La Novación
(**en el Código civil Argentino**)

por

Luis Moisset de Espanés [1]

Zeus, T. 95, D-133

_____

SUMARIO:

1) Concepto.
2) Modificaciones que no importan novación.
3) Requisitos:
   a) Obligaciones sucesivas (problemas de nulidades, obligaciones naturales y obligaciones condicionales);
   b) Capacidad;
   c) Voluntad.
4) Clases de novación:
   a) Cambio de causa;
   b) Cambio de objeto;
   c) Cambio de naturaleza.
5) Cambio de sujetos:
   a) La delegación y sus diversas formas:
   b) La expromisión. Concepto.
6) Novación por cambio de acreedor. Comparación con la cesión de créditos y el pago con subrogación.
7) Efectos esenciales y accidentales de la novación.
8) Derecho comparado.

_____

1) **Concepto**

Estudiaremos el primer modo extintivo de las obligaciones que no consiste en su cumplimiento, (el único modo extintivo que constituye el cumplimiento normal,

[1]. Este trabajo corresponde (con pequeños retoques) a las clases que sobre el tema dictamos en el Curso de Obligaciones en la Universidad Nacional de Córdoba.

efectivo, exacto y fiel de la obligación es el pago; ninguno de los otros tiene el carácter de cumplimiento efectivo de la obligación.

La novación está caracterizada por el art. 801 del Código civil argentino, que nos dice:

> "*La novación es la transformación de una obligación en otra*".

Esta definición no es exacta, porque no es completa; la novación no se caracteriza por un mero fenómeno de transformación o de cambio; lo que prevalece es su virtud extintiva. Podemos decir, entonces, que es *la extinción de una obligación mediante su reemplazo o sustitución por otra.*

Mientras no haya la extinción definitiva, completa, total, de una obligación no puede haber novación. Ahora bien, la extinción se realiza por medio de sustituirla por una obligación nueva, que reemplaza a la anterior. Decimos una obligación *nueva,* porque de allí viene la palabra novación: *novo,* nuevo.

2) **Modificaciones que no importan novación**

La novación, como acabamos de explicar, tiene que importar siempre una extinción. Para completar el principio del art. 801, aunque no sigamos el orden del articulado del Código, iremos al art. 812, cuando dice:

> "... *Las estipulaciones y alteraciones en la primitiva obligación que no hagan al objeto principal, o a su causa, como respecto al tiempo, lugar o modo del cumplimiento, serán consideradas como que sólo modifican la obligación, pero no que la extinguen*".

Con este motivo se habla de una novación impropia, o novación modificativa; no extintiva. Así, por ejemplo para mencionar los supuestos en que se coloca el Código: acreedor y deudor convienen en modificar el lugar del pago; o el tiempo en que se debe hacer; o el modo como se debe efectuar el pago. Verbigracia, el caso jurispruden-

cial de una obligación que debía ser pagada en moneda extranjera y se salda en moneda nacional.

En ninguno de los supuestos mencionados habría novación, porque no hay extinción de la relación obligatoria primitiva; lo mismo ocurre cuando se le agregan o suprimen garantías a la obligación. Acreedor y deudor convienen en que la obligación ya existente se va a garantizar con una cláusula penal, una hipoteca, o una prenda; o viceversa, que se va a suprimir a la obligación la garantía con que contaba, para dejar libres a los garantes, sobre todo si son terceras personas que han constituido hipoteca o prenda sobre sus bienes. En estos casos tampoco habría novación. Lo mismo si se le agregan o se le quitan intereses a la obligación, porque sigue en pie la misma obligación y todo gira alrededor de algo accesorio, como es el problema de los intereses.

De igual manera, si se modifica el monto; no se trata, como se ve, de modificar el objeto, o sea reemplazar la prestación de una obligación por otra prestación distinta, porque entonces habría novación objetiva; no, sigue teniéndose como objeto la misma actividad del deudor, por ejemplo, el pago de una suma de dinero, pero acreedor y deudor convienen rectificar esa suma, realizar un reajuste y modificar el monto. En este caso tampoco habría novación. En la nota se agregan otros casos.

Nota al art. 813: "*El que recibe billetes o letras, diciéndose en ellos que se reciben en pago de la deuda, no causa novación, porque el recibo en esos papeles de crédito es hipotético*, etcétera".

Esto se vincula con el artículo al que corresponde la nota, el cual, con un sentido bastante limitado, que no se justifica, sólo prevé el caso del acreedor que tiene alguna garantía particular o privilegio en seguridad de su crédito y que acepta de su deudor billetes suscriptos en pago de la deuda, vale decir, documentos, pagarés, letras de cambio, vales, etcétera.

Entonces se dice que no hace novación de la

primera obligación si la causa de la deuda fuese la misma.

Expresamos que no se justificaba el texto, porque habla del acreedor que "tiene alguna garantía particular o privilegio". Lo mismo se puede aplicar a cualquier otro acreedor común o quirografario, que en seguridad de su deuda acepta documentos de crédito. Nuestro maestro, Pedro León, formulaba sobre este particular una reserva, opinando que, si la obligación era puramente civil y lo que se recibe son documentos comerciales, como un pagaré a la orden o una letra de cambio, habría novación por cambio de naturaleza.

Parecería, sin embargo, que tampoco en esa hipótesis hay novación y que sólo se trata de garantías accesorias.

En resumen, podemos afirmar que, por lo general, hay novación cuando se cambia uno de los elementos esenciales de la relación jurídica obligatoria -sujetos, objeto, causa, vínculo- y que las modificaciones que sólo recaen sobre elementos accidentales no producen la novación.
Habiendo sentado estos principios previos, nos vamos a ocupar ahora de los requisitos de la novación.

