

## LA NOVACION LEGAL

Felipe Osterling Parodi\*  
Mario Castillo Freyre\*\*

### SUMARIO:

1. *Consideraciones generales.*
2. *Clases de novación legal.*
  - 2.1. *Novación legal que opera de pleno derecho.*
    - 2.1.1. **Inicio de la persona jurídica. Actos celebrados en su nombre con anterioridad a su inscripción registral.**
    - 2.1.2. **Pérdida del derecho a utilizar el plazo.**
    - 2.1.3. **Derecho a acrecer del colegatario.**
    - 2.1.4. **Carácter en que se heredan las obligaciones solidarias.**
    - 2.1.5. **Efectos de la insolvencia de un codeudor.**
    - 2.1.6. **Pago con títulos valores.**
    - 2.1.7. **Pago con subrogación legal en las obligaciones indivisibles y solidarias.**

---

\* Felipe Osterling Parodi, Doctor en Derecho y Abogado en ejercicio, socio del Estudio Osterling; profesor de Obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor extraordinario en la Universidad de Lima y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Fue Presidente de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984. En tal condición fue ponente del Libro VI sobre las Obligaciones. Ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Ministro de Estado en la cartera de Justicia, Senador y Presidente del Congreso de la República y Decano del Colegio de Abogados de Lima. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho.

\*\* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima.

- 2.1.8. Pago indebido y supuesto de enajenación del bien recibido con mala fe.
- 2.1.9. Carácter en que se hereda la cláusula penal solidaria y divisible.
- 2.1.10. Modificación de los términos contractuales en virtud de disposiciones legales posteriores.
- 2.1.11. Garantía de cumplimiento de la obligación del deudor por parte del cedente de su posición contractual.
- 2.1.12. Contrato en favor de tercero en el cual el estipulante puede exigir a su favor el beneficio pactado en el contrato.
- 2.1.13. Promesa de la obligación o del hecho de un tercero referido a la celebración de un futuro contrato de compraventa, que se transforma en una compraventa propiamente dicha.
- 2.1.14. Arrendamiento de bien ajeno transformado en una promesa de la obligación o del hecho de un tercero referido a la futura celebración de un contrato de arrendamiento.
- 2.1.15. Efectos de la enajenación del bien prestado, por parte de los herederos del comodatario.
- 2.1.16. Supuesto de depósito irregular.
- 2.1.17. Reemplazo del fiador en caso de insolvencia.
- 2.1.18. Prescripción extintiva.
- 2.2. *Novación legal que opera en virtud de resolución judicial.*
  - 2.2.1. Ampliación y modificación de los fines de una fundación.
  - 2.2.2. Supuesto de afectación de los bienes de una fundación no inscrita.
  - 2.2.3. Efectos de la declaración de quiebra de uno de los cónyuges.
  - 2.2.4. Separación de cuerpos. Efectos.

- 2.2.5. Adopción.
- 2.2.6. Cambio en la forma de la prestación alimenticia.
- 2.2.7. Efectos de la declaración de indignidad para suceder.
- 2.2.8. Posibilidad de sustitución de la prenda.
- 2.2.9. Autorización judicial para vender el bien pignorado por deterioro del mismo.
- 2.2.10. Efectos de la pérdida o deterioro del bien hipotecado.
- 2.2.11. Indemnización de daños y perjuicios derivada de causa imputable al deudor.
- 2.2.12. Posibilidad de solicitar la reducción de la prestación o el aumento de la contraprestación, por excesiva onerosidad.
- 2.2.13. Indemnización equitativa en caso de daño causado por persona incapaz.

## 1. *Consideraciones generales.*

Como bien sabemos, las obligaciones pueden nacer de la voluntad o de la ley, existiendo, en este último caso, numerosos preceptos que generan relaciones obligacionales al margen de la voluntad y que incorporan, sin duda, casos de novación legal que operan de pleno derecho o en virtud de resolución judicial.

No obstante estos principios incontrovertibles, la doctrina omite tratar sobre la novación legal, sea de pleno derecho o a mérito de una declaración judicial. En tal sentido, no existe sustento que permita confrontar opiniones.

Tal vez lo que determina ese silencio sea la ausencia, en estos casos, del **animus novandi**, considerado como uno de los requisitos de toda novación, bajo la

premisa de que esa exigencia es privativa de la voluntad de los intervinientes<sup>1</sup>.

La presencia del **animus novandi**, sin embargo, no se desprende del artículo 1277 del Código Civil Peruano, norma que se limita a señalar que por la novación se sustituye una obligación por otra; y que para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitadamente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva.

Antes de analizar la novación legal en el Código Civil Peruano, debemos anotar algunas consideraciones de importancia.

Como se percibe del estudio de la novación, la doctrina se refiere exclusivamente a la novación voluntaria.

La novación legal -a entender nuestro- siempre ha existido. De ella, sin embargo, no ha tratado ni la citada doctrina ni la legislación de los diversos países correspondientes a nuestra tradición jurídica.

