

ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DE LA NOVACIÓN

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

SUMARIO:

1. **Concepto.**
2. **Naturaleza jurídica.**
3. **Requisitos.**
 - 3.1. **Preexistencia de una obligación válida.**
 - 3.2. **Creación de un nueva obligación.**
 - 3.3. **Animus novandi o voluntad de novar.**
4. **Formalidades.**
5. **Efectos.**
 - 5.1. **Sobre la extinción de la obligación originaria y la creación de una nueva.**
 - 5.2. **Sobre el destino de las garantías de la obligación novada.**
 - 5.3. **Sobre los accesorios de la obligación novada.**
 - 5.4. **Sobre las obligaciones de saneamiento.**
 - 5.5. **Sobre la teoría del riesgo.**
 - 5.6. **Sobre el reconocimiento de las obligaciones.**
 - 5.7. **Sobre la cesión de derechos.**
 - 5.8. **Sobre los efectos generales de las obligaciones.**
 - 5.9. **Sobre el pago y sus diversas formas.**
 - 5.10 **Sobre otros medios extintivos de obligaciones.**

* 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.

1. Concepto.

La novación es una de las instituciones del Derecho de 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.

En opinión nuestra, la novación es el medio extintivo de obligaciones que opera mediante la sustitución de una obligación por otra.

Para Pothier¹, 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.

En este sentido, Francesco Messineo² señala que la novación es un modo de extinción de la obligación a la que acompaña inseparablemente la sustitución de una obligación nueva.

De igual manera, expresa Von Tuhr³ que la novación es el acto por el que se extingue una deuda antigua creándose otra nueva.

Guillermo Suárez⁴ anota 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.

A decir de Demolombe⁵, la novación es la sustitución de una anterior o bligación que se extingue, por una nueva que la reemplaza.

A primera vista, la definición de esta institución no parecería revestir dificultad alguna, no obstante no presentar en doctrina un criterio unívoco.

Sin embargo, según se comprobará en las siguientes líneas, se ha dicho que la novación supone una simplificación de operaciones, una metamorfosis, una conversión,

¹ POTHIER, Robert Joseph. Tratado de las Obligaciones, Segunda Parte, Página 241. Tercera Edición. Biblioteca Científica y Literaria, Barcelona, s/f.

² MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo IV, Página 401. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1979.

³ VON THUR, Andreas. Tratado de las Obligaciones, Tomo II, Página 147. 1934.

⁴ SUAREZ SUAREZ, Guillermo. La Novación. En: Serie Tesis presentadas por los alumnos con ocasión de su Grado, Volumen II, Página 294. Pontificia Universidad Católica Javeriana, Bogotá, 1943.

⁵ DEMOLOMBE, C. Cours de Code Napoléon, Tomo XXVIII, Página 156. Auguste Durand y L. Hachette et Cie. Librairies, París, 1870.

una transformación, una modificación y una sustitución de la obligación.

Henri, Léon y Jean Mazeaud⁶ indican que 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.

Bajo una perspectiva distinta, Jacques Dupichot⁷ afirma que la novación es una metamorfosis de la primera obligación y no una extinción seguida de una creación.

En el mismo sentido, Philippe Malaurie y Laurent Aynès⁸ consideran que la novación extingue la obligación por su metamorfosis, esto es, por un cambio significativo de la obligación originaria.

En opinión de Emilio Betti⁹, 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.

En esta línea de pensamiento, Jorge Eugenio Castañeda¹⁰ define a la novación como la conversión de una deuda en otra, con el objeto de extinguir la primera.

De igual manera, Clovis Bevilacqua -citado por Levenshagen¹¹- considera a la novación como la conversión de una deuda en otra para extinguir la primera.

Otros autores, en cambio, estiman que la novación importa tan sólo la transformación de la obligación originaria.

Jorge Joaquín Llambías¹² señala que la novación es un convenio por el cual se extingue una obligación transformándola en otra sustitutiva de la primera.

⁶ MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Lecciones de Derecho Civil, Volumen II, Página 458. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1959.

⁷ DUPICHOT, Jacques. Derecho de las Obligaciones, Página 119. Versión Castellana de Rosangela Calle. Editorial Temis, Librería, Bogotá, 1984.

⁸ MALAURIE, Philippe y AYNES, Laurent. Cours de Droit Civil. Les Obligations, Página 594. Tercera Edición. Editions Cujas, París, 1992.

⁹ BETTI, Emilio. Teoría General de las Obligaciones, Tomo II, Página 316. Traducción y notas de Derecho Español por José Luis de los Mozos. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.

¹⁰ CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Instituciones de Derecho Civil, Tomo III, Página 193. El Derecho de las Obligaciones. Lima, 1957.

¹¹ LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. Código Civil, Página 148. Comentários Didáticos. Direito das Obrigações. Editora Atlas S.A., Sao Paulo, 1978.

¹² LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Tomo III, Páginas 24 y 25. Cuarta edición actualizada por Patricio Raffo Benegas. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1983.

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 sustitutiva¹³.

La transformación -precisa Llambías- es el cambio de forma, entendiendo por forma, en sentido filosófico, aquello que determina específicamente a una cosa en lo que es, distinguiéndola de otras cosas. En tal sentido, una obligación se transforma cuando se transmite en otra obligación que no se confunde con la primera, pero no es posible llegar a este resultado sin advertir que se ha producido la extinción de la obligación primitiva, así como la creación, en sustitución de ella, de una nueva obligación; y que -como en el mito clásico- el cisne renace de sus cenizas, una nueva obligación ha surgido de la muerte fecunda de la obligación originaria.

Asimismo, parecieran militar en esta línea de pensamiento, Larombière, citado por Demolombe¹⁴, cuando define a la novación como la transformación, la traslación de una obligación en otra que le es sustituida, y Salvat¹⁵, quien 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

¹³ Por su parte, Cazeaux y Trigo Represas (CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Compendio de Derecho de las Obligaciones, Tomo II, Página 247. Editorial Platense, La Plata, Argentina, 1986.) 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 otra destinada a reemplazarla, y que difiere de la primera por algún elemento nuevo.

Alterini, Ameal y López Cabana (ALTERINI, Atilio Anibal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Curso de Obligaciones, Tomo II, Páginas 329 y 330. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1988.) anotan, a su turno, que la definición que da el Código Civil Argentino sobre este tema ha sido criticada por incompleta, pues al decir "transformación" no adelanta criterio acerca de cuál es la que producirá novación; por lo que prefieren hablar de "reemplazo" de una obligación preexistente por otra nueva que la sustituye.

¹⁴ DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXVIII, Página 157.

¹⁵ 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, Página 1. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1952.

que se crea.

Héctor Lafaille¹⁶, por su parte, indica que en el Derecho Romano la novación significaba una modificación del vínculo, una transformación que dejaba, sin embargo, invariable el objeto de la obligación. El primitivo concepto de novación -precisa Lafaille- sólo denota cambio de una obligación en otra, que más bien se insume dentro de la segunda. No es una obligación que se extingue para dar nacimiento a una nueva, sino una obligación que se modifica, que se transforma, para llegar a convertirse en una obligación nueva¹⁷.

Refiere Mackeldey que el Derecho Romano entiende por novación la transformación de una obligación existente en otra nueva distinta de la primera por su forma.

De igual manera, Lagrange¹⁹ afirma que la novación es la transformación de la antigua obligación en otra nueva.

Quizá sea ésta la razón por la que algunas de las definiciones anotadas - adoptando un criterio marcadamente romanista- asocian a la novación con la transformación de la obligación.

De similar parecer es Demolombe²⁰, cuando afirma que ciertos autores no han evitado el escollo en el que se atascaron sus antepasados, reconociendo por ello en la novación sólo una transformación de la obligación.

¹⁶ LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil, Tratado de las Obligaciones, Página 330. Compañía Argentina de Editores S.R.L., Buenos Aires, 1943.

¹⁷ Recuerda Demolombe (DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXVIII, Página 157.) que **transfusio** y **translatio** son los términos en los que se resumía la novación romana.

La novación -señala Demolombe- era una transfusión de la deuda, ya que, por decirlo así, vertía su contenido en otra mediante la estipulación. La novación era también una transferencia del **debitum** en otra obligación en la que subsistía transferido y transfundido.

Según expresa Eduardo Volterra (VOLTERRA, Eduardo. Instituciones de Derecho Privado Romano. Madrid, Editorial Civitas S.A., 1986, Página 602.), los romanos vieron en la novación una **transfusio atque translatio** de la obligación precedente en la nueva, en el sentido de que la primera quedaba absorbida totalmente en la segunda, extinguiéndose de este modo.

Anota Felippo Serafini (SERAFINI, Felippo. Instituciones de Derecho Romano, Tomo II, Obligaciones. Madrid, Espasa Calpe S.A., 1927, Página 114.) que la novación era una forma de extinguirse la obligación mediante la transfusión del contenido de ésta en el de otra.

En este sentido, Juan Iglesias (IGLESIAS, Juan. Instituciones de Derecho Romano, Tomo II: Obligaciones, Página 129, Imprenta Escuela de la Casa Provincial de Caridad, Barcelona, 1950.) señala que la novación importaba la extinción de una obligación precedente por la transfusión o transposición de su contenido en una posterior.

¹⁹ LAGRANGE, M. Eugenio. Manual de Derecho Romano, Página 436. 2da. Edición, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1889.

²⁰ DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXVIII, Página 157.

A decir de Boffi Boggero²¹, en cuanto a la definición de la novación se trate, parece preferible la que denota la idea de sustituir a la que sugiere la de transformar.

Expresa De Ruggiero, citado por Lozano Berruezo²², que la novación moderna no es, por la forma de realizarse ni por la función que cumple, la novación del Derecho Romano. La novación más que un cambio de la obligación supone una auténtica sustitución.

Esta es, por cierto, la opinión hoy dominante en doctrina: la novación es la sustitución de una obligación por otra.

Ahora bien, conforme hemos señalado, la novación es un medio extintivo de obligaciones, no obstante que en el Derecho Español puede ser simplemente modificatoria de obligaciones.

En efecto, la ley civil española da a la novación un doble matiz: la novación es una forma de extinguir las obligaciones o tan sólo una forma de modificarlas.