3) **Requisitos**

Los requisitos de la novación son tres. En primer término, debe haber dos obligaciones: una anterior, que sirva de antecedente a otra posterior.

En segundo lugar, debe haber capacidad de novar, y en tercer término voluntad de novar.

a) Obligaciones sucesivas (problemas atinentes a las nulidades, a las obligaciones naturales y a las obligaciones condicionales)

Dijimos que el primer requisito es que haya dos obligaciones, porque si no hay una obligación originaria y otra posterior que la reemplace, no hay novación; ya hemos dicho que la primera se extingue merced a la creación de la

otra.

Este problema de la existencia de dos obligaciones sucesivas debe ser analizado en presencia de tres posibles dificultades que se vinculan con las obligaciones naturales por un lado, con las obligaciones condicionales por otro, y con las obligaciones que provienen de actos nulos o anulables, en tercer término.

1) Obligaciones naturales. Con relación a las obligaciones naturales, se plantea el primer interrogante: ¿Puede ser novada la obligación natural y extinguida mediante la creación de una obligación civil? Vélez Sársfield, en la nota al art. 802, dice terminantemente que sí; se pronuncia por la afirmativa.

El texto del art. 802 expresa que:

"*La novación supone una obligación anterior que le sirve de causa*".

O sea de fuente. Nos preguntamos ¿esa obligación anterior que sirve de fuente, puede ser una obligación natural? El legislador dice:

Nota al art. 802: "*La resolución del artículo no impide que una obligación natural pueda por medio de la novación ser convertida en una obligación civil...*".

Pero, ¿hay algún artículo que disponga eso que expresa la nota? No lo hay, por lo menos que lo haga de manera categórica. Aceptamos la contestación afirmativa tan sólo por deducción de lo que el art. 2057 ha establecido, cuando dice que:

"*La deuda de juego o apuesta no puede compensarse ni ser convertida por novación en una obligación civilmente eficaz*".

El Código aparece, entonces, prohibiendo la novación de las obligaciones naturales que surgen de deudas de juego; en lo que respecta a las demás obligaciones naturales, como no existe prohibición, pueden ser novadas.

Más aún, mientras en este capítulo de la novación

se guarda silencio, en cambio al legislar sobre la compensación, el Código es terminante: en el art. 819 prohíbe la compensación de una obligación natural con una civil. Esa prohibición no existe en el capítulo de la novación.

En resumen, tenemos dos argumentos para sostener que las obligaciones naturales puede ser novadas: el primero por eliminación, *a contrario sensu*, sobre la base de lo establecido para las deudas de juego, que sería el único caso en que las obligaciones naturales no se pueden novar.

El segundo argumento es que para las obligaciones naturales, lo único que se ha prohibido es compensar y, por lo tanto, ellas pueden ser novadas. Agregaremos un tercer argumento, de pura lógica jurídica, y es que la obligación natural puede ser pagada, y ese pago es irrepetible; con mayor razón la obligación natural puede ser novada, porque si se admite lo más extremo, que es el pago, ¿por qué no se va a poder novar?

2) Nulidades. Pasemos ahora a lo vinculado con las nulidades. Ya sabemos que las obligaciones reconocen, entre otras fuentes, los contratos o también algún acto jurídico unilateral, como es el testamento.

Si el contrato o el testamento son nulos o anulables, ¿la obligación que nace de ese acto viciado puede ser novada? El art. 802 establece que:

> "... *si la obligación anterior fuese nula, o se hallaba ya extinguida el día que la posterior fue contraída, no habrá novación*".

La nota parece cambiar un poco el sentido del artículo, porque Vélez Sársfield dice en la parte final:

> *"Nota al art. 802: ... Tampoco se opone -se refiere al artículo- a que una obligación anulable susceptible de confirmación, pueda, de la misma manera, ser transformada en una obligación válida*".

Procuraremos mantenernos dentro de la técnica del

Código; la posibilidad de confirmación, sólo procede cuando la nulidad es relativa.

Por lo tanto, si el contrato o testamento adolecen de nulidad relativa, sea el acto nulo o anulable, las partes podrán perfectamente confirmarlo, subsanando la nulidad y creando una nueva obligación en sustitución de la primera. Para mantenernos dentro de los principios del Código no podemos dar otra interpretación al artículo.

Pero se presenta este problema: si el acto adolece de nulidad relativa, el solo hecho de que el acreedor y deudor hagan la novación, ¿importará la confirmación de la nulidad relativa de que adolecía la primera obligación?

Creemos que no, porque la confirmación tácita -para el Código argentino- consiste en la ejecución total o parcial del acto sometido a la nulidad, es decir el pago total o parcial. Aquí no se paga; simplemente aparecen las partes creando una obligación nueva, lo que no sería suficiente para afirmar que hubo una confirmación tácita; para que acreedor y deudor puedan novar sería necesario un acto de confirmación expresa y entonces perfectamente puede originarse una obligación nueva.

Pero hay otro problema que nos parece es el de mayor gravedad y que lo planteamos por primera vez, porque cuando nos ocupamos de las obligaciones naturales no lo hemos tomado en cuenta. Nos referimos al famoso supuesto de las obligaciones naturales surgidas del inc. 3º del art. 515, que dice:

> "... 3º) *Las que proceden de actos jurídicos, a los cuales faltan las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles, como es la obligación de pagar un legado dejado en un testamento, al cual faltan formas sustanciales...*".

Adviértase bien que aquí no es una nulidad relativa, sino absoluta. Sin embargo, a pesar de tratarse de una nulidad absoluta, el Código Civil permite un pago

irrepetible, o sea un pago "con causa". Surge entonces el interrogante: si esta obligación puede ser pagada, ¿podrá ser novada? Pensamos que sí, aunque evidentemente sería un hecho excepcionalísimo, porque se trata de un acto tan sustancial, tan fundamental como es el testamento, al cual la ley rodea de solemnidades mayores que las exigidas para cualquier otro acto jurídico.

