien a la idea de que la novación misma puede constituir confirmación de la obligación anterior que fuera anulable, puesto que al novar se lleva a cabo un acto de confirmación.²⁷⁰

Con todo lo anterior analizado, se observa que existen diversas similitudes y notables diferencias en la regulación de la novación que hacen el Código Civil para el Distrito Federal y el Código Civil español, aunque ambos - como se mencionó- tienen como tronco común y punto de partida al Código Napoleón, que en su aparición sirvió como parámetro a otras legislaciones civiles. Este análisis nos sirve para demostrar que tampoco la novación en España tiene la naturaleza jurídica de un contrato, pues aunque como se estudió y quedó claro, ésta tiene dos efectos que son modificativos y extintivos, su finalidad y función jurídica y económica es esa, la cual, no se consigue con el contrato, pues éste crea y transmite derechos y obligaciones. En consecuencia, se debe considerar que tomando en cuenta la función de la novación tanto en España (modificación- extinción) como en México (extinción), se consigue mediante el acto jurídico llamado convenio el cual, se ha insistido: crea, transmite, modifica o extingue obligaciones.

Empero, para fortalecer aun más nuestro aporte en esta tesis, es importante realizar el estudio comparado entre el Código Civil para el Distrito Federal y el Código Civil argentino, el cual, tiene también como tronco común o punto de partida al Código Napoleón, además de que históricamente antes de su codificación civil, también presenta rasgos sociales y jurídicos en común con México como por ejemplo, que este país también fue colonia española, y por lo tanto que su legislación vigente de esa época, fuera la Nueva Recopilación de 1567, la cual, contenía leyes provenientes del Fuero Real, el Ordenamiento de Alcalá, el Ordenamiento de Montalvo y las Leyes de Toro. Así el orden de prelación en su legislación de ese momento histórico era el siguiente: 1º.-

²⁷⁰ Ibídem p. 802

Nueva Recopilación, 2º - Fuero Real, 3º.- Fuero Juzgo, 4º.- Fuero viejo de Castilla, 5º.- Las Partidas. Sin embargo, debido al prestigio, la extensión de las materias tratadas y al mayor conocimiento que tenían de ellas los jueces y abogados, se aplicaban ordinariamente las Siete Partidas. Todo ello, nos obliga científicamente a realizar su análisis y comparación con nuestra legislación civil para el Distrito Federal.

2. Derecho Civil argentino

El Código Civil Argentino reúne las bases del ordenamiento jurídico en materia civil en la Argentina. Fue redactado entre otros, por Dalmacio Vélez Sársfield, como culminación de una serie de intentos de codificación civil que tuvieron lugar en ese país. Fue aprobado, sin modificaciones, el 25 de septiembre de 1869, mediante la Ley n.º 340, y entró en vigencia el 1 de enero de 1871. Con numerosas modificaciones desde ese entonces, sigue constituyendo la base del Derecho civil argentino.

Para la redacción del Código, Dalmacio Vélez Sarsfield se inspiró en Códigos contemporáneos o pasados, en leyes nacionales e internacionales y en buena parte de la doctrina reinante en la época. Las fuentes pueden clasificarse en el Derecho romano, la legislación española y argentina, el Derecho canónico, el Código de Napoleón y sus comentaristas, el *Esboço de um Código Civil para o Brasil* de Teixeira de Freitas y otras fuentes menores.²⁷¹

La aprobación del Código Civil argentino, era necesaria por motivos jurídicos y políticos. Con ella se dotaría de unidad y coherencia a la legislación civil, ausente hasta ese entonces por la dispersa legislación vigente en el territorio argentino. Dichas unidad y coherencia, traerían consigo dos beneficios jurídicos muy importantes: Facilitar el conocimiento del Derecho por parte de los habitantes y la respectiva aplicación por parte de los jueces. Así como afianzar la independencia

²⁷¹ Chaneton, Abel. Historia de Vélez Sársfield. T. 2, Editorial La Facultad. Buenos Aires, 1938. p. 149

política del país, a través de la independencia legislativa, y la unidad nacional, por la supremacía del código sobre la legislación provincial.²⁷²

A pesar de la estabilidad que el Código Civil le proporcionó al ordenamiento jurídico argentino, no estuvo exento a lo largo de la historia de diversas modificaciones, que resultaron necesarias para regular adecuadamente una sociedad que presentó grandes cambios a nivel social, político y económico. Una de las reformas más importante que sufrió el código fue producto de la Ley n.º 17711, de 22 de abril de 1968. Si bien esta ley reformó aproximadamente un 5 % del articulado, se destaca por el cambio de orientación que experimentaron algunas de las instituciones reguladas. Además, existieron una serie de proyectos de reforma que no fueron llevados a la práctica. Estos proyectos no sólo proponían la reforma de las instituciones y un cambio de método, sino que uno propuso también su unificación con el Código de Comercio, a imitación del italiano.

Empero, por reforma y aprobación por ley 26.994, y promulgado según decreto 1795/2014, el Código Civil del que hablamos, dejará de serlo, para convertirse en el Código Civil y Comercial de la Nación (de Argentina), lo que finalmente hace evidente la imitación de esta legislación a la civil italiana. Esta nueva legislación, tendrá vigencia a partir de 2016 y reemplazará a un cuerpo legal que rige desde hace más de 140 años. Entre las reformas más significativas que contiene este Código Civil y Comercial, son acerca de la filiación, divorcio, separación de bienes, formas de contratación, pago de deudas de moneda extranjera, entre otros.²⁷³ En materia de obligaciones, sólo existieron cambios trascendentales respecto a las formas de contratación, entre los cuales se incorporan los de arbitraje, agencia, concesión, franquicia, suministro, leasing, fideicomiso y los celebrados en bolsa o en mercado de valores, entre otros.

²⁷² Llambias, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil: Parte General*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2003. p. 13

²⁷³ Cfr. <http://www.iprofesional.com/notas/197357-Punto-por-punto-los-cambios-que-llegan-con-el-nuevo-Codigo-Civil-para-el-argentino-de-a-pie>

Este nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, consta de 2.671 artículos, divididos en seis libros, y como ya se mencionó tendrá vigencia a partir del año 2016.

Lo anterior nos hace determinar si existe alguna modificación respecto del código civil vigente en Argentina (Código Civil para la República de Argentina) y el que propiamente entrará en vigor en 2016 (Código Civil y Comercial de la Nación).

El Código Civil para la República de Argentina, regula a la novación en su Libro Segundo denominado —~~D~~ los Derechos Personales en las Relaciones Civiles”, en su Sección Primera, Parte Segunda —~~E~~xtinción de las obligaciones”, Título XVII —~~D~~ la Novación”, y específicamente el artículo 724 dispone:

Art.724.- Las obligaciones se extinguen:

Por el pago.

Por la novación.

Por la compensación.

Por la transacción.

Por la confusión.

Por la renuncia de los derechos del acreedor.

Por la remisión de la deuda.

Por la imposibilidad del pago.²⁷⁴

Es evidente que para la República de Argentina como para México y España, la novación —siguiendo al Código Napoleón— es una figura jurídica que extingue obligaciones. Empero, esta legislación no emplea la palabra extinción como sinónima de novación, pues al igual que el Código Civil alemán (BGB), menciona en su artículo 801 —La novación es la transformación de una obligación en otra”. Empero, esta definición no es del todo correcta pues como menciona Guillermo Borda:

²⁷⁴ *Código Civil de la República Argentina, Texto en PDF.*, Disponible en Internet en

http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf

Esa definición es exacta sólo desde el punto de vista económico, pues desde el punto de vista jurídico no hay tal transformación, sin la extinción de una obligación y el nacimiento de otra.²⁷⁵

A mi juicio, esta definición que da el Código Civil argentino, no refleja la verdadera naturaleza jurídica de la novación, pues ella no se caracteriza por ser un fenómeno de transformación o de cambio; sino –como se ha mencionado- lo que prevalece es su virtud extintiva. Porque mediante ella se busca la extinción de una obligación mediante su reemplazo o sustitución por otra, pues –mientras no haya la extinción definitiva, completa, total, de una obligación no puede haber novación”²⁷⁶

Por eso insisto, en que la definición actual que da a la novación el Código Civil argentino da más problemas que soluciones, pues ésta, ha llevado a juristas ilustres como Luis de Gasperi a argumentar que la novación tiene la naturaleza de contrato, y argumenta:

La novación así concebida es todo un contrato por cuanto extingue una relación obligatoria y crea otra que la sustituye, con la particularidad de la concomitancia y solidaridad de estos dos efectos, tanto que ninguno de ellos puede sostenerse sin el otro. No puede haber disyunción del efecto creador, del efecto extintivo, porque como observan Planiol, Esmein, Radouant y Gabolde, no se extingue en este acto una deuda sino para sustituirla por otra distinta de la anterior. La extinción de la primera es subordinada al nacimiento de la segunda, pero no a su ejecución. Así en caso de dación en pago, la evicción del inmueble transferido al acreedor, no hace revivir la obligación primitiva, como está dispuesto por los artículos 783 y 2050 de nuestro Código Civil.²⁷⁷

²⁷⁵ Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho Civil, Obligaciones I, 7ª edición actualizada*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994. p. 615

²⁷⁶ Moisset de Espanés, Luis, *La Novación (en el Código Civil Argentino)*, T. 95, Editorial Zeus, Córdoba, Argentina p. 134

²⁷⁷ De Gasperi, Luis, Op. Cit. Nota 164 p. 173

Sin embargo este autor, olvida que el efecto creador y extintor de obligaciones, sólo se puede llevar a cabo por el acto jurídico denominado convenio, el cual, tiene como efecto crear, modificar, transmitir y extinguir derechos y obligaciones, y que el contrato, es una especie limitada del mismo, pues este último sólo puede crear y transmitir, derechos y obligaciones. A pesar de esta consideración, el autor mencionado se sustenta en un estudio comparado con otras legislaciones civiles –incluso la nuestra- para sustentar su dicho:

Como contrato que es, según así expresamente la califican el artículo 2214 del Código Civil de México y el artículo 1630 del Código Civil de Chile y el artículo 1135 del esboço de Freitas, le son aplicables no sólo los artículos 734. 735, 736 y 739 de nuestro Código relativos a las personas que pueden recibir pagos, sino también los artículos 1040, 1160 y siguientes sobre la capacidad para contratar y los demás preceptos de la ley civil sobre el objeto, modo, forma y prueba de los contratos.²⁷⁸

El sustento en que basa este autor su afirmación, es débil, pues la legislación civil mexicana, confunde a los contratos con los convenios, y a estos, con el acto jurídico en general, por eso, si la novación se estudia a través de las disposiciones de los contratos y se hace un análisis de ello, realmente se vería que esas disposiciones le son aplicables más bien al convenio en general y al contrato como una especie limitada del mismo. Por ello, coincido más con Campagnucci que comenta:

La novación es uno de los medios de extinción de las obligaciones que se encuentra en el art. 724. Novar significa cambiar, y en este caso específico la novación es la sustitución de una obligación anterior que se extingue y sirve de causa a una nueva.²⁷⁹

²⁷⁸ Loc. Cit.

²⁷⁹ Campagnucci de Caso, Rubén H., *Manual de Obligaciones*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 495

Pero el estudio del concepto de novación no ha quedado estático, pues ha seguido preocupando al sistema judicial argentino, su importancia es tal, que la propia Corte Suprema de este país, ha emitido una jurisprudencia al respecto de este concepto, señalando que:

La novación es el cambio de una obligación que se extingue por otra nueva destinada a reemplazarla, que difiere de la primera por algún elemento nuevo.

La novación implica un acto jurídico bilateral. Lo expuesto conduce a la conclusión de que no reúne tal carácter el instrumento que únicamente emana de los deudores principales y sus avalistas, pues constituye sólo un acto unilateral en los términos del artículo 949 del Código Civil.²⁸⁰

Es evidente, que la Corte Suprema de este país, no considera a la novación, un contrato, pues como se muestra, señala que la novación es un acto jurídico bilateral, en la que por la creación de una obligación nueva, se extinga la antigua, y que esa sea la finalidad de esta figura jurídica, con lo cual se puede sustentar que la novación es un acto jurídico bilateral llamado convenio.

El Código Civil y Comercial de la Nación, es una legislación más afortunada en cuanto al término "novación", la cual, no permite confusión alguna entre lo que es un convenio y un contrato, pues la regula en su Libro Tercero —"Derechos Personales", Título Primero —"Obligaciones en general", Capítulo 5 —"Los modos de extinción, Sección Tercera "Novación", de los artículos 933 a 941. Así, de acuerdo con el numeral 933 de esta legislación se precisa que "La novación es la extinción de una obligación por la creación de otra nueva, destinada a reemplazarla."²⁸¹. Esta nueva legislación civil y

²⁸⁰ Trigo Represar, Félix A., y Campagnucci de Caso, Rubén H., *Código Civil comentado: Doctrina, Jurisprudencia- Bibliografía, Obligaciones, T. II., Arts. 625-895*. Rubincal-Calzoni Editores, Buenos Aires, 2005. pp. 411 in fine y 412

²⁸¹ *Código Civil y Comercial de la Nación, Aprobado por ley 26.994, Promulgado según decreto 1795/2004, Ministerio de Justicia y Derechos*

comercial, deja atrás la definición de “transformación”, por la de “extinción” que refleja más la utilidad para la cual se crea y norma esta figura jurídica, y como se dijo, el contrato no extingue las obligaciones, es importante precisar que la naturaleza jurídica de la novación en Argentina no es ser un contrato, sino un convenio que sirve para extinguir una obligación, por medio de la creación de una nueva, que la sustituye.

Siguiendo con el Código Civil argentino vigente, este prevé que existan tres clases de novación, pues como menciona Luis de Gasperi, se conocen tres tipos de especies de la misma: a) la subjetiva; b) la objetiva y; c) la causal.

La subjetiva, a su vez puede efectuarse de dos modos:

1º Contrayendo el deudor una nueva obligación respecto de un tercero y declarándole, en consecuencia, el primer acreedor libre de la obligación primitiva;

2º Sustituyéndole un nuevo deudor al antiguo, que en consecuencia queda libre.²⁸²

Así el Código Civil argentino vigente, establece que existan dos especies de novación subjetiva: la primera por cambio de acreedor, y la segunda por cambio de deudor. Los numerales 814 a 816 de esta legislación, norman a la novación subjetiva por cambio de deudor de la siguiente forma:

Artículo 811.

La novación entre el acreedor y los fiadores, extingue la obligación del deudor principal.

Artículo 814.

La delegación por la que un 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.

Humanos, Presidencia de la Nación, Editorial Infojus, Buenos Aires, 2014. P.

²⁸² De Gasperi, Luis, Op. Cit. Nota 164 p. 173

Artículo 815. Puede hacerse la novación por otro deudor que sustituya al primero, ignorándolo éste, si el acreedor declara expresamente que desobliga al deudor precedente, y siempre que el segundo deudor no requiera subrogación legal en el crédito.

Artículo 816.

La insolvencia del deudor sustituido, no da derecho al acreedor para reclamar la deuda del primer deudor, a no ser que el deudor sustituido fuese incapaz ya de contratar por hallarse fallido.²⁸³

Se entiende la protección que da el artículo 814 al acreedor, para que no se pueda sustituir al deudor, sin su voluntad expresa, ya que tiene que ver con obligaciones que se contraen por la cualidad de la persona, y por ende, no es posible que sin su consentimiento, un deudor se libere de la obligación, ofreciendo otro, que posiblemente no tenga las características y cualidades que vio el acreedor en él para contratar.

En el supuesto del numeral 815, a contrario sensu del 814, da la posibilidad de que el deudor sea sustituido por otro, sin su consentimiento, siempre y cuando declare expresamente que el antiguo deudor quede liberado de la obligación y que el segundo deudor no requiera subrogación legal en el crédito, lo cual es imposible que se dé en la novación, pues coincidimos con Luis de Gasperi en que:

Tampoco habría manera de confundir la novación con la subrogación convencional a que se refiere el artículo 769 del Código Civil. Mientras la novación extingue la obligación primitiva con sus accesorios y las obligaciones accesorias y hace nacer otra que la sustituye, la subrogación convencional traspasa los derechos del acreedor en cabeza de tercero que paga, sin que las garantías constituidas en seguridad del crédito se extingan, como para las hipotecas se dispone por el artículo 3189.²⁸⁴

²⁸³ *Código Civil de la República Argentina*, Op. Cit. Nota 274

²⁸⁴ De Gasperi, Luis, Op. Cit. Nota 164 p. 204

Finalmente el artículo 816, hace ver que la novación no es una transformación sino una forma de extinguir las obligaciones, pues como se observó, dispone que al realizarse la novación por sustitución del deudor, no da derecho al acreedor en caso de insolvencia del nuevo, a reclamar la deuda del antigua, la cual ha quedado extinta por la novación, sólo tendrá derecho a reclamarla en caso de que la obligación sea nula por falta de capacidad para contratar que se exige en la ley para efectuar la novación.

Por lo anterior, en Argentina al igual que en México, la novación por cambio de deudor puede tener lugar por delegación, o por expromisión. Pues siguiendo a Luis de Gasperi:

La delegación puede ser perfecta o imperfecta.

Perfecta cuando con la aceptación del acreedor, el deudor (delegante), encarga a un tercero (delegado) el cometido de pagar en su lugar al acreedor (delegatario) lo que se le debe, quedando él por expresa declaración de aquél liberado de su obligación. Sólo en tal supuesto el contrato es novativo. Imperfecta es la delegación que no produce el efecto de exonerar al deudor primitivo.

Consiste la expromisión en el acuerdo liberatorio ajustado entre el acreedor y un tercero que espontáneamente se ofrece para ocupar el lugar del deudor primitivo y liberarle de esta suerte de su obligación. No requiere para su perfección del consentimiento de éste.²⁸⁵

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, también prevé a la novación por cambio de deudor, sin embargo, su legislación es más simple, y por ende más ambigua, ya que sólo la regula en el numeral 936 que dispone:

ARTÍCULO 936.- Novación por cambio de deudor. La novación por cambio de deudor requiere el consentimiento del acreedor.²⁸⁶

Simple, pero que deja el trabajo al jurista de explicar al ciudadano de a pie, que significa ésta o en que supuestos puede darse y en qué casos no, es

²⁸⁵ *Ibíd*em p. 206

²⁸⁶ *Código Civil y Comercial de la Nación*, Op. Cit. Nota 281

decir, desde mi punto de vista es más explícita la legislación actual respecto de la novación subjetiva por cambio de deudor, que la que entrará en vigor en el año 2016.

Siguiendo con la legislación civil actual de argentina, -como se dijo- otra especie de novación subjetiva, es la que tiene que ver con el cambio de acreedor, pues en su artículo 817 decreta:

Artículo 817.

Habrá novación por sustitución de acreedor en el único caso de haberse hecho con consentimiento del deudor del 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.

Es muy importante destacar, que este Código Civil, no comete el error de la legislación española, en confundir dos figuras jurídicas diversas, como son la novación por cambio de acreedor y la cesión de derechos, pues como se muestra, existe este artículo expreso, que no permite que exista el error que los españoles tienen en su legislación civil.

Esta misma disposición ha sido tomada por el Código Civil y Comercial de la Nación que la incorporado de la misma forma para regular a la novación por cambio de acreedor, pero en su artículo 937 que norma:

ARTÍCULO 937.- Novación por cambio de acreedor. La novación por cambio de acreedor requiere el consentimiento del deudor. Si este consentimiento no es prestado, hay cesión de crédito.

Diversa –decíamos- es la pésima regulación de la novación por cambio de acreedor que existe en España, la cual, la confunde la cesión de crédito, pues en la legislación civil argentina, queda hecha expresamente la diferencia entre una y otra, al disponer que para que exista esta clase de novación se precisa el consentimiento del deudor.