Dentro de tal orden de ideas, estimamos imprescindible señalar que, si bien es cierto que la mayoría de efectos de la novación voluntaria se generan por igual en la novación legal -ya opere ésta de pleno

---

<sup>1</sup> Incluso uno de los autores, en un anterior trabajo (CASTILLO FREYRE, Mario. Los Contratos Sobre Bienes Ajenos, Páginas 167 y 168. Obra editada con el auspicio del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología del Perú (CONCYTEC). Lima, 1990.), analizando un artículo del Código Civil, llegó a la conclusión de que al no estar presente "el elemento volitivo, indispensable para la constitución del contrato de novación...", se inclinaba por negar la existencia de la novación legal. No obstante, en una investigación posterior (CASTILLO FREYRE, Mario. El Bien Materia del Contrato de Compraventa, Páginas 315 a 318. Biblioteca Para leer el Código Civil, Volumen XIII, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992.) opinó lo contrario, concluyendo en la posibilidad de la existencia de la novación legal.

derecho o en virtud de resolución judicial-, uno de ellos no se produce. Se trata de la extinción de las garantías correspondientes a la obligación original, lo que equivale a decir que, contrariamente a lo dispuesto por el artículo 1283 del Código Civil, en la novación legal sí se transmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario.

Si se aplicara ciegamente el artículo 1283 citado a los casos de novación legal, ello podría generar graves perjuicios al acreedor, que vería extinguidas las garantías que cautelaban sus derechos, sin su asentimiento para que operara tal extinción.

Sostenemos esta tesis porque con frecuencia la novación legal opera al margen de la voluntad de las partes, y extinguir garantías, en estas circunstancias, conduciría a situaciones no sólo injustas sino absurdas.

Por tales razones y en el entendido de que el artículo 1283 del Código Civil ha sido concebido privativamente para la novación voluntaria, es que exceptuamos su aplicación a la novación legal.

Aquí deseamos dejar expresa constancia que acogemos los mismos criterios, esto es que las garantías se mantienen, cuando la prestación es posible, pero ante la inejecución el acreedor opta por la vía de los daños y perjuicios. Esta circunstancia resulta contundente para sostener que en la novación legal no opera la extinción de las garantías. La opinión contraria resultaría arbitraria y susceptible de generar las mayores injusticias. Y aunque la doctrina consultada no aborda el tema, nadie podría sostener razonablemente que cuando se opta por la vía indemnizatoria las garantías se perjudican.

Por lo demás, antes de ingresar al estudio de los casos en que la novación legal opera de pleno derecho o por resolución judicial, debemos establecer algunas reglas

que, en opinión nuestra, precisan tenerse en consideración.

En primer lugar, estaremos ante supuestos de novación legal sólo en aquellas hipótesis en que la sustitución de una obligación por otra se produce en virtud de un mandato legal, aun cuando la causa fuente de la obligación originaria fuese la voluntad humana.

Luego, no habrá novación legal cuando ante la imposibilidad absoluta de cumplimiento de una obligación, por haberse extinguido la prestación, o por haberse declarado rescindido o resuelto el contrato, la ley establezca determinadas consecuencias a través de la creación de nuevas obligaciones, como la de pagar una indemnización por daños y perjuicios. Este sería el caso, por citar un solo ejemplo, del deudor que se obliga a entregar a su acreedor un bien cierto, el cual se pierde - antes de su entrega- por culpa de dicho deudor. En esta eventualidad, en virtud a lo establecido por el primer párrafo del inciso 1 del artículo 1138 del Código Civil, la obligación del deudor queda resuelta, pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, y el deudor queda sujeto al pago de la correspondiente indemnización.

Se presentará un supuesto de novación legal, cuando la obligación originaria no se hubiese extinguido, pero por resultar inútil al acreedor, el deudor -por mandato de la ley- se encuentre obligado al pago de una indemnización de daños y perjuicios en sustitución al pago de la obligación originaria. Por ejemplo, la hipótesis del deudor en mora cuyo incumplimiento acarrea que el acreedor pierda interés en la prestación por resultarle inútil. En este caso, el acreedor podría recurrir a la vía de la resolución del contrato, reclamando (en lugar de aquella prestación que se le debía) el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

Asimismo, se produce novación legal cuando, resultando aún existente y útil la prestación, el acreedor, ante el incumplimiento del deudor, opta por el pago de la indemnización de daños y perjuicios.

Por otra parte, no estaremos ante una novación legal, cuando la ley estatuye un principio supletorio de la voluntad de los contratantes, vale decir, cuando, a falta de previsión por las partes, deba aplicarse una disposición determinada. Este sería el caso previsto por el artículo 1238 del Código Civil, según el cual el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario, o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso.

Para estos efectos también podríamos citar lo dispuesto por el artículo 1240, en el sentido de que si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación, y lo prescrito por el artículo 1241, que establece que los gastos ocasionados por el pago son de cuenta del deudor, salvo pacto en contrario.

No habrá novación legal, en fin, cuando la ley prevea como opción para alguna de las partes la posibilidad de sustituir alguno de los elementos accesorios de la obligación originaria. Sería el caso, por ejemplo, de lo establecido por el artículo 1239 del Código Civil, al prescribir que, si el deudor cambia de domicilio, habiendo sido designado éste como lugar para el pago, el acreedor puede exigirlo en el primer domicilio o en el nuevo; aplicándose igual regla respecto al deudor cuando el pago deba verificarse en el domicilio del acreedor.

## **2. Clases de novación legal.**

### *2.1. Novación legal que opera de pleno derecho.*

El Código Civil Peruano contempla numerosos supuestos de novación legal que operan de pleno derecho, los mismos que pasamos a analizar<sup>2</sup>.

**2.1.1. Inicio de la persona jurídica. Actos celebrados en su nombre con anterioridad a su inscripción registral.**

El artículo 77 del Código Civil presenta un supuesto de novación legal subjetiva, pudiendo darse por cambio de acreedor o de deudor, según fuese el caso, pues la norma establece que la existencia de la persona jurídica de derecho privado comienza el día de su inscripción en el registro respectivo, salvo disposición distinta de la ley. Y agrega que la eficacia de los actos celebrados en nombre de la persona jurídica antes de su inscripción queda subordinada a este requisito y a su ratificación dentro de los tres meses siguientes de haber sido inscrita.