En el caso del testamento ológrafo, por ejemplo, no basta que el testador lo firme, sino que tiene que escribirlo de su puño y letra del principio al fin; fechado y firmado -si no, es nulo-, y si aparece un testamento con agregados hechos por manos extrañas, es nulo. Si el testamento es hecho ante escribano público, no bastan las formalidades de cualquier otra escritura pública: hace falta un testigo más; es necesario que el escribano dé fe que los testigos han visto al testador, que han visto cuando el testador ratificaba que ésa era su voluntad, etcétera.

Sin embargo, un testamento de esa especie, al que faltan formalidades sustanciales, puede dar origen a una obligación natural, y nosotros vamos más lejos, al caso en que ni siquiera haya testamento, sino un simple mandato verbal del causante a sus herederos y éstos cumplen ese mandato del testador y pagan un legado; en este caso, después no pueden echarse atrás y demandar la repetición.

Si la ley permite eso, ¿cómo no va a permitir novar? Si se puede lo más, ¿cómo no se va a poder lo menos? Si se puede pagar, ¿cómo no se va a permitir una novación? Pero esto es excepcionalísimo.

Resumiendo lo dicho, no podrán novarse -en términos generales- las obligaciones que tengan como fuente un acto viciado de nulidad absoluta, porque esa nulidad es inconfirmable y no podría subsanarse por vía de la novación.

3) Obligaciones condicionales. Queda el problema vinculado con las obligaciones condicionales. Puede suceder

que la obligación originaria esté subordinada a una condición y sea objeto de novación; se la sustituya por una obligación pura y simple. Entonces se plantea el interrogante: ¿se cumple o no se cumple la condición de la primera? No debemos perder de vista que el hecho futuro e incierto que es la condición no incide sobre la exigibilidad, sino sobre la existencia de la obligación. Si la condición es suspensiva y se cumple, nace la obligación; si es resolutoria y se cumple, caduca con efecto retroactivo, como si no hubiera existido jamás. Es, pues, un problema de existencia. Por lo tanto, en virtud de este razonamiento, si se frustra la primera obligación, se debe reputar que no existió nunca; faltaría el presupuesto básico de la novación, o sea una obligación anterior que sirva de causa, que sirva de fuente.

Ahora bien, ¿contempla el Código Civil este aspecto? Lo hace de un modo a todas luces insuficiente, porque se limita a decir en el art. 807:

> "*Cuando una obligación pura se convierta en otra obligación condicional no habrá novación, si llega a faltar la condición puesta en la segunda, y quedará subsistente la primera*".

Queda, entonces, subsistente la primera obligación, que no se había extinguido, porque la segunda -que debía sustituirla- no habría tenido existencia.

Pero acabamos de decir que este principio es insuficiente, porque esto sólo ocurrirá si la condición es suspensiva, distingo que no hace el Código, o sea: "Cuando una obligación pura se convierta en otra obligación condicional, no habrá novación, si llega a faltar la condición *suspensiva* puesta en la segunda,... "; porque si la condición fuera resolutoria, y no se cumple, claro que hay novación.

Lo mismo podemos decir de la hipótesis inversa en que se coloca el art. 808:

> "*Tampoco habrá novación si la obligación condicional se convierte en pura, y faltase la condición de*

la primera".

Nosotros decimos: "... y faltase la condición suspensiva de la primera", porque entonces no habrá habido nunca obligación, pero si falta la condición resolutoria, claro que habrá existido la primera obligación y habrá novación.

En realidad, lo que el Código ha querido decir es que si el hecho condicionante provoca la extinción de la primera obligación (art. 807), o de la segunda (art. 808), no habrá novación por faltar el requisito de la existencia de dos obligaciones sucesivas.

En el primer caso (art. 807), las partes no quedarán ligadas por ningún vínculo jurídico obligatorio.

En el segundo caso (art. 808) la inexistencia de novación por extinción de la segunda obligación -que era la sujeta a condición- hará que las partes continúen ligadas por la primera obligación, que no ha sido novada.

b) Capacidad (de novar)

El segundo requisito es la capacidad de novar. Dice el art. 805:

"*Sólo pueden hacer novación en las obligaciones los que pueden pagar y los que tienen capacidad para contratar*".

La novación es un contrato; es un acto jurídico bilateral. Además, es un acto de disposición y ya vamos a ver la aplicación de este principio cuando hablemos de los representantes del acreedor o deudor que pueden actuar en la novación.

El concepto de capacidad para contratar es preferible al de capacidad para pagar; el art. 1160 determina quiénes son los incapaces para contratar.

El artículo 806, dice que el representante del acreedor no puede hacer novación de la obligación si no tuviera poderes especiales.

Pero, ¿por qué el representante del acreedor? y

¿por qué no el del deudor también? Esa es la omisión que denunciamos: *los representantes del deudor y del acreedor*. Porque, imaginemos que sea una obligación natural y no haya problemas para novar. Sea, por ejemplo, una obligación que contrajo un menor adulto, que llega a la mayoría de edad, y su apoderado la nova. ¿Advierten la gravedad del hecho? El deudor tenía la facultad de hacer uso de la excepción que le acuerda el hecho de que se trataba de una obligación natural, y el apoderado dispone de ese derecho que tenía el deudor, y sustituye esa obligación por otra. Por lo tanto, entendemos que el principio del art. 806 debe ser aplicado también al representante del deudor.

No olvidemos que cuando el Código habla de *representante* se refiere tanto a la representación necesaria, como a la voluntaria o convencional; por lo tanto, el tutor o el curador del incapaz no podrían hacer novación sin autorización judicial.

