

# LA NOVACIÓN<sup>1</sup>

1. La novación consiste en la extinción de una obligación por la creación de una nueva obligación que ocupa el lugar de la antigua. La obligación antigua corresponde a la causa eficiente de la nueva obligación que sustituye la primera. Si bien la novación se asemeja a un cambio de la obligación, en realidad, no existe continuidad entre ambas obligaciones.

En el Código civil, la novación se menciona entre los modos de extinguir las obligaciones (art. 1567 n° 2 del CC) y se refieren a ella los artículos 1628 y siguientes.

Artículo 1628 del CC “la novación es la substitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida”.

2. La novación extingue la primitiva obligación, puesto que el acreedor, si bien no recibe la prestación debida, obtiene un nuevo crédito que extingue el anterior.

3.- La novación es convención y contrato. La novación constituye una convención ya que extingue la obligación primitiva y, además, es un contrato pues crea una nueva obligación a favor del acreedor. Si el contrato de novación versa sobre una obligación de dar constituye un título traslativo de dominio.

4. Condiciones de la novación.

4.1. Sucesión de dos obligaciones. La novación importa una sustitución de una obligación que se extingue por una nueva. Ambas obligaciones deben ser válidas, a lo menos naturalmente (art. 1630 del CC). Una obligación nula no puede ser novada, al menos si se trata de nulidad absoluta. Tratándose de nulidad relativa, podría considerarse que el contrato de novación, la creación de la nueva obligación, constituye la confirmación del acto anulable, es decir, la primitiva obligación (art. 1684 del CC). La nueva obligación debe también ser válida, la declaración de nulidad de esta obligación significaría revivir la obligación primitiva en virtud del efecto retroactivo de la nulidad (art. 1687 del CC).

Para el caso que la obligación primitiva o la nueva obligación se encuentren sujetas a una condición suspensiva, no existe novación mientras se encuentre pendiente la condición. Pendiente la condición el derecho no ha nacido a la vida jurídica y, en consecuencia, falta un elemento esencial para que opere la novación :la existencia de obligaciones válidas. El art. 1633 del CC dispone que "si la antigua obligación es pura y la nueva pende de una condición suspensiva, o si, por el contrario, la antigua pende de una condición suspensiva y la nueva es pura, no hay novación, mientras este pendiente la condición; y si la condición llega a fallar, o si antes de su cumplimiento se extingue la obligación antigua, no habrá novación". Con todo, esta regla no presenta un carácter imperativo. Las partes pueden reconocer efecto novatorio a una obligación bajo condición suspensiva: artículo 1633, inciso segundo "con todo, si las partes, al celebrar el nuevo contrato, convienen en que el primero quede desde luego abolido, sin aguardar el cumplimiento de la condición pendiente, se estará a la voluntad de las partes".

4.2. Diferencia entre las dos obligaciones (aliquid novi).

Es necesario que entre las dos obligaciones exista una diferencia, en caso contrario, la operación podría explicarse como el reconocimiento de una deuda anterior o el simple establecimiento de una prueba escrita más reciente, pero no habría novación. La diferencia puede incidir en los sujetos de la obligación (deudor o acreedor) o el objeto o causa de la obligación primitiva. La novación puede ser subjetiva (cambio de deudor o acreedor) u objetiva (cambio de objeto o de causa de la obligación).

---

<sup>1</sup> Carlos Pizarro Wilson, profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y Universidad de Chile.

4.3. Capacidad de las partes. El acreedor de la obligación primitiva debe tener capacidad para extinguir su crédito. A su turno, el deudor debe tener capacidad para celebrar el contrato de novación. La novación puede verificarse mediante mandatarios, los que están habilitados para novar solo si tienen poder especial, administran libremente el negocio a que pertenece la obligación o si administran libremente los negocios del comitente, o sea, tienen poder general de administración (art. 1629 del CC).