También en el Código Civil vigente en Argentina, existe -como se mencionó- la novación objetiva o real, la cual, tiene lugar por la sustitución de

una nueva obligación a otra, sin que intervenga nuevo acreedor o deudor.²⁸⁷ A pesar de que no existe tajantemente una disposición como tal, esta se puede inferir de los artículos que precisan que el cambio en la obligación no es la de los sujetos que intervienen en ella, verbigracia, los siguientes artículos:

Artículo 809.

La novación entre uno de los acreedores solidarios y el deudor, extingue la obligación de éste para con los otros acreedores.

Artículo 810

La novación entre el acreedor y uno de los deudores por obligaciones solidarias o indivisibles, extingue la obligación de los otros codeudores.²⁸⁸

Lo mismo opera en el Código Civil y Comercial de la Nación que entrará en vigor en 2016 en el cual, no existe disposición expresa acerca de la novación objetiva, la cual, se infiere del artículo 933, que menciona —~~la~~ novación es la extinción de una obligación por la creación de otra nueva, destinada a reemplazarla.”²⁸⁹ Lo cual, en una interpretación jurídica y siguiendo el principio del derecho de que todo lo que no está expresamente prohibido por la ley, está permitido, puede inferirse que existe novación por cambio de objeto en la obligación. Para Luis de Gasperi, en la legislación civil argentina, se permite que pueda haber novación en los siguientes supuestos:

1.- Si una obligación simple es transformada en alternativa, pues en ella hay *animus navandi*. Hay diferencia sustancial entre ambas obligaciones. En la primera se debe una suma cierta. Por la segunda hay dos cosas que están en obligación, aunque sólo una en pago: *dua res in obligatione* y una *in solutione*, sin que hasta la elección que haya de hacerse de ellas pueda saberse cual es la cosa que va a salir del patrimonio del deudor.

²⁸⁷ De Gasperi, Luis, Op. Cit. Nota 164 p. 177

²⁸⁸ *Código Civil de la República Argentina*, Op. Cit. Nota 274

²⁸⁹ *Código Civil y Comercial de la Nación*. Op. Cit. Nota 281

2.-La transformación de una obligación civil a comercial: pues existe un cambio sustancial en la obligación, en cuanto comportan un cambio de jurisdicción y del tiempo necesario para la prescripción.

3.- Si la obligación es condicional y es substituida por una pura y simple y viceversa.

4.- El cambio de causa sin alteración de los sujetos de la relación obligatoria.²⁹⁰

El mismo autor menciona que existe otra clase de novación denominada causal, la cual, argumenta se encuentra en el artículo 802 como sigue:

Artículo 802.

La novación supone una obligación anterior que le sirve de causa. Si la obligación anterior fuese nula, o se hallaba ya extinguida el día que la posterior fue contraída, no habrá novación.²⁹¹

Considero que el hecho de que una obligación anterior le sirva de causa a la nueva no implica que exista la especie de "novación causal" que advierte de Gasperi, ya que esta obligación causal, es requisito sin el cual, no existirá novación ni objetiva ni subjetiva, es decir, es un elemento general, que se exige por ley, para el nacimiento de la novación.

En el Código Civil y Comercial de la Nación, existe otra clase de novación, que es la legal pues de acuerdo al numeral 941.

ARTÍCULO 941.- Novación legal. Las disposiciones de esta Sección se aplican supletoriamente cuando la novación se produce por disposición de la ley.²⁹²

Una vez desarrollado el punto de las especies de novación que existen en el Derecho Civil argentino, es tiempo de ver qué requisitos exige el mismo

²⁹⁰ De Gasperi, Luis. Op. Cit. Nota 164, pp. 218 a 221

²⁹¹ *Código Civil de la República Argentina*, Op. Cit. Nota. 274

²⁹² *Código Civil y Comercial de la Nación*, Op. Cit. Nota 281

para el nacimiento del convenio novatorio. Según Luis de Gasperi, cuatro son los requisitos esenciales de toda novación:

1º una obligación anterior válida y legalmente subsistente, como está prevenido por el artículo 802 de nuestro Código Civil, 2º una obligación nueva distinta de la anterior que, por su naturaleza, no pueda estimarse como mera modificación de ella; 3º la capacidad de las partes contratantes; y 4º el *animus novandi*, o sea la intención común de los contrayentes de extinguir la obligación anterior.²⁹³

Respecto del primer requisito que da Gasperi, es decir de la obligación válida y legalmente subsistente, al igual que el artículo 802 del Código Civil de Argentina vigente, en la nueva legislación civil y comercial, también es necesario este elemento para que exista novación, así lo dispone el numeral 938:

ARTÍCULO 938.- Circunstancias de la obligación anterior. No hay novación, si la obligación anterior: a. está extinguida, o afectada de nulidad absoluta; cuando se trata de nulidad relativa, la novación vale, si al mismo tiempo se la confirma;

b. estaba sujeta a condición suspensiva y, después de la novación, el hecho condicionante fracasa; o a condición resolutoria retroactiva, y el hecho condicionante se cumple; en estos casos, la nueva obligación produce los efectos que, como tal, le corresponden, pero no sustituye a la anterior.

En cuanto al segundo requisito de la novación, es decir, el que la nueva obligación, sea distinta que no pueda estimarse como mera modificación de la primera advierte Gasperi que también esta debe ser válida y legalmente subsistente, ya que:

²⁹³ *Ibidem.* p. 178

Sólo bajo este supuesto se explica que el acreedor haya dado por extinguida la obligación primitiva y haya liberado al deudor. Si pues, la nueva obligación estuviese afectada de nulidad absoluta, la novación sería imposible. Si por el contrario, la nulidad sólo fuese relativa, y por tanto susceptible de confirmación, la novación dependerá de que la obligación sea convalidada²⁹⁴

Se dijo que el segundo requisito de la novación, es la creación de una obligación nueva, que sustituye a la antigua, pero que entre una y otra debe existir incompatibilidad, es decir, no debe estimarse como una mera modificación de la anterior, sino ambas deben ser diferentes, pues:

Para que exista novación es indispensable que el cambio recaiga sobre elementos esenciales y no sobre estipulaciones accesorias de la obligación.

La novación es la mutación de una obligación que se extingue por otra nueva destinada a reemplazarla y que difiere de la anterior por un elemento reciente y diferente.²⁹⁵

El Código Civil argentino vigente, hace hincapié en que no todo cambio produce novación, pues siguiendo a los artículos, 807, 808 y 813 disponen que no la haya en los siguientes supuestos:

Artículo 807. Cuando una obligación pura se convierta en otra obligación condicional, no habrá novación, si llega a faltar la condición en la segunda, y quedará subsistente la primera.

Artículo 808. Tampoco habrá novación, si la obligación condicional se convierte en pura, y faltase la condición de la primera.

Artículo 813. 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

²⁹⁴ Ibídem p. 181

²⁹⁵Trigo Represar, Félix, Op. Cit. Nota 280, p. 411 in fine y 412

obligación, si la causa de la deuda fuese la misma en una y otra obligación.²⁹⁶

El Código Civil y Comercial de la Nación, ejemplifica mejor este segundo requisito de creación de una nueva obligación, e incompatibilidad con la antigua, pues de acuerdo con los artículos 935 y 939:

ARTÍCULO 935.- Modificaciones que no importan novación. La entrega de documentos suscriptos por el deudor en pago de la deuda y, en general, cualquier modificación accesoria de la obligación primitiva, no comporta novación.

ARTÍCULO 939.- Circunstancias de la nueva obligación. No hay novación y subsiste la obligación anterior, si la nueva:

- a. está afectada de nulidad absoluta, o de nulidad relativa y no se la confirma ulteriormente;
- b. está sujeta a condición suspensiva, y el hecho condicionante fracasa; o a condición resolutoria retroactiva y el hecho condicionante se cumple.²⁹⁷

Precisamente por ello, siguiendo a Campagnucci, coincido en que no es suficiente con que se extinga una obligación y consecuentemente nazca una nueva, sino que requiere:

- 1.- que la obligación no sea nula.
- 2.- Si la primera obligación está sometida a una condición, sea suspensiva o resolutoria, habrá que estar a los efectos de la misma.
- 3.- La obligación natural no puede ser novada a excepción de las derivadas de las deudas de juego.²⁹⁸

²⁹⁶ *Código Civil de la República Argentina*, Op. Cit. Nota 274

²⁹⁷ *Código Civil y Comercial de la Nación*, Op. Cit. Nota 281

²⁹⁸ Campagnucci de Caso, Rubén H., Op. Cit. Nota 279. p. 500

El mismo autor, nos da ejemplos de algunas alteraciones importantes en la relación jurídica primigenia pueden llegar a producir novación de la obligación, como son agregar o suprimir una condición es un elemento que altera gravemente el vínculo obligacional y produce novación. En cambio, introducir un plazo o un cargo simple, no modifica ni debilita la vinculación, por ello se ha entendido que postergar el cumplimiento de un término suspensivo, no es motivación suficiente para la novación de una obligación. O bien, la alteración en el importe sea de interés o capital no produce novación, pues según la jurisprudencia argentina, ha interpretado que el incremento de precio en el alquiler no es novatorio, salvo que tenga una entidad muy importante en su monto que haga incompatible una relación con respecto a la anterior.

La entrega de títulos de crédito tampoco supone novación, pues el art. 816 dispone que el acreedor tiene garantía particular o privilegio y acepta títulos de crédito de su deudor no hace novación de la primera obligación, siempre que la causa sea la misma en una y en otra.²⁹⁹

La capacidad de las partes contratantes, es el tercer requisito para que exista la novación, -¿Pero qué clase de capacidad exige la ley para que exista novación?- pues bien el Código Civil vigente argentino, dispone en su artículo 805 que —Solo pueden hacer novación en las obligaciones los que pueden pagar y los que tienen capacidad para contratar”.³⁰⁰ E incluso, para que la novación sea hecha a través de un representante legal, es necesario de acuerdo con el numeral 806 que el representante legal tenga poderes especiales. Esto sirve de sustento para Gasperi para sostener que la novación es un contrato, pues menciona:

Si la novación es un contrato por el cual el acreedor, en vez de la prestación prometida, y en substitución de ella recibe otra promesa de pagar, y el deudor a cambio de su liberación contrae una obligación nueva que la sustituye a la extinguida, obvio es que para el primero se requiere la capacidad de disponer y para el segundo, la capacidad de

²⁹⁹ Loc. Cit.

³⁰⁰ *Código Civil de la República Argentina*, Op. Cit. Nota 274

pagar, como está dispuesto por los artículos 726 y 727 del Código Civil.³⁰¹

Sin embargo, el mismo no contempla que en líneas anteriores mencionó lo siguiente:

La capacidad de las partes contratantes, que las escuelas mencionan como tercer requisito, no es exclusiva de la novación. Ella es exigida en términos generales por el artículo 1040 del Código Civil, como condición a que se subordina la validez de todo acto jurídico.³⁰²

Al mismo autor lo sigue Guillermo Borda que menciona respecto de la capacidad que se requiere en la novación:

Según el artículo 805 sólo pueden hacer novación los que pueden pagar y los que pueden contratar. Es una disposición redundante. Hubiera bastado con exigir la capacidad para contratar, que es más rigurosa que la que se requiere para pagar. Y es lógica esta exigencia, porque la novación supone siempre un nuevo contrato.³⁰³

No obstante lo anterior, únicamente coincidimos con ambos autores, en que para realizar la novación se precisa la capacidad de las partes, pero ésta debe ser la necesaria para convenir, no para contratar, es decir, para celebrar actos jurídicos que crean, modifican, transmiten y extinguen derechos y obligaciones.

En cuanto a la capacidad que deben tener las partes para efectuar la novación el Código Civil y Comercial de la Nación, no es claro al respecto, ya que no encontramos disposición expresa que aluda a ella.

El cuarto requisito para que exista novación en la legislación civil argentina vigente como para la que entrará en vigor en 2016, es la intención de

³⁰¹ De Gasperi, Luis, Op. Cit. Nota 164 p. 178

³⁰² *Ibíd*em p. 182

³⁰³ Borda, Guillermo, Op. Cit. Nota 275 p. 618

novar o animus novandi, la cual, al igual que en nuestro Código Civil para el Distrito Federal no se presume.

Ésta legislación civil vigente la ha plasmado en su numeral 812, siguiendo al Derecho romano, y al Código Napoleón, así:

Desde Justiniano la intención de novar no se presume, como está dispuesto en la primera parte del artículo 812 de nuestro Código, fiel trasunto del artículo 1273 del Código Civil francés. Como dice Bibiloni —~~o~~ que se presume es que las nuevas convenciones no extinguen la obligación. De ellas debe resultar lo contrario”.

El artículo 812 de nuestro Código dispone que ~~La~~ novación no se presume. Es preciso que la voluntad de las partes se manifieste claramente en la nueva convención”, o sea en concreto.

Más de aquí no debe inferirse que, como en la Constitución de Justiniano, se exija la manifestación expresa. Sólo se pide que la intención de novar sea clara, requisito que puede darse por cumplido aun en casos de manifestación tácita por vía de circunstancias y hechos unívocos y concluyentes sobre la manifestación de la voluntad.³⁰⁴

Otro parámetro, para argumentar que en el artículo 812 del Código Civil argentino vigente, no se requiere el consentimiento expreso de las partes, es el que se desprende, de un segundo supuesto que da este numeral, que dispone:

Artículo 812. 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 sea incompatible con la nueva...³⁰⁵

En consecuencia, coincidimos con Guillermo Borda, en que el *animus novandi*, no es un elemento solemne, en la novación, pues:

³⁰⁴ De Gasperi, Luis, Op. Cit. Nota 164 p. 187

³⁰⁵ *Código Civil de la República Argentina*, Op. Cit. Nota 274

No es indispensable que se pacte expresamente; basta que la voluntad se manifieste en forma clara; más aún puede estipularse tácitamente y ello ocurre cuando la nueva obligación es incompatible con la anterior. En caso de duda habrá que admitir que no existe novación, y por lo tanto, la obligación anterior subsiste paralelamente a la nueva.³⁰⁶

En el Código Civil y Comercial de la Nación, se regula la intención de novar de la siguiente manera:

ARTÍCULO 934.- Voluntad de novar. La voluntad de novar es requisito esencial de la novación. En caso de duda, se presume que la nueva obligación contraída para cumplir la anterior no causa su extinción.³⁰⁷

Como se muestra, para llevar a cabo la novación, sólo se necesita la voluntad de ambas partes, las cuales forman el consentimiento, el cual, puede ser expreso o tácito, por lo cual, algunos autores consideran que en la novación, se permite que el consentimiento sea tácito, el cual resultará de hechos, de actos que lo presupongan, o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos que la ley exija una manifestación expresa de la voluntad, o que las partes hubiesen estipulado que sus convenciones no fuesen obligatorias, sino después de llenarse algunas formalidades.³⁰⁸

Esos requisitos, son los que ha dispuesto la legislación civil argentina vigente, como esenciales de la novación, los cuales, tienen semejanza con los establecidos, por nuestro Código Civil para el Distrito Federal vigente. No obstante, aun falta entrar al análisis de los efectos que tiene la novación en el Código Civil argentino, y compararlos con los que tiene nuestra legislación civil para el distrito Federal.

El Código Civil argentino prevé en sus numerales 803, 804, 809 y 810, los siguientes efectos:

³⁰⁶ Borda, Guillermo A, Op. Cit. Nota 275, p. 619

³⁰⁷ *Código Civil y Comercial de la Nación*. Op. Cit. Nota 281

³⁰⁸ Borda, Guillermo, Op. Cit. Nota 275, p. 187

Artículo 803. 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.

Artículo 804.

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 hubiesen tenido parte en la novación.

Artículo 809.

La novación entre uno de los acreedores solidarios y el deudor, extingue la obligación de éste para con los otros acreedores.

Artículo 810

La novación entre el acreedor y uno de los deudores por obligaciones solidarias o indivisibles, extingue la obligación de los otros codeudores.³⁰⁹

Con ello se muestra que la novación contiene más de un efecto, pues si se pudieran clasificar, sería de la siguiente manera: 1.- La extinción de las obligaciones accesorias cuando se extingue la principal, 2.- Pluralidad de acreedores, 3.- Pluralidad de deudores, 4.- Novación con el fiador, y 5.- Otros efectos.

En cuanto a la extinción de los accesorios de la obligación principal, como deja claro el artículo 803 la obligación principal se extingue con sus accesorios, como son los intereses, garantías reales o personales, privilegios, cláusulas penales, etc. No obstante, este mismo artículo prevé que pueda impedirse que se produzca dicha extinción por reserva expresa de las partes hecha en el acto mismo de la novación. Empero, esta reserva como menciona Borda:

³⁰⁹ *Código Civil de la República Argentina*, Op. Cit. Nota 274

Es ineficaz respecto de la fianza; la novación libera siempre al fiador, aunque su acreedor haya pretendido hacer reserva de sus derechos contra él.

La reserva debe ser hecha en el mismo acto de la novación, porque hecha después no podría tener como efecto hacer revivir lo que ya está extinguido.³¹⁰

Esto es lógico, porque si el fiador no interviene en la novación, y pudiera darse el supuesto de que el valor de la deuda o de la obligación suba, represente un perjuicio para él garantizar la misma.

La novación –se dijo- tiene también un efecto especial en cuanto a la pluralidad de acreedores, el cual, se prevé en el artículo 809. Pues la novación entre uno de los acreedores solidarios y el deudor extingue la obligación de éste para con los restantes acreedores. En cambio, la novación hecha por uno de los acreedores de una obligación indivisible no extingue el crédito de los demás, ya que los acreedores de tales obligaciones no pueden hacer quita o remisión de deuda, ni transarla; y si admitieran que la novación produce efectos respecto de los coacreedores, se tendría el camino para hacer, por vía directa, una quita parcial o una transacción que afectaría el derecho de los acreedores.

Otro efecto de la novación, en el Derecho Civil argentino, es el que se da en el supuesto de pluralidad de deudores. La novación entre el acreedor y uno de los deudores por obligaciones solidarias o indivisibles, extingue la obligación de los otros codeudores. Y como Borda sustenta:

A diferencia de lo que ocurre en el supuesto de la pluralidad de acreedores, en éste nada se opone a que el acreedor único de la obligación disponga de su crédito novando con cualquiera de los deudores, con lo cual, todos los demás quedan liberados de su obligación, ya que ésta se ha extinguido por la novación. Es claro que los restantes codeudores no tienen ningún interés en desconocer la validez de la novación.³¹¹

³¹⁰ Borda, Guillermo A., Op. Cit. Nota 275 p. 626

³¹¹ Ibídem p. 629

El cuarto efecto de la novación es el que corresponde con la figura del fiador, pues el Código Civil argentino vigente, autoriza la novación hecha entre el fiador y el acreedor, lo que es lógico, pues el fiador también está obligado; llevada a cabo la novación, el deudor principal queda liberado.³¹²

Sin embargo, estos no son los únicos efectos que tiene la novación en Argentina, pues esta figura jurídica al propio tiempo que extingue la obligación anterior, la reconoce y vitaliza como causa suficiente de la nueva obligación. Esta consecuencia tiene mayor importancia para el supuesto de que la primera obligación fuere natural o careciera de pruebas de ella. Además:

La novación tiene efectos de confirmación de la obligación primitiva que adoleciera de un vicio de nulidad relativa. Claro está que para que la confirmación se opere es necesario que se haya cesado el vicio que anulaba la obligación, como en el caso anterior, esta confirmación sólo tiene interés como justificación de que la nueva obligación tiene causa jurídicamente suficiente.³¹³

La nueva legislación civil que entrará en vigor en 2016, es decir, el Código Civil y Comercial de la Nación, establece los efectos de la novación, los cuales se enuncian en el artículo 940 como sigue:

ARTÍCULO 940.- Efectos. La novación extingue la obligación originaria con sus accesorios.

El acreedor puede impedir la extinción de las garantías personales o reales del antiguo crédito mediante reserva; en tal caso, las garantías pasan a la nueva obligación sólo si quien las constituyó participó en el acuerdo novatorio.³¹⁴

Es importante subrayar que la legislación vigente de Argentina, no emplea los términos convenio y contrato para referirse a la creación,

³¹² Loc. Cit.