En cuanto a la representación convencional, en este caso tenemos que acudir a las reglas del mandato. El Código dice que hacen falta poderes especiales. Pero, cuando en el título del mandato vemos los casos en que se necesitan poderes especiales, nos dice el art. 1881:

> "... *2º) Para hacer novaciones que extingan obligaciones ya existentes al tiempo del mandato;...*".

¿Podría afirmarse, *contrario sensu*, que no se necesitan poderes especiales para hacer novaciones que extingan obligaciones posteriores al mandato? Esta sería la interpretación si tomáramos aisladamente el inc. 2º del art. 1881. Pero, no podemos tomar aisladamente esta norma -ni ninguna otra-; en este caso debemos recurrir siempre al art. 806, que exige categóricamente poderes especiales para hacer novación, se trate de obligaciones anteriores, como posteriores al mandato. El mero poder general de administración no basta, según la regla del art. 1880, porque el mandato concebido en términos generales sólo comprende las facultades de administración, y no ésta que es de disposición. Coincide además con lo preceptuado por el art. 1884,

que el propio mandato especial, para ciertos actos de una naturaleza determinada debe limitarse a los actos para los cuales ha sido dado, y no puede extenderse a otros actos análogos, aunque éstos pudieren considerarse como resultado natural de los que el mandato ha encargado hacer.

c) Voluntad (de novar)

El tercer requisito es la voluntad de novar. Debemos tener en cuenta en esta materia que de ninguna manera se presume la voluntad de novar. Esa voluntad se debe manifestar de manera expresa y sólo excepcionalmente se admite una expresión tácita de la voluntad de novar, como lo vemos en el art. 812, cuando dice:

> "*La novación no se presume. Es preciso que la voluntad de las partes se manifieste claramente en la nueva convención, o que la existencia de la anterior obligación sea incompatible con la nueva...*".

4) **Clases de novación**

En el sumario mencionamos: a) cambio de causa; b) cambio de objeto; c) cambio de naturaleza, y d) cambio de sujeto.

En las obras de doctrina que ustedes tienen a su alcance verán que, en general, las clases de novación están reducidas a dos: novación por cambio de objeto y novación por cambio de sujetos. En realidad al vocablo objeto se le da un significado demasiado extenso; puesto que estamos en el terreno obligacional no podemos perder de vista que en las obligaciones el objeto es la prestación, única y exclusivamente, de manera que la novación por cambio de objeto consistirá en la creación de una obligación nueva, con una prestación distinta de la anterior, y nada más. Por lo tanto, la novación por cambio de causa y la novación por cambio de naturaleza, son figuras autónomas de la novación por cambio de objeto.

En el art. 812, que mencionamos más arriba, se ve que el Código, en la segunda parte de ese precepto, dice:

"*Las estipulaciones y alteraciones en la primitiva obligación que no hagan al objeto principal o a su causa...*".

Como vemos, para el propio Código Civil el cambio de causa no tiene nada que ver con el cambio de objeto.

a) Cambio de causa

En primer lugar, hemos mencionado la novación por cambio de causa. Podemos proporcionar un ejemplo, que nos parece sumamente significativo ya que pone en evidencia de qué manera la novación ha introducido un cambio sustancial en las relaciones creadas entre las partes.

Supongamos que una persona sea deudora de alquileres vencidos; el acreedor tiene el derecho, la facultad, de demandar el desalojo al locatario -del deudor en este caso-; cuenta, además con un privilegio sobre los muebles introducidos en el inmueble locado.

Ahora bien, si el acreedor le extiende un recibo al deudor en el que declara la cancelación del crédito por alquileres, vale decir que esa obligación queda extinguida, a cambio de un documento negociable, de un pagaré a la orden que entrega el deudor para que el acreedor pueda negociarlo, incluyendo intereses, la obligación anterior se habrá extinguido de manera definitiva y completa, y el acreedor ya no podrá demandar el desalojo, porque esa obligación consistente en los alquileres adeudados se ha extinguido, y el acreedor ha dado carta de pago. Al mismo tiempo, ha perdido el privilegio que tenía sobre los muebles introducidos por el locatario en el inmueble arrendado.

Podemos dar otros ejemplos extraídos de la jurisprudencia, que son los siguientes: el mandatario, en cumplimiento del mandato, ha recibido diversos valores que debe entregar a su mandante. Es deudor de la obligación de

entregarle al mandante lo que cobró para él; pero el mandante se da por satisfecho y reemplaza esa obligación por otra, según la cual el mandatario es deudor de un préstamo en dinero, es decir el dinero queda en sus manos como prestado, es decir facilitado en mutuo por el mandante. Como se ve, aquí no han variado los sujetos, ni el objeto, siempre se debe una suma de dinero; acreedor y deudor son los mismos, pero ha cambiado o variado la causa de la obligación.

Veamos otro ejemplo, extraído también de una decisión jurisprudencial: existe la obligación de entregar una casa, como efecto jurídico de un contrato de compraventa, pero posteriormente las partes convienen -en el contrato que sirvió de causa a esa obligación- que el comprador ya no va a pagar una suma de dinero, sino que va a entregar otra cosa, por ejemplo, un yate, y se va a realizar lo que se llama una permuta. También en este caso con relación al vendedor, que sigue debiendo la entrega de la casa, ha variado la causa de la obligación.

Otro ejemplo: una persona debe retribuir servicios en dinero. Y en lugar de desembolsar el importe correspondiente a esos servicios aparece como deudor de una suma de dinero confiada en depósito.

En todos estos casos se verá que la novación ha obrado solamente sobre la causa.