Si la persona jurídica no se constituye o no se ratifican los actos realizados en nombre de ella, quienes los hubieran celebrado son ilimitada y solidariamente responsables frente a terceros.

Esto significa que en tanto no se inscriba la persona jurídica y se ratifiquen los actos previos practicados, los sujetos de las obligaciones contraídas en su nombre (ya sea en calidad de acreedores o de deudores) serán aquellas personas que los hubieran celebrado, con responsabilidad solidaria en el caso de los deudores.

Pero, si la persona jurídica se inscribe en el Registro y se ratifican los actos previos, los deudores o

---

<sup>2</sup> Por la naturaleza de este estudio dejaremos de lado la novación legal en otras áreas del Derecho, para analizar únicamente los casos más visibles y representativos previstos por el Código Civil, sin que dicha enumeración signifique, en modo alguno, agotar los supuestos que acoge la ley civil.

acreedores dejarán de ser sujetos de la relación obligacional, sustituyéndose en tales prestaciones la persona jurídica, lo que origina novación.

#### 2.1.2. **Pérdida del derecho a utilizar el plazo.**

De acuerdo con el artículo 181, inciso 3, del Código Civil, el deudor pierde el derecho a utilizar el plazo cuando las garantías desaparecieren por causa no imputable al deudor, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras equivalentes, a satisfacción del acreedor.

Dicha hipótesis determina la supresión del plazo estipulado, de suerte que, si el deudor ha contraído una obligación modal -producido el supuesto de hecho de la norma-, en lo sucesivo adeudará una obligación pura y simple, cuyo pago sería exigible inmediatamente (argumento del artículo 1240 del Código Civil).

Este supuesto de novación legal se producirá, entonces, por sustituirse -en virtud de un mandato legal- una obligación modal (sujeta a plazo) por otra pura y simple.

#### 2.1.3. **Derecho de acrecer del colegatario.**

De acuerdo con lo previsto por el artículo 775 del Código Civil, cuando un mismo bien es legado a varias personas, sin determinación de partes o en partes iguales, y alguna de ellas no quiera o no pueda recibir la que le corresponde, ésta acrecerá las partes de las demás.

Aquí debemos recordar el artículo 660 del mismo Código, cuando preceptúa que, desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores. No existe pues la **res nullius**, generando efectos la sucesión del legado desde el instante mismo del fallecimiento del causante.

En tal sentido, al ser todos los legatarios acreedores de la sucesión, si nos encontrásemos ante el supuesto contenido en el artículo 775, aquellos colegatarios que hubiesen aceptado el legado se verían beneficiados, pues acrecerían sus partes, en la eventualidad de que otro u otros de los colegatarios no quisieran o no pudieran recibirlo.

Dentro de ese orden de ideas, y respecto a los colegatarios beneficiados por el derecho de acrecer, diríamos que el objeto de las obligaciones de las que son acreedores sufriría una novación de carácter legal, al transformarse en una prestación distinta, por ser mayor, y singularmente porque el legatario sucedió, pero al no querer o no poder recibir su parte, se genera novación de esta obligación en favor de los otros colegatarios.

#### **2.1.4. Carácter en que se heredan las obligaciones solidarias.**

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1187 del Código Civil, si muere uno de los deudores solidarios, la deuda se divide entre los herederos en proporción a sus respectivas participaciones en la herencia; aplicándose regla similar si fallece uno de los acreedores solidarios.

En estos casos nos encontraremos ante supuestos de novación legal objetiva, ya que varía, en virtud a lo prescrito por el citado numeral, el carácter de la obligación con pluralidad de sujetos, la misma que, de ser solidaria, pasa a ser mancomunada para los herederos del deudor o acreedor que hubiese fallecido.

Estimamos que este cambio resulta fundamental para considerar que ha habido novación objetiva en relación a las personas mencionadas.

#### **2.1.5. Efectos de la insolvencia de un codeudor.**

Prescribe el artículo 1204 del Código Civil que, si alguno de los codeudores es insolvente, su porción se distribuye entre los demás, de acuerdo con sus intereses en la obligación. Y agrega que, si el codeudor en cuyo exclusivo interés fue asumida la obligación es insolvente, la deuda se distribuye por porciones iguales entre los demás.

Si apreciamos la relación interna entre los diversos codeudores, observaremos que la insolvencia de uno de ellos determinaría que la deuda que finalmente es asumida por cada uno de los otros termine siendo de monto mayor. En este caso, resulta evidente que se habría configurado una novación objetiva derivada del mandato de la ley.

No obstante, podría sostenerse además que también se trataría de una novación subjetiva por cambio de deudor, en la medida en que, respecto a la porción del insolvente, se habría producido en la práctica un cambio de los sujetos obligados, pues la referida insolvencia deberá ser asumida por los codeudores solventes. Sin embargo, podría argumentarse en contrario aduciendo que tal situación se mantendría en la medida en que subsistiera la insolvencia del deudor, pues al momento en que dejara de encontrarse en dicha situación y contara con patrimonio suficiente, sus codeudores (y ahora acreedores en virtud de la subrogación legal establecida por el inciso 1 del artículo 1260 del Código Civil) podrían cobrar aquellos montos pagados en lugar del insolvente.