4.4. Intención de novar (animus novandi). El art. 1634 del CC señala que "para que haya novación, es necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indudablemente que su intención ha sido novar, porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua". La voluntad de novar puede ser expresa o tácita, pero no presunta. Sin embargo, cuando se trata de la novación por cambio de deudor, la voluntad del acreedor de dar por libre al primitivo deudor debe ser expresa (art. 1635 del CC). Si se estima que no existió ánimo de novar, las obligaciones se entienden coexistentes, subsiste la obligación primitiva con sus accesorios en todo aquello en que la posterior no se opusiere a ella.

4.5. El contrato de novación no está sujeto a formalidades especiales, las que dependerán de las obligaciones que se contraigan. Verbigracia, si el deudor se compromete por novación a entregar un bien raíz, el contrato de novación deberá otorgarse por escritura pública, efectuándose la tradición mediante la inscripción de la novación en el R.C.B.R.

5. Efectos de la Novación. La novación produce dos efectos: un efecto extintivo (la obligación primitiva se extingue de la misma forma que en el pago) y un efecto creador (una nueva obligación nace de la misma forma que en un contrato independiente). La operación es una sola, los dos efectos se encuentran vinculados, siendo el uno la causa del otro; la primera obligación solo se extingue si la segunda es válida; la segunda solo nace cuando la primera ha sido válidamente extinguida. Entre ambas obligaciones no existe continuidad, puesto que la primera obligación resulta extinguida, nada de ella sobrevive en la segunda. La discontinuidad presenta dos aspectos:

1º La extinción de la obligación primitiva lleva aparejada la de sus accesorios, según el principio que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. No se transfieren las garantías a la segunda obligación.

2º La extinción de la obligación primitiva impide que el deudor pueda hacer valer las excepciones vinculadas a la antigua obligación. Los vicios de nulidad que afectaban la obligación se entienden purgados por la novación y la segunda obligación es independiente de la primera.

En cuanto a la extinción de los accesorios de la primitiva obligación, principal problema de la novación, las partes pueden, sin embargo, en virtud de la libertad contractual, convenir dejar vigente los accesorios de la obligación primitiva, pero con ciertas limitaciones. La extinción de los accesorios de la deuda primitiva es el principal inconveniente de la novación, junto con la obligación primitiva se extinguen los derechos, cauciones reales y personales, acciones, intereses y privilegios que la acompañaban ( Vid. Arts. 1640, 1641, 1642, inc. 1º, 1645).

Sin embargo, las partes pueden acordar la pervivencia de los accesorios. Así ocurre, por ejemplo, con los intereses (art. 1640), la prenda y la hipoteca ( art. 1642), la solidaridad (art. 1645). Sin embargo la posibilidad de reserva de accesorios no es absoluta, por cuanto existen en ciertos casos imposibilidad de realizarla y en otras esta sujeta a limitaciones.

- No se permite la reserva de privilegios, ya que estos están establecidos por la ley y no pueden ser consagrados por las partes. Además, en relación a la reserva de accesorios, en los artículos 1640,

1642 y 1645 se señaló expresamente la posibilidad de reserva. En cambio, en lo que atinge a los privilegios, el artículo 1641 se limita a decir que la novación extingue los privilegios de la obligación anterior, sin contemplar la posibilidad de reserva.