¿Qué fin práctico tiene ese cambio de causa? Por ejemplo, en la hipótesis del arrendamiento podría convenir al locador, en lugar de seguir una acción contra el inquilino y embargarle bienes, que iba a llevarle algún tiempo; recibir en cambio un pagaré, que puede ser descontado en el acto y conseguir dinero de esa forma.

En el caso del mandato, del mismo modo, el mandante -que podría apremiar al mandatario para que le entregue los valores que cobró- prefiere dejárselos en calidad de préstamo, cobrando algún interés.

Los ejemplos mencionados, a excepción del primero, el de la locación, que ha sido inventado -pero que en

rigor de verdad puede presentarse en la vida práctica- han sido extraídos de la jurisprudencia.

b) Cambio de objeto

En este caso se crea una obligación en que se sustituye la prestación por otra. A veces suele darse como ejemplo -lo hemos notado en los exámenes- el caso de que alguien debe una suma de dinero y paga entregando una cosa en lugar de la suma de dinero. En este caso no hay novación, sino un pago; el ejemplo es característico, más bien, de una dación en pago, ¿por qué? Porque la extinción de la obligación se ha producido instantáneamente, sin que se haya creado una obligación nueva. Para que haya novación es necesario que se cree otra obligación que reemplace a la primera.

Por ejemplo, el que debe la suma de dinero se compromete a entregar una cosa. Queda entonces en pie, viva, otra obligación que reemplaza a la primera.

La posibilidad de confusión existe -es necesario reconocerlo- al punto que no falta algún autor que califica la dación en pago como "novación instantánea"; y dice *instantánea* porque, a juicio del autor, se crea y se extingue instantáneamente otra obligación. Claro que en la práctica eso no ocurre, no se crea y extingue instantáneamente una obligación, sino que la dación en pago simplemente extingue la obligación que existía anteriormente.

La confusión puede presentarse con cierta forma de la dación en pago. Puede suceder que el deudor entregue en pago un crédito; es la hipótesis del art. 780, que dice:

> "*Si la cosa recibida por el acreedor fuese un crédito a favor del deudor, se juzgará por las reglas de la cesión de derechos".*

Aquí, naturalmente, podrían ustedes pensar que hay una novación, porque en lugar de la obligación primitiva, aparece otra; pero aclaremos que esta obligación no es una obligación nueva, sino que es una obligación antigua,

anterior a la que se extingue. El deudor, de la misma manera que en la dación en pago entrega al acreedor un bien de su propiedad, y mediante la entrega de ese bien -que puede ser un objeto, una cosa o la prestación de un servicio- extingue la obligación. En el caso que analizamos el bien que entrega es un crédito que él ya tenía en su haber, en su activo, y él da en pago ese crédito. De manera que no hay la creación de una obligación nueva, sino simplemente la extinción de la primitiva mediante la entrega de un crédito.

c) Cambio de naturaleza (o vínculo)

Pasando ahora a la novación por cambio de naturaleza, puede suceder también que una obligación asuma una naturaleza completamente distinta de otra que se extingue. Ya hemos visto algunos casos: la obligación natural que se transforma en civil. ¿Qué mejor ejemplo de novación que ése? Los sujetos son los mismos, la prestación es la misma, la causa es la misma, pero cambia la naturaleza del vínculo, y a tal punto hay un cambio de naturaleza que ahora el acreedor tendrá acción para demandar el cumplimiento, que antes no la tenía.

Hemos visto también que una obligación condicional puede ser novada y transformada en una obligación pura y simple y viceversa, la obligación pura y simple puede ser novada y transformada en obligación condicional; en el acto de la transformación las partes renunciarán a la condición para no correr el riesgo futuro del posible incumplimiento de la condición.

Nuestro maestro, Pedro León, mencionaba, hipótesis práctica de novación por cambio de naturaleza, el caso en que una obligación puramente civil se transforma en una obligación comercial. Por ejemplo, el que adeuda una suma de dinero, por una obligación de carácter puramente civil -verbigracia en retribución de un servicio cualquiera- y

en pago de esa obligación, que se extingue, le entrega al acreedor un pagaré a la orden, o sea un documento comercial. Aquí tampoco varían los sujetos, ni el objeto -la suma debida es la misma- y sin embargo la modificación se ha producido, evidentemente. Supongamos que alguien sea deudor de una suma de dinero y que el plazo de prescripción sea el de 10 años del art. 4023; al haber documentado la obligación, asumiendo en cambio el cumplimiento de una obligación comercial, de un pagaré a la orden, la prescripción es de tres años.

En los lugares en donde existe la separación de los fueros civil y comercial, este asunto también tiene importancia, porque la competencia para entender en el juicio -cuando la novación ha sido de esta naturaleza- corresponderá a la Justicia comercial. Este punto, por supuesto, no interesa en la provincia de Córdoba, donde los fueros civil y comercial están unificados, pero es de mucha importancia en la Capital Federal, donde ambos fueros se mantienen diferenciados.

Por nuestra parte, insistimos, creemos que en tales hipótesis no existe novación, sino que el documento comercial es una simple garantía accesoria y que la obligación civil que le sirve de causa se mantiene viva mientras no se satisfaga la deuda.

Puede suceder también que una obligación de mancomunación simple se nove, transformándose en una obligación de mancomunación solidaria. Aquí, evidentemente, habría un cambio de naturaleza, por la diversificación de efectos esenciales y accidentales que existe en las obligaciones solidarias, y que falta en las de mancomunación simple.

En cambio, si una obligación de prestación única es novada y en su sustitución se crea una obligación de prestaciones múltiples, una obligación alternativa en que se le ofrezca al acreedor la posibilidad de optar y elegir entre dos o más prestaciones, no habrá mediado cambio en el vínculo obligacional, sino en el objeto.