#### **2.1.6. Pago con títulos valores.**

De conformidad con el artículo 1233 del Código Civil, la entrega de títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago, sólo extinguirá la obligación primitiva cuando hubiesen sido pagados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado, salvo pacto en contrario. Entre tanto la acción derivada de la obligación

primitiva quedará en suspenso.

Cuando los documentos se perjudican por culpa del acreedor, la obligación primitiva y la obligación cambiaria que originan tales documentos, antes de perjudicarse, se extinguen por la creación de la obligación que nace de los documentos perjudicados. En tal sentido, se habrá producido novación.

Por lo demás, remitimos al lector a los comentarios que, en anterior estudio, efectuamos al analizar el artículo 1233<sup>3</sup>.

#### **2.1.7. Pago con subrogación legal en las obligaciones indivisibles y solidarias.**

De acuerdo con el artículo 1263 del Código Civil, en los casos del artículo 1260, inciso 1, el subrogado (de obligación indivisible o solidaria) está autorizado a ejercitar los derechos del acreedor contra sus codeudores, pero sólo hasta la concurrencia de la parte por la que cada uno de éstos estaba obligado a contribuir para el pago de la deuda.

Como se recuerda, el artículo 1263 está destinado a disipar la posibilidad de que opere la teoría de los círculos concéntricos en los supuestos de subrogación legal de quien paga una deuda a la cual estaba obligado, indivisible o solidariamente, con otro u otros.

En tal sentido, por mandato de la ley se quiebra la indivisibilidad o solidaridad (según sea el caso), transformándose la obligación, en el campo de las relaciones internas entre los codeudores, en divisible o mancomunada.

---

<sup>3</sup> OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Primera Parte, Tomo IV, Página 476. Biblioteca Para leer el Código Civil, Volumen XVI, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994.

#### **2.1.8. Pago indebido y supuesto de enajenación del bien recibido con mala fe.**

El principio general de pago indebido previsto por el artículo 1267 del Código Civil prescribe que quien por error de hecho o de derecho entrega a otro algún bien o cantidad en pago, puede exigir la restitución de quien lo recibió.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 1270, si quien acepta un pago indebido de mala fe, enajena el bien a un tercero que también actúa de mala fe, quien efectuó el pago puede exigir la restitución, y a ambos, solidariamente, la indemnización de daños y perjuicios.

Sin embargo, de acuerdo a lo prescrito por el segundo párrafo del numeral 1270, en caso que la enajenación hubiese sido a título oneroso pero el tercero hubiera procedido de buena fe, quien recibió el pago indebido deberá devolver el valor del bien, más la indemnización de daños y perjuicios.

Consideramos que la hipótesis del segundo párrafo del artículo 1270 constituiría un supuesto de novación objetiva, toda vez que la obligación de devolver el bien se transformaría, por mandato de la ley, en una nueva obligación: la de devolver su valor.

#### **2.1.9. Carácter en que se hereda la cláusula penal solidaria y divisible.**

De conformidad a lo prescrito por el artículo 1349 del Código Civil, si la cláusula penal fuese solidaria, pero divisible, cada uno de los deudores queda obligado a satisfacerla íntegramente.

En caso de muerte de un codeudor, la penalidad se divide entre sus herederos en proporción a las

participaciones que les corresponda en la herencia.

Se trata de un supuesto de novación objetiva, en la medida en que se transforma la naturaleza fundamental de la obligación con pluralidad de sujetos, la misma que se convierte de solidaria en mancomunada; y es legal, pues opera en virtud de lo dispuesto por el propio artículo 1349 del Código Civil.

#### **2.1.10. Modificación de los términos contractuales en virtud de disposiciones legales posteriores.**

El artículo 1355 del Código Civil dispone que la ley, por consideraciones de interés social, público o ético, puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.

Algunos juristas interpretaban que este artículo, que recién habría sido anticonstitucional en virtud de lo previsto por el numeral 62 de la Constitución de 1993, franqueaba la posibilidad de que las estipulaciones contractuales fuesen modificadas por normas legales que se expidieran en el futuro.

Naturalmente que de haber sido exacta tal interpretación, no todas las disposiciones de esta naturaleza hubieran determinado que se configurasen supuestos de novación, sino sólo aquellas que hubiesen introducido modificaciones sustanciales en las obligaciones nacidas de los contratos.

Tendríamos ejemplos notables de novaciones legales originadas por esa interpretación, tales como los casos de prórroga de plazos de contratos de arrendamiento de inmuebles o de congelamiento de la renta de los mismos, supuestos que, sin lugar a dudas, constituían novaciones objetivas de carácter legal.

#### **2.1.11. Garantía de cumplimiento de la obligación del**

**deudor por parte del cedente de su posición contractual.**

De conformidad con el segundo párrafo del artículo 1438 del Código Civil, es válido el pacto por el cual el cedente garantiza el cumplimiento de la obligación del deudor, en cuyo caso responde como fiador.

El mencionado supuesto es uno de novación legal, en la medida en que el cedente que garantiza tal cumplimiento no ha celebrado contrato de fianza con el tercero-cesionario. Sin embargo, la ley le impone no las obligaciones propias del pacto celebrado, sino las que resultan inherentes a un fiador.

**2.1.12. Contrato en favor de tercero en el cual el estipulante puede exigir a su favor el beneficio pactado en el contrato.**

El numeral 1460 del Código Civil prevé que si el tercero no acepta hacer uso del derecho, el estipulante puede exigir el beneficio en su favor.