La novación puede ser el cambio o la sustitución de una obligación por otra, según el ánimo de las partes sea el de extinguir o modificar la primera obligación²³.

²¹ BOFFI BOGGERO, Luis María. Tratado de las Obligaciones, Tomo IV, Página 306. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979.

²² LOZANO BERRUEZO, C. De la Extinción de las Obligaciones. La Novación. Colección Nereo, Barcelona, 1986.

²³ El Código Civil Español, al legislar sobre la extinción de las obligaciones, prescribe en el artículo 1156 lo siguiente:

"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."

No obstante, al regular la novación establece en su artículo 1203 la siguiente norma:

"Las obligaciones pueden modificarse:

1° Variando su objeto o sus condiciones principales.

2° Sustituyendo la persona del deudor.

3° Subrogando a un tercero en los derechos del acreedor."

Refiere Lozano Berruezo (LOZANO BERRUEZO, C. Op. cit., Páginas 121 y 122.) que el artículo 1156 del Código Civil Español incluye a la novación entre los modos de extinguir las obligaciones, por la más pura tradición (el fuerte puntal que supone ser el calco del artículo 1234 del Código Civil Francés), y el artículo 1203 la considera capaz de modificarlas en virtud a un

Ahora nos corresponde expresar nuestra opinión.

La novación es un medio extintivo de obligaciones, la misma que puede tener su origen tanto en la voluntad como en la ley y cuyo objeto es extinguir una obligación, pero a la vez crear otra.

En este sentido, la novación se distingue de otros medios extintivos de obligaciones, los que únicamente tienen por finalidad "extinguir", ya que a través de la novación siempre se dará origen a una obligación nueva y diferente.

Dentro de tal orden de ideas, la novación no tiene por objeto, ni siquiera ficticiamente, dar por extinguida una obligación considerándola cumplida. Justamente 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.

Con ello no estamos expresando, desde luego, que las partes de la relación obligatoria no deseen extinguir la obligación, sino que quieren hacerlo pero novándola, es decir, cambiándola por otra.

De esta forma, el pago o ejecución se efectuará respecto de la segunda obligación y no de la primera.

Por otra parte, la novación 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

hecho: el cambio de objeto, de la persona del deudor o del acreedor, puede reducirse a suponer una simple modificación.

En lo que se modifica -precisa Lozano Berruezo (LOZANO BERRUEZO, C. Op. cit., Página 122.)- hay algo que cambia y algo que permanece. Es justamente esto que permanece lo que nos permite hablar de modificación, porque si todo resultase cambiado estaríamos ante una sustitución.

Así lo entiende Mucius Scaevola, citado por Lozano Berruezo (LOZANO BERRUEZO, C. Op. cit., Página 126.), cuando señala que "la novación no es siempre una causa de extinción de las obligaciones, ni siquiera en la mayor parte de las veces, puesto que se limita -por lo general- a modificar los términos en que se encuentran establecidas."

García Goyena -también citado por Lozano Berruezo (LOZANO BERRUEZO, C. Op. cit., Página 126.)- considera a la novación como la modificación de una obligación preexistente o su destrucción mediante sustitución por otra nueva.

Guillermo Ospina Fernández (OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones, Página 430. Editorial Temis S.A., Bogotá, 1987.), en fin, opina que la novación es un modo de extinguir las obligaciones, porque el consentimiento de las partes tiende - precisamente- a producir este efecto. Si la intención de éstas se limita a modificar una obligación preexistente entre los mismos acreedor y deudor y respecto a un mismo objeto, se tratará entonces de una simple convención modificatoria de la relación obligatoria, mas no de novación.

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).

Finalmente, queda en claro que una novación nunca supondrá la coexistencia de la obligación anterior y de la nueva. La creación o el nacimiento de la nueva obligación importará, necesariamente, la extinción de la anterior.

2. Naturaleza jurídica.

En lo relativo a la naturaleza jurídica de la novación, precisa anotarse que -a diferencia de lo que ocurre con otras figuras o instituciones jurídicas- el tema tradicionalmente no ha suscitado controversias ni dificultades mayores.

La novación entraña un contrato extintivo de obligaciones, salvo los casos de la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión y de la novación legal. Esta última tiene rasgos característicos singulares.

Sin embargo, algunos autores consideran que esta figura importa una convención liberatoria.

Así lo entienden Cazeaux y Trigo Represas²⁴, al anotar que para ciertos tratadistas, la novación es simplemente un contrato, por cuanto concomitantemente extingue una relación obligatoria y crea otra que la sustituye, pero consideran 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.

En opinión de Ospina Fernández²⁵, 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.

En tal orden de ideas, precisa señalarse que el Código Civil Peruano de 1984 legisla a la novación como un medio extintivo de obligaciones y, como tal, puede calificarse de la manera que enunciamos a continuación.

Por su idoneidad, como un medio no ideal de extinción de obligaciones, por cuanto constituye una desviación en el destino natural de la relación obligatoria. Adviértase que esta figura jurídica -en cualquiera de sus modalidades- importa la

²⁴ CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Página 248.

²⁵ OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit., Página 430.

sustitución de una obligación por otra.

Por las partes que intervienen, 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 (artículo 1282). En este sentido, la novación, desde la óptica de las personas que intervienen en la obligación primigenia, constituye un medio de extinción unilateral.

En cambio, las otras formas de novación, esto es, 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 señalada, pueden catalogarse como medios bilaterales de extinción de obligaciones.

Según 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, con la salvedad de los casos de novación legal.

La novación, sin duda, es una de las vías extintivas de obligaciones que el Derecho auspicia (esta figura se encuentra legislada en la Sección Segunda del Libro VI del Código Civil de 1984). De allí que, conforme al criterio de la normalidad, la novación puede catalogarse como un medio normal de extinción de obligaciones.

Por la satisfacción del interés patrimonial del acreedor, la novación constituye un medio satisfactorio. En efecto, por la novación, el interés del **accipiens** se satisface mediante el cumplimiento de una obligación nueva y distinta a la originalmente pactada.

A decir de Von Tuhr²⁶, 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.

De acuerdo con sus efectos, esta figura jurídica no es un medio extintivo de obligaciones en 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.

²⁶

VON TUHR, A. Op. cit., Página 147.

3. Requisitos.

Para que pueda configurarse la novación es necesaria la presencia de los siguientes requisitos:

3.1. Preexistencia de una obligación válida.

La novación exige para su validez de la existencia previa de una obligación cuyo cumplimiento se halle aún pendiente²⁷.

Refieren Cazeaux y Trigo Represas²⁸ que si la novación es el reemplazo de una obligación por otra, va de suyo que el primer requisito de este instituto es la existencia de una primera obligación, que habrá de resultar extinguida al procederse a su sustitución, ya que no se puede novar lo que no existe.

Manuel Borja Soriano²⁹ expresa que a falta de obligación anterior, la novación carece de base. No se entiende contraer una obligación sino para extinguir otra.

A decir de Boffi Boggero³⁰, este requisito surge por claras razones lógicas. Si no hay obligación anterior que se extinga, habrá nacimiento llano y liso de una obligación, pero estaríamos lejos de la figura **sub examine**.

De igual manera, Guillermo Suárez³¹ señala que la novación, en cuanto modo de extinguir obligaciones, supone, como condición previa, la existencia de una obligación que pueda extinguirse. Si no existiera un vínculo jurídico anterior, la novación carecería de objeto, ya que no puede extinguirse lo que no existe.

3.2. Creación de una nueva obligación.

El segundo requisito esencial de la novación es el nacimiento de una nueva obligación que reemplaza a la anterior que se extingue.

²⁷ Cabe señalar, además, que el cumplimiento de la obligación primitiva debe ser posible. De lo contrario, esto es, si existiese imposibilidad objetiva de cumplir con la prestación originaria, no podría producirse la novación.

La imposibilidad de ejecución del objeto de la relación obligatoria determina su extinción. En tal sentido, no podría pactarse novación alguna, ya que no habría obligación preexistente que sustituir (aquella estaría extinguida ante la imposibilidad de su cumplimiento).

²⁸ CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 248.

²⁹ BORJA SORIANO, Manuel. Teoría de las Obligaciones, Página 614. Editorial Porrúa S.A., México, 1994.

³⁰ BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo IV, Página 313.

³¹ SUAREZ SUAREZ, Guillermo. Op. cit., Página 295.

Anotan Planiol y Ripert³² que el acreedor no ha entendido renunciar a su derecho gratuitamente. La extinción de su crédito está subordinada a la creación de una deuda nueva. Luego, si ésta no nace, la novación no tiene lugar y subsiste el crédito que se pretendía extinguir.

Sin duda, la novación precisa de una diferencia sustancial entre la obligación que se extingue y la que se crea³³.

Agregan Planiol y Ripert³⁴ que la segunda obligación debe diferir de la primera por un elemento nuevo, suficiente para que se distinga una de otra. Si faltase esta diferencia, la antigua obligación continuaría existiendo sin cambiar, y la pretendida novación no sería sino su reconocimiento.

En este sentido, Manuel Borja Soriano³⁵, citando a Baudry-Lacantinerie y Barde, expresa que la novación supone, por definición, un elemento nuevo. Si no existe diferencia entre la primera obligación y la segunda no puede haber allí novación, sino solamente reconocimiento de la primera deuda.

Guillermo Suárez³⁶ afirma que la novación requiere que la nueva obligación destinada a reemplazar a la antigua sea en un todo distinto a la primera, que se diferencie fundamentalmente de ella, porque de lo contrario la nueva obligación no es sino confirmación de la primera, y si las dos obligaciones son iguales no hay novación.

Precisa Salvat³⁷ que para que exista novación, es indispensable que la nueva obligación contenga algún elemento nuevo con relación a la anterior, por ejemplo si hay

³² PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Las Obligaciones, Tomo IV, Página 346. Traducción española del Dr. Mario Díaz Cruz del Colegio de Abogados de la Habana, Cuba. Cultural S.A., Habana, 1945.

³³ Desde antiguo, la nueva obligación debía tener algo nuevo respecto a la que se extinguía. A este elemento nuevo los romanos lo denominaron **aliquid novi**.

