

"UNIVERSIDAD DE CUENCA"

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

ESCUELA DE DERECHO

"LA NOVACION EN EL DERECHO CIVIL DEL ECUADOR"

Tesis previa a la obtención del Grado de Doctora en Jurisprudencia y Abogada de los tribunales de la Republica.

Director:

Dr. Jorge Morales Álvarez

Autora:

Marcia Dioselina Ortiz Quizhpi

2005

Cuenca - Ecuador

DEDICATORIA, A mi Madre que con cariño y amor nos entrego su vida para hacer de todos sus hijos personas luchadoras y honestas que no se dejan derrumbar por los obstáculos .A mi padre que con su trabajo y cariño me ha alentado a conseguir todas mis metas, enseñándome que los sueños se alcanzan con trabajo y perseverancia, sin desmayar jamás

AGRADECIMIENTO, un sincero agradecimiento a los distinguidos profesores de la Escuela de Derecho por la infatigable labor en la formación Jurídica e Integral que me supieron impartir, en especial al Dr. Jorge Morales Álvarez que mas que mi Director de Tesis ha sabido ser un verdadero maestro impartiéndonos con generosidad sus conocimientos.

Los criterios vertidos en esta Tesis son de absoluta responsabilidad del autor

INDICE

"LA NOVACIÓN EN EL DERECHO CIVIL DEL ECUADOR"

INTRODUCCIÓN -----Pág. 1

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y DOCTRINARIOS DE LA NOVACIÓN

1.1	Origen Histórico de la Novación-----	Pág. 3
1.1.1	La novacion en las legislaciones modernas-----	Pág. 9
1.1.2	Diferencia de la Novación con el Derecho Moderno-----	Pág. 11
1.2	La novaciòn segùn varios autores-----	Pág. 13
1.3	La novacion en el Derecho Civil del Ecuador-----	Pág. 17

CAPITULO II

CLASES DE NOVACIÓN

2.1	Antigua Clasificación-----	Pág. 19
2.1.1	Clasificación segùn la legislación Ecuatoriana-----	Pág. 20
2.1.2	Novaciòn Subjetiva-----	Pág. 21
2.1.2.1	Novacion por cambio de acreedor-----	Pág. 22
2.1.2.2	Novaciòn por cambio de deudor-----	Pág. 23
2.2	La Novaciòn Objetiva-----	Pág. 32
2.3	Cambios que producen la Novaciòn-----	Pág. 35

2.4 Cambios que no producen la Novaciòn-----Pág. 37

CAPITULO III

CONDICIONES NECESARIAS PARA QUE SE DE LA NOVACIÒN

3.1 Extinción de la obligación anterior-----	Pág. 43
3.1.1 Validez de la Obligación anterior-----	Pág. 44
3.1.2 Obligaciones Condicionales-----	Pág. 45
3.1.3 Nulidad de las obligaciones Anteriores-----	Pág. 48
3.2 Creación de la nueva Obligación-----	Pág. 49
3.2.1 Validez de nueva obligación -----	Pág. 50
3.2.2 La nueva Obligación sujeta a condiciones-----	Pág. 51
3.2.3 Nulidad de la nueva obligación-----	Pág. 53
3.2.4 El elemento Nuevo-----	Pág. 54
3.3 Capacidad para novar-----	Pág. 55
3.3.1 La Novaciòn consentida por un incapaz-----	Pág. 57
3.3.2 La Novaciòn consentida por un mandatario-----	Pág. 58
3.4 Animus Novandi-----	Pág. 59
3.4.1 La Novaciòn puede ser expresa o tacita-----	Pág. 61
3.4.2 Excepción de la Regla-----	Pág. 63
3.4.3 Formalidades y prueba de la Novaciòn-----	Pág. 64

CAPITULO IV

EFFECTOS DE LA NOVACIÒN

4.1 Extinción y nacimiento de una nueva obligación-----Pág. 67

4.2 Extinción de las Obligaciones Accesorias-----	Pág. 68
4.2.1 La Reserva-----	Pág. 70
4.2.2 Extinción de la fianza-----	Pág. 75
4.2.3 Extinción de la obligación de los deudores solidarios-----	Pág. 77
4.3 Otros Efectos de la Novaciòn-----	Pág. 79

CAPITULO V

LA NOVACIÒN FRENTE A OTRAS INSTITUCIONES SU DELACIÓN Y SUS DIFERENCIAS.