En el contrato en favor de tercero, el promitente se obliga frente al estipulante a cumplir una prestación en beneficio de tercera persona (argumento del artículo 1457, primer párrafo, del Código Civil). Resulta claro que el acreedor de dicha prestación será el tercero -si éste desea beneficiarse con la misma- y no el estipulante.

En virtud de la norma consignada en el artículo 1460 del Código Civil, se produce una novación legal subjetiva por cambio de acreedor, pues el tercero deja de ser acreedor y el estipulante pasa a convertirse en beneficiario (acreedor).

**2.1.13. Promesa de la obligación o del hecho de un tercero referido a la celebración de un futuro contrato de compraventa, que se transforma en**

**una compraventa propiamente dicha.**

El artículo 1537 del Código Civil establece que el contrato por el cual una de las partes se compromete a obtener que la otra adquiriera la propiedad de un bien que ambas saben que es ajeno, se rige por los artículos 1470, 1471 y 1472; en tanto que el artículo 1538 señala que, en el caso del artículo 1537, si la parte que se ha comprometido adquiere después la propiedad del bien, queda obligada en razón del mismo contrato a transferir dicho bien al acreedor, sin que valga pacto en contrario.

Consideramos que el numeral 1538 constituye un supuesto de novación legal objetiva por cambio de título.

Por ese precepto se novan legalmente las obligaciones de las partes, sustituyendo el contrato mismo, ya que antes se trataba de una promesa de la obligación o del hecho de un tercero y ahora de un contrato de compraventa.

A mérito de la adquisición del bien por el promitente entraría en juego el supuesto del artículo 1538, y así ya no estaría obligado a hacer que ese tercero transfiera la propiedad del bien al promisorio, sino a transferírselo él mismo.

Pero no sólo se habría novado la obligación del promitente respecto del promisorio, sino también la de este último respecto de aquél, ya que no deberá pagar una contraprestación derivada de la obligación del tercero o de la efectiva transferencia de propiedad del bien: el promisorio tendría la obligación de pagar el precio del bien al promitente, pues éste ya no estaría obligado a ejecutar una obligación de hacer (la ya señalada), sino a transferir efectivamente la propiedad del bien al promisorio.

Manuel de la Puente<sup>4</sup>, refiriéndose a la naturaleza

---

<sup>4</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Primera Parte,

jurídica del artículo 1538, señala lo siguiente:

"Se trata aquí de un caso de conversión legal, en virtud de la cual el contrato innominado a que se refiere el artículo 1537 del Código Civil, que no es la promesa de la obligación o del hecho de un tercero pese a estar regido por las reglas de este contrato, se transforma automáticamente en un contrato con obligación de transferir la propiedad de bien propio (que eventualmente puede ser una compraventa), sin necesidad de celebrarse un segundo contrato."

Pensamos que, al aludir a la conversión legal, De la Puente pudo haberlo hecho en dos sentidos:

- i) En el sentido lato de la palabra, vale decir, a la mutación de una cosa en otra, lo que equivale a transformar la figura contemplada en el artículo 1537 (que para nosotros es una de promesa de la obligación o del hecho de un tercero y para De la Puente un contrato innominado) en una compraventa.

Por nuestra parte, consideramos admisible esta interpretación, pero fuera del ámbito estrictamente jurídico, ya que el término "conversión" en este campo tiene otro significado.

- ii) En el sentido jurídico de la palabra, vale decir, entendida como una causal de convalidación de los actos jurídicos nulos.

Para aclarar conceptos debemos hacer un poco de historia.

En la elaboración del Código Civil Peruano de 1984, que derogó al Código de 1936, hubo una Ponencia sobre el

---

Tomo III, Páginas 441 y 442. Biblioteca "Para leer el Código Civil". Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1991.

Libro de Acto Jurídico de los Doctores José León Barandiarán y Jorge Vega García, respecto de la cual se redactó una Ponencia sustitutoria por la Doctora Susana Zusman Tinman y el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle. En el Título Sexto de esta Ponencia, referida a la convalidación de los actos jurídicos, Capítulo I, se trataba acerca de la conversión.

Por el artículo 38 se definía a la conversión de la siguiente manera:

**Artículo 38:** "El acto jurídico que sea nulo según el tipo de acto en que fue celebrado, puede adquirir validez mediante su conversión a un tipo distinto, respecto del cual tenga los requisitos de esencia y forma, siempre que la finalidad perseguida por las partes permita suponer que ellas la habrían querido si hubieran podido prever la nulidad del acto que celebraron."

En la Exposición de Motivos de dicho artículo, Zusman y De la Puente<sup>5</sup> expresan los fundamentos de su Ponencia y las características que debe reunir un acto jurídico para que le sea aplicable la figura de la conversión.

Exigencia fundamental de la conversión es que el acto celebrado por las partes sea nulo. Pero ese supuesto no encuadra dentro del ámbito del artículo 1537, ya que esta norma presupone un acto plenamente válido, celebrado con el conocimiento de ambas partes acerca del carácter ajeno del bien.

Por no presentarse el requisito esencial para que opere la conversión, ninguno de los otros cuatro presupuestos señalados por los Ponentes del Anteproyecto sustitutorio del Libro de Acto Jurídico serían

---

<sup>5</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA - PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU. Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil. Tomo II, Páginas 76 a 78. Lima, 1980.

aplicables<sup>6</sup>.

Por ello, rescataríamos el primer criterio interpretativo del artículo 1538 esgrimido por De la Puente y descartaríamos el segundo, por no corresponder al presupuesto del artículo 1537.

Esto nos conduce a ratificarnos en que el artículo 1538 constituye un supuesto de novación legal por cambio de título y no una conversión legal (en sentido jurídico).