A decir de Felippo Serafini (SERAFINI, Felippo. Op. cit., Página 115.), entre los requisitos para la validez de la novación se encuentra el **aliquid novi**, es decir, que la obligación sustituida a la antigua tenga algo nuevo. Añade Serafini que el **aliquid novi** debe ser algo relativamente esencial de la obligación.

Arangio Ruiz, por su parte, sostiene que el elemento esencial es un **aliquid novi** en la segunda obligación respecto de la primera.

Señalan Arias Ramos y Arias Bonet (ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J.A. Op. cit., Página 714.) que el **aliquid novi** es aquello distinto que diferencia la nueva obligación de la anterior, bien porque varíe la persona del acreedor, o la del deudor, o la naturaleza de la obligación, o alguna de sus modalidades.

³⁴ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo IV, Página 343.

³⁵ BORJA SORIANO, Manuel. Op. cit., Página 617.

³⁶ SUAREZ SUAREZ, Guillermo. Op. cit., Volumen II, Página 294.

³⁷ SALVAT, Raymundo. Op. cit., Tomo III, Página 1.

un cambio de causa o del objeto de la primitiva obligación (si convenimos que una suma que se tenía en calidad de préstamo, continúe en poder del deudor en calidad de depósito, o si convenimos que en lugar de devolverse una suma de dinero que se adeuda, se devuelva una cierta cantidad de mercadería); si hay un cambio de deudor (si convenimos que la obligación que Pedro tiene pendiente con Pablo, será pagada por Juan); o si hay un cambio de acreedor (si convenimos que la obligación que tiene Pedro pendiente con Pablo, será pagada a Juan).

Dentro de tal orden de ideas, cabe preguntarnos si cualquier cambio en la obligación primigenia importa novación.

Sin duda, sólo un cambio sustancial en la primera obligación produce novación. Todo cambio que genere una modificación en la esencia de una relación obligatoria supone siempre su extinción y la consecuente creación de una nueva.

Ahora bien, este cambio -que hemos venido en llamar sustancial- se produce cuando los contratantes de mutuo acuerdo convienen en modificar alguno de los elementos constitutivos de la relación obligatoria, suprimir la condición a que se hallaba sujeta la obligación primigenia o, por el contrario, sujetar la obligación originalmente pura, a una condición, todo ello con las restricciones y límites que, al respecto, contempla el propio Código Civil.

3.3. **Animus novandi o voluntad de novar.**

Por la novación, una obligación nueva y distinta permite al deudor obtener su liberación y al acreedor satisfacer su crédito. En tal sentido, es claro que esta figura requiera del mutuo acuerdo entre acreedor y deudor, con las restricciones que corresponden a la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión y a la novación legal³⁸.

³⁸

No en todos los tiempos, sin embargo, el **animus novandi** fue exigido como requisito para la validez de la novación.

En el antiguo Derecho Romano, la novación se producía **ex lege**, antes que **ex voluntate**.

Expresa Demolombe (DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXVIII, Página 158.) que la novación se cumplía por el irresistible poder de la forma legal; no preocupaba la intención de las partes, sino el que hubiesen pronunciado las palabras solemnes de la estipulación.

Refieren los Mazeaud (MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Op. cit., Volumen II, Página 462.), por su parte, que el Derecho Romano clásico exigía un nexo material entre ambas obligaciones, en el sentido de que debían poseer el mismo objeto; pero no preocupaba la intención de las partes para crear ese nexo, siendo suficiente con que se hubieran efectuado los actos formalistas que implicaban novación.

Al respecto, Arangio Ruiz (ARANGIO RUIZ, Vincenzo. Op. cit., Página 443.) señala que en la estipulación novatoria se expresaba la voluntad de las partes de novar la obligación, pero una vez pronunciada la fórmula, ya no era de la voluntad de novar sino de la fórmula misma que derivaba el efecto jurídico.

De igual manera, anota Juan Iglesias (IGLESIAS, Juan. Op. cit., Página 130.) que "la voluntad de

En opinión de Malaurie y Aynès³⁹, desde que la novación entraña la extinción de una deuda y la creación de otra, ella constituye la renuncia a un derecho y como tal precisa del acuerdo de partes⁴⁰.

Henri, Léon y Jean Mazeaud⁴¹ anotan que por implicar la novación la extinción de la obligación antigua y la creación de una nueva, aquélla requiere de la voluntad del acreedor y del deudor en este sentido.

Precisan los autores citados que el consentimiento debe recaer igualmente sobre esa extinción y sobre tal creación, siendo eso lo que se llama **animus novandi**.

Según Héctor Lafaille⁴², el **animus novandi** es la voluntad, el propósito de introducir modificaciones en la relación jurídica existente, capaces de alterar la situación de las partes, extinguiendo la obligación anterior para crear una nueva.

las partes da vida a la **stipulatio**, objetivándose en la forma y de la forma -sólo de ella- se produce, por determinación de la ley, el efecto jurídico novatorio."

³⁹ MALAURIE, Philippe y AYNES, Laurent. Op. cit., Página 597.

⁴⁰ Advértase que importando la novación la renuncia a un derecho, aquélla requiere de la capacidad plena de quienes pretenden novar obligaciones.

Al respecto, Borja Soriano (BORJA SORIANO, Manuel. Op. cit., Página 621.) indica que el deudor debe ser capaz de obligarse, puesto que contrae una nueva obligación, y el acreedor debe ser capaz de disponer de su crédito, ya que renuncia a su derecho primitivo.

Refiere Lozano Berruezo (LOZANO BERRUEZO, C. Op. cit., Página 51.) que en Roma el que tenía suficiente capacidad para pagar podía novar. En el Código Civil Francés, la capacidad exigida es más importante, ya que quien nova una obligación no recibe el objeto de la deuda, sino otro en lugar de aquél, perdiendo el derecho a reclamar lo que la primera obligación conllevaba. La novación supone una renuncia y esto exige mayor capacidad.

En efecto, expresa Héctor Lafaille (LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Página 336.) que algunos autores consideran que para novar se necesita la capacidad requerida para el pago. Sin embargo, el pago es un acto de administración, en tanto que la novación es un acto de disposición, ya que no solamente importa la extinción de una deuda, sino la creación de una obligación nueva. Así, la novación exige en el acreedor capacidad para renunciar a la deuda primitiva y en el deudor capacidad para constituir la nueva obligación.

En este sentido, el Código Civil Argentino prescribe en su artículo 805: "Sólo pueden hacer novación en las obligaciones, los que pueden pagar y los que tienen capacidad para contratar."

Pero, añade Lafaille (LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Página 337.), que la cuestión más interesante sobre la capacidad para novar se plantea cuando se trata de los representantes. Siendo la novación un acto de disposición es necesario que el representante o mandatario del acreedor o del deudor tenga poder especial para novar obligaciones.

A decir de Boffi Boggero (BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo IV, Páginas 312 y 313.), la gravedad del acto novatorio hace indispensable que el representante voluntario tenga poderes especiales. Así lo exige expresamente el artículo 806 del Código Civil Argentino cuando establece: "El representante del acreedor no puede hacer novación de la obligación, si no tuviere poderes especiales."

⁴¹ MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Op. cit., Volumen II, Páginas 461 y 462.

⁴² LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Página 335.

La intención de novar debe establecerse claramente, pues de lo contrario se entenderá que no hay novación y, por tanto, coexistirán dos obligaciones (la obligación primigenia y la nueva), estando el deudor obligado a efectuar el pago de ambas. Este es el riesgo que asume el deudor que no exprese con claridad la intención de novar una obligación.

Refieren Planiol y Ripert⁴³ que la intención de novar es indispensable, ya que si el acreedor no ha consentido en perder su primera acción, las dos obligaciones subsistirán juntas; habrá creación de una deuda, pero sin la correlativa extinción de la otra.

Sobre la base de estas consideraciones, resulta claro que para que exista novación se requiere que la voluntad de novar se manifieste indubitadamente en la nueva obligación. Pero, ¿significa esto que los contratantes tienen que declarar expresamente su intención de novar la obligación?

Pensamos que no.

La intención de novar no requiere ser necesariamente expresa, pero sí debe ser indubitable.

Es indubitable cuando los sujetos de una relación obligatoria convienen en efectuar un cambio en la esencia de la obligación, que demuestre **per se** la intención de novar.

Se exige, pues, una manifestación de voluntad inequívoca⁴⁴.

Así lo prevé la ley civil peruana en el segundo párrafo del artículo 1277: "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."

Precisa Héctor Lafaille⁴⁵ que si la voluntad de las partes, en el sentido de novar, no está expresada en la nueva convención, solamente podrá reputarse que existe novación si ambas obligaciones son incompatibles entre sí. Ello, en razón de que la

⁴³ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo IV, Página 349.

⁴⁴ En opinión de los Mazeaud (MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Op. cit., Volumen II, Página 462.), no es indispensable que la voluntad de novar haya sido expresada por escrito; basta que resulte claramente de las circunstancias que hayan rodeado a la convención, de modo que los jueces tengan acerca de este punto un poder soberano de apreciación.

En este sentido, Planiol y Ripert (PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo IV, Página 350.) afirman que la intención de novar no necesita declararse expresamente por escrito; puede ser tácita y deducirse de la naturaleza del convenio o de sus circunstancias exteriores.

⁴⁵ LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Página 334.

voluntad de novar no se presume⁴⁶.

Manuel Borja Soriano⁴⁷ señala que cuando dos contratantes modifican o reemplazan una obligación por otra, para pretender que tal modificación importa novación, deben probar que ha habido intención de novar, esto es, que así lo han querido.

A decir de los Mazeaud⁴⁸, la persona que pretenda que un acto constituye una novación, está obligada a probarlo. La prueba del **animus novandi** debe ser presentada porque la novación no se presume; hay en esto una regla de prueba, no de forma, y por ello no es indispensable que la intención de novar haya sido expresada por escrito.

Añade Lafaille⁴⁹ que el hecho de que el **animus novandi** no se presuma no quiere decir que la voluntad de novar deba ser siempre expresa. Significa que la ley no entra a apreciar la voluntad sino en casos muy especiales, como lo es el de la incompatibilidad entre la primera y la segunda obligación.