5.1 La Novaciòn y la Delegación -----	Pág. 82
5.2 la Novaciòn y la Daciòn en Pago-----	Pág. 84
5.3 La Novaciòn y la Cesión de Créditos-----	Pág. 86
5.4 La Novaciòn y la Subrogaciòn-----	Pág. 88
5.5 Independencia de la Novaciòn-----	Pág. 90
CONCLUSIÓN -----	Pág. 92
RECOMENDACIONES-----	Pág. 93
BIBLIOGRAFÍA-----	Pág. 94

INTRODUCCIÓN

La obligación en el derecho romano tenía un carácter meramente subjetivo, al extremo que no podía variar ninguna de las personas que intervenían en la obligación, porque desde el momento que se alteraba uno de sus elementos, dejaba la obligación de existir, para transformarse en otra de distinta naturaleza que la anterior.

Era un sistema inconciliable con las crecientes exigencias del tráfico jurídico por lo que se pensó entonces en arbitrar un recurso que armonice estas necesidades prácticas, este recurso fue la Novación .No se trataba de una cesión de créditos o de una deuda, sino la extinción de la obligación y el nacimiento de una nueva.

Para que la Novación pueda darse en el derecho Romano se exigía siempre el empleo de fórmulas sacramentales, solo ellas hacían presumir su intención de novar, tanto es así que si por imprudencia se los empleaba, sin la voluntad de llevarla a cabo ,la Novación se producía y al revés ,una voluntad de novar era infructuosa sino se pronunciaba la fórmula decretada.

En las legislaciones modernas la Novación no presenta el carácter formalista del derecho romano, todo lo contrario depende exclusivamente de la voluntad de las partes constituyéndose por consiguiente una simple cuestión de interpretación de la voluntad de las partes.

La Novaciòn se diferencia fundamentalmente del Derecho Romano en que era la misma obligaciòn anterior que se trasformaba y pasaba entera a la nueva obligaciòn, en el derecho moderno, la primitiva obligaciòn queda extinguida y en lugar de ella nace una nueva ,la cual es distinta e independiente de la anterior.

Actualmente la Novaciòn es considerada como la sustituciòn de un nueva obligaciòn a otra anterior, la cual por lo tanto queda extinguida .Estos dos actos no son dos aislados e independientes uno del otro, sino que estan íntimamente relacionados entre si, que puede decirse que son partes de un solo todo .La Novaciòn puede ser de dos clases: objetiva cuando se cambia el objeto de obligaciòn y subjetiva cuando se cambia las partes de la obligaciòn ya sea el acreedor o el deudor por un tercero.

Para que se de la Novaciòn es necesario el cumpla con ciertos requisitos como son: la necesidad de una obligaciòn anterior la misma que puede ser civil o natural ,una nueva obligaciòn que va ha remplazar a la antigua , capacidad de las partes esto es ,que el acreedor sea capaz de disponer de su crédito y el deudor sea capaz para contraer una nueva obligaciòn .Es muy importante que las partes tengan la intenciòn de novar ya que como sabemos en derecho las renuncias no se presumen, por lo que es necesario que las partes manifiesten su claramente su intenciòn de novar intenciòn de novar.

"LA NOVACIÓN EN EL DERECHO CIVIL DEL ECUADOR "

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y DOCTRINARIOS DE LA NOVACIÓN.

1.1 ORIGEN HISTÓRICO DE LA NOVACIÓN.

ETIMOLOGÍA DE LA NOVACIÓN.

La palabra Novación viene de la voz latina "*novare*" que significa cambiar, hacer algo nuevo, renovar. Envuelve la idea de cosa nueva, obligación nueva, surge de los textos Romanos: *novatio enim a novo nomen accepit et a nova obligatione*, la Novación toma su nombre de nuevo.

Para que haya Novación es menester que la nueva obligación que va a reemplazar a la antigua sea distinta de ésta, que se diferencia fundamentalmente de ella, porque si ambas obligaciones fueran iguales, la nueva obligación no sería sino la confirmación o el reconocimiento de la primitiva y no habría por lo mismo Novación. Puesto que este modo de extinguir las obligaciones, consiste en la sustitución de una nueva obligación a otra anterior y supone necesariamente la extinción de una obligación y el nacimiento de otra .No se concibe este modo extinguir las obligaciones sin que exista estas dos obligaciones una que muere otra que nace.

LA NOVACIÓN EN EL DERECHO ROMANO.

Los Romanos definieron a la novación como "***Novatio est prioris debiti in alio transfusio atque translatio, hoc est, ut ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur***".