5. **Cambio de sujetos**

Puede suceder que haya cambio de acreedor o cambio de deudor

Cambio de acreedor: La novación por cambio de acreedor es la prevista en el art. 817. Es una figura jurídica prácticamente desconocida. Se mantienen en nuestro Código Civil con un valor puramente teórico porque: ¿qué interés puede tener un acreedor en hacerse sustituir con otro, recabando el consentimiento del deudor? (porque para que haya novación por cambio de acreedor, es indispensable que haya conformidad del deudor). ¿Qué interés práctico, insistimos, puede haber en efectuar esta novación, cuando el acreedor puede perfectamente hacer cesión de su crédito sin ninguna intervención, sin ninguna injerencia del deudor? Por esta razón, en la práctica no se presentan casos de novación por cambio de acreedor.

Cambio de deudor: Por el contrario, la novación por cambio de deudor, sí suele presentarse; y esa novación, prevista en los arts. 814 a 816, asume dos formas distintas: la *delegación* y la *expromisión.*

a) La delegación y sus diversas formas

La delegación definida en el art. 814, es lo que se conoce comúnmente como delegación perfecta.

"*La delegación por la que un deudor da a otro que se obliga hacia el acreedor, no produce novación, si el acreedor no ha declarado expresamente su voluntad de exonerar al deudor primitivo*".

Requiere la intervención de un delegante, que es el deudor, quien le transfiere a otro, que es el delegado, la deuda, y el acreedor acepta este nuevo deudor desligando totalmente de la obligación al deudor primitivo. Si no media esta declaración expresa de voluntad del acreedor, no

existe delegación perfecta y, en resumen, no hay novación por cambio de deudor.

Esta exigencia de la ley es perfectamente explicable, porque de lo contrario, sería muy fácil que cualquier deudor se hiciera reemplazar por un insolvente y descargara en él la deuda. Por ese motivo el acreedor debe desobligar expresamente, es decir, debe liberar al deudor originario.

Pero ocurre con frecuencia que solemos encontrar la llamada delegación imperfecta, en que aparece una tercera persona comprometiéndose a pagar la misma deuda, sin que el acreedor conozca esta situación o sin que la acepte de manera expresa como exige el art. 814; verbigracia, en los contratos en donde existe una obligación de garantía como es la hipoteca.

El deudor hipotecario que traspasa el inmueble gravado con hipoteca a un tercero, suele hacer constar en la correspondiente escritura de compraventa que el tercero se hace cargo del pago de la obligación hipotecaria y a veces hasta se expresa que retiene en su poder el importe de esta deuda para pagársela al acreedor. Si el acreedor no ha declarado -de manera explícita- su voluntad de exonerar de la obligación al deudor originario, no hay delegación perfecta, ni tampoco hay novación. En cambio, se produce lo que en doctrina se llama traspaso acumulativo: el acreedor cuenta con dos deudores, el primitivo a quien no desobligó, y este otro que ha aparecido traído simplemente por el deudor.

Volvamos al ejemplo de la obligación hipotecaria. Si no se atiende el pago y el acreedor se ve obligado a ejecutar el inmueble dado en garantía y no alcanza con el importe obtenido en el remate para el cobro del monto total de la deuda, es decir queda a su favor un saldo pendiente, el acreedor podrá cobrar ese saldo al deudor primitivo; y esto ocurre justamente porque no lo ha liberado. Este es el riesgo característico de la llamada delegación imperfecta, que también puede revestir la forma de lo que se denomina

estipulación por otro, donde un tercero extraño aparece y se compromete a pagar él la deuda pero el acreedor no libera al deudor primitivo; esta deuda queda como otra realidad jurídica, paralela a la primera, aunque tienda al mismo objeto y a la misma finalidad.

El acreedor tiene, pues, dos deudores y puede actuar contra cualquiera de los dos, mientras no haya liberado expresamente al primero, pues en ese caso no ha habido novación.

En cambio, habría delegación perfecta al transferirse una cosa gravada con hipoteca si el acreedor acepta la transferencia, desobligando al primitivo deudor. Eso ocurre con frecuencia en los créditos otorgados por el Banco Hipotecario Nacional: se tramita un expediente llamado de *transferencia* y se libera al primitivo deudor, con la aceptación del Banco, que produce la novación.

No se exige ninguna formalidad especial para la manifestación de voluntad del acreedor; lo único que la ley requiere es que no sea tácita, sino expresa; el resto es cuestión de prueba.

A propósito podemos recordar un ejemplo que daba León. Supongamos que un acreedor cuenta con dos deudores, porque no ha desobligado al primero, caso que puede presentarse en el contrato de locación, cuando hay una sublocación. Existe una disposición según la cual el locatario, al subarrendar, no se libera nunca ante el locador. Dice el art. 1596:

> "*El locatario que subarrienda, o cede el arrendamiento, no puede por cláusula alguna, librarse de sus obligaciones respecto al locador, sin el consentimiento de éste*".

Aquí hay una verdadera delegación imperfecta y el locador cuenta con dos personas responsables; se ha producido un traspaso acumulativo y el locador tiene frente a él al locatario y al nuevo sublocatario, contra quien posee acción directa, concedida por el art. 1592, que dice:

"*El arrendador originario recíprocamente, tiene*

acción directa contra el subarrendatario por el cumplimiento de las obligaciones resultantes de la sublocación".

Al mismo tiempo, tiene acción contra el locatario primitivo -que hace de sublocador- que no puede desobligarse sin el consentimiento expreso del locador.

b) La expromisión. Concepto

La otra forma de novación por cambio de deudor es la llamada *expromisión*, prevista en el art. 815:

"*Puede hacerse la novación por otro deudor que sustituya al primero, ignorándolo éste, si el acreedor declara expresamente que desobliga al deudor precedente, y siempre que el segundo deudor no adquiera subrogación legal en el crédito*".