Y León Barandiarán⁵⁰ agrega, citando a Salvat, que la voluntad de novar puede

⁴⁶ Refiere Salvat (SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo III, Páginas 21 y 22.) que de acuerdo con los principios consagrados por el Derecho Romano en su último estado, adoptados también por el Código Napoléon y los que en él se han inspirado, la novación no se presume.

Según Salvat, respecto al acreedor, este principio se justifica plenamente, puesto que la novación implica la renuncia al derecho de exigir el cumplimiento de la primitiva obligación, y la voluntad de renunciar no solamente no se presume, sino que la interpretación de los hechos tendientes a establecerla debe ser restrictiva, siendo necesario, por consiguiente, que esa voluntad surja claramente de la convención o resulte incontestable de la incompatibilidad entre la antigua y la nueva obligación. En cuanto al deudor, su voluntad de contraer una nueva obligación no puede presumirse.

Anotan Planiol y Ripert (PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo IV, Página 350.) que en virtud del artículo 1277 del Código Napoléon la novación no se presume; por tanto, los tribunales no deben fácilmente admitirla, y en la duda más vale establecer la existencia de la antigua obligación al lado de la nueva.

Añaden los citados tratadistas que al prescribir la ley que la novación "no se presume", la existencia de la novación sólo se acepta si se prueba, y para ello debemos recurrir al derecho común, puesto que no existe ninguna regla especial sobre los medios de prueba procedentes en caso de novación.

En efecto, la prueba de la novación, en tanto acto jurídico, puede efectuarse mediante cualquiera de los medios probatorios permitidos -en nuestro caso- por la ley procesal peruana.

⁴⁷ BORJA SORIANO, Manuel. Op. cit., Páginas 620 y 621.

⁴⁸ MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Op. cit., Volumen II, Página 462.

⁴⁹ LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Página 336.

⁵⁰ LEON BARANDIARAN, José. Comentarios al Código Civil Peruano, Obligaciones. Modalidades y Efectos, Tomo II, Página 474. Ediar. Sociedad Anónima Editores, Buenos Aires, 1954.

bien resultar de una manifestación expresa de voluntad (aunque no precise de términos sacramentales) o de los hechos mismos que revelen que se ha extinguido una obligación para crear otra nueva.

En nuestra opinión, un caso de incompatibilidad de obligaciones que permita suponer la intención de novar podría ser el que seguidamente mencionamos.

Un ingeniero constructor se obliga ante el propietario de un edificio a levantar un departamento en los aires del último piso de dicho inmueble. La construcción original, sin embargo, sólo permite edificar un piso adicional sobre los aires del último piso, razón por la cual sólo será posible construir un departamento más. Antes de iniciarse la construcción del departamento, y a propuesta del dueño del edificio, ambas partes convienen que en dichos aires se construirá un auditorio. Si las partes no han expresado que han querido novar su obligación, esto no será obstáculo para que se entienda que ha habido novación, ya que la existencia de la obligación original -la de construir el departamento- es incompatible con la nueva obligación -la de construir el auditorio-, pues sobre el último piso del edificio solamente se podrá levantar uno más, el mismo que podría ser el departamento o el auditorio. Por tal razón, resulta evidente que la obligación de levantar un departamento ha sido novada.

4. Formalidades.

El acuerdo mediante el cual acreedor y deudor convienen novar una deuda por otra no exige formalidad alguna.

La novación -enseña Giorgi⁵¹- 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.

Pothier, citado por Demolombe⁵², señala que 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.

Por otra parte, la novación es un acto que por regla general se celebra consensualmente, vale decir, que no requiere, para su validez, del cumplimiento de formalidad alguna, o, dicho en otras palabras, que el consentimiento se exprese a

⁵¹ GIORGI, Giorgio. Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno. Expuesta conforme a la doctrina y a la jurisprudencia italiana, francesa, alemana, etc. Traducida de la séptima edición italiana y anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas, por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Volumen VII, Página 462. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1909.

⁵² DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXVIII, Página 159.

través de cierta formalidad.

Según expresan Enneccerus, Kipp y Wolff⁵³, el contrato novatorio cae bajo el imperio de aquella disposición de forma cuando modifique -entiéndase sustituya o reemplace- obligaciones por razón de las cuales se dictó la disposición que impone la forma.

Sobre el tema, resulta de interés anotar que en el Derecho Romano de la época clásica⁵⁴, la novación debía celebrarse mediante una forma solemne: aquella en la que se había contraído la obligación. Pero por requerir la estipulación de la forma a través de la cual se podía contraer toda clase de obligaciones, ésta se convirtió en la solemnidad que el acuerdo novatorio debía observar.

La extinción de las obligaciones -durante la época clásica del Derecho Romano- debía, necesariamente, efectuarse mediante la forma en que se había contraído la obligación⁵⁵.

Ortolan apunta que en el Derecho Romano la manera de extinguir obligaciones debía ser la misma en la que se habían formado tales obligaciones. Así, al igual que se contraía **per aes et libram**, se disolvía **per aes et libram**; la liberación **verbis** era propia de las obligaciones contraídas por palabras; la liberación **litteris**, de las obligaciones formadas por inscripción en el registro doméstico; y, en fin, la liberación por el solo consentimiento, de las que el solo **consensu** había producido.

Ello determinó que la novación fuese un negocio jurídico formal. La obligación

⁵³ ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, Volumen I, Página 221. Bosch, Barcelona, 1950.

⁵⁴ Refiere Eugène Petit que la clasificación de la época clásica es aplicada, en general, al período que se extiende del reinado de Augusto a la muerte de Alejandro Severo, y de una manera más especial a los reinados de los Antoninos y de los Severos, es decir del siglo II a los primeros años del siglo III de nuestra era.

⁵⁵ Cabe recordar que en el Derecho Romano, el **vinculum iuris** podía contraerse mediante el acuerdo de partes expresado en un **pactum** o **conventio**, fuera éste uno **re**, **verbis**, **litteris** o **consensu**.

El contrato **re** no era sino una derivación del antiguo **nexum**, formado en base a la simple tradición de la cosa y utilizado en la celebración del **mutuum**, el **pignus** y el **depositum**. El contrato **verbis**, en cambio, era aquel cuya celebración requería de una interrogación solemne. Este contrato fue utilizado por los romanos para contraer toda clase de obligaciones.

La formación del contrato **litteris**, por su parte, se verificaba mediante la inscripción en registros domésticos -llamados **tabulae** o **codex**- de una cantidad que se suponía recibida. Este tipo de contrato fue utilizado sólo para contraer obligaciones de dar sumas de dinero.

Por último, el contrato **consensu** requería para su celebración tan sólo del consentimiento de las partes y fue utilizado en la celebración de la **emptio-venditio** (compra-venta o compraventa), la **locatio-conductio** (locación-conducción o arrendamiento), la **societas** (contrato de sociedad) y el **mandatum** (contrato de mandato).

podía sustituirse con otra nueva en su lugar, pero para que se verificara esta sustitución no se podía emplear cualquiera de las formas de obligarse. La novación debía efectuarse mediante la forma en que se había contraído la obligación primitiva.

No obstante, el modo generalmente utilizado para hacer novación fue la forma verbal de la **sponsio** o **stipulatio**, ya que mediante ella se podía extinguir cualquier obligación, reemplazándola con otra nueva contraída **verbis**.

En efecto, al ser la estipulación la forma de obligarse en virtud de la cual se podía contraer toda especie de obligaciones, no es extraño que fuese éste el medio más usado por los romanos en sus convenciones y, por tanto, la forma solemne de la novación.

Mackeldey expresa que la novación debía hacerse, en el Derecho Romano, mediante un contrato formal, bien fuese verbal o literal.

Felippo Serafini⁵⁸ afirma que la novación requería de un contrato formal, que por el derecho antiguo era el contrato literal y por el Justiniano la estipulación.

Por su parte, Arias Ramos y Arias Bonet⁵⁹ señalan que la nueva obligación tenía que nacer de una **stipulatio**. Y agregan que posiblemente también podía nacer de una **transcriptio** (contrato **litteris**) mientras estuvo en vigor la institución del **codex accepti et expensi** y la **nomina transcriptitia**.

De igual manera, refiere Lagrange⁶⁰ que "la novación se hace mediante estipulación, pero en el antiguo derecho, antes de caer en desuso los contratos literales, la novación podía también hacerse por las **nomina transcriptitia**."

A decir de Pietro Bonfante⁶¹, la novación debía ser concertada mediante contrato formal. Esta forma, al menos en el Derecho nuevo, no podía ser más que la estipulación.

Juan Iglesias⁶² añade que según la opinión hoy dominante, para verificar la novación sólo había un medio: la **stipulatio**.

⁵⁸ SERAFINI, Felippo. Op. cit., Página 115.

⁵⁹ ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J.A. Derecho Romano, Tomo II, Página 713, Edersa, Madrid, 1986.

⁶⁰ LAGRANGE, M. Eugenio. Op. cit., Página 436.

⁶¹ BONFANTE, Pietro. Instituciones de Derecho Romano, Página 428, Instituto Ed. Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones S.A., Madrid, 1959.

⁶² IGLESIAS, Juan. Op. cit., Página 129.

Dentro de tal orden de ideas, recuerda Ortolan⁶³ que una de las formas quiritarias de obligarse consistía en una interrogación solemne (**stipulatio**), seguida de una respuesta conforme y congruente (**responsi**). Esta interrogación y esta respuesta utilizaban palabras solemnes y términos consagrados: ¿**spondes?** **spondeo**; de donde se ha dado a esta solemnidad el nombre particular de **sponsio**.

Sobre el tema, anota Eugène Petit⁶⁴ que la **sponsio** era una de las formas más antiguas a través de la cual los romanos contraían obligaciones. La **sponsio** consistía en una interrogación del acreedor seguida de una respuesta del deudor: ¿**Spondere, spondesne?** **spondeo**. Pero, a medida que la **sponsio** tomó extensión, el uso de fórmulas consagradas dejó de ser necesario para la validez del pacto, recibiendo esta figura un nombre más acorde con su función, a saber: **stipulatio**. La pérdida de religiosidad y solemnidad de la estipulación hizo de esta figura uno de los medios más usados por los romanos para dar fuerza obligatoria a cualquier clase de convención, incluyendo a la novación.