³¹³ *Ibíd*em pp. 629 in fine y 630.

³¹⁴ *Código Civil y Comercial de la Nación*, Op. Cit. Nota 281

modificación, transmisión o extinción de derechos y obligaciones, como si lo hace la del Distrito Federal. Sin embargo, debo advertir que la que entrará en vigor en 2016 en argentina, tampoco establece distinción entre convenio y contrato, pero ella, si expresamente alude a que este último tiene efectos de crear, modificar, transmitir y extinguir relaciones jurídicas patrimoniales, lo que a mi juicio es un error, pues al igual que el del Distrito Federal intenta explicar los elementos de todo acto jurídico mediante el contrato, olvidando que no todo acto jurídico es contrato.

Por esta razón, de acuerdo con el estudio comparado entre el Código Civil para el Distrito Federal y las legislaciones civiles de España y Argentina, que también tienen como base o sustento al Código Napoleón, se demuestra, que existen muchas similitudes en la forma de regular a la novación, pero notables diferencias, que nos ayudan a comprobar que la novación es un acto jurídico bilateral llamado convenio y no contrato. Pues del análisis tanto de la legislación como de la doctrina de estos países, comparada con la nuestra, se ha demostrado –hasta ahora- que la novación no tiene la utilidad de crear una obligación nueva (que se consigue mediante contrato o convenio), sino que esta creación es causa de una obligación anterior que se pretende extinguir. En otras palabras, la novación tiene la utilidad de generar una nueva obligación, que sustituye y por esta razón extingue la obligación anterior, y que los efectos creación- extinción, no pueden pensarse -en la novación- uno sin el otro, pues son la causa-efecto de esta figura jurídica. Por ello, no debe considerarse a ésta sólo un contrato (pues no sería clara la causa por la cual se crea), sino un convenio que crea una obligación para extinguir otra.

Una vez demostrado lo anterior, se da pasó al estudio concreto de la novación en el Código Civil para el Distrito Federal, de los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y nuestra consideración respecto de ellos.

Capítulo cuarto

Naturaleza jurídica de la novación de las obligaciones civiles. Su regulación en el Código Civil para el Distrito Federal vigente

1. Naturaleza jurídica de la novación de las obligaciones

Diversos autores han abordado el tema de la “naturaleza jurídica” de un sinnúmero de instituciones del Derecho, sin siquiera tomarse el tiempo de explicar al lector, qué significa este término, dando por hecho que el mismo lo conoce. Así encontramos textos que abordan la naturaleza jurídica de diversos contratos, como el de compraventa, arrendamiento, mutuo, de prestación de servicios profesionales, de seguro, de fianza, etc., y otros autores que abordan el tema de la naturaleza jurídica del amparo, de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, e incluso de la Universidad Nacional Autónoma de México, sin precisar dicho el significado de dicho término. Desde nuestra perspectiva, es importante precisar qué significa “naturaleza jurídica”, ya que si no aclaramos desde un principio lo que debe entenderse cuando nos referimos a este vocablo, lo más seguro es que no se entienda claramente a lo que se desea referir, aludir o estudiar. Por ende, en las sucesivas páginas abordaremos el análisis de la expresión “naturaleza jurídica”, con el objetivo de aclarar al lector a lo que nos queremos referir, cuando estudiamos la naturaleza jurídica de la novación dentro de las obligaciones civiles.

1.1 Noción de naturaleza jurídica

La expresión “naturaleza jurídica” se compone de dos palabras, las cuales, separadamente tienen un significado. En consecuencia, debemos analizar el significado de cada una en particular, para posteriormente determinar si en su conjunto tiene otra acepción o noción. Primeramente es importante advertir que etimológicamente la palabra “naturaleza”, tiene un significado, el cual proviene del latín *natura, ae, f.*, que es “el hecho del

nacimiento// naturaleza, estado natural y constitutivo de una cosa.”³¹⁵ Para Faustino Gutiérrez-Alviz, *natura*, es, –el orden establecido por la Naturaleza. La esencia de cada cosa. Estado normal de una cosa de acuerdo con su propia constitución”³¹⁶ Por tanto, es destacable de las anteriores definiciones etimológicas de la palabra –*naturaleza*”, qué ella tiene un significado del estado constitutivo de una cosa o la esencia de la misma, es decir, cuando hablamos de la naturaleza de algo, nos estamos refiriendo específicamente a su constitución y esencia, es decir, al lugar que ocupa en el universo, la cosa específica a la que aludimos.

Siguiendo con estas definiciones, es importante también determinar la acepción etimológica de la palabra –*jurídica*”, pues esto va a ayudarnos a descubrir el origen de este vocablo. Es así que este adjetivo, lo encontramos etimológicamente en su composición masculina que proviene del latín *iuridicus* que está compuesto de dos palabras o raíces:

La primera es el vocablo latino *ius, iuris* (Derecho), que nos da otras palabras como jurar, injuria, jurisprudencia, perjuero, justo, justicia, juez, juicio, adjudicar, prejuicio, perjudicar y perjuicio. Este vocablo se vincula a una raíz indoeuropea *yewes*, que significaría ley.

El otro elemento, es el de la raíz de los vocablos latinos *dicere/dicare* (decir, pero en origen sobre todo señalar, indicar, comparte raíz con *digitus, –edo*”). Este elemento *dic/dig* está en una inmensa cantidad de palabras latinas y procede de la raíz indoeuropea *deik* (mostrar, según algunos quizá en –*mano*” o –*edo*”). De esas palabras latinas conservamos muchas, como decir, dicción. Dicho, adicto, adjudicar, bendecir, condición, fatídico, índice, indicar, predecir, veredicto, dictar, jurisdicción, indicio, interdicción, entredicho, digital, dedo, reivindicación, etc.

³¹⁵ Pimentel Álvarez, Julio. *Breve Diccionario Porrúa (Latín/ Español, Español/ Latín)*. 3ª ed., Editorial Porrúa, México. 2004. p. 328.

³¹⁶ Gutiérrez- Alvarez y Armario, Faustino, Op. Cit. Nota 103, p. 476

De este modo, jurídico es todo lo vinculado a lo que indica el Derecho, lo que atañe al Derecho o se ajusta a él.³¹⁷

Etimológicamente la palabra “jurídico”, es un adjetivo, que alude a todo lo que está vinculado con el Derecho, lo que le es propio, o que tiene que ver con él. Así de acuerdo a lo establecido anteriormente podríamos estar en posición de dar el significado de naturaleza jurídica, como el estado natural o constitutivo del Derecho. Empero, para confirmar esto, también es importante, mencionar que la acepción etimológica no es la única que tiene el vocablo que venimos estudiando, pues también existe la acepción gramatical y la más importante desde nuestro punto de vista, que es la jurídica.

Gramaticalmente naturaleza significa “Esencia y propiedad de cada ser. // Mundo físico: las maravillas de la naturaleza. // Clase: objetos de diferente naturaleza // Índole, carácter, condición: ser de naturaleza fría. // Naturaleza muerta, bodegón.”³¹⁸ Es cristalino, que el significado gramatical es semejante al etimológico que ya hemos abordado, pues ambos coinciden, en que “naturaleza”, es la esencia y propiedad de cada ser, es decir, el lugar que ocupa en el universo. Por su parte jurídico-ca., de acuerdo al diccionario es un adjetivo que alude a lo propio del Derecho.³¹⁹

Por último, para estar completamente seguros que significa “naturaleza jurídica”, debemos determinar su acepción jurídica, es decir, que uso tiene en el mundo del Derecho, esta connotación. Jurídicamente, la palabra naturaleza, “clase del conjunto, orden y disposición de todo lo que compone el universo.”³²⁰ Por otro lado, la palabra jurídica la encontramos en su acepción masculina, como jurídico, que significa, “adjetivo relativo o concerniente a

³¹⁷ *Diccionario de Etimologías Latinas*, Consultado el 29 de septiembre de 2014, Disponible en Internet en: <http://etimologias.dechile.net/?juri.dico>

³¹⁸ Larousse, *Diccionario básico escolar, por Ramón García Pelayo Gross*, 2ª edición, Editorial Larousse, México, 2004. p. 218

³¹⁹ *Ibidem*. p. 179

³²⁰ Valleta, María Laura, *Diccionario Jurídico*, 4ª ed. Valletta Ediciones, Argentina, 2006. p.565

derecho, con apego a la ley”³²¹; Jurídico: que atañe al derecho o se ajusta a él.³²²

De todo lo anterior se advierte que tanto la expresión —“naturaleza jurídica” en sus acepciones etimológica, gramatical y jurídica, no presentan variables significativas, pues todas coinciden en que cuando hablamos de esta expresión, nos estamos refiriendo a la esencia y lugar que ocupa una figura o institución en el mundo del Derecho. Verbigracia, cuando hablamos de la naturaleza jurídica del contrato de compraventa, del de fianza, del de seguro, etc., lo que queremos decir, es que vamos a referirnos al lugar que ocupan en el derecho o la esencia que tienen en el mundo jurídico o del Derecho. Así, cuando hablamos de naturaleza jurídica, lo que realmente hacemos es tratar de ubicar cada figura en la rama o institución de Derecho que le corresponde, es decir, sus orígenes, de que institución deriva, qué lugar ocupa en el derecho y su distinción con otras figuras similares.

Así como hemos mencionado que hay autores que restan importancia a advertir el significado de la naturaleza jurídica o dan por hecho que el lector entiende de lo que están hablando, existen otros que se han preocupado por desarrollar el análisis de la misma. Este es el caso de Julián Güitrón Fuentevilla, quien ha desarrollado este estudio que denomina —“Teoría de la Naturaleza Jurídica en General”, la cual, analizaremos como base de nuestra investigación.

Este autor refiere que saber el significado de naturaleza jurídica, es importante para los estudiosos del derecho, ya que —de ella derivan situaciones, que nos permiten ubicar con exactitud, la rama jurídica a la cual pertenecen las instituciones en estudio; determinar sus obligaciones y derechos; saber qué elementos debe reunir y sobre todo, lo que a esta institución le corresponde, según sus características”³²³

³²¹ Magallón Ibarra, Mario, coord. Op. Cit. Nota 175. p. 319

³²² Valleta María Laura, Ob. Cit. Nota 320, p. 487

³²³ Güitrón Fuentevilla, Julián. et. al. *Estudios Jurídicos que en Homenaje a Antonio de Ibarrola Aznar presenta el Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Universidad Nacional Autónoma de México*. UNAM, México, 1996. p. 144

Para nosotros esto tiene sentido, ya que, ¿Cómo saber de lo que se habla en derecho, si no conocemos su origen, su matriz, sus características y el lugar en la rama jurídica que estamos estudiando?, por eso –insistimos- es trascendente en una investigación científica, que si algún jurista piensa abordar la naturaleza jurídica de alguna figura del Derecho, primero debe determinar la noción de ésta.

Siguiendo con la Teoría de la Naturaleza Jurídica en General, dice el autor que hablar de ella

Significa ubicar en la ciencia del Derecho, el acto jurídico, el contrato, la institución, la situación a la que nos estamos refiriendo. Naturaleza jurídica es lo primordial de cada institución. Lo que no requiere artificios ni mezclas de su integridad. Es la esencia de cada figura jurídica. Origen de las instituciones legales según sus notas propias; verbigracia, la naturaleza jurídica del divorcio, es la ruptura del vínculo matrimonial, decretado por un Juez del Registro Civil o Familiar - según el Código Civil para el Distrito Federal – dejando a los cónyuges en aptitud para contraer un nuevo matrimonio. Más todavía, ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la tutela? Es una carga de orden público impuesta por la ley o por disposición del Juez. Y ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la compraventa? La de ser un contrato traslativo de dominio. Si no supiéramos, que significa la expresión naturaleza jurídica en general, probablemente diríamos que la tutela es un contrato, o que la compraventa transmite gratuitamente, la propiedad de una cosa”.³²⁴

Coincido con este autor, en que conocer qué es naturaleza jurídica para los estudiosos del derecho es importante, pues ayuda al jurista, cuando aborda determinadas figuras jurídicas a ubicarlas en el mundo del Derecho y no cometer errores de confusión entre ellas. Por ende, el estudio de ésta, es trascendente para nuestra investigación, pues de ella vamos a derivar nuestra materia de estudio. Güitrón Fuentevilla, cita distintos ejemplos, para mejor comprensión de la naturaleza jurídica, pues menciona:

³²⁴ Loc. Cit.

¿Cuál es la naturaleza jurídica de la patria potestad? Para nosotros es derecho-obligación derivado de la filiación, es de orden público, es impuesto por la ley. Si no determináramos cual es la naturaleza jurídica de la patria potestad, podríamos equivocarnos y decir, es un convenio entre el padre y los hijos; quizá, cometeríamos el error de aceptar que un hermano o un pariente, que no fueran los abuelos maternos o paternos, pudieran ser titulares de la patria potestad.³²⁵

Desde nuestro punto de vista, un jurista sólo está en condición de responder a algún cuestionamiento acerca de la naturaleza jurídica de cualquier figura del Derecho, solamente, si de antemano sabe qué es naturaleza jurídica, pues si de antemano no sabe el significado de ésta, es seguro que cometa errores y confunda las diversas instituciones del Derecho. Por ello dice Güitrón Fuentevilla y estamos de acuerdo en que:

Es premisa fundamental, determinar que es naturaleza jurídica. Ella va a quitarnos las vendas de la ignorancia. Va a darnos elementos científicos, intelectuales, juicios valorativos, para no hacer afirmaciones temerarias o audaces, sino razonadas, que nos permitan sostener con firmeza y sencillez, que el mundo jurídico tan complejo demanda. Qué importante es que un estudiante, que un estudioso, que un jurista, ante la interrogante ¿cuál es la naturaleza jurídica del nombre de una persona física jurídica? Nos conteste sin ambages y sin titubeos: es un atributo de la persona, algo inmanente a ella. Con lo que nace y no simplemente decir, el nombre es algo que caracteriza a la persona, que la individualiza³²⁶

Saber que significa naturaleza jurídica tiene como consecuencia que se sepa la de cualquier institución, pues dota al estudioso de un conocimiento

³²⁵ Ibídem. p. 145

³²⁶ Ibídem. p. 146

especifico, y hace que la noción de éste, sea más completa. Finalmente el autor en mención concluye:

Es fundamental, esencial, que cualquier estudioso del Derecho, sea Familiar, Civil, Penal, Fiscal, Agrario, nos dé una respuesta jurídica, científica y no lo que cree, o lo que puede derivarse de no saber, que finalmente viene a exhibir una ignorancia crasa, cuando no podemos categórica y sólidamente, responder con una afirmación contundente, que la naturaleza de una institución, es ésta o aquélla.³²⁷

Por ello es primordial, determinar la naturaleza jurídica de cualquier institución del derecho, ya que si nos preguntarán ahora, ¿cuál es la naturaleza jurídica, por ejemplo, de la sucesión legítima?, la respuesta correcta será decir, que es un hecho jurídico involuntario, se deriva que es un hecho, porque la muerte, no es calificado por la ley como un acto jurídico, pero si tiene consecuencias de derecho, de lo cual deriva esa naturaleza; involuntaria, porque el efecto que tiene la muerte de la persona, es que sus bienes, derechos, obligaciones y deberes, van a ser protegidos por la ley y la misma va a determinar la forma de repartir éstos, es decir, se va a imponer sobre la voluntad del *de cuius*, la disposición de sus bienes y derechos.

Siguiendo lo anterior, podremos preguntarle a usted, ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la sucesión testamentaria?, y sin temor a equivocarnos, seguramente, contestará lo contrario a la legítima, que es un acto jurídico voluntario; justificándolo en que el testamento es un acto jurídico que además tiene la característica de ser personalísimo, revocable y solemne; voluntario, porque la persona dispone de sus bienes para después de su muerte, sin que exista injerencia, vicio, coacción o disposición de la ley en su voluntad.

Hablar de naturaleza jurídica, implica saber qué es, y al dominar esta simple teoría, lo demás se transforma en una simpleza.

Adquirir el conocimiento sustancial de cada figura jurídica, solo se puede realizar a través de la naturaleza jurídica, esto ayuda a resolver dudas y como consecuencia, el jurista puede contestar sin titubeos, las cuestiones que se le

³²⁷ Ídem.

planteen, cualesquiera que ésta sea, otro ejemplo es; si nos preguntan ¿Cuál es la naturaleza jurídica del contrato? Como respuesta diremos, que es un acto jurídico voluntario, que sirve para crear o modificar derechos y obligaciones; o si la cuestión es acerca de ¿Cuál es la de la gestión de negocios? nosotros damos como respuesta, que es un hecho jurídico y no un cuasicontrato, como se manejó en el Derecho Romano. Y si nos cuestionan sobre ¿Cuál es la naturaleza jurídica del contrato de sociedad civil?, sin vacilaciones hay que responder, -un contrato para la creación de una persona jurídica colectiva-.

Dominar esta materia, incluso -como hemos dicho- nos ayuda a distinguir figuras jurídicas, verbigracia, el hecho del acto jurídico; el contrato del convenio; la obligación del deber. E incluso las ramas del derecho, como la distinción del derecho privado, del público; el público del social. Esto se debe a que si ubicamos su matriz y características esenciales, el lugar que ocupa cada figura en el mundo del Derecho la probabilidad de cometer errores o confusión con otras ramas se reduce.

Una vez dado el panorama de lo que es la naturaleza jurídica, estamos en posición de aplicar este conocimiento a nuestra investigación, para poder dilucidar qué es en Derecho la novación y determinar qué clase de acto jurídico es y establecer si es contrato, convenio u otra cosa. Entremos al análisis del tema, para posteriormente emitir una satisfactoria respuesta a las anteriores interrogantes.

1.2 Naturaleza jurídica de la novación

A lo largo de esta investigación he sustentado, que la novación en su generalidad, debido a la utilidad económica y función jurídica que reviste, debe ser considerada como un convenio, por medio del cual, se crea una obligación que sustituye a otra que la precede, y por esta situación se extingue la primera. Sin embargo, he omitido -a propósito- entrar en detalle respecto de esta consideración propia, pues era importante señalar, qué debe entenderse primeramente por naturaleza jurídica. A lo cual, se ha dado respuesta en el acápite anterior.

Comenzaré este estudio, advirtiendo al lector, que existe discrepancia en la doctrina acerca de cuál es la naturaleza jurídica de la novación, pues

como se ha visto en esta tesis, hay autores que ven en ella una cesión de derechos (la cual es una forma de transmisión de las obligaciones), o bien, la confunden con la subrogación, o con otras formas de transmisión de las obligaciones.