**2.1.14. Arrendamiento de bien ajeno transformado en una promesa de la obligación o del hecho de un tercero referido a la futura celebración de un contrato de arrendamiento.**

El artículo 1671 del Código Civil prescribe que, si el arrendatario sabía que el bien era ajeno, el contrato se rige por lo dispuesto en los artículos 1470, 1471 y 1472.

Consideramos que esta norma tiene una deficiente redacción, en la medida en que establece expresamente que si el arrendatario sabía que el bien era ajeno (supuesto frecuente sería también el que ambos contratantes supiesen que el bien era ajeno), el contrato de arrendamiento que ambas partes han deseado celebrar, no se regiría por las normas propias del contrato de arrendamiento, sino que se

---

<sup>6</sup> Tales requisitos son, a saber:

- Que el acto nulo reúna los requisitos y elementos esenciales para la validez del nuevo acto.
- Que si hipotéticamente las partes hubieran conocido la nulidad del tipo de acto jurídico que celebraron, habrían querido y habrían celebrado el nuevo tipo.
- Que la finalidad práctica que llevó a las partes a celebrar el acto nulo pueda alcanzarse a través del segundo tipo de acto.
- Que los efectos del segundo tipo de acto no sean mayores que los del acto nulo que hayan celebrado las partes.

constituiría, en virtud del artículo bajo comentario, en un contrato de promesa de la obligación o del hecho de un tercero, situación que, además de ser incongruente con las obligaciones nacidas de un contrato de arrendamiento (que es precisamente aquel que se ha celebrado), resulta absurda, pues con ello el Código, desnaturaliza la esencia misma del contrato de arrendamiento de bien ajeno, lo que queda en evidencia con una simple lectura del artículo 1671.

Debido a su terminología, el numeral analizado podría constituir un supuesto de novación legal, pues no obstante haberse celebrado un contrato de arrendamiento, el mismo, en forma incoherente, se convertiría en uno de promesa de obligación o del hecho de un tercero (novación legal objetiva por cambio de título).

#### **2.1.15. Efectos de la enajenación del bien prestado, por parte de los herederos del comodatario.**

En virtud de lo establecido por el primer párrafo del artículo 1749 del Código Civil, si los herederos del comodatario hubiesen enajenado el bien sin tener conocimiento del comodato, el comodante puede exigir que le paguen su valor o le cedan los derechos que en virtud de la enajenación le corresponden, salvo que hubiera hecho uso de la acción reivindicatoria.

En los casos de pago del valor del bien o de la cesión de derechos a que alude el precepto, habría novación legal, pues la prestación todavía resultaría pasible de ser ejecutada, ya que la enajenación del bien prestado no implica imposibilidad jurídica absoluta de devolverlo al comodante. Aquí simplemente el comodante no plantearía, porque no lo desea, acción reivindicatoria.

#### **2.1.16. Supuesto de depósito irregular.**

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1843

del Código Civil, el heredero del depositario que enajena el bien ignorando que estaba en depósito, sólo debe restituir lo que hubiese recibido o ceder sus derechos contra el adquirente, en caso que el valor no le hubiese sido entregado. Si el heredero conoce que el bien está en depósito, se sujeta a lo dispuesto en el párrafo anterior y responde, además, por los daños y perjuicios.

Estimamos que se trata de un supuesto de novación legal objetiva, en la medida en que el heredero mencionado en el artículo 1843 ya no estaría obligado a devolver el bien, pues solamente se encontraría obligado a restituir lo que hubiese recibido (por el bien) o a ceder sus derechos contra el adquirente, en caso de que el valor no le hubiese sido entregado.

#### **2.1.17. Reemplazo del fiador en caso de insolvencia.**

De conformidad con lo prescrito por el artículo 1877 del Código Civil, cuando el fiador ha devenido en insolvente, el deudor debe reemplazarlo por otro que reúna los requisitos establecidos en el artículo 1876.

En relación con este precepto, podría sostenerse que estaríamos en presencia de una novación legal de carácter subjetivo, referida al contrato de fianza.

Pero dicha norma (el artículo 1877 del Código Civil) agrega que si el deudor no puede dar otro fiador o no ofrece otra garantía idónea, el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento inmediato de la obligación.

Es precisamente en el segundo párrafo del artículo 1877, bajo comentario, que encontramos un supuesto de novación legal de carácter objetivo, en la medida en que el cumplimiento de la obligación resultará exigible de inmediato, y ya no en el plazo anteriormente vigente.

Ahora bien, claro está que se trataría de un supuesto

novatorio siempre y cuando la variación del plazo sea trascendente o esencial.

#### 2.1.18. **Prescripción extintiva.**

Establece el artículo 1989 del Código Civil que la prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo; en tanto que el artículo 2001 del Código citado prevé plazos prescriptorios distintos para el ejercicio de las diversas acciones civiles.

Podría pensarse que éste es un supuesto de novación legal objetiva, ya que el solo transcurso del plazo previsto por la ley determina la inexigibilidad de una obligación, por haber operado la prescripción extintiva. En tal sentido, la obligación civil se habría sustituido por una natural.

Antes de finalizar nuestros comentarios sobre la novación legal que opera de pleno derecho, anotamos que existen dos supuestos que podrían considerarse, en apariencia, como novatorios, pero que en la realidad de los hechos no lo son. Se trata del falso mutuo y del caso en que el contrato de locación de servicios se rige por las disposiciones sobre compraventa.