Agrega Petit⁶⁵ que durante el Bajo Imperio (del año 225 al año 565 de la era cristiana), el acuerdo de partes se perfeccionaba mediante una interrogación que, formulada oralmente por el acreedor, debía resumir con claridad el objeto del contrato, sin importar los términos utilizados.

Con el tiempo -señala Ortolan⁶⁶- esta forma de obligarse fue accesible a los **peregrini** (extranjeros) y admitió otras especies de interrogaciones, propias del derecho de gentes: ¿**promitis?** **promitto**; ¿**dabis?** **dabo**. Más tarde desaparece incluso el carácter de la fórmula y hasta el griego era admitido en la estipulación; una de las partes podía interrogar en latín, y la otra responder en griego: bastaba que la interrogación y la respuesta estuvieran conformes, cualesquiera fuesen las expresiones. Tal es el contrato que los romanos decían formado **verbis**.

En cuanto a la formalidad de la estipulación novatoria, refieren Arias Ramos y Arias Bonet⁶⁷ que se desconocen con exactitud las fórmulas en ella empleadas, mientras se mantuvo el rigor formal del contrato **verbis**. Pero es evidente que de su peculiar redacción destacaría entonces la figura de la novación de otras estipulaciones aparentemente similares.

La estipulación como forma de la novación, sin embargo, fue dejada de lado durante el Derecho Justiniano.

⁶³ ORTOLAN, M. Op. cit., Página 96.

⁶⁴ PETIT, Eugène. Op. cit., Páginas 320 y siguientes.

⁶⁵ PETIT, Eugène. Op. cit., Página 334.

⁶⁶ ORTOLAN, M. Op. cit., Páginas 96 y 97.

⁶⁷ ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J.A. Op. cit., Tomo II, Páginas 713 y 714.

Demolombe⁶⁸, por su parte, afirma que liberada la novación de los lazos del viejo formalismo romano, aquella se convirtió en un convenio como cualquier otro, pudiendo desde entonces actuar su existencia y sus efectos en la voluntad común de las partes.

Según anota Juan Iglesias⁶⁹, decaída la forma -la solemnidad de los contratos **verbis**-, la extinción de la obligación se infiere sin más de la voluntad de novar, esto es, del **animus novandi: voluntate solum esse, non lege novandum**. Si falta la intención manifiesta de novar, la **prior obligatio** subsiste, acumulándose a ésta el crédito naciente de la nueva estipulación.

De igual manera expresa Bonfante⁷⁰, en fin, que es necesaria la intención efectiva de novar, o sea de renovar la obligación anteriormente contraída; y esta intención, según lo que el Derecho Justiniano ha establecido, se debe declarar expresamente, pues en caso contrario se entiende constituida la obligación y no simplemente novada la antigua. La novación debe ahora efectuarse **voluntate non lege**.

En el Derecho moderno, y singularmente en el Código Peruano de 1984, sería discutible que la novación, en numerosos casos, exigiera, para su validez, del requisito de forma, porque tal solemnidad no está impuesta por la ley, como sí ocurre con otros modos de extinción de las obligaciones, tales como la transacción.

Cabe recordar, por lo demás, que el Código Civil, en su artículo 1413, establece que las modificaciones del contrato original deben efectuarse en la forma prescrita para ese contrato.

Debemos reparar en que este numeral, si bien menciona a las modificaciones, no alude a las regulaciones ni a la extinción del contrato original.

En tal sentido, podría interpretarse que la regulación del contrato original no requeriría de formalidad alguna, en la medida en que las partes no estarían variando sus términos, sino solamente efectuando precisiones en relación con dicho acto jurídico.

Por otra parte, respecto a la extinción del contrato original, el artículo 1413 tampoco ha establecido la necesidad de formalidad especial alguna, razón por la cual podría entenderse que, para estos efectos, también existe libertad de forma.

Sin embargo, en nuestro medio se ha sostenido la opinión contraria⁷¹.

⁶⁸ DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXVIII, Página 159.

⁶⁹ IGLESIAS, Juan. Op. cit., Página 130.

⁷⁰ BONFANTE, Pietro. Op. cit., Página 429.

⁷¹ Manuel de la Puente y Lavallo (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General,

Primera Parte, Tomo III, Páginas 478 y 479. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991.) afirma que debe entenderse que el artículo 1413 también comprende a los actos regulatorios o extintivos. En adelante, sus palabras:

"Conviene hacer una precisión previa. El artículo 1413 no se refiere, en realidad, a la modificación del contrato, desde que, como se ha visto, el contrato desaparece una vez que ha creado (regulado, modificado o extinguido) la relación jurídica patrimonial, que es la que regula las obligaciones que constituyen dicha relación. Consecuentemente, lo que es materia de la modificación posterior a la celebración del contrato es la relación jurídica patrimonial creada por él.

El artículo 1413 del Código Civil obedece a razones de una lógica irrefutable. Si legal o convencionalmente se impone una forma determinada, sea **ad probationem** o **ad solemnitatem**, para la celebración de un contrato es, principalmente, porque se considera necesario o conveniente que las partes reflexionen sobre las obligaciones que están asumiendo y también para contar con una prueba de la celebración del contrato. Si es que en un momento, durante la vida de la relación jurídica patrimonial creada por el contrato, las partes deciden modificar esta relación, deben hacerlo con la misma reflexión con que procedieron a formarla o contar con un instrumento de similar valor constitutivo o probatorio que aquél en que consta el contrato original.

La única observación que cabe hacer al artículo 1413 del Código Civil es que si el artículo 1351 del mismo Código establece que el contrato es el acuerdo para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, se haya limitado el respeto de la forma del contrato original sólo para la modificación de dicha relación, y no para su regulación y extinción, desde que las razones son exactamente las mismas.

Pienso que la acción jurisprudencial debe orientarse a suplir esta deficiencia del artículo 1413. El planteamiento de que la formalidad del contrato es una excepción al principio general del consensualismo, podría dificultar esta labor jurisprudencial, ya que el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil dispone que la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía. Podrían los jueces, sin embargo, invocar que no se trata aquí de una aplicación de la analogía sino de la interpretación extensiva, que supone un caso no comprendido en la letra de la norma, pero sí en su espíritu (que es diferente, como se ha visto al comentar el artículo 1398 del Código Civil, del procedimiento analógico)."

Por nuestra parte, discrepamos del parecer del maestro Manuel de la Puente, por considerar que el artículo 1413, al ser una norma restrictiva, no puede interpretarse analógicamente.

Más allá de lo que haya sido la voluntad del legislador, debemos asumir que el artículo bajo comentario no extiende sus efectos ni a los contratos regulatorios, ni a los contratos extintivos, en cuanto al seguimiento de la formalidad requerida para el contrato original.

Tal supuesta omisión (aunque haya sido involuntaria) sí tiene sentido, porque no es lo mismo modificar los términos de una relación contractual, vale decir variarlos, en el ánimo de que las partes sigan relacionadas entre sí, que regular dicha relación contractual, pues tal regulación no implica modificación de términos sino precisión de los mismos.

Desde una óptica similar, la extinción de la relación contractual tiene una naturaleza totalmente distinta que su modificación, en tanto que cuando las partes extinguen una relación contractual, no van a seguir jurídicamente relacionadas entre sí; lo que buscan, simple y llanamente, es poner término (fin) a la relación que las unía, y es respecto a esta relación original que la ley establecía una forma solemne, para llevarlas a meditar sobre el acto que estaban celebrando. Pero con la extinción de dicha relación contractual no debe seguirse el mismo razonamiento, en la medida en que las partes no buscan relacionarse entre sí con algún acto para el cual la ley considere que deben meditar o reflexionar. Para celebrar ese acto ya meditaron lo suficiente, y lo celebraron. Aquí lo único que está ocurriendo es un paso adicional: arrepentirse de haberlo celebrado. Y para ese arrepentimiento (posterior a la celebración del acto), la ley no debe exigir formalidad alguna, porque lo que las partes buscan es volver el estado de cosas a como se encontraban antes de celebrar el acto que desean extinguir.

Pero la novación nos plantea un problema diverso.

Cuando nos referimos a la modificación de una relación contractual, no estamos necesariamente aludiendo al tema de la novación.

Modificar la relación contractual no significa necesariamente novar las obligaciones en ella contenidas, pues podría tratarse de cambios en las relaciones obligatorias de la naturaleza de aquellas mencionadas en el artículo 1279 del Código Civil, vale decir, de modificaciones accesorias, las mismas que, como ya ha sido expresado, no generan novación.

De esta forma, queda claro que no toda modificación a una relación contractual importa un acuerdo novatorio.

Ahora bien, podríamos preguntarnos si un acuerdo novatorio implica, necesariamente, la modificación de la relación contractual.

Prima facie podría pensarse que sí. Pero no olvidemos que la novación significa de por sí la extinción de una obligación y la creación de una nueva. Y en materia contractual la novación incluso puede originar la extinción de todas las obligaciones del contrato primigenio y su sustitución por otras derivadas de una fuente distinta. Es el caso típico de la novación objetiva por cambio de título.

En el supuesto de que la novación recaiga sólo sobre una de las obligaciones de la relación contractual, se habría producido la extinción de esa obligación y el nacimiento de una nueva, en tanto que las demás obligaciones subsistirían inalteradas. Aquí podríamos hablar de que esa novación implica una modificación de la relación contractual, por haberse producido la extinción de una de las obligaciones y su sustitución por una nueva y, por tratarse de un contrato modificadorio, sería aplicable lo dispuesto por el artículo 1413 del Código Civil, ya que las modificaciones del contrato original (impliquen o no novación) deben efectuarse en la forma prescrita para ese contrato.

Sin embargo, en el supuesto de un contrato referente a toda la relación contractual y que produzca novación de la integridad de la misma (por ejemplo, una novación objetiva por cambio de título), sería evidente que nos encontramos ante un contrato extintivo y a la vez creador de obligaciones. Tratándose de un contrato extintivo, y sobre la base a lo que hemos señalado anteriormente, no requeriría seguir la forma prescrita para el contrato original.