Determinar la naturaleza jurídica de la novación, no es sencillo, por eso, se debe comenzar por mencionar qué no es la novación, ó qué va en contra de su naturaleza, esencia u origen en el Derecho. Así concuerdo con Carbonnier en que la novación:

—~~N~~ es una cesión ni mucho menos una cesión de crédito: la obligación no es idéntica; el consentimiento del deudor es indispensable; no interviene ninguna obligación de garantía. Según la teoría más adecuada al C.c. (Art. 1234) se trata de una extinción de la obligación (comparable al pago, de acuerdo con Dig. 46, 2, 31, 1, y Pothier, Obl., n. 599). La explicación prosigue siendo artificial, pues pagar con una promesa no es pagar verdaderamente. Considerando que la extinción de la obligación antigua es inseparable de la creación de la obligación nueva y que, en consecuencia, ambas operaciones se asemejan a los dos tiempos de un movimiento único, podría parecer natural limitar la novación a su objetivo: el *aliquid novi*, la transformación de la relación de obligación. Lo cierto es que la autonomía de la voluntad- permitiría a los interesados advenir a convenciones simplemente modificativas de una obligación preexistente, sin efecto extintivo ni creador. La validez de estas convenciones modificativas se subordina al consentimiento de cuantos han sido partes en la convención modificada y, en ocasiones, también a cierta simetría de las formas (p. ej., los pactos contrarios que modifican el contrato matrimonial, art. 1393).³²⁸

Aunque la novación en sus orígenes -como se dijo en el primer capítulo de esta investigación- cumplía la utilidad de transmitir las obligaciones, a pesar de ser considerada una forma de extinción ipso iure de las mismas en el Derecho romano, hoy, no puede estimarse con esa utilidad, pues su

³²⁸ Carbonnier, Jean, Op. Cit. Nota 30, p. 222 in fine y 223

importancia ya no radica en que por medio de ella se transmitan obligaciones, sino que sea un medio que facilite extinguir obligaciones, por ello, es que aún conserva su vigencia y es una institución del Derecho civil. Pues la novación:

Es la sustitución de una nueva deuda por otra antigua, quedando esta última extinguida por aquélla. Por ese motivo, la novación se cuenta entre los modos de extinguir una obligación.³²⁹

Apoya esta teoría Francesco Messineo quien comenta que la novación, es un modo de extinción de la obligación a la que acompaña inseparablemente la sustitución de una obligación nueva.³³⁰ En este orden de ideas, Von Tuhr dice que la novación es el acto por el que se extingue una deuda antigua creándose otra nueva.³³¹ Por esta razón, no debe confundirse a la novación con las formas de transmitir obligaciones, más aún, si se sigue la opinión de Guillermo Suárez, quien apunta que la palabra novación viene de la voz latina *novare*, que significa cambiar, hacer algo nuevo. Nova una obligación, quien la reemplaza o sustituye por otra.³³²

La novación no es una forma de transmisión de las obligaciones, pues como indican los juristas franceses Henri, Léon y Jean Mazeaud, la novación constituye una simplificación, ya que -de una sola vez- extingue una obligación para reemplazarla por otra, evitando el tener que proceder a dos operaciones sucesivas y distintas: extinción de una obligación, creación de otra diferente.³³³ Y aquí es donde se complica el estudio de la novación, porque la doctrina discute, si la novación debe ser entendida como lo proponen los Mazeud, es

³²⁹ Pothier, Robert Joseph. *Tratado de las Obligaciones*, Segunda Parte, 3ª edición. Biblioteca Científica y Literaria, Barcelona, p. 241

³³⁰ Messineo, Francesco. Op. Cit. Nota 111. p. 401

³³¹ Von Thur, Andreas. *Tratado de las Obligaciones, Tomo II*, 1934. p. 147

³³² Suárez Suárez, Guillermo. *La Novación. En: Serie Tesis presentadas por los alumnos con ocasión de su Grado, Volumen II*, Pontificia Universidad Católica Javeriana, Bogotá, 1943, p. 294

³³³ Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Lecciones de Derecho Civil, Volumen II*,. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1959. p. 458

decir, una simplificación de la obligación, o bien, como una metamorfosis, un fenómeno de absorción o una transformación.

Desde la perspectiva de Jacques Dupichot la novación consiste en una metamorfosis de la primera obligación y no una extinción seguida de una creación.³³⁴ Para Emilio Betti, la novación debe identificarse con el fenómeno de una conversión de la relación por absorción. La extinción del vínculo precedente opera por medio del nuevo negocio, el cual absorbe el objeto de aquél.³³⁵ Otros autores, en cambio, estiman que la novación importa tan sólo la transformación de la obligación originaria.

Jorge Joaquín Llambías señala que la novación es un convenio por el cual se extingue una obligación transformándola en otra sustitutiva de la primera.³³⁶ Recuerda Llambías que el artículo 801 del Código Civil Argentino prescribe que "la novación es la transformación de una obligación en otra". Empero, añade que ese concepto no es completo porque si bien en toda novación hay transformación, no toda transformación implica novación. Debe indicarse, agrega, qué índole de transformación causa la novación de una obligación, y para ello a la idea de transformación hay que agregarle las de extinción y la de creación sustitutiva³³⁷

³³⁴ Dupichot, Jacques. *Derecho de las Obligaciones*, Versión Castellana de Rosángela Calle. Editorial Temis, Bogotá, 1984. p. 119

³³⁵ Betti, Emilio. *Teoría General de las Obligaciones, Tomo II, Traducción y notas de Derecho Español por José Luis de los Mozos*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969. p. 316

³³⁶ Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Tomo III, Cuarta edición actualizada por Patricio Raffo Benegas*. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1983. pp. 24 y 25.

³³⁷ Por su parte, Cazeaux y Trigo Represas (*Compendio de Derecho de las Obligaciones, Tomo II*, Editorial Platense, La Plata, Argentina, 1986. p. 247) expresan que el artículo 801 del Código Civil Argentino contiene una definición tan esquemática y poco concisa que en nada ilustra el contenido de la novación; consideran, por ello, más precisas aquellas definiciones que conciben a la novación como la extinción de una obligación por la creación de

Contraria, a la opinión de Lambias, Salvat considera a la novación como la transformación de una obligación en otra. La palabra transformación –precisa Salvat- está tomada aquí en el sentido de sustitución, cambio o reemplazo de una obligación por otra, ya que transformación y sustitución no resultan conceptos incompatibles en la noción jurídica de novación. Cuando las partes no han querido terminar un negocio y dar nacimiento a uno nuevo, sino convertir el primero en el segundo, desobligándose respecto de aquél y asumiendo las obligaciones que éste supone, se dice que transforman una obligación en otra. La sustitución -añade Salvat constituye el mecanismo legal de la transformación, pues no se llega a la conversión de una obligación en otra, sino reemplazando la obligación que existía por la obligación que se crea.³³⁸

Todo lo anterior, sirve para sustentar la postura de que la novación debe ser considerada una forma de extinción de las obligaciones (no obstante que en el Derecho Español puede ser simplemente modificatoria de obligaciones) y no una forma de transmisión de las mismas, pues a lo largo de esta investigación se ha señalado, que la novación ocupa ese lugar dentro del Derecho Civil.

La novación se distingue de otros medios extintivos de obligaciones, en que ellos únicamente tienen por finalidad "extinguir", en cambio en la novación, siempre se dará origen a una obligación nueva y diferente. La novación no tiene por objeto dar por extinguida una obligación considerándola cumplida, ya que esto sólo se puede realizar mediante el pago.

La novación procede cuando la obligación que se desea extinguir es una sobre la cual, las partes no tienen un verdadero *animus solvendi*, por lo menos en los términos (objeto o sujetos) en que ha sido contraída. En otras palabras,

otra destinada a reemplazarla, y que difiere de la primera por algún elemento nuevo.

³³⁸ Salvat, Raymundo M. *Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones en General*, Edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Enrique V. Galli, Tomo III,. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1952. p. 1

significa que las partes de la relación obligatoria no desean terminar la obligación, sino que quieren extinguirla a través de la novación.

Esta figura jurídica, presenta dos facetas claramente identificables, ya que puede producirse en forma objetiva (sea por cambio en la prestación o en el título de la obligación), o en forma subjetiva. En este último caso, también podrán presentarse dos características distintas: o que se produzca por cambio de acreedor o por cambio de deudor (tanto en la modalidad de delegación, como en la modalidad de expromisión).

La novación también se distingue de otras figuras jurídicas, en que ella, nunca supondrá la coexistencia de la obligación anterior y de la nueva. La creación o el nacimiento de la nueva obligación producirá necesariamente, la extinción de la anterior. Lo mencionado, sirve para demostrar que la novación es una forma de extinción de las obligaciones, situación que poco se discute en la actualidad. Empero, esto no ha evitado que exista controversia doctrinal y legal, acerca de si la novación es contrato, convenio, u otra figura jurídica. Pues hay autores que la consideran como un contrato extintivo de obligaciones. Ejemplo de ello, es Luis de Gasperi quien considera que la novación tiene esa naturaleza, por cuanto extingue una relación obligatoria y crea otra que la sustituye, y sustenta:

No puede haber disyunción del efecto creador, del efecto extintivo, porque no se extingue en este acto una deuda sino para sustituirla por otra distinta de la anterior. La extinción de la primera es subordinada al nacimiento de la segunda, pero no a su ejecución.³³⁹

Este autor, basa su punto de vista en el estudio jurídico comparado con legislaciones civiles como la nuestra, el Código Civil chileno y el Esbozo de Freitas, para argumentar su postura, demostrando que en éstas, la novación es considerada con esa naturaleza jurídica siéndole además aplicable las normas sobre la capacidad para contratar y los demás preceptos de estos Códigos, sobre el objeto, modo, forma y prueba de los contratos. E incluso señala:

³³⁹ De Gasperi, Luis, Ob. Cit. Nota 164 p. 173

En la vida de relación nadie celebra un contrato expresamente llamado novación, no obstante lo cual puede darse esta con todas sus características esenciales. En ocasiones, sólo se ofrecerá la mera incompatibilidad de la obligación precedente y de la contraída con el objeto de sustituirla. Por lo común, la novación suele ofrecerse, en una compraventa, en una cesión, en una delegación etc.³⁴⁰

Más de aquí no debe inferirse que la novación sea desconocida como pretende Colmo.³⁴¹

Si seguimos la postura de este autor, en cuanto considera que la novación es un contrato que puede ofrecerse a través de otros como la compraventa, entonces debemos preguntarnos acerca de qué clase de contrato es la novación, es decir, ¿es un contrato principal o es un contrato accesorio? Más aun, si seguimos a este autor, podríamos confundir a la novación forma de extinguir las obligaciones, con las forma de transmisión de las obligaciones. Por ello, considero que la novación no es un contrato, aunque este autor apunta:

Si la novación es un contrato por el cual el acreedor, en vez de la prestación prometida, y en substitución de ella recibe otra promesa de pagar, y el deudor a cambio de su liberación contrae una obligación nueva que la sustituye a la extinguida, obvio es que para el primero se requiere la capacidad de disponer y para el segundo, la capacidad de pagar, como está dispuesto por los artículos 726 y 727 del Código Civil.³⁴²

Efectivamente, tanto el Código Civil argentino como el del Distrito Federal, sujetan a la novación a las disposiciones de los contratos en cuanto le sean aplicables, más de ahí no debe deducirse que por esta razón la novación tenga esa naturaleza, pues más bien en ambos casos, el legislador interpreta

³⁴⁰ *Ibídem* pp. 174 y 175

³⁴¹ *Ibídem* p. 182

³⁴² *Ibídem* p. 182

mal la diferencia entre contrato y convenio, usando estos términos indiscriminadamente, cuando el mismo ordenó que fueran distintos. Lo mismo opera con Luis de Gasperi, pues al estudiar los efectos de la novación, comenta:

Como el contrato novativo implica una doble operación: la extinción de una obligación y su sustitución por otra, obvio es que aquellos efectos pueden fundamentalmente reducirse igualmente a dos: el uno extintivo y el otro obligatorio.

Desde el primer punto de vista, la extinción comprende la obligación principal y sus accesorios, sin que estos se subordinen al cumplimiento efectivo de la nueva deuda, por otra parte, jurídicamente eficaz. La extinción de la obligación primitiva no es condicional. Es idéntica a la derivada del pago: definitiva y absoluta. Así ocurre en la novación por datio in solutum. Mantiénesse igualmente la convención novativa aun en el supuesto de insolvencia del deudor sustituido, a no ser que fuese incapaz al tiempo de contratar por hallarse ya fallido. Si es subjetiva por cambio de acreedor, queda el deudor liberado respecto del antiguo. Si es por cambio de deudor, queda el primitivo igualmente liberado. Si es objetiva queda el deudor liberado de la antigua y sometido a la nueva. Ella alcanza a los coobligados con otros, como alcance en la solidaridad y en la fianza y se extiende a los derechos accesorios, como la prenda, la hipoteca y la anticresis, todo por aplicación del principio consagrado por el artículo 525.

La novación en mi opinión no es un contrato, por lo que no coincido con Luis de Gasperi, quien desde mi perspectiva, confunde a la novación objetiva con la dación en pago y a la novación subjetiva con las formas de transmisión de las obligaciones, llamadas subrogación, cesión de derechos y asunción de deudas. Lo que explica porqué este autor ve en la novación un contrato, pues por medio de éste si se pueden transmitir derechos y obligaciones, lo que no es la función de la novación, pues como el mismo autor lo examina, realmente lo que produce es la extinción de la obligación.

Por ende, coincido más con autores como Cazeaux y Trigo Represas, quienes consideran que:

Para ciertos tratadistas, la novación es simplemente un contrato, por cuanto se crea una nueva obligación que sustituye a la anterior, no obstante esa no es la única función de la novación, pues en ella concurren tanto la creación de la obligación nueva, como la extinción de la primera.³⁴³

Por ende, coincido con ellos que es más exacto decir que se trata de una "convención liberatoria", o mejor aún, de un acto jurídico bilateral que tiene por fin inmediato extinguir y crear simultáneamente obligaciones.³⁴⁴ En opinión de Ospina Fernández

La novación es un acto jurídico híbrido o complejo que participa, a la vez, de la naturaleza de las convenciones extintivas, en cuanto soluciona, al igual que el pago puro y simple, una obligación preexistente, y de la naturaleza de los contratos, en cuanto da nacimiento a una obligación nueva.³⁴⁵

Esta opinión es correcta, si se distingue entre el convenio en sentido estricto y el contrato, pues contempla los dos efectos que tiene la novación, que son crear una obligación nueva y extinguir con ella la antigua. No obstante, hay autores que no coinciden con esta opinión, pues consideran que la novación es un medio no ideal de extinción de obligaciones, por cuanto constituye una desviación en el destino natural de la relación obligatoria, pues sólo importa la sustitución de una obligación por otra, de esta idea es Andreas Von Tuhr, que apunta:

³⁴³ Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, Félix A. Op. Cit. nota 337 p. 248.

³⁴⁴ Loc. Cit.

³⁴⁵ Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*, Editorial Temis S.A., Bogotá, 1987. p. 430.

Mediante la novación el acreedor adquiere, en lugar de la prestación a que tenía derecho, un nuevo crédito contra el deudor, y éste se exime de su deuda sin cumplirla mediante una nueva promesa al acreedor.³⁴⁶

Por esta razón, es que se argumenta que esta figura jurídica no es un medio extintivo de obligaciones en sentido estricto, toda vez que, en cualquiera de sus modalidades, implica la creación de una obligación nueva que sustituye a otra preexistente. En tal sentido, la novación resulta ser al mismo tiempo medio extintivo y fuente creadora de obligaciones. Empero, a pesar de que existe una nueva obligación, debe considerarse la causa para la cual se ha creado, y ésta, tiene que ver con el efecto extintivo de la novación, es decir, es tan evidente este efecto querido por el legislador, que en caso de que una de las partes de la obligación sufra evicción, no podrá revivir la anterior obligación, debiendo exigir únicamente al vendedor, las acciones que se deriven de la nueva.

Por tanto, es importante mencionar, que existe disenso en la Doctrina, acerca de si la novación es un contrato, un convenio, o un acto jurídico híbrido. Esto nos lleva invariablemente a ahondar en el estudio de la naturaleza jurídica del contrato y del convenio, para poder determinar si son diferentes figuras o si son lo mismo, para finalmente determinar si existe confusión respecto del uso de ambos términos, y verificar cual es realmente la naturaleza jurídica de la novación.

De acuerdo con Manuel Ossorio por contrato debe entenderse:

El pacto o convenio entre las partes que se obligan sobre materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas. En una definición jurídica, se dice que hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos.³⁴⁷

³⁴⁶ Von Thur, A. Op. Cit., Nota 331, p. 147.

³⁴⁷ Ossorio y Florit, Manuel, *Diccionario de Derecho, Tomo I A-I*, Editorial Heliasta, Argentina, 2007. P. 310

Así, este autor emplea como sinónimos los términos contrato, convenio, pacto y tratado. De la misma opinión es Martínez Marín, quien copia la definición que se mencionó de la siguiente manera:

Pacto o convenio, oral o escrito, entre las partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas. Sin embargo, menciona que el convenio es un acuerdo³⁴⁸

La enciclopedia jurídica mexicana propone la siguiente definición:

Contrato. (Del latín contractus, derivado a su vez del verbo contrahere, reunir, lograr, concertar. Es un acto jurídico bilateral que se constituye por el acuerdo de voluntades de dos o más personas y que produce ciertas consecuencias jurídicas (creación o transmisión de derechos y obligaciones).³⁴⁹

Para Guillermo Cabanellas, el contrato:

Es una convención, para Aubry y Rau, es el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico; y el contrato constituye una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones.³⁵⁰

Y el convenio para él, deriva:

Del latín conventio, derivada de convenire, convenium, es el acuerdo de dos o más personas sobre una misma cosa. La convención integra al

³⁴⁸ Martínez Marín J., et al. *Diccionario de Términos Jurídicos*, Granada, 1994. p. 111

³⁴⁹ *Enciclopedia Jurídica Mexicana del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo II*, Porrúa-UNAM, México 2002. p. 551

³⁵⁰ Cabanellas de Torres, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, Eliasta. R. L. Buenos Aires, 1988. P. 70

género, y el contrato a la especie. La convención es un acuerdo de voluntades, cuyo efecto puede constituir o no, una obligación; el contrato es una especie de convención hecha con el fin de obligarse.³⁵¹

Julián Güitrón, en el Compendio de Términos de Derecho Civil coordinado por Mario Magallón, señala que contrato:

Deriva del latín *contractus*, del verbo *contrahere*, significa con y *trahere*, traer, es decir contraer, Es un pacto moral o escrito, celebrado por dos partes que se obligan sobre materia y una cosa determinada y que puede exigirse su cumplimiento desde el punto de vista jurídico. Un pacto o convenio que crea obligaciones entre quienes lo celebran, atendiendo a sus elementos, a sus efectos, a su naturaleza jurídica, a los elementos accidentales que se le pueden anexar, el contrato es muy variado, hay muchas clases y en función de su objeto, recibe diversas denominaciones. Se dice que son contratos todas aquellas manifestaciones de la voluntad que producen o transfieren obligaciones y derechos. Se le ha definido también como una convenio obligatorio entre dos o más partes, relativo a un servicio, materia, proceder o cosa. Todos los contratos requieren para su existencia el consentimiento, que surge de la suma de las dos voluntades de las partes que pactan, y el objeto, que puede ser materia del mismo. Como elemento de validez se señalan la capacidad legal de las partes; la ausencia de vicios del consentimiento; que el objeto motivo y fin sea lícito, que el consentimiento se manifieste en la forma que la ley ordena. Se entiende como un acuerdo jurídico entre las partes con efectos obligatorios para ambas.

Es conveniente diferenciar palabras que se utilizan como sinónimos, que son las de acto jurídico y convenio. El primero consiste en la manifestación de la voluntad de una persona que tenga por objeto crear, modificar, transmitir o extinguir derechos y obligaciones. El convenio es el acuerdo, la manifestación de la voluntad de dos o más personas sobre

³⁵¹ Ibídem p. 74

un objeto que puede ser objeto del mismo. Así, esa voluntad crea, transmite, modifica o extingue derechos y obligaciones³⁵²

Desde el punto de vista de este autor, el contrato, queda limitado a ser la manifestación de la voluntad de dos o más personas, cuyo objeto es crear y transmitir derechos y obligaciones. Sin embargo cuando define al convenio menciona que éste es la:

Concurrencia de dos voluntades en una convención, pacto, contrato, tratado o ajuste. Texto que contiene lo acordado en éste. Ajuste, acuerdo, convención, contrato, concierto, estipulación, alianza, tratado, compromiso, aveniencia y concordancia que impliquen acuerdo de las partes, independientemente de las diferencias técnicas que correspondan a cada uno.³⁵³

Este autor no entra en detalle de fijar una postura respecto de si existe diferencia entre contrato y convenio, pues se deslinda de entrar en controversia, mencionando que estas palabras se emplean como sinónimos, independientemente de las diferencias técnicas que corresponden a cada uno. Siguiendo con las definiciones de ambos términos, para tratar de diferenciar o en su caso asimilar el contrato y el convenio, la enciclopedia jurídica latinoamericana define al contrato como:

Deriva del latín *contractus*, derivado a su vez de *contrahere*, reunir, lograr, concertar.) Es un acto jurídico bilateral que se constituye por el acuerdo de voluntades de dos o más personas y que produce ciertas consecuencias jurídicas (creación o transmisión de derechos y obligaciones) debido al reconocimiento de una norma de derecho. Sin

³⁵² Magallón Ibarra, Mario, Coord, Op. Cit. Nota 175, 2004. p. 89

³⁵³ Ibídem p. 92

embargo, tiene una doble naturaleza pues también presenta el carácter de una norma jurídica individualizada.³⁵⁴

Por su parte define al convenio:

Convenio. (De convenir y éste del latín convenirse, ser de uno mismo parecer, ajuste o concierto entre dos o más personas.