En relación con el primero recordamos que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1665 del Código Civil, cuando se presta una cantidad de dinero que debe devolverse en mercaderías o viceversa, el contrato es de compraventa.

Este caso podría aparentar ser uno de novación legal, en razón de que el mencionado contrato, que es de mutuo, sería considerado por la ley como uno de compraventa.

Sin embargo, no compartimos tal conclusión en la medida en que el artículo 1665 se limita a reconocer la verdadera naturaleza jurídica del contrato celebrado,

independientemente de la denominación que las partes le atribuyeron.

En lo que respecta al segundo caso, debe recordarse que, de acuerdo a lo establecido por el artículo 1770 del Código Civil, las disposiciones de los artículos 1764 al 1769 son aplicables cuando el locador proporciona los materiales, siempre que éstos no hayan sido predominantemente tomados en consideración. De lo contrario, rigen las disposiciones sobre compraventa.

El supuesto contemplado por la parte final del artículo 1770, podría aparentar ser uno de novación legal objetiva por cambio de título. No obstante, somos contrarios a este parecer, sobre la base de las mismas consideraciones vertidas al analizar el falso mutuo.

## *2.2. Novación legal que opera en virtud de resolución judicial.*

En opinión nuestra, la novación legal se produce por declaración judicial cuando la extinción de la obligación originaria y la creación de la nueva obligación emanan de una resolución judicial.

En este sentido, serían supuestos de esta forma de novación los que anotamos en las siguientes líneas.

### **2.2.1. Ampliación y modificación de los fines de una fundación.**

De acuerdo con el artículo 108 del Código Civil, el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, respetando en lo posible la voluntad del fundador, puede solicitar a los Tribunales Civiles, la ampliación de los fines de la fundación a otros análogos, cuando el patrimonio resulta notoriamente excesivo para la finalidad instituida por el fundador, o la modificación del fin fundacional, cuando por el transcurso del tiempo haya perdido el interés

social a que se refiere el artículo 99.

En ambos casos, tal vez con mayor claridad en el primero, se produciría una novación judicial, ya que a través de la resolución que expidiera el Tribunal Civil se podrían ampliar o modificar (novar) los fines fundacionales.

#### **2.2.2. Supuesto de afectación de los bienes de una fundación no inscrita.**

Según lo prescrito por el artículo 129 del Código Civil, de no ser posible la inscripción del acto constitutivo de la fundación a que se refiere el artículo 127 del mismo Código, la Sala Civil de la Corte Superior de la sede de la fundación, a solicitud del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, del Ministerio Público o de quien tenga legítimo interés, afectará los bienes a otras fundaciones de fines análogos o, si ello no es posible, a otra fundación preferentemente establecida en el mismo distrito judicial.

Aquí nos encontramos ante otro supuesto de novación judicial, debido a que el artículo que le da sustento, vale decir el 127, no trata necesariamente de una imposibilidad absoluta que genere que la fundación no llegue a inscribirse. Esto, debido a que el propio artículo 127 emplea los términos "Si por cualquier causa...".

Por otra parte, es novación judicial debido a que quien decide la afectación de los bienes es la Sala Civil de la Corte Superior de la sede de la fundación.

#### **2.2.3. Efectos de la declaración de quiebra de uno de los cónyuges.**

En virtud a lo establecido por el artículo 330 del Código Civil, la declaración de quiebra de uno de los

cónyuges determina de pleno derecho la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios y para que produzca efectos frente a terceros se inscribirá en el Registro Personal de oficio, a solicitud del fallido, de su cónyuge o del síndico.

Sin lugar a dudas, este es un supuesto de novación legal objetiva, referido a las obligaciones emanadas del régimen de sociedad de gananciales, las mismas que se sustituirán por aquellas concernientes al régimen de separación de patrimonios.

#### 2.2.4. **Separación de cuerpos. Efectos.**

De conformidad con el artículo 332 del Código Civil, la separación de cuerpos pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial.

Dentro de tal orden de ideas, y considerando que las consecuencias de la separación de cuerpos derivan de un proceso judicial, estaríamos en presencia de novación legal de un número indeterminado de obligaciones emanadas del régimen de sociedad de gananciales, las mismas que se sustituyen por las relativas al régimen de separación de patrimonios (ya que la separación de cuerpos deja subsistente el vínculo matrimonial).

#### 2.2.5. **Adopción.**

El artículo 377 del Código Civil dispone que por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

En tal sentido, estaríamos en presencia de una novación judicial subjetiva por cambio de acreedor y por cambio de deudor, en la medida en que el hijo continuaría siendo la misma persona, con la salvedad de que sus deberes y derechos de orden patrimonial estarían ahora

referidos a su padre, madre o padres adoptivos, en vez de a sus padres biológicos, con quienes ya no lo uniría vínculo jurídico alguno de naturaleza patrimonial (como por ejemplo, la obligación alimentaria).

#### **2.2.6. Cambio en la forma de la prestación alimenticia.**

Conforme al artículo 484 del Código Civil, el obligado puede pedir que se le permita dar los alimentos en forma diferente del pago de una pensión, cuando motivos especiales justifiquen esta medida.

Un supuesto de tal naturaleza requiere de resolución judicial autoritativa.

La obligación alimenticia, en principio, debe cumplirse en dinero (moneda nacional), pero diversas circunstancias podrían determinar que el obligado considere más factible cumplirla en especies (como, por ejemplo, si fuese empleado de una fábrica de comestibles que por encontrarse en difícil situación económica acordara con sus trabajadores pagarles con los alimentos que produce).

Este sería un supuesto de novación judicial de carácter objetivo.