Pero en tanto contrato generador de nuevas obligaciones tendremos que analizar si esa nueva relación contractual que se crea, exige para su nacimiento de una formalidad solemne impuesta por la ley o autoimpuesta por las partes. Si este fuese el caso, ese nuevo contrato novatorio requeriría seguir esa formalidad. En caso contrario,

el contrato novatorio a que hacemos referencia tendría libertad de forma, vale decir, que incluso podría celebrarse con el solo consentimiento de las partes.

En este punto estimamos pertinente referirnos a la posibilidad de que este tema sea susceptible de vincularse con lo dispuesto por la ley respecto al mutuo disenso.

Entendemos que las doctrinas relativas a la forma del mutuo disenso, cuando la relación contractual que se quiere dejar sin efecto ha requerido de una formalidad solemne para su nacimiento, no resultan aplicables al tema de la novación, por cuanto a través del mutuo disenso lo que las partes buscan es dejar sin efecto la relación contractual, sin pretender la creación de nuevas obligaciones en sustitución de aquellas extinguidas. Lo único que persiguen es dejar sin efecto las que crearon anteriormente. Por ello, dada la diversa naturaleza del mutuo disenso y de la novación, entendemos que a ambas figuras les son aplicables principios propios y no comunes.

Finalmente, debemos mencionar los principios de la forma en los supuestos de novación subjetiva.

En tales supuestos, ya sea por cambio de acreedor o por cambio de deudor (en cualquiera de sus modalidades: por delegación o por expromisión), la relación contractual no se modifica, pues el contenido de las obligaciones nacidas del contrato originario se mantienen inalterables. En este sentido, no podría sostenerse que una novación subjetiva implica la modificación de las prestaciones, objetivamente consideradas, del contrato original, razón por la cual descartaríamos la aplicación del principio establecido por el artículo 1413, norma que, lo reiteramos, prescribe que las modificaciones al contrato deben efectuarse en la misma forma prescrita para él.

Claramente, un supuesto de novación subjetiva significa la sustitución de una de las partes en alguna o algunas de las obligaciones nacidas del contrato originario o, en su caso, de una de las partes en todas las obligaciones nacidas de dicho contrato.

Sin embargo, hacemos la salvedad, de que no consideramos a este supuesto como uno de modificación del contrato, pues en la doctrina y dentro del marco legislativo peruano, sólo se entiende que hay modificación de la relación contractual en sentido objetivo, vale decir, cuando se producen cambios en el contenido de las obligaciones o en las obligaciones propiamente dichas; no así cuando lo que varía es alguna o algunas de las partes de la relación contractual. De esta forma, cuando nos encontramos ante la presencia de figuras tales como la cesión de posición contractual o contrato por persona a nombrar en el que efectivamente se produzca dicho nombramiento, hablaremos de una sustitución de las partes en el contrato (relación contractual), pero no de la modificación del contrato mismo.

No obstante lo señalado, debemos precisar que cuando una de las partes se sustituye en todas las obligaciones nacidas del contrato originario, se produce no sólo

la extinción de dichas obligaciones, sino también la extinción del contrato originario y el nacimiento de uno nuevo. Ahora bien, este último (el nuevo contrato) deberá observar la formalidad prescrita por la ley o la autoimpuesta por las partes para su validez, de ser el caso.

Como vemos, el tema de la forma en la novación requiere de principios especiales, en tanto que no le resultan de estricta aplicación aquellos relativos a la forma del contrato.

5. Efectos.

En adelante, vamos a referirnos a los efectos de la novación, los mismos que, en opinión nuestra, serían los siguientes en cualquiera de sus formas: objetiva o real (por cambio de objeto o de causa-fuente de la obligación) o subjetiva o personal (por cambio de acreedor o deudor):

5.1. Sobre la extinción de la obligación originaria y la creación de una nueva.

La novación es una operación única de doble efecto, a saber: un efecto extintivo y otro creador de obligaciones.

A decir de José León Barandiarán⁷², la novación es un instituto jurídico de carácter difórmico, pues de un lado extingue una obligación y de otro lado genera una nueva obligación.

Messineo⁷³ considera que la sustitución de una obligación nueva y la extinción de la obligación originaria, son efectos interdependientes e inseparables o, mejor, un efecto único, complejo; y, por consiguiente, no tiene sentido preguntarse si se verifica antes la extinción o la sustitución de la nueva obligación.

Héctor Lafaille⁷⁴ expresa que apenas es necesario insistir respecto de que la novación envuelve en primer término la extinción de un derecho creditorio, el cual debe quedar irremisiblemente sin efecto, y al propio tiempo determina el nacimiento de un nuevo nexo obligatorio.

⁷² LEON BARANDIARAN, José. En Torno a la Novación Objetiva. En: Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez, Página 3. Cultural Cuzco S.A., Lima, 1988.

⁷³ MESSINEO, Francesco. Op. cit., Tomo IV, Página 401.

⁷⁴ LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo I, Página 382.

En opinión de Guillermo Suárez⁷⁵, el objeto y razón de la novación es la destrucción o anulación del vínculo existente, creando en su lugar uno nuevo, ya sea entre los mismos acreedor y deudor, o entre personas diferentes.

Añade el citado autor que en virtud de la novación nace una nueva obligación, y la primera desaparece dejando su lugar a la segunda. Pero la extinción de una obligación y el nacimiento de otra no son actos aislados el uno del otro; están íntimamente ligados entre sí. Por la novación nace una obligación porque la otra se extingue; y la primera se extingue porque la nueva nace.

Planiol y Ripert⁷⁶ anotan que no se nova una deuda sino para reemplazarla por otra y no se crea ésta sino para sustituir a la otra.

En efecto, la creación de la nueva obligación tiene por finalidad la extinción de una anterior y viceversa. Por ello, la novación supone la extinción de una obligación por la creación de otra y la creación de una obligación para la extinción de otra preexistente.

Sobre la base de estas consideraciones, podría pensarse que la extinción de la obligación primigenia es causa-fuente de la creación de la nueva obligación. Sin embargo, el nacimiento de la nueva deuda tiene como origen el acuerdo novatorio.

La novación -precisa Lafaille⁷⁷- tiene por fin inmediato poner término a un derecho y dar nacimiento a otro. Tal es la orientación de la voluntad, del deliberado propósito, que se conoce en doctrina con el nombre de **animus novandi**.

Agrega Lafaille⁷⁸ que el segundo derecho no surge del primero, aun cuando este último suela considerarse como la causa, o mejor dicho, la fuente del nexo jurídico que subsiste. El nuevo derecho tiene su origen en el acto novatorio, que pone fin al uno para dar vida al siguiente.

Por otra parte, Henri, Léon y Jean Mazeaud⁷⁹ señalan que por sus efectos, la novación debe distinguirse de otras operaciones jurídicas; la creación de una obligación nueva entre personas unidas por un vínculo de derecho no constituye una novación cuando subsiste la obligación antigua; tampoco lo es la extinción de una deuda antigua sin creación de una obligación nueva; la simple confirmación de una obligación anterior, o la doble operación por la cual las partes extingan una deuda y creen otra nueva, sin nexo con la anterior, suelen ser -en apariencia- muy parecidas a la

⁷⁵ SUAREZ SUAREZ, Guillermo. Op. cit., Página 294.

⁷⁶ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo IV, Página 352.

⁷⁷ LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo I, Página 383.

⁷⁸ LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo I, Página 381.

⁷⁹ MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Op. cit., Volumen II, Página 458.

novación y no difieren de la misma más que por la intención de las partes.

Ahora bien, Laurent⁸⁰ se pregunta si el efecto de la novación, es decir, la liberación del deudor en virtud de la extinción de la obligación, está subordinado al cumplimiento efectivo de la nueva deuda.

Anota Laurent que generalmente se enseña que no, y no vemos ningún problema en esto, pues es una consecuencia propia de la novación. La extinción de la obligación anterior se produce de manera definitiva y sin depender del futuro cumplimiento de la nueva.

El efecto extintivo y creador de obligaciones de la novación no se verifica, sin embargo, en los siguientes casos:

- Cuando la obligación original se nova por otra sujeta a condición suspensiva y dicho acontecimiento no se produce. Este es el supuesto al que alude el párrafo primero del artículo 1284 del Código Civil.
- Cuando la obligación primitiva fuese nula, en cuyo caso no opera la novación. Es la hipótesis prevista en el párrafo primero del artículo 1286 del Código Civil.
- Cuando la obligación fuese anulable y el deudor, desconociendo el vicio, asume la obligación (**contrario sensu** del segundo párrafo del artículo 1286 del Código Civil).
- Cuando la obligación primigenia se declarase nula o fuese anulada. Este es el supuesto previsto en el artículo 1287 del Código Civil.

Precisa observarse que, en el caso de una novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación, cuando la eventual insolvencia del nuevo deudor fuese anterior y pública al acuerdo novatorio, o conocida por el deudor al delegar su deuda (supuesto del segundo párrafo del artículo 1283 del Código Civil), tampoco se verificaría el efecto extintivo y creador de obligaciones. Esto, sin embargo, no es así, pues en tal hipótesis el deudor primitivo responde en calidad de garante por la nueva obligación y no en virtud de la primera relación obligatoria ya extinguida.

En tal orden de ideas, cabe señalar que aun existiendo pluralidad de sujetos en la obligación primigenia, la novación origina iguales consecuencias, esto es, la extinción del primer vínculo jurídico y la creación de otro.

No obstante, tratándose de obligaciones indivisibles y solidarias es menester efectuar algunas precisiones.

⁸⁰ LAURENT, François. Principes de Droit Civil Français, Tomo XVIII, Páginas 349 y siguientes. Librairie A. Maresq Ainé, París, 1875-1893.

- *Novación de obligación indivisible.*

(i) Supuesto de pluralidad de acreedores.

Si la obligación es indivisible y el deudor común conviene con uno de los coacreedores en novar dicha obligación, ésta se extingue sólo para el acreedor que participó en el acuerdo novatorio. Esto es, el vínculo jurídico no se extingue respecto de los demás coacreedores (artículo 1179 del Código Civil).