De ahí que según esta definición, la Novación es la transformación y traslación de la primitiva obligación en otra, lo cual sucede porque a la precedente causa se sustituye esta nueva en forma que la primera se extingue.

La Novación tiene su origen en el DERECHO ROMANO, donde tuvo una enorme importancia, ya que es sabido que en el derecho ROMANO primitivo se concebía a las obligaciones como un derecho personalismo insusceptible de ser cedido. La primitiva obligación constituía un rígido ligamen, su carácter eminentemente personal descartaba cualquier sustitución de los titulares de la relación jurídica.

Las obligaciones no podían cederse ni trasmitirse en su aspecto activo o pasivo, ni era tampoco posible alterar su contenido en razón de esa intransmisibilidad e inmutabilidad, cualquier cambio efectuado en ellas hacía sucumbir el nexo obligatorio.

Las necesidades de la vida les hicieron comprender, que en ciertos casos podía mantenerse la obligación primitiva al lado de la nueva, revestida de carácter accesorio como medio de reforzar las garantías de acreedor. El principio quedaba a salvo en virtud de la regla bis de *eadem re ne sit actio*, no podía el acreedor accionar dos veces no contar el deudor principal, no contar el fiador.

Los romanos admitieron que una deuda pudiese transformarse, con tal que algo se hubiese cambiado y para no derogar el principio se agrego que la obligación nueva debía producir la extinción de la anterior.

Para que hubiese Novación no era suficiente la substitución de una obligación por otra, sino que la nueva deuda debería tener la misma prestación que la anterior, la novación exigía siempre el empleo de un contrato formal.

Estos antecedentes explican la definición de **Ulpiano**.

Novatio est prioris debiti in aliam obligationem, civiles, vel naturalem, transfusio et translatio: hoc cum ex praecedenti causa, ita nova constituatur, ut prior perimatur. Novatio enim a novo nomen accepit et a nova obligatione

Ulpiano define la Novación diciendo que "es el transporte y la translación de una deuda anterior a una nueva obligación civil o natural, cuando fuera de la causa precedente se constituye una nueva para extinguir la primera".

Esta definición sin embargo corresponde a las características de la Novación en el derecho anterior a Justiniano en que se exigía para la validez de la misma, que el objeto de la nueva obligación fuera el mismo, que el de la antigua ,pero no es adecuada para las características de la institución en la época de Justiniano en que se acepto la Novación por cambio de objeto .de allí mas exactamente la definición que trae Bonafante "la Novación consiste en la constitución mediante formas de una nueva obligación que debe subsistir y ,por lo tanto, extinguir a la antigua".

Para el **DIGESTO** la **NOVACIÓN** consistía en la transfusión o translación o translación de una deuda anterior a otra obligación.

Conforme a dicho texto la novación consistía en la translación, transfusión del contenido de una obligación anterior en otra nueva. La misma cosa debida es transportada a la segunda relación obligatoria y se hace por objeto de la misma.

EN EL DERECHO ROMANO PRIMITIVO LA NOVATIO era la extinción de una obligación como resultado de la creación de otra nueva que contenía el mismo objeto, pero sin embargo difería de la precedente en virtud de la presencia de un elemento nuevo *aliquid novi* que podía consistir en la modificación de la naturaleza del crédito, en la inserción o supresión de ciertas modalidades del vínculo y en el cambio de los sujetos de la obligación.

La novación presentaba dos caracteres esenciales:

1. El objeto de la obligación nueva debía ser siempre el mismo de la obligación anterior como consecuencia esa transfusión o traslación de que nos habla el digesto. Era un hecho real y positivo en el sentido de que la misma cosa debida era trasladada a la nueva obligación.
2. La Novación era un acto esencialmente formalista, de tal manera que una vez empleada la fórmula correspondiente, la novación existía aunque las partes no hubiesen pensado en ellas, en el sentido inverso, no podía haber la Novación cuando la fórmula no había sido empleada, aunque las partes hubiesen tenido la intención de verificarla.

Según Ludwing **Enneccerus** En el Derecho Romano "Toda modificación esencial se traduce en la Novación, esto es la extinción de la deuda existente mediante la constitución de una nueva obligación abstracta, que ocupa el lugar de aquélla."

FELIPE SERAFINI señala que "La Novación es una forma de extinguir la obligación mediante la transfusión del contenido de esta en el de otra."

En el Derecho Romano para que la Novación surta los efectos deseados debía reunir requisitos de validez:

1.- la existencia de un vínculo obligatorio válido civil o natural, que ha de extinguirse.