- La reserva de la prenda e hipoteca y sus limitaciones. La novación extingue las cauciones reales (1642, inc. 1º), a menos que el acreedor y el deudor convengan expresamente en la reserva. La reserva de la hipoteca es de gran trascendencia, puesto que la preferencia de la hipoteca se determina por la fecha de su inscripción, y la fecha de la hipoteca reservada será la de su inscripción primitiva, conservando su preferencia para la nueva obligación. No resulta necesario practicar una nueva inscripción, pero es conveniente realizar una subinscripción al margen de la inscripción hipotecaria primitiva tanto de la novación como de la reserva. Debido a que la reserva de la hipoteca es perjudicial para los demás acreedores, el legislador la ha sometido a limitaciones, a saber, es necesario el consentimiento de aquel que constituyó la caución real, debe afectar el mismo bien y no puede exceder el monto de la primitiva obligación. Como es obvio, la reserva requiere el consentimiento de quien constituyó la hipoteca o prenda. Es posible que la hipoteca o prenda haya sido constituida por un tercero ajeno a la deuda, o que el bien hipotecado haya sido enajenado por el deudor. Si opera la novación, es necesario el consentimiento del sujeto que constituyó el gravamen o del tercer poseedor de la finca hipotecada para que opere la reserva (art. 1642, inc. 2º). La razón radica en que el sujeto que constituyó el gravamen lo hizo para una obligación específica y no para otras posteriores. Para el caso que la prenda o hipoteca haya sido constituida por uno de los codeudores solidarios y la novación sea pactada por otro de los codeudores solidarios, la reserva no puede tener efecto sino relativamente al codeudor solidario que acordó la novación. Las prendas e hipotecas constituidas por los otros codeudores solidarios se extinguen, a pesar de toda estipulación contraria, salvo que estos accedan expresamente a la segunda obligación. El codeudor que consintió en el gravamen es ajeno a la novación pactada por su codeudor solidario. Se trata de una aplicación del efecto relativo de los contratos. Cabe señalar todavía que la reserva debe afectar el mismo bien hipotecado o dado en prenda. La reserva consiste en mantener lo existente, por lo que debe continuar afectando al mismo bien gravado con la hipoteca y la prenda. El art. 1643, inc. 1º dispone "si la novación se opera por la substitución de un nuevo deudor, la reserva no puede tener efecto sobre los bienes del nuevo deudor, ni aún con su consentimiento". Si el nuevo deudor constituye hipoteca sobre un inmueble suyo, se constituye una nueva hipoteca y no reserva, porque esta supone que se trate del mismo bien. En caso contrario, podría perjudicarse a otros acreedores hipotecarios, puesto que la fecha de la inscripción de la hipoteca sería aquella del primer bien. Por último, la reserva no cubre la parte en que la nueva deuda excede de la anterior. Así lo dispone expresamente el artículo 1642 del CC. La razón es que lo contrario sería perjudicial para los otros acreedores hipotecarios y los demás acreedores en general. Sin perjuicio de lo anterior, nada impide que las partes puedan convenir garantías para la nueva obligación, que pueden ser las mismas anteriores, pero siendo consideradas como nuevas prendas o hipotecas.

6. Clasificación de la novación. Según dijimos es posible distinguir la novación objetiva y la novación subjetiva. La primera se verifica cuando cambia el objeto o la causa de la obligación primitiva y la segunda cuando se sustituye el deudor o acreedor de la obligación primitiva.

6.1. Novación objetiva. Según dispone el artículo 1631 n° 1 del CC, la novación puede efectuarse "substituyéndose una nueva obligación a otra, sin que intervenga nuevo acreedor o deudor". La novación objetiva puede ser por cambio del objeto debido, o por cambio de causa. En la novación por cambio de objeto varía el contenido de la obligación. Y si la nueva obligación es de dar la novación

constituye título traslativo de dominio. Para que la novación se verifique, la variación debe ser esencial, y el Código establece casos específicos en que no existe novación. En la novación por cambio de causa no varía ni la prestación ni los sujetos de la obligación, sino la causa, el motivo jurídico por el cual se obliga una persona con otra. Ej. de Bello: una persona esta debiendo a otra un saldo de precio de una compraventa, y por una convención posterior se acuerda que se va a continuar adeudando la misma suma, pero a título de mutuo. La importancia radica en que al extinguirse la obligación emanada de la compraventa de pagar el precio se extinguen todos los accesorios por lo que no procede la acción resolutoria, la excepción del contrato no cumplido, etc.

Aumentos o disminuciones en la prestación. El art. 1646 del CC alude al caso en que se modifique la obligación añadiendo o quitando una especie, género o cantidad a la primera y señala que no hay novación, se considera que existen dos obligaciones distintas.