Es una institución de vieja raigambre romanista, como lo demuestra el vocablo latino utilizado para denominarla *ex promissio.* La novación, en este caso, proviene de una promesa que hace el tercero, sin que el deudor conozca que el tercero está obrando en lugar de él, quien se compromete con el acreedor a pagar la deuda. Naturalmente el acreedor debe aceptar esa promesa y desobligar al deudor, para que se produzca la novación.

La diferencia que encontramos con el primer caso es que en aquél la novación la efectuaba el deudor, con el consentimiento del acreedor, mientras que aquí se realiza entre el acreedor y un tercero, hasta sin conocimiento del deudor. Pero de todos modos, es el fruto de un acuerdo de voluntades, porque la novación en todos los casos asume una forma contractual, a diferencia de otros modos extintivos, como la compensación, por ejemplo, que -en el derecho argentino- no sólo se realiza en forma convencional, sino que también puede ser extracontractual.

La novación en cambio, siempre es la resultante de un acuerdo de voluntades. Cuando se cambia la causa, la naturaleza o el objeto, siempre es indispensable que concu-

rran las voluntades del acreedor y el deudor; cuando se produce por cambio de sujeto, si se trata de la delegación es también indispensable el acuerdo entre acreedor y deudor, aceptando el acreedor liberar al deudor originario; y en la expromisión el acuerdo de voluntades se produce entre el tercero y el acreedor.

La expromisión no puede confundirse jamás con el pago con subrogación, porque en la subrogación se sustituye al acreedor, y en la expromisión al deudor. Esa diferencia es esencial; en la expromisión estamos frente a un tercero que se compromete a pagar y desplaza al deudor, mientras el acreedor continúa siendo el mismo.

El Código agrega en el art. 816 que:

"*La insolvencia del deudor sustituido, no da derecho al acreedor para reclamar la deuda del primer deudor, a no ser que el deudor sustituido fuese incapaz ya de contratar por hallarse fallido*".

Nosotros agregaremos el caso equivalente a la falencia, que es el concurso civil. Esta norma prueba claramente que la novación ha extinguido la obligación originaria, quedando totalmente desobligado el deudor primitivo.

6) **Novación por cambio de acreedor. Comparación con la cesión de créditos y el pago con subrogación**

Aunque el Código Civil en el art. 817 legisla sobre la novación por cambio de acreedor, la figura -como ya hemos dicho- prácticamente ha caído en desuso, pues resulta mucho más fácil y práctico recurrir a la cesión de créditos, cuando se desea lograr el reemplazo del sujeto activo.

El art. 817 establece:

"*Habrá novación por sustitución de acreedor en el único caso de haberse hecho con consentimiento del deudor el contrato entre el acreedor precedente y el que lo sustituye. Si el contrato fuese hecho sin consentimiento del deudor, no habrá novación, sino*

cesión de derechos".

Advertimos pues, que para que se produzca la novación es un requisito esencial que el deudor preste su consentimiento, lo que dificulta esta figura que resulta mucho más lenta que la cesión de créditos, en la que basta la simple notificación al deudor cedido para que se produzcan sus efectos.

Además, la novación trae como consecuencia la extinción total de la obligación primitiva, junto con sus accesorios y garantías, salvo que se hiciese expresa reserva en el contrato, como lo dice el art. 803:

> "*La novación extingue la obligación principal con sus accesorios y las garantías 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 será válida cuando la garantía ha sido dada por el propio deudor; pero si hubiese sido suministrada por terceros, la novación extinguiría las garantías salvo que concurra también la voluntad de los terceros en el acto novatorio, tendiente a mantener la vigencia de las garantías en la nueva obligación, tal como lo dispone el art. 804:

> "*El acreedor no puede reservarse el derecho de prenda o hipoteca de la obligación extinguida, si los bienes hipotecados o empeñados pertenecieren a terceros que no hubiesen tenido parte en la novación*".

Todos estos inconvenientes de la novación desaparecen en la cesión de créditos, porque en ella el cambio de acreedor no extingue la obligación primitiva, que se transfiere totalmente, con todos sus accesorios y garantías al cesionario, como lo dispone el art. 1458:

> "*La cesión comprende por sí la fuerza ejecutiva del título que comprueba el crédito, si éste la tuviere, aunque la cesión estuviese bajo firma privada y todos los derechos accesorios, como la fianza,*

hipoteca, prenda, los intereses vencidos y los privilegios del crédito que no fuesen meramente personales, con la facultad de ejercer, que nace del crédito que existía".

Por otra parte, en la novación el deudor sólo podrá oponer al nuevo acreedor las excepciones personales que contra él tuviese y no las que tenía contra el primitivo acreedor, y esto se debe al hecho de que su voluntad ha concurrido a aceptar la novación, que tuvo como consecuencia extinguir totalmente la obligación primitiva.

En cambio, en la cesión el deudor podrá oponer al cesionario no sólo las excepciones personales que contra él tenga, sino también todas las excepciones que pudiera tener contra el cedente, con la sola excepción de la compensación (art. 1474).

A las diferencias ya mencionadas entre la novación y la cesión de créditos podríamos agregar que esta última debe realizarse por escrito, en cambio la novación no requiere ninguna forma especial y, finalmente, que como la cesión de créditos entraña una enajenación, el cedente debe al cesionario la garantía de evicción (art. 1478 y siguientes), porque le garantiza la existencia y la legitimidad del crédito; en cambio, en la novación no existe tal garantía, porque no hay ninguna enajenación y el primitivo crédito queda extinguido.

Novación y pago con subrogación: Sin duda que el pago con subrogación presenta algunas semejanzas con la novación por cambio de acreedor, puesto que quien efectúa el pago al primitivo acreedor pasa a ocupar su lugar y luego podrá dirigirse contra el deudor. Pero existen entre ambas figuras diferencias que impiden confundirlas.