Es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones. Las definiciones doctrinales coinciden con la que estipula el ordenamiento civil. Es pues, un género particular de actos jurídicos en que el acuerdo de voluntades tiene por objeto un interés jurídico referido a la transmisión, modificación, creación o extinción de derechos y obligaciones. Los contratos son una especie de este género.

³⁵⁵

Con estas definiciones, se hace evidente la discrepancia que existe en el significado jurídico de la palabra convenio y contrato, pues como se muestra, para algunos autores son sinónimos, y para otros, tienen diferencias técnicas, pero de dónde se derivan esas diferencias entre contrato y convenio. La respuesta está en el Derecho romano y en el Derecho francés.

En el Derecho romano, existía la diferencia entre el convenio (*conventio* o *pactum*) y el contrato, pues el acuerdo de voluntades que tomaba la forma de contrato, sí generaba una obligación civil, en cambio el *pactum*, era carente de juridicidad. Por ende:

En el Derecho romano –los convenios– eran considerados como una fuente de obligaciones de inferior categoría de los contratos en virtud de que por sí solos no generaban obligaciones; para ello era necesario que a) estuvieran unidas a un contrato principal (*pacta directa*); b) los amparara el derecho pretorio (*pacta pretoria*), o c) los amparara el

³⁵⁴ *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana, Tomo III, Concur-Custo*, IJ- Porrúa, México, 2006. p. 235

³⁵⁵ *Ibidem* p353

derecho imperial (pacta legítima). Para que surtieran efectos iban acompañados de palabras solemnes o menciones escritas y su cumplimiento se garantizaba a través de estipulaciones penales, de la entrega de arras, de la constitución de hipoteca o permuta, o del aval de una tercera persona.³⁵⁶

En cambio en el Derecho francés, esta distinción se toma de los estudios de Jean Domat, quien no da una definición de contrato, pero sí de convenio, así, de acuerdo con Domat:

La palabra convención es una denominación general que comprende cualquier forma de contratos, tratos y pactos de cualquier naturaleza, pues la convención es el acuerdo de dos o más personas para crear entre ellas cualquier obligación o para modificar una anterior o para extinguirla³⁵⁷

Menciona Pothier, fiel seguidor de los estudios de Domat:

En nuestro Derecho, no se debe definir el contrato como lo hacen los intérpretes del Derecho romano, *convenio nomen habent a jure civil vel causam*, sino que debe definirse una convención por la cual las dos partes recíprocamente o solo una de las dos, prometen y se obligan para con la otra a darle alguna cosa, o a hacer o no hacer tal cosa.³⁵⁸

Cabe destacar que los estudios de Domat y Pothier, fueron fuerte referencia en la creación del Código Napoleón, y que su doctrina fue plasmada en el mismo ordenamiento, que como se mencionó, influyó en gran parte a las demás codificaciones civiles.

³⁵⁶ Loc. Cit.

³⁵⁷ Domat, Jean, *Las leyes civiles en su orden natural, Libro I*, Editorial José Taula, Madrid, 1884, p. 21

³⁵⁸ Pothier, Robert Joseph, Op. Cit. Nota 329, p. 12

Marcel Planiol, es otro de los grandes civilistas que ha dado Francia al mundo, este autor, se adhiere a lo expuesto por Domat y Pothier quienes ven una relación género-especie, entre el convenio y el contrato, por ello menciona:

La convención es el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico, distinto del contrato, que es una especie particular de la convención donde el carácter propio es de ser productora de obligaciones. Hay otras convenciones que extinguen o modifican una obligación preexistente.³⁵⁹

En otras palabras, este autor distingue entre convención en sentido amplio y convención en sentido estricto, la cual, es diferente del contrato. Incluso hace hincapié en esta distinción, cuando advierte:

A veces se crítica, tachándola de totalmente inútil la aplicación inclusiva de la denominación de contrato a las convenciones generadoras de obligaciones. Sin embargo, hay en ello algo más que un interés de pura terminología: por ejemplo, la capacidad de contratar, en el sentido recto de la voz, o sea, crear derechos de crédito o asumir obligaciones, no es la misma que la que la ley requiere para concurrir a una convención de transmisión de créditos como la cesión o la extinción de obligaciones, como el pago o la remisión de deudas.³⁶⁰

Aubry y Rau, citados por Planiol, consideran que la convención es un acuerdo de dos o más voluntades sobre un objeto de interés jurídico, es decir que pueda crear modificar o extinguir derechos y obligaciones, en cambio el contrato, es una convención generadora de derecho.³⁶¹ De la misma opinión es Bonnetcase, pues menciona que la convención es un acuerdo de voluntades cuyo objeto es crear, modificar, transmitir o extinguir un derecho, en cambio el

³⁵⁹ Planiol, Marcelo, *Tratado Elemental de Derecho Civil, T. II*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1978. p. 341

³⁶⁰ Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge, Op. Cit. Nota.41 p. 24

³⁶¹ *Ibíd*em p. 25

contrato, es una variedad de convenio, cuya característica es ser creadora de obligaciones.³⁶²

Se muestra, que en el Derecho Civil francés, es donde se empieza a hablar de una distinción entre contrato y convenio en estricto sentido, que influencia a nuestra legislación civil mexicana, plasmando tal criterio en los artículos 1792 y 1793 que disponen:

Artículo 1792. Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

Artículo 1793. Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos.³⁶³

En consecuencia, el Código Civil distingue entre el convenio en sentido amplio, y el contrato, disponiendo que exista una relación género-especie entre el contrato y esta clase de convenio, pero además de la interpretación de ambos numerales, se advierte la posibilidad de otra distinción, que es la de los contratos con los convenios en sentido estricto, los cuales por antonomasia, sólo tendrán la utilidad de modificar o extinguir obligaciones y derechos. Empero, es preciso subrayar, que existen autores que rechazan tal distinción, mencionando que no hay propiamente una relación género-especie entre el convenio en sentido amplio y el contrato, pues ambos son especie de un género más amplio llamado acuerdo, pues:

El estudio del contrato ha sido hecho desde la perspectiva de considerarlo como ejemplo típico de acto jurídico; por otro lado, una vez caracterizado el proceso de creación del acto, viene a manifestarse como una norma individualizada. A priori afirmamos que el género del cual se desprende el contrato, no es el convenio. Ambos conceptos, consideramos que son especies de un género social-gramatical más universal. Ese género, que es meta jurídica, simple y sencillamente, es el acuerdo.

³⁶² Bonnacase, Julien, Op. Cit. Nota 42. p. 234

³⁶³ Código Civil para el Distrito Federal, Op. Cit. nota 123 p. 182

Reconocemos que el contrato no constituye un concepto jurídico fundamental; sin embargo, la figura de la cual se desprende –el acuerdo– acompaña al ser humano desde su origen como especie.³⁶⁴

Respecto de toda esta discusión acerca de si el convenio y el contrato, son diferentes o iguales, es muy importante para esta investigación, mencionar el estudio que hace Jorge Alfredo Domínguez Martínez acerca del convenio y del contrato, pues él considera que del estudio de los artículos antes mencionados, no existe diferencia entre ambos, pues no encuentra propiamente una utilidad práctica a esta distinción, además de que, según él, las normas derivadas del ordenamiento civil, no deben ser definitorias, es decir no deben dar conceptos acerca de lo que es tal o cual figura (en este caso convenio y contrato).³⁶⁵

Para el autor en comento, no existe diferencia entre el convenio y el contrato, por ende, no existe propiamente una relación género-especie entre ambas figuras. Sustenta su teoría, en la importante distinción que existe entre la definición legal de contrato y convenio, ya que:

Mientras que el primero alude a la creación y transmisión de derechos y obligaciones, el segundo sólo marca lo conducente respecto de las obligaciones. Así, los derechos mencionados en el concepto de contrato, son los reales; quedando los personales incluidos en sus correlativas obligaciones³⁶⁶

De acuerdo con este autor, el contrato no es una especie del convenio, pues de una interpretación precisa de los artículos 1792 y 1793 le confiere al

³⁶⁴ Simental Franco, Victor Amaury, *Contratos. Consideraciones en torno a su definición*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, Texto en PDF. Disponible en Internet en:

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/21/dtr/dtr4.pdf>

³⁶⁵ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Convenio y contrato*, México, Porrúa, 2011 pp. 6 y s.

³⁶⁶ *Ibidem* p. 60 y ss.

convenio únicamente efectos obligacionales, es decir, sólo puede crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones (o derechos personales de crédito), mientras que al contrato se le atribuye la posibilidad positiva de producir o transferir obligaciones (y sus correlativos derechos de crédito o personales) y derechos reales que no acontece con el convenio. Y argumenta:

...el artículo 1793 del C. Civ., no alude a la producción y transferencia de las obligaciones y de los derechos considerados ambos como los dos elementos de una unidad conceptual, es decir, las primeras como deudas y los segundos como créditos, participes constantes en una relación jurídica, pues los derechos a los que ese precepto se refiere no son los correlativos de las obligaciones señaladas por el dispositivo. Más bien, al contrario, esos derechos son independientes a tales obligaciones; por ello, el precepto alude no a las obligaciones y derechos (deuda-crédito), sino a las obligaciones y derechos o sean derechos en general, y al no tratarse de créditos correlativos de las deudas son a los otros derechos situados en el activo del patrimonio del sujeto; se trata de los derechos reales.

Así pues, según el artículo 1793 del C. Civ., mediante el contrato no sólo se crean y transmiten obligaciones, esto es deudas y créditos, sino también se crean derechos reales.³⁶⁷

Para demostrar el apego del legislador respecto del empleo de los vocablos —convenio” y —contrato” según la definición dada por el mismo, hace un estudio del uso que se le da en diversas partes del Código Civil, utilizando sus derivaciones gramaticales como —convengan”, —convinieren”, etc. Así, este jurista observa que el convenio se usa para hablar de una modificación, de una extinción en la relación obligatoria, e incluso para la transmisión de bienes. Al estudiar el uso de los vocablos, pone entre otros tantos ejemplos, el de la novación y de la transacción, de las cuales advierte:

³⁶⁷ Ibídem p. 63

Respecto del contrato, tengamos presente la novación, en cuya mecánica se extingue una obligación y nace otra (art. 2213) y que no obstante esa función extintora, es legalmente calificada como un contrato (art. 2214). Lo mismo podemos señalar a propósito de la transacción, cuya definición legal indica que —.es un contrato por el cual, las partes haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura” (art. 2944). De esa manera, una figura extintora de relaciones jurídicas admite la calificación legal de contrato.³⁶⁸

Finalmente, este autor concluye respecto del empleo de los vocablos —convenio” y —contrato” que el legislador hace en el Código civil para el Distrito Federal, lo siguiente:

Pues bien de la consideración pormenorizada llevada a cabo en relación con el articulado de nuestro ordenamiento civil alusivo a convenio y a contrato, se desprende que prevalece el empleo del convenio para relacionarlo con los efectos modificatorios de obligaciones y por los demás, en mayor o menor medida, con referencia a los acuerdos patrimoniales, extrapatrimoniales y con naturaleza compleja. Vimos también que en alguna ocasión hace uso contrario, es decir, alude a contrato cuando en realidad se trata de un convenio y viceversa.³⁶⁹

Coincido con él, en que al legislador de este Código, olvida la distinción que hace entre convenio y contrato en los artículos 1792 y 1793, haciendo a veces uso contrario entre uno y otro, creando confusión no sólo al jurista, sino al ciudadano de a pie, al que se le imputa la norma. Por eso, se insiste en que el legislador debe ser coherente en la manera de legislar, pues podemos encontrar en algunas normas contradicción y lagunas, que sólo crean confusión y una inadecuada impartición de justicia.

³⁶⁸ Ibídem pp. 68 y 69

³⁶⁹ Ibídem pp. 69 y 70

Siguiendo con el estudio de Domínguez Martínez respecto del convenio y el contrato, él, para seguir sustentando que no existe diferencia entre uno y otro pondera acerca de las ventajas reales o trascendencia que para la interpretación y aceptación jurídica tiene tal distinción que hace el Código Civil, y menciona:

Recordemos en primer lugar, que en todo caso se admite una relación género-especie entre ambos conceptos, misma distinción para algunos procedente útil y técnicamente adecuada; para otros por el contrario, es inútil y hasta estorbosa, recordemos asimismo, en segundo término que nuestro código civil ofrece una modalidad de esa relación no sólo poco afortunada, sino inconsistente.

Ante tal situación, este autor advierte que la distinción entre convenio y contrato. —~~no~~ que de aplicación práctica, se trata en el caso de una consideración solamente teórica, carente de positividad.”³⁷⁰ Así, este autor que sigue la idea de Sánchez Medal, esta distinción no tiene razón de ser, pues la califican de bizantina y con ausencia de positividad, a grado tal que este último, refiriéndose al Código Civil y Comercial italiano, dice:

La mencionada distinción no es ya reconocida en la actualidad, pues el vigente Código Civil italiano, la ha eliminado (artículo 1321 y nuestro mismo Código Civil hace desaparecer toda importancia de ella al establecer que los principios relativos a los contratos se aplican a todos los convenios (1859), lo cual hace en realidad resulte ya bizantina la diferencia entre convenio y contrato).³⁷¹

Sin embargo, concuerdo con Rafael de Pina en que:

³⁷⁰ *Ibíd*em p. 74

³⁷¹ Sánchez Medal, Ramón, *De los contratos Civiles*, 24^a ed. Porrúa, México, 2010, p. 4

La afirmación de que la distinción entre convenio y contrato no tiene más que un interés terminológico, fundada en que las mismas reglas se aplican a los unos y a los otros, no autoriza ciertamente, para negar el interés práctico de la distinción, por lo menos mientras subsista legalmente, pues los fundamentos que ha tenido para formularla el legislador y el criterio correspondiente para su interpretación, han de ser, en casos concretos, los que permitan establecer si nos encontramos frente a un convenio o frente a un contrato.³⁷²

Por consiguiente, siguiendo la máxima del Derecho —“Donde la ley no distingue no hay que distinguir”, es lógico, *a contrario sensu*, que si el legislador lo hace, nosotros debemos hacerlo, pero a la vez, el trabajo del científico del Derecho, es buscar detener las lagunas generadas por el legislador en la norma, con esto me refiero a que lo importante no es escribir qué está bien o mal de la norma, sino coadyuvar con el legislador a crearlas de tal manera que no produzcan oscuridad, lagunas, confusión y contradicción en el sistema judicial mexicano. En otras palabras, no basta la crítica pura y simple en lo bien o mal que crea las normas el legislador, sino la crítica constructiva, que propone determinados cambios o aportaciones a la norma que haga que ella, produzca más eficacia que inutilidad en nuestro sistema jurídico.

Por ello, es crítica en esta tesis, la simpleza de la distinción entre convenio y contrato, que el legislador complica, distinguiendo donde hay que distinguir, pero olvidando lo distinguido, ya que si se toma en cuenta lo ya advertido en esta tesis respecto de la novación, o bien, observando lo que ya apuntaba Domínguez Martínez, el gran problema que tiene el creador de la norma, es que el mismo no ordena sus ideas y se contradice, ya que, distingue convenio y contrato, creando una relación género-especie, entre ellos, pero se olvida más delante de lo expuesto. Y no conforme con ello, intenta explicar un género todavía más amplio como lo es el acto jurídico en general, al cual pertenece tanto el convenio como el contrato, con este último, olvidando que el mismo, tiene efectos más restringidos que el acto jurídico en sentido amplio. Por ende, coincido con Aguilar y Carbajal en que:

³⁷² De Pina, Rafael, Op. Cit. Nota 119. p. 266 y 267

El Código Civil nuestro nos da base para plantear esta distinción, que ha sido motivo de grandes discusiones. En efecto, el artículo 1793 claramente estatuye que toman el nombre de contratos los convenios que producen o transfieren obligaciones y derechos, y el 1792 define el convenio como el acuerdo de voluntades de dos o más personas para crear, modificar o extinguir obligaciones. La doctrina, después de muchas discusiones, llega a la conclusión de que el convenio define al fenómeno psicológico como acuerdo de dos o más voluntades para producir efectos de derechos, y de este acuerdo, cuando se le reviste con la forma que previene la ley, es contrato, pero no excluir la categoría de los consensuales.

Insistimos, el Derecho mexicano, habiéndose separado de la terminología usual, da a estas palabras, contenido distinto, pero hay que reconocer que pone fin a las discusiones existentes.

En otras palabras, el convenio es el acuerdo de dos o más voluntades, para transferir, modificar o extinguir obligaciones; en cambio si ese acuerdo tiene como finalidad producir o transferir derechos u obligaciones, se llama contrato.³⁷³

De las anteriores definiciones, se demuestra que la mayoría de los doctrinarios –con la salvedad de la opinión de Sánchez Medal y de Domínguez Martínez- han concluido que el convenio es el género y el contrato la especie. Por ende, puede afirmarse que la generalidad de los autores que abordan el tema están conformes con lo que dice esta definición, aunque no dejan de marcar ciertos matices que le dan una cierta singularidad a su respectiva definición.

Considero, que si el legislador decidió realizar la distinción entre el convenio y el contrato, es porque reflexiona que no tengan los mismos efectos, es decir, en la teoría del Derecho, suele argumentarse que existe para el mundo de esta disciplina, un sinnúmero de fenómenos que tienen efectos en lo

³⁷³ Aguilar, Carbajal, Leopoldo, *Contratos Civiles*, 2ª edición, Porrúa, México, 1977. p. 9

jurídico, y otros que no, a los primeros suele denominárseles “hechos jurídicos” en sentido amplio y a los otros, simplemente “hechos”. Los hechos jurídicos en sentido amplio, contienen a su vez dos grandes grupos de fenómenos jurídicos, que son: el acto jurídico y el hecho jurídico en sentido estricto, considerando ya en el Derecho Civil propiamente, que la distinción entre ambos es la intención de las partes en aceptar las consecuencias de derecho que se generan por medio del acto jurídico, y que el hecho jurídico en sentido estricto, carece de tal intención.

Así se observa, que el Derecho, y más exactamente el Civil, va taxando algunas figuras jurídicas, sistematizándolas en el lugar que debe ocupar cada una de ellas. Los convenios y los contratos no han quedado fuera de esta situación, pues bien, si simplificamos el estudio del acto jurídico, se puede observar que todo convenio entra en este grupo más amplio, pero no todo acto jurídico será convenio. Lo mismo opera para el contrato, el cual, pertenece a un género más limitado (si se toma como referencia al acto jurídico y al hecho jurídico en sentido amplio), llamado convenio, que a su vez pertenece a uno más amplio que es el acto jurídico, y este último a uno todavía más, que es el hecho jurídico *lato sensu*.