Agregación o disminución de garantías. Caso de la Cláusula penal.

Las cauciones constituyen obligaciones accesorias a la principal, y los cambios que experimenten no importan una variación en la obligación principal y, en consecuencia, no hay novación.

En cuanto a la cláusula penal, esta se encuentra sujeta a reglas especiales cuando es estipulada con posterioridad a la obligación principal. Es necesario establecer con precisión si las partes han pretendido pactar una pena o reemplazar el objeto de la obligación. El artículo 1647 establece una distinción al respecto:

- a) Si se impone una pena para el caso de incumplimiento de la obligación principal y son exigibles conjuntamente la obligación principal y la pena, no hay novación. Los privilegios, fianzas, prendas e hipotecas subsisten hasta concurrencia de la obligación principal, pero no caucionan el pago de la pena.
- b) Si es solamente exigible la pena, hay novación y quedarán extinguidos todos los accesorios de la obligación primitiva y se exonera de responsabilidad a los codeudores solidarios o subsidiarios que accedían a la obligación primitiva y no a la cláusula penal.

## 6.2. La novación subjetiva.

1º Novación subjetiva por cambio de acreedor (art. 1631 nº 2 del CC). "contrayendo el deudor una nueva obligación respecto de un tercero, y declarándole en consecuencia libre de la obligación primitiva el primer acreedor". En este tipo de novación participan tres personas y requiere el triple consentimiento de ellas.

- El consentimiento del deudor que se obliga para con un nuevo acreedor, ya que contrae una nueva obligación. Aquí radica la principal diferencia con la figura de la cesión de crédito y el pago con subrogación que no requieren tal consentimiento. En efecto, el pago con subrogación puede realizarse sin el consentimiento del deudor. En la cesión de créditos tampoco es necesario el consentimiento del deudor cedido, basta la notificación su notificación (art. 1902 del CC).
- El consentimiento del acreedor primitivo que debe liberar al deudor de la antigua obligación y respecto del cual se extingue su crédito, por lo que resulta indispensable su consentimiento. Basta que esta voluntad aparezca de modo indudable (art.1634 del CC), sin necesidad que se exprese, pero es indispensable la intención de novar y dar por libre al deudor. Puede que el acreedor haya diputado para el pago a un tercero, en tal caso, en conformidad al art. 1632 no hay novación.
- Se requiere, por último, el consentimiento e intervención del nuevo acreedor, porque nadie puede

adquirir derechos contra su voluntad.

Esta forma de novación esta en desuso, siendo desplazada por la cesión de créditos y el pago con subrogación. Puede, sin embargo, tener aplicación y una función de economía, cuando el antiguo acreedor es a su turno deudor del nuevo acreedor. Así, el antiguo acreedor cancela su deuda y se desliga de dos obligaciones, una en que figuraba como sujeto activo (acreedor respecto del deudor de la antigua obligación) y la otra como sujeto pasivo (respecto de la deuda con el nuevo acreedor). En este caso se verifican dos novaciones, una por cambio de acreedor y otra por cambio de deudor. Ej. Pedro le debe a Juan 100 y a su turno es acreedor de Diego por la misma cantidad. Pedro decide extinguir la primera obligación y consiente en la novación por cambio de acreedor en virtud de la cual Juan pasa a ser acreedor de Diego quien consiente en extinguir el crédito que detentaba en contra de Juan. En este caso se verifica una novación por cambio de acreedor respecto de Diego que pasa a ser deudor en una nueva obligación con Juan y, de otra parte, existe una novación por cambio de deudor, pues Diego consiente en extinguir su crédito respecto de Juan y aceptar a Diego como nuevo deudor. Los accesorios de la obligación entre Pedro y Diego y entre Pedro y Juan se extinguen.

2º Paralelo entre la novación por cambio de acreedor, la cesión de créditos y el pago con subrogación.