2.- que haya nacido mediante un contrato de forma, que, por derecho antiguo era el contrato literal y por justinianeo la estipulación.

3.-el ***Animus Novandi***, ósea la intención de sustituir una nueva obligación a la primera.

4.-el ***Alqui Novi***, es decir que la obligación substituía a la antigua tenga algo nuevo que por ejemplo, se haya sustituido el termino, el modo, el objeto, o el lugar del pago (novatur inter easdem personas) o los sujetos (novatio inter nova personas) cambiándose el acreedor o el deudor.

FORMA, ESTRUCTURA Y FUNCION DE LA NOVACION EN EL DERECHO ROMANO

En el Derecho Romano clásico se producía la Novación siempre que, concurriendo la voluntad precisa, un negocio formal absorbía el contenido de una obligación causal o de una obligación formal diversa anterior, el instrumento adecuado era la **STIPULATIO**, que precisamente como obligación formal era idónea, para recibir como contenido propio, el de cualquiera otra obligación causal preexistente. Las partes podían hacer objeto de la **STIPULATIO NOVATORIA** una deuda ya existente fundada en una **causa praecedens**;esta deuda que quedaba extinguida , ya fuera que a un nuevo acreedor o por un nuevo deudor se prometiese lo que ya era debido en virtud de la anterior relación obligatoria por otro deudor o a distinto acreedor ,ya fuera que sin cambio alguno de sujetos, se operase, por acuerdo de las partes

un cambio relativamente al objeto de la deuda añadiendo algo nuevo o variando alguno de sus elementos accesorios. Un negocio causal no hubiera sido idóneo para producir este efecto extintivo, ya que teniendo como tendría, una propia causa, no podría absorber, la causa de la primitiva obligación; su efecto sería no el de extinguir la obligación precedente, sino el de añadir a esta otra nueva.

Servía por lo tanto, la **NOVATIO**, para conseguir fines distintos que no se hubiera podido alcanzar de otra manera, dado el riguroso formalismo Romano, permitía pues modificar en alguno de sus elementos la deuda precedente, el añadir a ella garantías personales, el darle una nueva forma y una mayor eficacia, y sobre todo el transportarla, de una persona a otra, pasiva o activamente, el derecho de crédito.

LA NOVACION EN EL ÚLTIMO ESTADO DEL DERECHO ROMANO

Desaparecido el antiguo formalismo, la existencia o inexistencia de la Novación, paso a ser principalmente una cuestión de voluntad, en el sentido que ante todo debía consultarse, cual había sido la intención de las partes.

En este estado del Derecho Romano para que se de la Novación ya no se exigía que se cumpla con los requisitos exigidos en el Derecho Romano Primitivo .En la época de Justiniano, se llegó a admitir la posibilidad, al menos en ciertos casos, de una novación por cambio de objeto, ejemplo de ello era que en lugar de que el deudor pague con la cosa debida, podía este con el consentimiento de su acreedor pagar el precio de dicha cosa y de esta forma extinguir la obligación.

De tal forma “la novación” en el Derecho Romano era una forma de extinguir, la obligación mediante la transfusión del contenido de está en el de otra en el sentido que ante todo debía consultarse cual había sido la intención

de las partes, estas podían conseguir no solo la extinción de la deuda primitiva sino también la creación de estipulaciones acumulativas a accesorias, lo cual dependía de una formula mucho más dúctil, que quisiera utilizarse de los fines perseguidos.

LAS LEYES DE LAS PARTIDAS

Inspiradas en los principios del Derecho Romano, las leyes de las partidas admitieron expresamente la Novación la cual definían de esta forma *"Renovamiento es otra manera de quitamiento, que desata la obligación principal de la deuda bien así como la paga."*

Se admitía bajo el imperio de esta antigua legislación, que la novación podía recaer sobre la causa o el objeto de la obligación o podía consistir en el cambio del deudor o del acreedor.

LA NOVACION EN LAS LEGISLACIONES MODERNAS

En las legislaciones modernas inspirada casi todas ellas en el Código Civil Francés, para que se de la Novación ya no se requiere de un negocio formal, sino que concurriendo el *Animus Novandi* a un negocio causal cualquiera, basta para producir el efecto Novatorio. Desligado de aquel formalismo, el derecho moderno hace posible, adiciones y modificaciones, de la relación anterior, sin que ello implique extinción de esta y exige mas bien, para que se de la Novación que entre la primera y la segunda deuda haya una substancial diversidad.