En consecuencia, podemos decir que el contrato, es a su vez, una especie del convenio, del acto jurídico y del hecho jurídico *lato sensu*. Pero no por esta razón, se puede argumentar que todo hecho jurídico (sentido amplio), acto jurídico, o convenio es contrato. Por ende, la razón de mencionar (como lo hace Domínguez Martínez) de que el legislador hace un uso indiscriminado de las palabras convenio y contrato, no es suficiente para sostener que son lo mismo. Pues si se observa, se subordina al género contrato a una especie más amplia llamada convenio, el cual, como se ha dicho está subordinado a su vez a otro más amplio que es el acto jurídico, y este último al hecho jurídico (*lato sensu*). Apoya este criterio Ernesto Gutiérrez y González, quien es de la idea de que el contrato es género del convenio en sentido amplio, de acuerdo con lo que dispone el artículo 1792 del Código civil para el Distrito Federal, pues según este autor:

Se desprende que para la ley el término convenio tiene dos acepciones:

a).- una amplia o *lato sensu* –la del artículo 1792-, y

b).- otra restringida que equivale según el artículo 1793 al concepto de contrato, cuanto dice:

—los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos”

Y por lógica se puede desprender de estas disposiciones legales, una acepción más:

c).- La de convenio en sentido estricto, o strictu sensu.

En efecto, si el contrato, -especie del género convenio-. Crea y transfiere derechos y obligaciones, y el convenio en sentido amplio, las crea, transfiere, modifica o extingue, se tendrá que, -por exclusión-. El acuerdo de voluntades que modifique o extinga obligaciones o derechos, puede y recibe el nombre de convenio strictu sensu.³⁷⁴

Este autor, considera que todavía en convenio se puede dividir en dos grupos, que son el contrato y el convenio, dando al primero la función de crear y transferir derechos y obligaciones; y al convenio en estricto sentido, el modificar o extinguir derechos y obligaciones. Así considera como función jurídica del contrato:

...como la vía más amplia para la creación voluntaria de derechos de crédito convencionales, y de esta forma, siempre que se den sus elementos, se producirán los efectos de un acto de este tipo, aunque esa especie del acto no estuviera expresamente regulada por la ley. Pues según lo confirma el artículo 1858 del Código Civil para el Distrito Federal al disponer:

—los contratos que no estén especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía, de los reglamentos de este ordenamiento”

Y del artículo 1859 que completa el sistema al preceptuar:

³⁷⁴ Gutiérrez y González Ernesto, Op. Cit. Nota 112. pp. 232 y 233

—~~as~~ disposiciones legales sobre los contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de estos, o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos”³⁷⁵

Es interesante esta última disposición, porque muestra la voluntad del legislador de querer distinguir entre el convenio y el contrato, pues siguiendo la línea de que todo contrato es convenio, pero no a la inversa, sujeta al convenio y en general a todo acto jurídico, a las disposiciones del contrato, sólo en lo que no se opongan a la naturaleza de estos o a disposiciones especiales que haga la ley sobre los mismos. Verbigracia, la —~~D~~claración unilateral de la voluntad”, puede supeditarse aún sin serlo a las disposiciones de los contratos, en lo que le fueran aplicables. Lo mismo opera para la novación, que sin ser contrato (desde mi punto de vista), se sujeta a sus normas en lo que no se oponga a su naturaleza.

Como se mencionó, desde mi punto de vista es Gutiérrez y González, quien más se acerca a mi consideración de que la novación no es un contrato, pues como señala:

Es el convenio lato sensu, solemne, celebrado entre dos o más personas que guardan entre sí el carácter previo de acreedor y de deudor y en ciertos casos interviene un 3º, y por el cual extinguen el derecho de crédito convencional que los liga y los sustituyen, con el ánimo de novar (animus novandi) por otro que difiere del extinguido en uno de sus elementos de existencia.³⁷⁶

De acuerdo con el concepto que doy de novación, se aprecia el error de la ley en los artículos transcritos:

a).- La novación no es un contrato como afirma el artículo 2214, es un convenio lato sensu. Si fuera contrato, no podría producir los efectos de crear y extinguir en forma simultánea como lo hace la novación. En efecto, si con la novación se extingue una obligación antigua, ello es en

³⁷⁵ Ibídem p. 239

³⁷⁶ Ibídem p. 970

función de convenio en sentido estricto; pero si además se crea una nueva obligación, eso es en función del contrato; y esos dos efectos simultáneamente sólo se pueden producir por un convenio en sentido amplio como lo prevé el mismo artículo 1792.³⁷⁷

En casi todo concuerdo con este comentario, pues como se apuntó, existe diferencia legal entre el convenio y el contrato, y esta discrepancia estriba en que el contrato sólo puede crear y transmitir derechos y obligaciones, en tanto que el convenio *lato sensu*, tiene la cualidad de crear, modificar, transmitir y extinguir derechos y obligaciones, lo cual, opera en la novación. Así, si se piensa la novación como un acto jurídico con efectos especiales, que conjuga el efecto creador de una obligación que sirve como causa a la extinción de la antigua, es obvio que no puede considerarse con la naturaleza jurídica de contrato, pues esta figura estaría limitada al efecto creador. Consecuentemente, es más conveniente considerarla un convenio en sentido amplio, el cual, crea una nueva obligación que sirve para extinguir una anterior.

Sin embargo, hay un punto en el que difiero de la opinión de Gutiérrez y González, que es su consideración de que la novación reviste solemnidad. Ya en el capítulo anterior había abonado mis consideraciones al respecto, que ahora enfatizo, sólo con el fin de dejar clara mi postura de que la novación no es solemne, pues reflexionó, que el acuerdo mediante el cual acreedor y deudor convienen novar una deuda por otra no exige ni siquiera formalidad alguna. Apoyo mi argumento en la opinión de Giorgi, quien menciona, que la novación:

No necesita de palabras rigurosas, sino que se contenta con cualquier frase idónea para manifestar la voluntad del acreedor de liberar de la obligación precedente al deudor, aceptando en su lugar la obligación nueva.

³⁷⁷ Loc. Cit.

Al igual que lo anterior Pothier considera:

No es preciso que el acreedor declare en términos formales que él entiende hacer novación; basta que de cualquier manera su voluntad de novar la obligación parezca tan evidente que no pueda ser revocada.³⁷⁸

Por otra parte, la novación es un acto que por regla general se celebra consensualmente, es decir, no requiere para su validez, del cumplimiento de formalidad alguna, o dicho en otras palabras, que el consentimiento se exprese a través de cierta formalidad.

En consecuencia, desde mi perspectiva, la naturaleza jurídica de la novación en su generalidad, a la luz del Derecho de las Obligaciones Civiles, es un convenio (en sentido amplio) celebrado entre las partes que intervienen en una obligación, que extingue esa obligación, mediante la creación de una obligación nueva e incompatible con la anterior. La cual, también es la misma para la novación objetiva y la subjetiva, aunque entre ambas existan algunos matices, que a continuación se explican.

1.2.1 Objetiva

Como ya se dijo en el estudio previo, concerniente al lugar que ocupa la novación en el Derecho de las obligaciones, este tipo de novación consiste en que la mutación referida al objeto de la obligación o bien, a sus condiciones esenciales. Para ello, el cambio en las condiciones esenciales del objeto debe residir en una modalidad que revista precisamente esta característica, como afectar una obligación simple a condición suspensiva o resolutoria, porque la simple alteración del término o plazo no acarrea consigo la naturaleza esencial que la institución exige. Tampoco produce el surgimiento de la figura, por ejemplo las alteraciones relativas al lugar del pago, a la carga o garantías, a la remisión parcial del adeudo y a los intereses. Los Tribunales Colegiados de Circuito en materia civil se han pronunciado en cuanto a esta clase de novación de la siguiente manera:

³⁷⁸ Pothier, Robert J.. Op. Cit. Nota 107 p. 180

NOVACION OBJETIVA. NO PUEDEN CONSIDERARSE COMO TAL, LOS CAMBIOS EN LAS MODALIDADES DE LA OBLIGACION PRIMARIA.

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. Esta opera en los siguientes casos: a) cuando la intención de los contratantes de novar la obligación antigua resulta de la incompatibilidad de ella con la nueva; b) cuando la voluntad expresa de las partes es la de novar. En la primera de las hipótesis antes señaladas es necesario que se cambie la naturaleza jurídica y objeto de la obligación primaria; por consiguiente no opera ésta, cuando se cambian las modalidades de ella, se aumenta o disminuye su importancia, la de las obligaciones que la garantizan, los plazos de pago, o se cambia la forma del documento que acredita su existencia o los modos de ejecución. En la segunda hipótesis la esencia de la novación es 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 de 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.

Amparo directo 169/96. Banco Unión, S.A. 16 de mayo de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Olivia Heiras de Mancisidor. Secretaria: María de la Paz Flores Berruecos.³⁷⁹

La novación objetiva, se actualiza, cuando existe un convenio entre los sujetos de la obligación, con el fin de crear una nueva obligación para extinguir

³⁷⁹ Tesis: VI.3o.32 C, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo III, Novena Época, Junio de 1996, Página: 880

la antigua, substituyéndola por otra nueva que difiere de aquella en que tiene distinto objeto, o bien es diferente en su relación jurídica.

La novación objetiva por cambio de objeto, se presenta cuando:

- 1.- La primera obligación, u obligación primitiva tiene un objeto de dar, y la nueva obligación uno de hacer.
- 2.- La primera su objeto es de hacer y la segunda es de dar.
- 3.- Si es de dar o hacer en la primera, y la segunda es de no hacer, y
- 4.- Si es de no hacer en la primera, y la segunda es de dar o hacer.

La novación objetiva por cambio en la relación jurídica, en cambio, se presenta cuando la relación jurídica de la primitiva o primera obligación que se extingue, es diferente a la relación jurídica de la nueva obligación que se crea en su lugar. Esta diferencia puede consistir en los siguientes supuestos:

a) Relación jurídica diversa por tener modalidad. Si la primera obligación que se va a extinguir es pura y simple, y la nueva que se crea en su substitución está sujeta a una modalidad, puede afirmarse que hay un cambio substancial entre ambas; o bien si la primera obligación está sujeta a modalidad y la segunda no, resulta indudable que también hay una diferencia de esencia entre ambas.

Si una obligación es pura y simple, y la nueva que se crea, está sujeta a condición suspensiva o resolutoria, hay una alteración fundamental que implica novación.

b) Relación jurídica diversa por transformación del contrato. Si la primera obligación que se va a extinguir, deriva de una relación contractual, y la segunda que se crea, obedece o responde a otro tipo de contrato, aunque el objeto sea igual en ambas, subsistan los mismos sujetos, hay un cambio esencial en la relación jurídica, que permite establecer una novación.

c) Relación jurídica alterada en cuanto al campo jurídico en que se regula la obligación. Se presenta cuando un crédito que se regula en el campo del derecho civil, se extingue y se crea en su lugar una nueva obligación que se rige por el derecho mercantil, o a la inversa.

Ernesto Gutiérrez y González, menciona que su naturaleza jurídica es:

El convenio solemne por medio del cual se extingue una obligación antigua, substituyéndola por una nueva que difiere de aquella en que tiene distinto objeto, o bien es diferente su relación jurídica.³⁸⁰

Coincido con esta definición, sólo en cuanto a que es un convenio celebrado por los sujetos de la obligación, extinguen una obligación antigua mediante la creación de una nueva, que se distingue de la anterior, en el objeto jurídica. Sin embargo, como ya se mencionó, la novación no es un convenio solemne, pues sólo se requiere que sean incompatibles las dos obligaciones o que las partes señalen de manera indubitable su intención de novar para que ésta figura exista. Por esta razón, es indispensable que la obligación primitiva se extinga, dando nacimiento a una nueva, o, lo que es lo mismo, que la primera sea incompatible con la segunda, debiendo recaer la alteración substancial, sobre el objeto mismo de la prestación, así, no habrá novación cuando no hay nacimiento de una obligación, sino sólo cambio de circunstancias accidentales, que no afectan la esencia de la misma. Sin embargo, si la habrá, cuando la intención de los contratantes de novar la obligación antigua resulta de la incompatibilidad de ella con la nueva; o bien, cuando exista la voluntad expresa de las partes de novar, la cual, no reviste solemnidad alguna.

En la primera de las hipótesis antes señaladas, es necesario que se cambie la naturaleza jurídica y objeto de la obligación primaria; por consiguiente no opera ésta, cuando se cambian las modalidades de ella, se aumenta o disminuye su importancia, la de las obligaciones que la garantizan, los plazos de pago, o se cambia la forma del documento que acredita su existencia o los modos de ejecución. En la segunda hipótesis la esencia de la novación es 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 las palabras sacramentales o rigurosas, sino que basta que de 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.

³⁸⁰ Gutiérrez y González, Ernesto, Op. Cit. Nota 112 p. 975

Varios juristas argumentan que la novación objetiva, resulta inoperante al existir otras figuras jurídicas que alcanzan los mismos efectos con mayor simplicidad como la dación en pago -e incluso- hay otros que suelen confundirlas.

Sin embargo, ambas son distintas se toma en cuenta la siguiente tesis:

NOVACIÓN Y DACIÓN EN PAGO, SU DISTINCIÓN.

No obstante que la novación y la dación en pago tienen un solo objeto, extinguir una obligación, resultan ser figuras jurídicas distintas, toda vez que mientras en la primera las partes interesadas sustituyen una obligación nueva por una antigua, en la segunda la obligación se extingue al recibir el acreedor en pago una cosa diferente de la convenida en forma previa.

. Amparo directo 160/97. Comercializadora de Café Lobo, S.A. de C.V. 20 de febrero de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo R. Parrao Rodríguez. Secretario: Juan Manuel Hernández Páez.³⁸¹

En la novación objetiva, se presenta un cambio sustancial que precisamente afecta al objeto de la obligación y no a los sujetos que intervienen en ella. En consecuencia, su naturaleza jurídica es precisamente atendiendo a su función económica y jurídica un convenio *lato sensu* entre las partes – acreedor o acreedores, deudor o deudores- que modifican sustancialmente el objeto o la relación jurídica de la obligación, de tal modo que surge una nueva obligación incompatible con la anterior, y mediante esta creación, se extingue la primera.

1.2.2 Subjetiva

A lo largo de esta investigación, se ha puntualizado, que existen autores, que ven en la novación una figura jurídica obsoleta, pues el fin para el que fue

³⁸¹ Tesis: I.6o.C.100 C, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta , Tomo VII, Época Novena, Febrero de 1998, Página: 518

creada en el Derecho romano, más bien, era para poder realizar una transmisión de obligaciones, ante la ausencia de figuras propias del derecho, con las que se pudiera alcanzar dicho objetivo. Esto, ha llevado a los mismos juristas que pronosticaban su fin, en considerarla como una reminiscencia histórica, pues al crearse figuras como la cesión de derechos, la subrogación y la cesión de deudas, creían que era obvio que desapareciera. Empero, estas opiniones, muestran que la doctrina, a veces no encuentra diferencia alguna entre la novación y las formas de transmisión de las obligaciones, pues ven en ella, la misma naturaleza jurídica de las ya mencionadas. Por ende, es importante subrayar que la novación, forma de extinción de las obligaciones, es distinta de las de transmisión, y que en la actualidad tiene ese fin, lo cual, se hará más tangible al desarrollar la naturaleza jurídica de la novación subjetiva.

Cuando hablamos de la novación, se entiende aquel cambio de una obligación que se extingue con todos sus accesorios, por otra que nace, a través del cambio en alguno de los elementos de la relación obligacional originaria.

La novación subjetiva, se produce al cambiar alguno de los elementos personales de la relación obligatoria: acreedor o deudor. Si el cambio afecta al acreedor, se dice que hay novación subjetiva activa. Si la alteración afectó a la persona o personas deudoras, habrá novación subjetiva pasiva. En tales supuestos, ya sea por cambio de acreedor o por cambio de deudor (en cualquiera de sus modalidades: por delegación o por expromisión), el objeto o la relación jurídica, no se modifica, pues el contenido de la obligación originaria se mantiene inalterada. En este sentido, no podría sostenerse que una novación subjetiva implica la modificación de las prestaciones, objetivamente consideradas, del contrato o fuente original de la obligación.

La novación subjetiva, significa la sustitución de una de las partes en alguna o algunas de las obligaciones nacidas de la fuente originaria o, en su caso, de una de las partes en todas las obligaciones emanadas de dicho origen.

La novación por cambio de deudor, requiere, la aceptación expresa del acreedor. Y como se mencionó, tiene dos modalidades: La expromisión, que se da, cuando la tercera persona, nuevo único deudor, toma sobre sí la obligación,

sin intervención del deudor primitivo. Y delegación, cuando el deudor primitivo presenta a la tercera persona, nuevo único deudor.

La novación por cambio de acreedor, también requiere la aceptación expresa del deudor, y aunque en la práctica se da poco, prefiriéndose la figura jurídica de cesión de crédito, que no precisa la aceptación del deudor, sino solo la notificación del cambio de acreedor, estas tienen notables diferencias pues la novación extingue una obligación antigua por la creación de una nueva; por su parte, la cesión no extingue ningún crédito sólo lo transmite, en consecuencia, en esta clase de novación, no se pueden oponer al acreedor nuevo, las excepciones provenientes de esa obligación, pero si las de las segunda o nueva; en cambio, en la cesión de derechos si se le pueden oponer al acreedor, si el deudor hizo reserva y oposición al momento de notificársele, las excepciones que se tuvieron contra el primer acreedor, pues sigue siendo la misma obligación.³⁸² Para Gutiérrez y González, la novación subjetiva, tiene la naturaleza de:

Convenio solemne por el cual, con autorización del deudor, se extingue una obligación y se crea otra nueva donde el acreedor es persona diversa de la que figuraba en la que se extinguió.³⁸³

Por las razones ya mencionadas, hemos dejado claro que la novación, para nada reviste el elemento de existencia del acto jurídico llamado solemnidad. Empero, es notorio que debe cuestionarse si la novación subjetiva en realidad es un convenio u otra figura jurídica, ya que tomando en cuenta, las partes que intervienen, la novación subjetiva, puede ser un medio unilateral de extinción de obligaciones o uno de carácter bilateral, según la modalidad novatoria que se analice.

La novación subjetiva por cambio de deudor, en la modalidad de expromisión, sólo requiere de la voluntad del acreedor y del tercero que se sustituye y se puede efectuar aun contra la voluntad del deudor primitivo. En este sentido, la novación, desde la reflexión de las personas que intervienen en

³⁸² Gutiérrez y González, Op. Cit. Nota 112 p. 982

³⁸³ Ibídem p. 980

la obligación primigenia, constituye un medio de extinción unilateral, aunque para la creación de la nueva obligación, se requiera de la voluntad de las partes que quedarán obligadas en ella, y por ende también es un convenio entre el acreedor de la primera obligación y el sujeto que va a fungir como nuevo acreedor en la nueva.

En las otras formas de novación, es decir, la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación, la novación subjetiva por cambio de acreedor y la novación objetiva, exigen del acuerdo entre deudor y acreedor para sustituir una obligación por otra. Por tal razón, estas formas novatorias, desde la misma óptica descrita, pueden catalogarse como medios bilaterales de extinción de obligaciones, en cuanto a que en la primera obligación las partes convienen en que se cambie alguno de los sujetos de la misma.

Atendiendo a la intervención de la voluntad humana, la novación es un medio voluntario de extinción de obligaciones, ya que lejos de operar por mandato de la ley, lo hace en virtud de la voluntad del acreedor o de mutuo acuerdo entre acreedor y deudor.

Así la novación subjetiva, también tendrá el carácter de convenio, en cuanto a que para el surgimiento de una nueva obligación, que extinga la primera, siempre se necesitará del acuerdo de voluntades para ese fin, ya sea entre el acreedor y deudor, o bien, entre el acreedor y la persona que se convierte en deudora en la segunda obligación.

2. Naturaleza jurídica de la novación en el Código Civil para el Distrito Federal vigente

Como se ha mencionado en este estudio de la novación, esta figura jurídica en nuestro Código Civil para el Distrito Federal vigente, es regulada en el Libro Cuarto, Título Quinto, Capítulo IV, de los artículos 2213 a 2219, como una forma de extinción de las obligaciones, es decir, para el legislador de esta norma en su sistemática, coloca a la novación como un medio para extinguir obligaciones y no para crearlas o transmitir las. En principio, se puede afirmar que el legislador hizo un excelente trabajo en no situarla en otro lugar del

Código en mención, lo cual, desde mi punto de vista, por lo ya expuesto en otros capítulos, es correcto. Sin embargo, cuando entramos al estudio del Capítulo IV denominado —B la novación”, en su artículo 2213 se dispone lo siguiente:

Artículo 2213. Hay novación de contrato cuando las partes en él interesadas lo alteran substancialmente substituyendo una obligación nueva a la antigua.³⁸⁴

La Suprema Corte de Justicia respecto de la existencia de la novación se ha pronunciado de la siguiente manera:

ARRENDAMIENTO. LA MODIFICACION DEL MONTO DE LA RENTA NO CONSTITUYE NOVACION DEL.