Estas figuras jurídicas posibilitan el cambio o reemplazo por acto entre vivos de la persona del acreedor.

a) La diferencia fundamental entre la novación por cambio de acreedor y las otras dos figuras, de la cual derivan las restantes, radica en que la novación extingue la obligación primitiva, en cambio, en la cesión de créditos y el pago con subrogación se trata de la misma obligación, no existe extinción sino transferencia de la misma obligación con sus accesorios. Sin embargo, no debemos olvidar que en la novación pueden pervivir los accesorios mediante la reserva de los mismos, pero con las limitaciones señaladas.

b) En segundo lugar, según dijimos, el perfeccionamiento de la novación por cambio de acreedor requiere el consentimiento del deudor y de ambos acreedores. El pago con subrogación si es legal opera de pleno derecho, por el solo hecho del pago, o sea, con la mera voluntad del nuevo acreedor. Cuando se trata del pago con subrogación convencional es necesario el consentimiento del antiguo y nuevo acreedor, sin ser necesario el consentimiento del deudor como en la novación por cambio de acreedor.

c) En la subrogación y cesión de créditos, el deudor puede oponer las mismas excepciones que tenía contra su primer acreedor; en la novación, el crédito está extinguido, y de ahí que no puedan esgrimirse tales excepciones.

3º Paralelo entre la cesión de créditos y el pago con subrogación. Se trata de un mismo crédito que se traspa a otro sujeto de derecho que lo adquiere con todos los accesorios, privilegios y cauciones.

Las diferencias que se mencionan son:

a) La subrogación puede ser legal o convencional. La cesión de derechos supone un título traslativo, un contrato, y nunca es legal; la subrogación, cuando es legal, no requiere cumplir otros requisitos que los señalados por la ley para cada caso, mientras la cesión de créditos tiene normas especiales en cuanto al perfeccionamiento entre las partes y respecto de terceros;

b) La subrogación es un pago, mientras la cesión de créditos supone un contrato previo; de ahí que la primera pueda efectuarse aun contra la voluntad del acreedor, lo que no es posible en la cesión de

créditos.

c) La subrogación, por ser un pago, solo se produce hasta el monto de lo pagado, mientras que la cesión es un negocio especulativo y puede ser que se pague un monto inferior al crédito cedido o que nada se pague si media donación.

d) En la subrogación, el que paga al acreedor gozará en contra del deudor de dos acciones: la subrogatoria y la acción propia del mutuo, mandato o agencia oficiosa, según corresponda, lo que no ocurre en la cesión, y

e) Finalmente, en la cesión, si es a título oneroso, hay responsabilidad para el cedente en cuanto a la existencia del título. Esto no ocurre en el pago con subrogación.

2º Novación por cambio de deudor.

El art. 1631 n° 3 del CC señala que la novación puede efectuarse "sustituyéndose un nuevo deudor al antiguo, que en consecuencia queda libre".

Es esencial a esta figura el cambio de un deudor por otro quedando libre el primero, siendo necesario el consentimiento de dos partes, el nuevo deudor y el acreedor. El consentimiento del nuevo deudor es necesario, ya que nadie puede ser obligado contra su voluntad, asimismo es indispensable el consentimiento del acreedor, porque cambia su deudor. Es necesaria la voluntad expresa del acreedor para que se verifique la novación subjetiva por cambio de deudor, así lo dispone el artículo 1635, en su primera parte: "la substitución de un nuevo deudor a otro no produce novación, si el acreedor no expresa su voluntad de dar por libre al primitivo deudor".

En cuanto a la situación del deudor primitivo, puede ocurrir que el acreedor no consienta en darlo por libre. Como ya vimos es necesaria la voluntad expresa del acreedor para liberar al primitivo deudor, para el caso contrario el mismo art. 1635 dispone "a falta de esta expresión se entenderá que el tercero es solamente diputado por el deudor para hacer el pago, o que dicho tercero se obliga con él solidaria o subsidiariamente, según parezca deducirse del tenor o espíritu del acto". Corresponde al intérprete establecer cuando no concurre la voluntad del acreedor de liberar al antiguo deudor y existen las siguientes alternativas:

- Puede tratarse de un mandato para pagar, una diputación para efectuar el pago, no existiendo en este caso novación, ni tampoco nuevo deudor.