Sin embargo, para que los demás coacreedores puedan exigir al deudor el cumplimiento de la prestación original, deberán primero reembolsar al deudor el valor de la parte de la prestación correspondiente al acreedor que novó, o garantizar dicho reembolso. De este modo, el deudor que novó parte de la obligación indivisible no asumirá un doble pago⁸¹.

(ii) Supuesto de pluralidad de deudores.

Si la obligación es indivisible y el acreedor común conviene con uno de los codeudores en novar dicha obligación, ésta se extingue respecto a los demás codeudores. Sin embargo, en las relaciones entre el deudor que practicó tal acto y sus codeudores, estos responden, a su elección, por su parte en la obligación primitiva o por la proporción que les habría correspondido en la nueva obligación. Ello porque la norma prevista en el artículo 1188 del Código Civil resulta aplicable a este supuesto. Así lo establece el artículo 1181 del Código Civil⁸².

- *Novación de obligación solidaria.*

⁸¹ **Artículo 1179.-** "La novación entre el deudor y uno de los acreedores no extingue la obligación respecto de los demás acreedores. Estos, sin embargo, no pueden exigir la prestación indivisible sino reembolsando al deudor el valor de la parte de la prestación original correspondiente al acreedor que novó o garantizando el reembolso...".

Remitimos al lector a los comentarios que efectuamos al analizar -en otro estudio- el artículo 1179 del Código Civil (OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Primera Parte, Tomo III, Páginas 160 a 164. Biblioteca Para leer el Código Civil, Volumen XVI, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997.).

⁸² **Artículo 1181.-** "Las obligaciones indivisibles se rigen, además, por los artículos ...1188...".

Artículo 1188.- "La novación... entre el acreedor y uno de los deudores solidarios sobre la totalidad de la obligación, libera a los demás codeudores.

En estos casos las relaciones entre el deudor que practicó tales actos y sus codeudores, se rigen por las reglas siguientes:

1. En la novación, los codeudores responden, a su elección, por su parte en la obligación primitiva o por la proporción que les habría correspondido en la nueva obligación...".

Remitimos al lector, asimismo, a los comentarios que efectuamos al analizar los preceptos anotados (OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo III, Páginas 275 a 277.).

A decir de Héctor Lafaille⁸³, si la obligación es solidaria y uno de los titulares del crédito nova por acuerdo con el deudor, el vínculo se extingue respecto de todos los restantes codeudores.

La solidaridad -precisa Lafaille- funciona como si el ligamen estuviera trabado con una sola persona, activa o pasivamente; y es por ello que permite a cualquiera de los interesados comprender a los demás, bien sea para comprometerlos o liberarlos.

En el régimen peruano, sin embargo, los efectos de la novación de una obligación solidaria -según se trate de un supuesto de solidaridad activa o pasiva-, así como las relaciones internas entre quien novó la obligación y sus coacreedores o codeudores, según el caso, se rigen por sus propios principios, los mismos que pasamos a detallar.

(i) Supuesto de solidaridad activa.

Es claro que si el deudor y uno de los coacreedores convienen novar la totalidad de la obligación solidaria, ésta se extingue respecto de los demás coacreedores.

Pero, según lo prescrito por el artículo 1190 del Código Civil, en las relaciones internas el acreedor que novó la obligación responde ante los demás ex-coacreedores por la parte que correspondía a cada uno de ellos en la obligación primigenia. Adviértase que el íntegro del crédito no sólo pertenecía a quien novó la obligación, de allí que los demás coacreedores puedan repetir contra éste último.

Este principio se exceptúa, sin embargo, cuando la obligación primitiva se hubiese contraído en interés exclusivo del acreedor que participó en el acuerdo novatorio. En este caso, dicho acreedor no responde frente a sus ex-coacreedores.

Ahora bien, precisa anotarse que si la novación se hubiese limitado a la parte que correspondía al acreedor que participó en el acuerdo novatorio, la obligación sólo se extingue respecto a dicha parte, de suerte tal que el deudor queda liberado únicamente en cuanto a esa parte y continúa obligado frente a los demás coacreedores por la diferencia. Así lo establece el segundo párrafo del artículo 1190 del Código Civil⁸⁴.

⁸³ LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo I, Página 395.

⁸⁴ **Artículo 1190.-** "... Si tales actos se hubieran limitado a la parte que corresponde a uno solo de los acreedores, la obligación se extingue únicamente respecto a dicha parte."

Por lo demás, remitimos al lector a los comentarios efectuados al analizar el precepto anotado (OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo III, Páginas 160 a 164.).

(ii) Supuesto de solidaridad pasiva.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 1188 del Código Civil, el acuerdo novatorio celebrado entre el acreedor común y uno de los deudores sobre la totalidad de la obligación solidaria, libera a los demás codeudores y sólo obliga al cumplimiento de la nueva obligación al deudor que novó la deuda primigenia.

En las relaciones internas, sin embargo, los ex-codeudores pueden elegir entre cumplir con el deudor que novó por la parte a la que se habían obligado originalmente o por la proporción que les correspondería en la nueva obligación. Ello, en virtud a lo prescrito por el inciso primero del artículo 1188 del Código Civil.

No obstante, si la novación se hubiera limitado a la parte que correspondía a uno de los deudores, la obligación se extingue sólo en cuanto a dicha parte, de modo que los otros codeudores continúan obligados respecto a la parte restante de la obligación original. Así lo establece el artículo 1189 del citado cuerpo legal⁸⁵.

5.2. Sobre el destino de las garantías de la obligación novada.

Si la novación determina la extinción de la obligación primigenia, es evidente que las garantías reales o personales que aseguraban su cumplimiento corren igual suerte.

A decir de Héctor Lafaille⁸⁶, al desaparecer la obligación preexistente, cesan de igual modo las garantías relativas a ella, sean de índole personal o real (fianzas, prendas, hipotecas y anticresis).

La ley civil peruana legisla sobre la intrasmisibilidad de las garantías a la nueva obligación en el artículo 1283: "En la novación no se transmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida...".

Esta regla, sin embargo, podría admitir ciertas excepciones, a saber:

- (a) Tratándose de una novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación, cuando la eventual insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior y pública, o conocida del deudor al delegar su deuda (argumento del párrafo segundo del artículo 1283 del Código Civil).

⁸⁵ **Artículo 1189.-** "Si los actos señalados en el primer párrafo del artículo 1188 se hubieran limitado a la parte de uno solo de los deudores, los otros no quedan liberados sino en cuanto a dicha parte."

Remitimos al lector a los comentarios anotados al analizar este precepto (OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo III, Páginas 292 a 296.).

⁸⁶ LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo I, Página 392.

- (b) Cuando se trate de una novación subjetiva por cambio de acreedor con garantía real prestada por el propio deudor.
- (c) Cuando se trate de una novación objetiva con garantía real prestada por el propio deudor (supuesto discutible, que podría constituir excepción en algunos casos).
- (d) Cuando los contratantes pactan conservar en la nueva obligación las garantías de la obligación novada (parágrafo primero del artículo 1283 del Código Civil).
- (e) En los casos de novación legal, sea que opere de pleno derecho o en virtud de una resolución judicial.

En lo relativo a la conservación convencional de las garantías, expresa Lafaille⁸⁷ que el principio según el cual la novación extingue la obligación principal con sus accesorios y las obligaciones accesorias, es susceptible de modificarse cuando interviene un pacto expreso. Pero para que dicha salvedad sea eficaz, no sólo ha de ser categórica, sino también manifestada previamente o de manera simultánea a la voluntad de novar.

La ley peruana exige, para estos casos, "pacto expreso". Así lo establece el artículo 141, **in fine**, del Código Civil, al prescribir que no puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige manifestación expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.

Precisa anotarse, en adición, que si bien la ley faculta a las partes a conservar las garantías de la obligación primigenia para la nueva -cuando así lo hubiesen pactado-, dicha estipulación sólo resultaría posible en dos supuestos:

- * Cuando el garante es el propio deudor y no un tercero.

Planiol y Ripert⁸⁸, al comentar el artículo 1278 del Código Napoléon, anotan que la ley parece conceder al acreedor, e n términos absolutos, la facultad de conservar, sin el consentimiento de ninguna otra persona, los privilegios e hipotecas de su antiguo crédito, pero tal precepto supone el caso común, en el cual el acreedor cuenta con tales garantías solamente sobre los bienes de su deudor, con quien conviene la novación: en este caso la reserva impuesta al acreedor es aceptada por el propietario de los bienes gravados.

⁸⁷ LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo I, Página 392.

⁸⁸ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo IV, Página 353.

En opinión de Lafaille⁸⁹, cuando la garantía hubiera sido constituida por el mismo obligado, el acreedor puede conservar dicha garantía haciendo reserva expresa y aun prescindiendo del asentimiento del deudor, pues el mantenimiento de las garantías, en las circunstancias que regían, no le irroga daño alguno. Así lo dispone el artículo 803 del Código Civil Argentino: "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."

Adviértase que el régimen peruano requiere para la conservación de las garantías el acuerdo de partes y no solamente una declaración unilateral de voluntad por el acreedor (argumento del artículo 1283 del Código Civil).

* Cuando las garantías han sido prestadas por un tercero y éste asiente en asegurar el cumplimiento de la nueva obligación.

Si el garante real o personal es persona distinta del deudor, resulta claro que la novación celebrada entre acreedor y deudor libera los bienes que aquél hubiese gravado, o, en su caso, su propia garantía personal. Por esta razón, sólo con su asentimiento podrían conservarse tales garantías.

A decir de Planiol y Ripert⁹⁰, las garantías reales otorgadas por terceros pueden ser conservadas por el acreedor, pero únicamente con el consentimiento del propietario de los bienes que las soporten. El propietario de los bienes gravados tiene un derecho adquirido resultante de la novación realizada para beneficiarse con la liberación de sus bienes; en consecuencia, solamente con su asentimiento pueden mantenerse estas garantías.