En primer lugar, la novación extingue la obligación primitiva, y crea una nueva: el pago con subrogación supone la subsistencia de la misma obligación pagada. Por otra parte, en el pago con subrogación no es menester el consentimiento del deudor, pues puede efectuarse aun contra

su voluntad; mientras que la novación exige siempre, como requisito esencial, el concurso de la voluntad del deudor, que debe prestar su consentimiento.

La novación es siempre convencional, mientras que el pago con subrogación puede ser, en algunos casos, de carácter legal.

Por otra parte, en la subrogación subsisten las garantías que rodeaban a la obligación y en la novación hemos visto que se extinguen; y, finalmente, el que efectuó el pago con subrogación sólo tiene derecho a cobrar al deudor la suma que él desembolsó, mientras que en la novación el nuevo acreedor puede no haberle entregado nada al acreedor primitivo y, sin embargo, tiene derecho a exigir al deudor la prestación íntegra.

7. **Efectos esenciales y accidentales de la novación**

Al estudiar otras figuras jurídicas hemos deslindado lo que son efectos esenciales, vale decir consecuencias que deben producirse en todo caso, de lo que son los efectos accidentales, es decir, consecuencias que pueden o no producirse.

Los *efectos esenciales* de la novación están marcados en los arts. 803 y 804. Dice el art. 803 que la novación extingue la obligación principal. Pero en realidad es la obligación que se nova, ya que al hablar de principal se introduce el equívoco, de que puede haber una obligación accesoria. La obligación novada se extingue junto con sus accesorios y las obligaciones accesorias. Y adviértase que ese distingo, aparentemente sutil, lo ha hecho el propio Código al ocuparse de las obligaciones principales y accesorias.

¿Qué ejemplo da el Código de obligaciones accesorias? La cláusula penal. ¿Y de accesorios de la obligación? Los derechos accesorios del acreedor, como ser la hipoteca y la prenda. Y de obligaciones accesorias en cuanto a las personas, la fianza (art. 524).

Pero el acreedor puede hacer una reserva, como dice el art. 803, que hemos reproducido más arriba, aclarando que

"... *Esta reserva no exige la intervención de la persona respecto de la cual es hecha*".

Se entiende que se refiere a la hipoteca o prenda que hayan sido constituidas por el propio deudor, porque si fueron constituidas por terceros en garantía de la obligación novada, no podrá hacerse reserva como lo manifiesta el art. 804:

> "*El acreedor no puede reservarse el derecho de prenda o hipoteca de la obligación extinguida, si los bienes hipotecados o empeñados pertenecieren a terceros que no hubiesen tenido parte en la novación*".

Entre los *efectos accidentales* que pueden presentarse encontramos el previsto en el art. 809, que trata de una solidaridad activa. Como vemos esto es algo accidental porque la obligación novada puede o no ser solidaria; no es indispensable que lo sea, y la propia solidaridad podrá ser activa o pasiva. El art. 809, como decimos, se refiere a una solidaridad activa, y dice:

> "*La novación entre uno de los acreedores solidarios y el deudor, extingue la obligación de éste para con los otros acreedores*".

Si la obligación fuese indivisible, con varios acreedores, la novación hecha por uno de los acreedores no extinguiría la obligación, porque se recordará que en materia de indivisibilidad es indispensable, como dice el art. 687, el consentimiento de todos los acreedores para que se haga una remisión o una quita de la obligación indivisible. Por lo tanto, el campo de acción de este precepto queda circunscripto a la solidaridad activa.

En cambio, en la hipótesis de solidaridad pasiva establece el art. 810:

> "*La novación entre el acreedor y uno de los deudores por obligaciones solidarias o indivisibles, extingue la obligación de los otros codeudores*".

Aquí, por la mención expresa que encontramos en el dispositivo legal, se aplica el mismo régimen a la obligación indivisible que a la solidaria, a diferencia de lo que hemos dicho para la solidaridad activa.

Ello se debe a que el Código se ha colocado en la hipótesis de que hay *un* solo *acreedor* y varios deudores, y basta la voluntad de ese acreedor único para las remisiones o quitas; sin embargo debe acotarse que en la obligación indivisible la actitud de *uno* solo de los deudores no debería agravar la situación de sus *codeudores*.

8) **Derecho comparado**

En la inmensa mayoría de los códigos la novación subsiste legislada de manera independiente como una figura extintiva de obligaciones, tal como está en nuestro derecho.

Ahora bien, en códigos modernos, muy posteriores al nuestro, ya no se mantiene este mismo principio. Verbigracia, en el Código Civil alemán, la novación no está legislada en especial, sino que se consideran solamente algunos aspectos de lo que nosotros llamamos novación subjetiva, cuando dedica este Código atención especial a la llamada asunción de deuda o cesión de deuda, que se trata de una novación por cambio de deudor y nada más.

Esto se explica porque desde el momento en que la novación es considerada como una figura contractual, ello significaría que se aplican todas las disposiciones relacionadas con los contratos y en muchos casos las disposiciones de la dación en pago, porque se entiende que la novación es como si se hubiera realizado una dación en pago, es decir, se la considera como una forma de pago. Se aparece pagando una obligación mediante la creación de otra, es decir que con la obligación nueva se paga la anterior.

Otros códigos como el Código suizo de las Obligaciones, el Código Civil italiano de 1942 y el nuevo Código

Civil polaco de 1964, sólo legislan sobre la novación objetiva y los demás problemas de la novación por cambio de sujeto están absorbidos por la cesión de créditos, en su caso, y en otros por esa figura que ya es autónoma: la asunción de deudas o cesión de deudas.