- Existe la posibilidad que el nuevo deudor pase a tener la calidad de codeudor solidario o subsidiario del primitivo. Se produce una modificación acumulativa en el aspecto pasivo de la obligación.

- Por último, las partes pueden convenir la calidad que adquiere el nuevo deudor agregado a la obligación.

Desde el punto de vista del primitivo deudor pueden presentarse distintas situaciones:

El inciso final del art. 1631 del CC en el numerando 3º establece que la novación puede efectuarse substituyéndose un nuevo deudor al antiguo, que en consecuencia queda libre. Esta tercera especie de novación puede efectuarse sin el consentimiento del primer deudor. Cuando se efectúa con su consentimiento, el segundo deudor se llama delegado del primero.

Ahora bien, del precepto podemos establecer dos situaciones, aquella en que el deudor primitivo no consiente y aquella en que acepta el cambio de deudor. La novación por cambio de deudor puede ser de dos clases, con o sin el consentimiento del deudor primitivo. Cuando el deudor

primitivo acepta, estamos en presencia de la delegación. En esta hipótesis concurre la voluntad de los tres sujetos que participan: el deudor primitivo, el nuevo deudor y el acreedor. Cuestión distinta ocurre cuando la operación se realiza sin el consentimiento del primitivo deudor. En la novación por cambio de deudor puede faltar el consentimiento del deudor original quien resulta liberado aunque no haya prestado su consentimiento a la operación. En nada perjudica al primitivo deudor la novación y, además, si el pago puede hacerse contra la voluntad del deudor, no hay motivo para exigirla en la novación. Cuando la operación se realiza sin el consentimiento del primitivo deudor, se denomina expromisión y se requiere solo la voluntad del acreedor y del nuevo deudor.

Cabe tener presente que la delegación y la expromisión pueden tener o no efecto extintivo, según si el antiguo deudor queda liberado o no.

En el caso que la expromisión se haya perfeccionado por el solo acuerdo del nuevo deudor y del acreedor, pero el acreedor no haya dado por libre al antiguo deudor; se verifica la expromisión acumulativa. El acreedor puede exigir el crédito en el patrimonio del antiguo y del nuevo deudor.

Tratándose de la delegación, que supone una convención entre el deudor anterior y el nuevo, por la cual éste se compromete a pagar al acreedor, quien, a su vez, puede consentir en dar por libre al deudor primitivo, en cuyo caso se produce la delegación perfecta o novatoria y existe novación por cambio de deudor. Si el acreedor no libera al deudor primitivo, la delegación toma el nombre de imperfecta o acumulativa.

Cabe, además, tener presente que en todos los casos de delegación o expromisión en que el deudor no queda liberado y se produce acumulación, se habla también de ad-promission. En la delegación imperfecta o la expromisión acumulativa, denominadas ad-promission, el deudor primitivo no queda liberado y el acreedor puede exigir el crédito al primitivo y nuevo deudor.

7. Efectos de la novación por cambio de deudor si el nuevo deudor resulta insolvente. Para el caso que no se haya dado por libre al primitivo deudor, el acreedor puede hacer exigible su crédito en los patrimonios de ambos deudores. La situación se complica en el caso que haya operado la novación quedando liberado el antiguo deudor y extinguida la primitiva obligación. Así el artículo 1637 sienta la regla general para tal caso señalando que el acreedor no tiene acción contra el deudor primitivo, aunque el nuevo caiga en la insolvencia.

Existe una triple excepción al principio anterior:

- a) Que el acreedor haya efectuado en el contrato de novación reserva expresa de esta situación.
- b) Que la insolvencia haya sido anterior a la novación y pública, esto es, de general conocimiento, y
- c) Que la insolvencia haya sido también anterior a la novación y conocida del deudor primitivo, aunque no fuere pública.