La modificación en el precio del arrendamiento no es una alteración substancial del mismo, que implique la novación puesto que ésta existe solamente cuando las partes alteran fundamentalmente el contrato, substituyendo la obligación antigua por una nueva.

Amparo directo 149/89. María de la Cruz Marroquín Tamariz. 16 de mayo de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.³⁸⁵

Es evidente que el legislador del artículo 2213 olvida determinadas cosas que a continuación se enlistan respecto de la novación:

1.- Que el fenómeno que da origen a la novación no sólo es el contrato, sino que puede darse por cuantas fuentes del derecho existan, verbigracia, puede novarse una obligación emanada del hecho jurídico llamado gestión de negocios ajenos.

³⁸⁴ Código Civil para el Distrito Federal, Op. Cit. Nota 123 p. 222

³⁸⁵ Tesis: VI.2o. J/36, Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo III, Novena Época, Enero de 1996 , Página: 97

2.- Que al mencionar ~~as~~ partes en él interesadas”, da a entender que sólo las partes deudora y acreedora, y hasta la fiadora, pueden realizar la novación. Además de que aparentemente es necesario el consentimiento de las partes de la obligación para que exista novación, lo cual, no es del todo cierto pues como se ha visto, en la novación subjetiva por cambio de deudor, puede realizarse con o sin su consentimiento, verbigracia, la expromisión, que carece de tal voluntad.

3.- No es preciso el legislador cuando enuncia ~~alteran sustancialmente~~”, porque sigue con la idea de que se está alterando únicamente el contrato, cuando en realidad, lo que realmente se altera o modifica en la novación es la obligación, y la modificación del contrato, es mera consecuencia de ella. Desde mi punto de vista es más exacto el estudio que hacen los Tribunales Colegiados de Circuito de Estado de México, respecto al concepto de novación, pues apuntan:

NOVACIÓN. QUEDA ACTUALIZADA AL ALTERARSE SUSTANCIALMENTE LA OBLIGACIÓN PRIMIGENIA POR UNA NUEVA O CONTEMPORÁNEA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).

De acuerdo con lo que estatuye el artículo 7.455 del Código Civil para el Estado de México se actualiza la novación cuando en un convenio las partes en él interesadas alteran el contrato sustancialmente sustituyendo una obligación nueva por la antigua; consiguientemente, si es celebrada una compraventa de un equipo tecnológico y, posteriormente, los mismos contratantes pactan nuevo acuerdo para que en lugar del equipo originalmente adquirido se entregue otro de mayor alcance técnico y precio superior, ante ello, es indiscutible que el primer convenio quedó sin efectos al sustituirse por otro distinto el objeto materia del convenio inicial y así se actualiza la hipótesis de sustitución de una obligación actual o contemporánea a la primigenia alterándose, por ende, las condiciones en el pago y entrega de la cosa; de ahí que surta sus consecuencias tal novación conforme a derecho.

Amparo directo 614/2004. Industrias Nucleares Anodrac, S.A. de C.V. 5 de octubre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretaria: Aimeé Michelle Delgado Martínez.³⁸⁶

De acuerdo con esta tesis, la novación es un convenio y no un contrato, sin embargo, es importante subrayar que no sólo puede novarse una obligación nacida de un contrato, sino de cualquier fenómeno que conforme a la ley dé origen a las obligaciones.

Siguiendo con la novación en el Código Civil para el Distrito Federal, el legislador en el artículo 2214, torpemente comete un error más grave, al disponer:

Artículo 2214. La novación es un contrato, y como tal, está sujeto a las disposiciones respectivas, salvo las modificaciones siguientes.³⁸⁷

El problema que representa este artículo, es de contradicción entre dos normas, pues como se mencionó en los acápites anteriores, existe una distinción legal entre el convenio y el contrato. Así, de acuerdo al numeral 1792, el convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones; mientras que el contrato, según el 1793, sólo produce y transfiere derechos y obligaciones.

Considerando lo anterior, la novación no tiene el efecto de crear y transmitir derechos y obligaciones, sino de crear y extinguir. En otras palabras el efecto creador de la obligación, obedece a la causa de extinguir una obligación.

De acuerdo con el legislador, la novación, se sistematiza como una forma de extinguir las obligaciones, porque esa es la utilidad que se le ha imputado, es decir, no es “fuente” de las obligaciones para sistematizarla como tal, sino extintora de las mismas. Además, si se toma en cuenta el efecto creación-extinción, esto no se puede llevar a cabo mediante el contrato, el cual,

³⁸⁶ Tesis: II.2o.C.484 C, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XX, Época: Novena Época, Diciembre de 2004, Página: 1386

³⁸⁷ Código Civil para el Distrito Federal, Op. Cit. Nota 123 p. 222

sólo limita a la creación de la obligación, y al ser la novación un acto jurídico *sui generis*, que conjuga la creación y extinción de una obligación en una misma operación, resulta lógico que no pueda considerarse contrato, sino más bien, atendiendo a lo previsto por el artículo 1792, un convenio que crea y extingue obligaciones.

Otro punto a resaltar, del artículo 2214, es la sujeción que hace a la novación respecto de las disposiciones de los contratos, lo cual sólo opera en cuanto a la creación de la obligación nueva, pues si se toman como parámetro los artículos 1858 y 1859, esto no significa que la novación lo sea, pues de acuerdo con estos numerales se estipula:

Artículo 1858. Los contratos que no están especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueron omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía, de los reglamentados en este ordenamiento.

Artículo 1859. Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.³⁸⁸

Algunos autores, encausan su argumento de que la novación es contrato, justificando que esta figura jurídica está sujeta a las disposiciones y lineamientos de los contratos. Empero, para hacer una afirmación de tal naturaleza, se debe profundizar en una interpretación más exacta de los numerales supramencionados, porque si se analiza por separado al artículo 1858, crea la confusión, en que algunos juristas caen y generan, de considerar a la novación como contrato. Por consiguiente, hay que realizar el estudio conjunto de ambos artículos, lo cual, despeja las dudas y se muestra que el legislador, sigue distinguiendo al convenio del contrato, y que la novación en todo caso es un convenio *lato sensu* que crea y extingue una obligación, que está sujeta a las disposiciones de los contratos, sólo en cuanto no se opongan

³⁸⁸Código Civil para el Distrito Federal, Op. Cit. Nota 123 p. 158

a la naturaleza o a disposiciones especiales sobre la misma. Esto es más evidente cuando el artículo 2214 enuncia —salvo las disposiciones siguientes”, pues está marcando otra distinción entre los contratos y los convenios, dotando a estos últimos de disposiciones especiales, diversa de la generalidad de los contratos.

En consecuencia, el legislador se contradice, realizando, en primer lugar, una distinción entre convenio y contrato, y posteriormente, haciendo un uso indiscriminado de ambos términos. Por ello, es importante hacer este estudio, con el fin de proponer la modificación a los numerales 2213 y 2214, tratando de sumar a hacer liso y llano el entendimiento e interpretación de estos numerales. Por otra parte, existen autores como Ernesto Gutiérrez y González³⁸⁹, que señalan, tomando en consideración el artículo 2215, que la novación es un convenio (*lato sensu*) solemne, pues este numeral enuncia:

Artículo 2215. La novación nunca se presume, debe constar expresamente.³⁹⁰

³⁸⁹ Gutiérrez y González menciona: —la voluntad de novar no se externa de manera expresa resultará que no hay novación; habrá otro acto jurídico diverso, pero el acto novatorio no existirá.

Esto me permite sentar la afirmación de que el convenio novatorio es de tipo solemne en el Derecho mexicano, al contrario del argentino en donde no reviste esa característica, ya que ahí puede ser también la novación tácita...

...Puede sostenerse que en los códigos de 2000 la novación si es solemne pues aunque coincide con la idea de argentina de que no se presume, difiere fundamentalmente en que nunca puede ser tácita sino que siempre debe ser expresa, por lo cual sin esa característica no puede existir.

No se puede pensar que el acreedor quiera extinguir un crédito si no lo dice, y de igual manera no se puede pensar que el deudor o un tercero, busquen asumir una nueva deuda sin que lo digan en la forma expresa consagrada por la ley; si no se externa la voluntad de esa manera, no hay novación”, Op. Cit. Nota 112 p. 1171

³⁹⁰ Código Civil para el Distrito Federal, Op. Cit. Nota 123 p. 222

A diferencia de la legislación española, en México, se requiere precisar expresamente el ánimo de novar, pues en España basta con que la obligación sea de todo punto incompatible, para presumir que existe novación. Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en el sentido que sigue:

NOVACIÓN.

Nunca se presume; está sujeta a las condiciones de todos los contratos y a las disposiciones expresas de la ley. La novación del contrato sólo existe, cuando de manera clara aparece la intención de cambiar por otra, la obligación primitiva.

Amparo civil.—Escalante Lara Herminia.—11 de febrero de 1918.—Unanimidad de once votos.—La publicación no menciona el nombre del ponente.³⁹¹

Como se muestra, nunca se habla de solemnidad, sino de intención clara de crear una obligación nueva para extinguir la anterior. Por ende, el hecho de que el consentimiento deba constar expresamente no significa que sea solemne, pues para tener este carácter, se requiere la manifestación de la voluntad se haga ante la autoridad competente, expresando fielmente determinados lineamientos y palabras, las cuales, deben ser pronunciadas en determinado orden. Lo cual, no opera con la novación, pues simplemente las partes expresan su voluntad de crear una nueva obligación para extinguir la antigua, sin mayor requisito ni formulismos o palabras sacramentales.

Siguiendo con el estudio de la novación en el Código Civil para el Distrito Federal, este prevé los efectos que tiene una obligación anterior sujeta a condición suspensiva, disponiendo lo siguiente:

Artículo 2216. Aun cuando la obligación anterior esté subordinada a una condición suspensiva, solamente quedará la novación dependiente del cumplimiento de aquélla, si así se hubiere estipulado.³⁹²

³⁹¹ Registro: 1012681, Tipo de Tesis: Jurisprudencia , Fuente: Apéndice 1917-Septiembre 2011, Tomo V., Época: Quinta Época, Tesis: 82, Página: 89

A diferencia de lo que ocurre en España, en la cual, si la obligación primitiva es condicional, la novación se reputa condicional también³⁹³, nuestra legislación civil, pondera la libertad de las partes para convenir respecto de los efectos que tiene una obligación que está sujeta a condición suspensiva a su cumplimiento, sólo si así lo estipulan, es decir, da la posibilidad a las partes de extinguir una obligación condicional, se cumpla o no esa modalidad, creando una nueva obligación, sea cual fuere su naturaleza.

Respecto de las reglas para que opere la novación en el Código Civil para el Distrito Federal, los artículos 2217, 2218 y 2219, dan las bases para determinar su existencia, pues disponen:

Artículo 2217. Si la primera obligación se hubiere extinguido al tiempo en que se contrajere la segunda quedará la novación sin efecto.

Artículo 2218. 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.

Artículo 2219. Si la novación fuere nula, subsistirá la antigua obligación.³⁹⁴

En el caso del artículo 2217, nos plantea la hipótesis de que la primera obligación se extinga al tiempo que se contrajere la segunda, la novación ya no tiene efecto, lo cual, resalta el fin jurídico que persigue la novación, la cual, también la diferencia del contrato, pues su objetivo es extinguir la obligación – no crearla- por lo tanto, si la obligación que se pretende extinguir por medio la figura jurídica en mención, la misma queda sin efecto, pues no tiene una causa por la cual existir.

Los artículos 2218 y 2219, dan los supuestos de la nulidad de la novación, la cual tiene que ver con las disposiciones que la ley exige para la

³⁹² Código Civil para el Distrito Federal, Op. Cit. Nota 123 p. 222

³⁹³ Cfr. Castan Tobeñas, José, Op. Cit. Nota 106 p. 491

³⁹⁴ Código Civil para el Distrito Federal, Op. Cit. Nota 123 p. 223

existencia del fenómeno que dio origen a la primera obligación, así si esa obligación es nula, lo será también la novación, a excepción de que la causa de nulidad sólo se pueda invocar por el deudor si ratifica los actos nulos en su origen. Así la ley prevé en el artículo 2218 dos casos de nulidad: la absoluta que no se puede confirmar y convalidar los actos que dan origen a ella; y la relativa, la cual, deja de existir si los actos se convalidan por el deudor.

Por su parte el artículo 2219, prevé los efectos de la novación que es declarada nula por el Juez, el cual, hace revivir la anterior obligación que se pretendió extinguir, dejando sin efectos la nueva obligación.

Tomando en cuenta lo que se ha dicho en este acápite, es cristalino que en el Código Civil para el Distrito Federal, la novación tiene la naturaleza jurídica de contrato, empero, se muestra que el legislador de este cuerpo legal se confunde y se contradice entorno a lo dispuesto por los artículos 2213 y 2214 con los artículos 1792 y 1793, estos últimos que dan los lineamientos para diferenciar el contrato del convenio, por lo que sí este último -en sentido amplio- crea, modifica, transfiere y extingue obligaciones, es lógico, que la novación al crear y extinguir obligaciones, es convenio y no contrato, el cual, tiene por objeto, en razón del 1859, crear y transferir derechos y obligaciones.

3. Propuesta de reforma a los artículos 2213 y 2214 del Código Civil para el Distrito Federal vigente

Atendiendo al error en que incurre el legislador en el Código Civil para el Distrito Federal vigente, que a lo largo de esta investigación se ha mencionado, considero que lo más importante para esta tesis no es criticar la labor del mismo, sino justificar en qué y por qué se ha equivocado e intentar subsanar ese error, el cual desde mi punto de vista, resuelve las dudas respecto del lugar que debe ocupar la novación en el Derecho Civil y específicamente, en el Derecho de las Obligaciones.

Así, no se puede confundir a la novación con un contrato, cualquiera que sea su especie (nominado, innominado, sinalagmático, oneroso, gratuito, etc.) porque esa no es su naturaleza jurídica, y por ende, el lugar que ocupa en el

Derecho Civil es diferente al que ocupan los contratos, pues la novación es un convenio que sirve para extinguir obligaciones.

En razón a lo expuesto en esta tesis y atendiendo al método comparativo con otras legislaciones y doctrinas hago la siguiente propuesta de reforma a los artículos 2213 y 2214 del Código Civil para el Distrito Federal para quedar como sigue:

Artículo 2213. Existe novación de la obligación, cuando por convenio las partes en ella interesadas, la sustituyen por una nueva que le es incompatible, produciendo su extinción.

Artículo 2214. El convenio novatorio, en todo lo no previsto por este capítulo, queda sujeto a lo dispuesto por el artículo 1859.

De esta manera, se logra coherencia y armonía entre lo estipulado por los artículos 1792 y 1793, y lo dispuesto por los artículos 2213 y 2214, subsanando el error de contradicción que existe hasta el momento entre estas normas del ordenamiento civil en estudio. No dando lugar a dudas, respecto de la naturaleza jurídica y por ende el lugar que ocupa en el Derecho de las Obligaciones la novación que como se muestra, desde su origen hasta la actualidad del Derecho Civil mexicano ha sido y es una forma de extinción de las obligaciones.

Conclusiones

Primera.- Del estudio de los orígenes e historia de la novación, se desprende que en el Derecho romano, la novación tenía la naturaleza jurídica de contrato, pues ella, sólo podía realizarse mediante la fórmula de la estipulación, la cual, tenía por característica ser verbal y solemne.

Segunda.- Igualmente del análisis histórico de la novación se asevera que el Código Napoleón, es la primera legislación que distingue al contrato del convenio como se conoce en la actualidad, dando al primero los efectos limitados de crear y transmitir, y al segundo efectos amplios para crear, modificar, transmitir y extinguir derechos y obligaciones, lo que hizo que los juristas vieran en el contrato una especie limitada de convenio, y en consecuencia, la naturaleza jurídica de la novación cambia de ser contrato (como lo fue en el Derecho romano) a convenio. Y como se demuestra en esta tesis, la legislación civil mexicana copia al Código Napoleón y por esta razón, la novación es considerada forma de extinción de las obligaciones.

Tercera.- Del análisis de conceptos básicos de Derecho Civil que sirvieron como fundamento a esta investigación, como el de “obligación”, “fuentes de las obligaciones”, “formas de extinción de las obligaciones” y “novación”, se afirma que esta última, pertenece al campo semántico del Derecho Civil, en su rama de obligaciones, como una de sus formas de extinción y no como una fuente de las mismas, pues si bien genera obligaciones, esto sólo se realiza con el fin de extinguir la obligación previa.

Cuarta.- Del estudio comparado del Código Civil para el Distrito Federal, con la legislación civil vigente de España y las dos legislaciones argentinas (tanto la vigente como la que entrará en vigencia en 2016), se afirma que todas ellas regulan a la novación como una forma de extinción de las obligaciones, la cual, tiene la naturaleza jurídica de ser un contrato, pues en España, no hay distinción legal entre convenios y contratos, ya que sólo existe éste último, dejando fuera la terminología “convenio”, regulando al contrato como figura jurídica que tiene la función de dar alguna cosa o prestar algún servicio. Asimismo, en la legislación civil de argentina tanto en la vigente, como en la que regirá en 2016, tampoco existe diferencia entre los términos mencionados, pues sólo se menciona de este último en la legislación civil vigente que

consiste en una declaración de voluntad que regla los derechos de las personas; y en el que entrará en vigor en Argentina en 2016, se menciona del contrato que es: el consentimiento de las partes que en él intervienen para crear, modificar, transmitir y extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. Con lo cual, en ambos países se muestra que los términos contrato y convenio son sinónimos y por ende la novación, que su legislación regula es contrato o convenio.

Quinta.- Conforme a la aplicación de la teoría de la naturaleza jurídica en general, a la novación en sus dos especies (subjetiva y objetiva), se demuestra, que es un convenio (en sentido amplio) que extingue obligaciones. Pues aplicando la misma teoría a los términos “contrato” y “convenio”, se afirma que no son lo mismo, ya que el primero crea y transfiere obligaciones; mientras que el segundo en sentido amplio crea, modifica, transfiere y extingue obligaciones. Por lo cual, si la novación es una forma de extinción de las obligaciones, es evidente que ella tiene la naturaleza de convenio en sentido amplio y no de contrato, pues si fuera este último, quedaría limitado su efecto sólo a la creación de la obligación, al igual que sólo a su extinción, si fuera únicamente convenio en estricto sentido.

Sexta.- Por todo lo anterior, se afirma que existe contradicción entre los numerales 1792 y 1793, con lo dispuesto por los artículos 2213 y 2214 del Código Civil para el Distrito Federal, pues la novación es convenio en sentido amplio y no contrato, lo que hace necesaria la reforma que propongo a estos dos últimos numerales, con el fin de evitar confusión, contradicción o vaguedad, respecto del lugar que en el Derecho Civil debe ocupar la novación, logrando así una legislación armónica, clara, lisa y llana, adecuada a las exigencias de nuestra sociedad actual.

Glosario

Acceptilatio.- Forma verbal para extinguir las obligaciones.

Actio bonai fidei.- Acción de buena fe.

Actio doli.- Acción pretoria por dolo o fraude, introducida por el pretor Aquilio Galo en el año 66 a.C. para obtener una indemnización por el perjuicio sufrido.

Actio venditi.- Acción derivada del contrato de venta.

Animus novandi.- Con la intención de novar, animo de novar.