Añaden los citados tratadistas que, si los fiadores a quienes liberara la novación habían consentido en responder por una deuda determinada, como se modifica ésta, es necesario obtener nuevamente su asentimiento, pues, en definitiva, lo que se les pide es una nueva fianza. Por tanto, el acreedor únicamente conservará la acción en su contra si aceptan la nueva obligación.

En opinión de Laurent⁹¹, si se extingue la primera deuda respecto a la cual los fiadores se habían obligado, la fianza podrá prolongarse en una deuda nueva, sólo en virtud de un nuevo asentimiento de éstos, ya que nadie puede asumir una obligación sin haber aceptado previamente.

⁸⁹ LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo I, Página 393.

⁹⁰ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo IV, Página 353.

⁹¹ LAURENT, François. Op. cit., XVIII, Página 253.

Agrega Laurent⁹² que la novación hecha respecto al deudor principal libera a los fiadores, pues considera imposible que la obligación accesoria de la fianza sobreviva a la obligación principal, aun cuando el fiador fuese solidario, ya que su compromiso accesorio cae con el compromiso principal del deudor.

No obstante lo señalado, Laurent estima posible que el acreedor y uno de los fiadores solidarios acuerden novar la obligación primitiva, pues el fiador es libre de cargar con la deuda al novarla, y si bien ni la ley ni la doctrina han previsto su solución, ella no reviste dificultad alguna, ya que la deuda se extinguiría para el deudor principal y los cogarantes, en tanto que el fiador que novó la deuda responderá frente al acreedor respecto del nuevo crédito.

Lafaille⁹³, por su parte, anota que el artículo 811 del Código Civil Argentino prescribe que "La novación entre el acreedor y los fiadores, extingue la obligación del deudor principal", y que, al respecto, la nota de este Código señala que el garante puede pagar por el deudor principal, y de igual manera, novar la deuda, con lo cual ella deja de existir.

En efecto, si el acuerdo novatorio celebrado entre el acreedor y uno (o todos) los fiadores tiene por finalidad sustituir la obligación originaria por otra, tal novación afectará al deudor principal y, de ser el caso, a los demás fiadores. De lo contrario, esto es, si el objeto de la novación fue únicamente liberar a uno de los fiadores, los demás fiadores -y evidentemente el deudor- continuarán obligados frente al acreedor. Cabe advertir, sin embargo, que si la liberación efectuada en favor de uno de los fiadores no cuenta con el asentimiento de los otros, ella aprovecha a todos los fiadores, hasta donde alcance la parte del fiador en cuyo favor se efectuó tal liberación.

5.3. Sobre los accesorios de la obligación novada.

Expresan Planiol y Ripert⁹⁴ que el efecto extintivo de la novación es comparable al del pago. La obligación novada desaparece con todos sus accesorios.

Laurent⁹⁵ indica que la novación extingue la deuda anterior con los accesorios que le corresponden, efecto común a todos los modos de extinción de las obligaciones. Pero agrega que hay una diferencia considerable entre la novación y los otros modos extintivos de obligaciones: en el momento en que la deuda anterior se extingue, nace una nueva deuda, que ocupa el lugar de la anterior, deuda que -en principio- es un crédito puro y simple, ya que ésta no tiene necesariamente la naturaleza, privilegios, accesorios, garantías o efectos de la obligación que se extinguió.

⁹² LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVIII, Página 351.

⁹³ LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo I, Página 393.

⁹⁴ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo IV, Página 352.

⁹⁵ LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVIII, Página 349.

Héctor Lafaille⁹⁶, a su turno, precisa que cuando desaparece la obligación preexistente no subsiste ninguno de los accesorios, de suerte que esta consecuencia se extiende a los privilegios, intereses y cláusulas penales.

Para Jorge Eugenio Castañeda⁹⁷, son efectos de la novación:

- Que los intereses producidos por la deuda novada dejen de correr.
- Que los intereses devengados no sean debidos, por cuanto se extinguen⁹⁸.
- Que concluyen los efectos de la mora; no sólo los efectos que se producirían en el futuro, sino los que ya la mora hubiera generado.
- Que se extinguen los efectos de la cláusula penal; y si la cláusula penal ya fuera exigible por el retardo en el cumplimiento de la obligación, con la novación la cláusula penal resultaría inexigible.
- Que los privilegios de la primera obligación terminan, sin poder ser trasladados por la novación a la segunda obligación.

Los privilegios -señala Castañeda- son creados por la ley; no pueden ser extendidos analógicamente; son atribuidos a determinados créditos en razón de la calidad y naturaleza de éstos; por tanto, las partes no los pueden crear ni trasladar a otros créditos a los cuales la ley no los concede.

- Que las excepciones susceptibles de deducirse contra el acreedor en virtud de la primera obligación novada no pueden ser opuestas a dicho acreedor al exigir éste el cumplimiento de la segunda obligación.

5.4. Sobre las obligaciones de saneamiento.

Si las partes acordasen novar el objeto de la obligación primigenia por otro y éste tuviera vicios ocultos o se perdiese por evicción, cabría preguntarse qué derechos

⁹⁶ LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo I, Página 392.

⁹⁷ CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo III, Páginas 233 y 234.

⁹⁸ Discrepamos de Castañeda en este extremo, ya que si bien la deuda de intereses requiere para su nacimiento de la existencia previa de una obligación principal -de la cual aquélla es accesoria-, a partir de entonces adquiere autonomía. Por ello, la extinción de la obligación principal no conlleva la extinción de la deuda de intereses. Esta última constituye, en opinión nuestra, una excepción al principio que reza que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Por lo demás, remitimos al lector a los comentarios efectuados por nosotros al analizar la materia, en un anterior estudio (OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Segunda Parte, Tomo V, Páginas 286 y siguientes.).

asisten al acreedor.

Por entrañar la novación un contrato extintivo de obligaciones, es claro que el acreedor ya no podría exigir el cumplimiento de la obligación original. Sin embargo, siendo la novación un contrato al que son aplicables las normas referentes al saneamiento, sin lugar a dudas asistirá al acreedor el derecho a ser indemnizado por los vicios ocultos que el nuevo bien presentase al momento de la transferencia o por evicción.

Si el crédito anterior se ha extinguido definitivamente por novación, evidentemente las relaciones entre deudor y acreedor se determinan por la nueva deuda. Esto es, si **Primus** debe a **Secundus** una tonelada de arroz y ambos acuerdan novar la deuda sustituyendo su objeto por una tonelada de azúcar, las cuestiones relativas al saneamiento sólo recaerían sobre el nuevo objeto de la obligación y no sobre el primero.

5.5. Sobre la teoría del riesgo.

Luego de haberse pactado la novación, los alcances del artículo 1138 del Código Civil -que recoge la teoría del riesgo- sólo serían aplicables, sin duda, ante la eventual pérdida del bien objeto de la nueva obligación hasta antes de su entrega.

Adviértase que, si se ha producido la novación, la pérdida del bien objeto de la primera deuda (ya extinguida) no afectaría a la nueva relación obligatoria creada por novación.

Por lo demás, remitimos al lector a los comentarios efectuados por nosotros al analizar el artículo 1138 del Código Civil⁹⁹, con ocasión de una investigación anterior.

5.6. Sobre el reconocimiento de las obligaciones.

Si luego de haberse celebrado un acuerdo novatorio, se presentara un supuesto de eventual reconocimiento de una obligación, dicho reconocimiento sólo podría recaer sobre la nueva deuda y no sobre la primigenia ya extinguida.

Aquí también remitimos al lector a los comentarios anotados por nosotros al analizar, en otro trabajo, el artículo 1205 del Código Civil¹⁰⁰.

5.7. Sobre la cesión de derechos.

⁹⁹ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo II, Páginas 38 a 62.

¹⁰⁰ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo III, Páginas 421 y siguientes.

En lo relativo a la transmisión de las obligaciones mediante cesión de derechos, precisa anotarse que, luego de producida una novación -en cualquiera de sus formas-, el acreedor sólo podría ceder a un tercero cesionario su derecho de crédito sobre la nueva obligación.

Remitimos al lector, asimismo, a nuestros comentarios sobre los artículos 1206 y siguientes del Código Civil¹⁰¹.

5.8. Sobre los efectos generales de las obligaciones.

Es claro que luego de haberse pactado la novación, los alcances de los artículos 1218 y 1219 del Código Civil¹⁰², resultarían aplicables a la nueva relación obligatoria y no a la anterior.

5.9. Sobre el pago y sus diversas formas.

Si el crédito original se extingue definitivamente por novación, la única obligación exigible es la nueva deuda resultante del acuerdo novatorio. Por esta razón, todas las disposiciones generales del pago y aquellas especiales que rigen el pago de intereses, el pago por consignación, la imputación del pago, el pago con subrogación y el pago indebido, son aplicables a la nueva relación obligatoria creada por novación.

Ver, sobre la materia, los comentarios que efectuamos en relación a los artículos 1220 y siguientes del Código Civil¹⁰³, en un anterior trabajo.

5.10. Sobre otros medios extintivos de obligaciones.

Si luego de producida la novación, acreedor y deudor quisieran recurrir a un medio extintivo de obligaciones distinto al pago, bien podrían compensar, condonar, transigir o convenir mediante mutuo disenso la extinción de la deuda. Tales actos, sin embargo, siempre deberán referirse a la nueva obligación surgida del acuerdo novatorio.

En lo referente a la consolidación, precisa señalarse que, si se hubiese producido un acuerdo novatorio y el cumplimiento de la nueva obligación subsistiera, la consolidación operaría si se confundieran en la persona del deudor o del acreedor de la

¹⁰¹ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo III, Páginas 457 a 496.

¹⁰² OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo IV, Páginas 15 y siguientes.

¹⁰³ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo IV, Páginas 123 a 223.

nueva obligación (nacida de dicho acuerdo) las calidades contradictorias de acreedor o de deudor, respectivamente.

Por otra parte, y en lo relativo a la dación en pago, anotaremos que, aun considerando que al celebrarse una dación en pago se está concertando-en rigor- una novación objetiva, las partes que hubiesen novado la obligación podrían luego celebrar un nuevo acuerdo novatorio o de dación en pago (lo que en buena cuenta significa lo mismo), para sustituir el objeto de la nueva obligación por otro, o para sustituir al acreedor o al deudor.

Lima, junio del 2002.