#### **2.2.7. Efectos de la declaración de indignidad para suceder.**

En virtud de lo establecido por el artículo 671 del Código Civil, declarada la exclusión del indigno, éste queda obligado a restituir a la masa los bienes hereditarios y a reintegrar los frutos. Si hubiera enajenado los bienes hereditarios, el resarcimiento a que está obligado quien actúa de mala fe se regirá por la segunda parte del artículo 666, norma que establece la obligación de resarcir el valor del bien y de sus frutos y a indemnizar el perjuicio ocasionado.

Consideramos que el artículo 671 citado constituye un supuesto de novación judicial objetiva, pues la obligación de devolver el valor del bien enajenado, los frutos e indemnizar el perjuicio ocasionado, de ser el caso, sustituye a la obligación originaria de devolver el bien hereditario, la que aún resultaría jurídicamente posible, a pesar de las dificultades prácticas que ello importaría.

Por lo demás, estaríamos en presencia de un supuesto de novación judicial, pues la exclusión del indigno que determina el nacimiento de las obligaciones anotadas, se declara por resolución de los tribunales.

#### **2.2.8. Posibilidad de sustitución de la prenda.**

De acuerdo con el artículo 1073 del Código Civil, puede sustituirse una prenda por otra, comprobando judicialmente la necesidad y la equivalencia de la garantía. El ejercicio de este derecho corresponde a cualquiera de las partes y se tramita en la vía judicial.

Este sería un caso de novación judicial, ya que la sustitución de una prenda por otra se produciría en virtud de una resolución judicial, y en el entendido de que la prenda originaria subsiste, no obstante que requiere ser cambiada.

#### **2.2.9. Autorización judicial para vender el bien pignorado por deterioro del mismo.**

Cuando el bien dado en prenda se deteriora hasta temerse que será insuficiente para garantizar la deuda, el acreedor, con aviso previo al constituyente, puede pedir autorización judicial para vender el bien, a menos que el deudor o el constituyente ofrezca otra garantía que el juez considere satisfactoria. Así lo establece el artículo 1074 del Código Civil.

Los fundamentos para considerar al supuesto previsto por el artículo 1074 como uno de novación judicial objetiva son los mismos que sustentan al artículo 1073, antes comentado.

#### **2.2.10. Efectos de la pérdida o deterioro del bien hipotecado.**

De conformidad con lo establecido por el artículo 1110 del Código Civil, si los bienes hipotecados se deterioran de modo que resulten insuficientes, puede pedirse el cumplimiento de la obligación aunque no esté vencido el plazo, salvo que se garantice ésta a satisfacción del acreedor.

Como se aprecia, en este caso la resolución judicial que ordena el cumplimiento inmediato de la obligación principal nova la obligación originalmente modal por una pura y simple. En tal sentido, estaremos en presencia de una novación objetiva.

#### **2.2.11. Indemnización de daños y perjuicios derivada de causa imputable al deudor.**

En virtud a lo establecido por el artículo 1321 del Código Civil, queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por dolo o culpa inexcusable, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedeciera a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

En relación con el tema que nos ocupa, la obligación de pagar por los daños y perjuicios ocasionados por causa imputable al deudor (dolo, culpa inexcusable o culpa leve), constituiría un supuesto de novación legal cuando la ejecución de la obligación (su cumplimiento) todavía fuera posible, pero dada la naturaleza de la obligación resultara jurídicamente imposible exigir su cumplimiento forzoso, pues el mismo tendría que pasar por emplear violencia contra la persona del deudor. Esta situación se presentaría, fundamentalmente, en las obligaciones de hacer y de no hacer.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 1337 del Código Civil, cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultase sin utilidad para el acreedor, éste puede rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios compensatorios.

La mora supone que el cumplimiento de la obligación todavía resulta posible. En tal sentido, si la prestación, como consecuencia de la mora, fuera inútil para el acreedor, éste podría rehusar su ejecución y demandar el pago de la indemnización por los daños y perjuicios causados.

En este caso, la indemnización de daños y perjuicios constituiría una novación judicial de la obligación originaria, la misma que no habría devenido en imposible, sino en inútil para el acreedor.

Asimismo, debemos señalar que, si el acreedor, aún siendo posible y útil la prestación, opta por el pago de la indemnización de daños y perjuicios en sustitución de la obligación original, se produciría igualmente novación.

#### **2.2.12. Posibilidad de solicitar la reducción de la prestación o el aumento de la contraprestación, por excesiva onerosidad.**

De acuerdo con lo prescrito por el primer párrafo del artículo 1440 del Código Civil, en los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

En este caso, como resulta evidente, no media incumplimiento alguno de las partes, ya que la excesiva onerosidad de la prestación se origina en hechos ajenos a la voluntad de las mismas.

De lograrse cualquiera de las opciones mencionadas - claro está, a través de una resolución judicial-, se produciría una novación judicial objetiva.

#### **2.2.13. Indemnización equitativa en caso de daño causado por persona incapaz.**

En virtud de lo establecido por el artículo 1976 del Código Civil, no hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal.

El artículo 1977 agrega, sin embargo, que si la víctima no ha podido obtener reparación en el supuesto anterior, puede el juez, en vista de la situación económica de las partes, considerar una indemnización equitativa a cargo del autor directo.

Aquí podríamos encontrarnos ante un supuesto de novación legal de carácter subjetivo, por cambio de deudor, en la medida en que ya no sería responsable el representante legal del incapaz, sino el incapaz con su propio patrimonio.

Lima, agosto del 2002.