Auctoritas tutoris.- La expresión *auctoritas*, aparece en Roma unificada a la función tutelar. Así, el tutor poseía la *auctoritas*, que permitía sumar la voluntad del pupilo completando de tal modo su capacidad. En Derecho romano se entiende por *auctoritas* una cierta legitimación socialmente reconocida, que procede de un saber y que se otorga a una serie de ciudadanos. Ostenta la *auctoritas* aquella personalidad o institución, que tiene capacidad moral para emitir una opinión cualificada sobre una decisión

Contrarius actus.- Acción contraria.

Contrario Sensu.- Sentido contrario.

Delegatio.- Delegación. La delegación es una operación por la cual una persona (delegado) cumple o se compromete a cumplir una prestación a favor de otra(delegatario) por orden de una tercera (delegante). Dictio dotis.- Contrato para prometer solemnemente la constitución de la dote.

Exceptio doli.- Es una defensa procesal introducida para que el demandado pudiera oponerse válidamente a la pretensión del actor, aduciendo el empleo de dolo por parte de éste último, en la concertación del negocio jurídico o en la exigencia del cumplimiento inequitativo.

Expromitio.- Expromisión. Podría entenderse como aquel acto en base al cual un tercero asume la deuda de un determinado sujeto conviniéndolo con el acreedor y sin intervención del mencionado deudor.

In iure cessio.- Constituye en el Derecho romano un modo de transmitir la propiedad tanto de las cosas mancipables cuanto de las no mancipables.

Index.- Libro en el cual los ciudadanos romanos introducían sus operaciones comerciales.

Ipsa iure.- Expresión latina que puede traducirse como "por virtud del derecho" o "de pleno derecho". Es una forma de extinción de las obligaciones que destruye el vínculo entre deudor y acreedor, en cuyo caso hay una liberación absoluta y definitiva.

Lato sensu.- Sentido Amplio

Litis contestatio.- En el Derecho romano el término *litis contestatio* varía según el tipo de procedimiento en que tiene lugar. En el procedimiento de las acciones de la ley, la *litis contestatio* es el momento de la fase en derecho en que son llamados los testigos del juicio para que recuerden lo que en dicha fase ha ocurrido y lo repitan ante el juez. En el procedimiento formulario la *litis contestatio* es un momento jurídico procesal un poco más complejo, que suele confundirse con el momento en que el demandado recibe la fórmula del demandante y la acepta, quedando así definido el juicio.

Litteris.- Contrato escrito.

Mancipatio.- Es una forma antigua de transmitir la propiedad en la Roma que utilizaba para transmitir la propiedad de las cosas mancipables (que son: los fondos, la casa o *domus*, los esclavos y los animales de carga)

Nexus.- Vínculo personal

Nomina Trascriptia.- Contrato *litteris* o escrito mediante el cual se consignaban en los libros de contabilidad del acreedor, eran contratos unilaterales y de estricto derecho, y su objeto era una determinada cantidad de dinero y protegido por una acción, para exigir su cumplimiento.

Novatio.- Novación, forma de extinción de una obligación por la creación de una nueva que la sustituye.-

Obligatio.- Obligación.

Obligatio ex stipulatione.- Obligación derivada de la estipulación.

Obligatio ex vendictio.- Obligación derivada de la venta.

Ope exceptionis.- Forma de extinción de las obligaciones, que se caracteriza por paralizar la acción que tiene el acreedor en su contra, impidiendo que se le pueda cobrar, mediante excepción por medio del deudor.

Prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque traslatio.- Según Ulpiano, la novación consiste en hacer pasar a una obligación nueva el contenido de una obligación anterior

Pupillus.- Pupilo.

Solutio per aes et libram.- Es el pago (solutio) realizado a través de un trozo moneda de cobre (aes) -el que se estipulara-, corroborando la cantidad a través de un peso o balanza (libra). El cobre era pesado el "libripens" (funcionario que tenía a su cargo el empleo de la balanza que servía para pesar el metal), en presencia de 5 testigos y pronunciando unas solemnidades. Posteriormente, introducida la moneda (los ases, por ejemplo) la cantidad de metal pesado dará paso a una cantidad de dinero (de monedas). Por lo tanto, es el pago por as y libra, pago a través de una determinada cantidad de cobre que es pesado en una balanza.

Stipulatio.- Contrato por estipulación, formulismo verbal para la creación de un contrato.

Stricti iuris.- De estricto derecho.

Stricti Sensu.- Sentido estricto

Traditio.- En sentido amplio *traditio* equivale a entrega y deriva del verbo *tradere*, compuesto de *trans* (de la otra parte, más allá) y *do* (dar), con el significado de entregar o poner en manos de otro.

Transcriptio in re personam.- Las transcripciones en el Derecho romano eran a re in personam, y a persona in personam. La primera cuando no había cambio en la persona sino en la causa de la obligación, y la segunda cuando había cambio de personas.

Verbiis.- Contrato que se realizaba mediante el empleo de formulas verbales, contrato verbal.

Fuentes de consulta.

Bibliografía.

- AGUILAR, CARBAJAL, Leopoldo, *Contratos Civiles*, 2ª edición, Porrúa, México, 1977.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio, *Curso de Derecho de obligaciones, Vol. I., Teoría General de la Obligación*, Editorial Civitas, Madrid, España, 2000.
- ARANGIO- RUIZ, Vincenzo, *Instituciones de Derecho Romano, traducción a la 10ª edición italiana por José M. Caramés Fierro*, Ediciones Depalma, Argentina, 1973.
- AZUA REYES, Sergio T. *Teoría General de las Obligaciones, Prólogo de Ignacio Galindo Garfias, 3ª ed. Actualizada*. Porrúa, México, 2000.
- BATIZA, Rodolfo. *Las fuentes del Código Civil de 1928. 1ª edición*. Editorial Porrúa, S.A. México.
- BETTI, Emilio. *Teoría General de las Obligaciones, Tomo II, Traducción y notas de Derecho Español por José Luis de los Mozos*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.
- BONILLA San Martín. Adolfo, *Sobre los efectos de la voluntad unilateral (propia o ajena) en materia de obligaciones mercantiles*, Reus. S. A., Madrid .1901
- BONNECASE, Julien, *Elementos de Derecho Civil, T. II, Derecho de las Obligaciones, de los Contratos y del Crédito, traducción por el Lic. José M. Cajica Jr.*, Cárdenas Editor Distribuidor, México, 2002.
- BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho Civil, Obligaciones I, 7ª edición actualizada*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.
- BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones, T. I*, Porrúa, México, 1939.
- BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones, concordada con la legislación vigente por Francisco Ignacio Borja Martínez, 15ª edición*, Porrúa, México, 1997.
- BORREL Y SOLER, Antonio M. *Derecho Civil Español, T. III, Obligaciones y Contratos*, Bosh Casa Editorial, Barcelona, 1955.
- CAMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Manual de Obligaciones*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1997.

- CAPDEQUI, José María. *Historia del Derecho Español en América y del Derecho Indiano*. Aguilar Ediciones S.A. Impreso en España por ediciones Gráficas. Madrid, España 1969
- CARBONNIER, Jean. *Decano honorario de la Facultad de Derecho de Poitiers y encargado de la de París. Derecho Civil. Trad. de la 1ª ed. francesa con adiciones de conversión a Derecho Español, por Manuel María Zorrilla Ruiz. Prólogo del Dr. Antonio Hernández Gil. Tomo I. Vol. I. Disciplina General y Derecho de las Personas. Título de la edición original Droit Civil*. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, España. 1960
- CARBONNIER, Jean, *Derecho Civil, Estudio Introductorio, Y traducción de la 1ª edición francesa con adiciones de conversión al Derecho español por Manuel Ma. Zorrilla Ruiz, Tomo II, Vol. III, Situaciones Extracontractuales y Dinámica de las Obligaciones*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1960.
- CASTAN Tobeñas, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral, T. III Derecho de las Obligaciones, la Obligación y el Contrato en general, 16ª ed.*, Editorial REUS, S. A. Madrid, España. 1992.
- CAZEAUX, Pedro y TRIGO REPRESAS, Félix, *Compendio de Derecho de las Obligaciones, Tomo II*, Editorial Platense, La Plata, Argentina, 1986.
- CHANETON, Abel. *Historia de Vélez Sársfield. T. 2*, Editorial La Facultad. Buenos Aires, 1938.
- CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, *Instituciones de derecho civil español, Tomo III*, Madrid, 1930
- COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri, *Derecho Civil, Obligaciones, Vol. 1, Colección Grandes Maestros del Derecho Civil*, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2004.
- CRUZ BARNEY, Oscar, *La Codificación Civil en México: Aspectos Generales*, IJ-UNAM, texto en PDF.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Madrid. Derecho Civil de España. Parte General I. Libro Preliminar. Introducción al Derecho Civil. 3ª edición. Editorial Instituto de Estudios Políticos*. Madrid. 1955.
- DE GASPERI, Luis, *Tratado de Derecho Civil III, De las Obligaciones (parte especial)*, Editorial Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1964

- DE PINA, Rafael, *Elementos de Derecho Civil Mexicano (Obligaciones civiles-Contratos en General)*, Volumen Tercero, Cuarta Edición revisada y actualizada por Rafael de Pina Vara, Porrúa, México, 1977.
- DÍAZ BRAVO, Arturo, *Contratos mercantiles*, 6a. ed., Editorial Harla, México, 1997.
- DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Volumen segundo, Las relaciones obligatorias, Quinta edición*, Editorial Civitas, Madrid, 1996.
- DOMAT, Jean, *Las leyes civiles en su orden natural, Libro I*, Editorial José Taula, Madrid, 1884.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Convenio y contrato*, México, Porrúa, 2011.
- DUPICHOT, Jacques. *Derecho de las Obligaciones*, Versión Castellana de Rosangela Calle. Editorial Temis, Bogotá, 1984.
- ENNECCERUS, Ludwig, *Derecho de Obligaciones, traducción de la 35ª edición alemana por Blas Pérez González y José Alguer, Volumen Primero, Doctrina General*, Bosh Casa Editorial, Barcelona, 1954.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Las fuentes de las obligaciones*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- GARCÍA AMIGO, Manuel, *Lecciones de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos*, McGraw- Hill, Madrid, 1995.
- GAUDEMET, Eugene, *Teoría General de las Obligaciones, traducción y notas de derecho mexicano por Pablo Macedo*, Editorial Porrúa, S. A. México, 1974.
- GIORGI, Jorge, *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*, Vol .1, Editorial Reus, Madrid, 1909.
- GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián.et. al. *Estudios Jurídicos que en Homenaje a Antonio de Ibarrola Aznar presenta el Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Universidad Nacional Autónoma de México*. UNAM, México, 1996.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones, Décima Séptima edición, aumentada y puesta al día por la doctora Raquel Sandra Contreras López*, Editorial Porrúa, México, 2008.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Obras Completas, Tomo III, Derecho de las Obligaciones*, Editorial Espasa- Calpe, S. A., Madrid, 1988.
- IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano, Historia e Instituciones. 10ª ed.* Editorial Ariel S.A. Barcelona, 1992

- JOSSERAND, Louis, *Teoría General de las Obligaciones*, Editorial Leyer, Colombia, 2005.
- LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones, Tomo III, Cuarta edición actualizada por Patricio Raffo Benegas*. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1983
- LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil: Parte General*. Abeledo- Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2003.
- MARGADANT S, Guillermo F. *El Derecho Privado Romano. 26ª ed.* Editorial Esfinge. México. 2006
- MARTY, Gabriel, *Teoría General de las Obligaciones*, Editorial Cajica S. A. , Puebla, México, 1986
- MAZEAUD, Henri, León y Jean. *Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera. Vol. I, que constituye la traducción de los títulos I y II del Libro Primero. Tomo I; de la obra Lecons de Droit Civil, de Henri, Leon y Jean Mazeaud. Trad. de Luis Alcalá Zamora y Castillo*. Editorial Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, República Argentina. 1959.
- MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Lecciones de Derecho Civil, Volumen II.*, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1959.
- MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio. *El Derecho Precolonial*. Tercera edición. Ed. Porrúa, S.A. México. 1976.
- MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial, T. IV, traducción de Santiago Sentis Melendo*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *La Novación (en el Código Civil Argentino)*, T. 95, Editorial Zeus, Córdoba, Argentina
- MUÑOZ, Luis y CASTRO ZAVALA, Salvador, *Comentarios al Código Civil. Tomo I. 1ª edición*. Cárdenas, Editor y Distribuidor. México, D.F. 1974
- ORTIZ URQUIDI, Raúl. *Oaxaca. Cuna de la Codificación Iberoamericana*. Editorial Porrúa, S.A. México, DF. 1964.
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*, Editorial Temis S.A., Bogotá, 1987
- PETIT, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano, contiene el desarrollo histórico y la exposición general de los principios de la legislación romana desde*

- el origen de Roma hasta el emperador Justiniano*, Editora Nacional, México, 1971.
- PLANIOL, Marcelo, *Tratado Elemental de Derecho Civil, T. II*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1978.
- PLANIOL Marcelo y RIPERT, Jorge, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Las obligaciones, T. II.*, Editorial Acrópolis, México, 1998.
- PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, traducción española del Dr. Mario Díaz Cruz, Tomo Séptimo, Las Obligaciones, Primera parte*, Editorial Cultural, S. A. Habana, 1945
- POTHIER, Robert Joseph, *Tratado de las Obligaciones*, Publicación aportada por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003.
- POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de las Obligaciones*, Segunda Parte, 3ª edición. Biblioteca Científica y Literaria, Barcelona
- PUIG BRUTAU, José, *Compendio de Derecho Civil, Volumen II, Derecho de Obligaciones, Contratos y Cuasicontratos, Obligaciones derivadas de los actos ilícitos, 3ª edición actualizada por Carles J. Maluquer de Montes*, Bosch Casa Editorial, Barcelona
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil III, Teoría General de las Obligaciones, decimoquinta edición aumentada con jurisprudencia definida de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la última compilación editada en el año de 1980*, Porrúa, México, 1987.
- RUGGIERO, Roberto de, *Instituciones de Derecho Civil, T. II, Vol. 1, Derecho de Obligaciones, Derecho de Familia, Derecho Hereditario*, Editorial REUS, Madrid, España.
- SALVAT, Raymundo M. *Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones en General*, Edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Enrique V. Galli, Tomo III,. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1952.
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos Civiles*, 24ª ed. Porrúa, México, 2010.
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *Dos Códigos y una Escuela de Derecho*, México, Fuentes Impresores, 1972.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *La novación de las obligaciones*, Editorial Nauta, Barcelona, 1964
- SCHULZ, Fritz, *Derecho Romano Clásico, Traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teigeiro*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1960.

- SOHM, Rodolfo, *Instituciones de Derecho Privado Romano, Historia y Sistema*, Ediciones Coyoacán S. A. de C. V., México, 2006.
- SUÁREZ SUÁREZ, Guillermo. *La Novación. En: Serie Tesis presentadas por los alumnos con ocasión de su Grado, Volumen II*, Pontificia Universidad Católica Javeriana, Bogotá, 1943.
- TRIGO REPRESAR, Félix A., y CAMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Código Civil comentado: Doctrina, Jurisprudencia- Bibliografía, Obligaciones, T. II., Arts. 625-895*. Rubincal-Calzoni Editores, Buenos Aires, 2005.
- VON THUR, Andreas. *Tratado de las Obligaciones, Tomo II*, 1934.

Diccionarios, Enciclopedias y Revistas.

- ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José, *“El artículo 1.207 del Código Civil: Notas para un estudio de las relaciones accesorias en la novación”*, Revista Crítica de Derecho inmobiliario, Núm. 499, Noviembre- Diciembre de 1973, España.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, Eliasta. R. L. Buenos Aires, 1988.
- Enciclopedia Jurídica Latinoamericana, Tomo III, Concur-Custo*, IIJ- Porrúa, México, 2006.
- Enciclopedia Jurídica Mexicana del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo II*, Porrúa-UNAM, México 2002.
- GUTIÉRREZ- ALVIZ Y ARMARIO, Faustino, *Diccionario de Derecho Romano. 4ª ed.* Editorial Reus., Madrid, España. 1995.
- MAGALLÓN IBARRA, Mario, 239oord.. *Compendio de Términos de Derecho Civil*. Editorial Porrúa- Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2004
- LAROUSSE, *Diccionario básico escolar, por Ramón García Pelayo Gross, 2ª edición*, Editorial Larousse, México, 2004.
- MARTÍNEZ MARÍN J., et al. *Diccionario de Términos Jurídicos*, Granada, 1994.
- OSSORIO Y FLORIT, Manuel, *Diccionario de Derecho, Tomo I A-I*, Editorial Heliasta, Argentina, 2007.
- PIMENTEL ÁLVAREZ, Julio. *Breve Diccionario Porrúa (Latín/ Español, Español/ Latín)*. 3ª ed., Editorial Porrúa, México. 2004.

VALLETA, María Laura, *Diccionario Jurídico*, 4ª ed. Valletta Ediciones, Argentina, 2006.

Legislación.

Código Civil, Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Ministerio de Gracia y Justicia BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889, Texto Consolidado, última modificación: 14 de noviembre de 2012.

Código Civil de la República Argentina, Texto en PDF.

Código Civil de Veracruz-Llave, Edición Oficial, Imprenta el Progreso, Veracruz, 1868, Texto en PDF

Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870. Editado por imprenta dirigida por José Batiza, México, 1870. Ministerio de Justicia e Instrucción Pública

Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, Ed. Of., México, 1884.

Código Civil para el Distrito Federal, Agenda Civil del D.F. 2014, Versión cosida, Editorial ISEF, México 2014

Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, Texto en PDF

Código Civil para el D.F. Comentado. Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM, Editorial Miguel Ángel Porrúa, México, 1984

Código Civil y Comercial de la Nación, Aprobado por ley 26.994, Promulgado según decreto 1795/2004, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, Editorial Infojus, Buenos Aires, 2014

Código Napoleón con las variaciones adoptadas por el cuerpo legislativo el día 3 de septiembre de 1807, Imprenta de la hija de Ibarra, Madrid, 1809. Texto en PDF.

SIERRA, Justo. *Proyecto de un Código Civil Mexicano, formado por orden del Supremo Gobierno.* Edición Oficial. Imprenta de Vicente G. Torre. San Juan de Letrán No. 3, México, 1861.

Proyecto de Código Civil, presentado al Segundo Congreso Constitucional del Estado Libre de Zacatecas, por la Comisión encargada de redactarlo. Impreso en la Oficina del Gobierno, bajo la Dirección de Pedro Piña. Zacatecas, 1829

Tesis Aisladas y Jurisprudencias.

Tesis: I.6°.C.100 C, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta , Tomo VII, Época Novena, Febrero de 1998, Página: 518.

Tesis: II.2°.C.484 C, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XX, Época: Novena Época, Diciembre de 2004, Página: 1386.

Tesis: VI.2°. J/36, Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo III, Novena Época, Enero de 1996 , Página: 97.

Tesis: VI.3°.32 C, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo III, Novena Época, Junio de 1996, Página: 880.

Tesis: 82, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Apéndice 1917-Septiembre 2011, Tomo V. Civil Primera Parte – SCJN Primera Sección – Civil, Subsección, Quinta Época, Página: 89.

Referencias de Internet.

Diccionario de Etimologías Latinas, Consultado el 29 de septiembre de 2014, Disponible en Internet en: <http://etimologias.dechile.net/?juri.dico>

Historia del Código Civil español, Disponible en internet en:

<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/codigo-civil/codigo-civil.htm>

Punto por punto los cambios que llegan en el nuevo Código Civil para el argentino de a pie. Disponible en internet en: <http://www.iprofesional.com/notas/197357-Punto-por-punto-los-cambios-que-llegan-con-el-nuevo-Codigo-Civil-para-el-argentino-de-a-pie>

SIMENTAL FRANCO, Victor Amaury, *Contratos. Consideraciones en torno a su definición*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, Texto en PDF. Disponible en Internet en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/21/dtr/dtr4.pdf>