SEGÚN EL DERECHO CIVIL FRANCÉS.

Para el derecho Francés. La Novación es un acto jurídico que produce un doble efecto extingue una obligación preexistente y la remplaza por una obligación nueva que hace nacer. Esta sustitución puede realizarse según el Art. 1271 del código civil francés de tres maneras.

1. Cuando el acreedor contrae con su deudor una nueva deuda que sustituye a la antigua que queda extinguida.
2. Cuando un nuevo deudor sustituye al antiguo que queda liberado por el acreedor.
3. cuando por efecto de una nueva convención se sustituye un nuevo acreedor al antiguo quedando librado el deudor respectivo de este.

SEGÚN EL CODIGO CIVIL ESPAÑOL

Esta contemplada la Novación en su Art. **1204** establece que “para que una obligación quede extinguida para otra que la sustituya es preciso que así se declare terminantemente o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles.

En el Art. **1203** establece la forma como la Novación puede presentarse

1. Variando su objeto a sus condiciones principales
2. Sustituyendo la persona del deudor.
3. Subrogando a un tercero en los derechos del acreedor.

EN EL DERECHO MODERNO ITALIANO.

En el Derecho Moderno Italiano se conocía únicamente la Novación privativa que es una institución jurídica que figura exclusivamente entre los modos de extinguir las obligaciones.

La Novación requiere, por lo tanto, un cambio substancial de la obligación, esto es un cambio que recaiga en uno de los dos sujetos, o en el objeto, ósea en la presentación debida.

Si bien la figura jurídica de la Novación dejó su huella en muchos contratos, de uso cotidiano tanto civil como mercantil, sin embargo no es fácil reconocerla porque no se manifiesta casi nunca con su propio nombre sino que queda oculto bajo denominaciones más especiales y más prácticas de los diferentes contratos.

Si la Novación en la legislación ITALIANA es concebido como un contrato por cuanto extingue una relación obligatoria y crea otra que la sustituye, con la particularidad de la concomitancia y solidaridad de estos dos efecto, tanto que ninguno de ellos puede obtenerse sin el otro, el otro no puede haber.

DIFERENCIA DE LA NOVACION MODERNA CON EL DERECHO ROMANO

La Novación no se presenta en las legislaciones modernas con, el carácter formalista del Derecho Romano de la época Clásica, todo lo contrario ella depende exclusivamente de la voluntad de las partes, constituyendo por consiguiente una simple cuestión de voluntad.

La novación presenta este carácter esencial, que la diferencia fundamental del derecho Romano, en tanto que este último era la misma obligación anterior, que se transformaba y pasaba todo entera a la nueva.

En el derecho moderno, la primitiva obligación queda extinguida y en el lugar de ella nace una nueva.

La Novación en el derecho MODERNO ha sido definida por varios autores

A decir **ZACHARIAE** lo ha definido la Novación como la "transformación de una obligación en otra."

Según el jurista argentino **LUIS GASPERI** "La Novación del Derecho Moderno es un acto jurídico por el cual dando el acreedor por extinguida una obligación a cuyo cumplimiento específico tenía derecho y a cambio de ella, deviene titular de un crédito nuevo y distinto: *alqui novi* que la sustituye, sea porque el deudor es otro : *mutato debitore* y el primitivo ha sido absolutamente desligado de su deuda; o porque la presentación es diferente de la anterior, o porque la segunda obligación contiene cambio tan substancial respecto de la primera que resulta incompatible con ella."

NORBERTO GOROSTIAGA en su obra la causa de las obligaciones señala que "La Novación extingue una obligación anterior y se la sustituye por una nueva. Se transforma una obligación en otra, la formación de un vínculo obligatorio y la extinción de la anterior es lo que la caracteriza."

"Los dos actos simultáneos que se complementan al uno al otro, son esenciales para existencia misma de esta figura jurídica."

Según **Roberto Ruggiero** la Novación en el derecho moderno "no es una mera transformación del derecho de crédito por el cambio operado en uno de sus elementos constitutivos o accesorios, sino la constitución de un nuevo derecho de crédito, sobre la base y la esencia de una precedente relación obligatoria que queda extinguida, o mas precisamente: la extinción mediante la

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

Los autores modernos prefieren definirla **señalando** que “**La Novación es la extinción convencional de una obligación, por la constitución de otra distinta destinada a remplazar a la primera. “Es un pago debitum pro debito”.**

1.2 DEFINICION DE LA NOVACION SEGÚN VARIOS AUTORES

La novación ha sido definida por prestigiosos doctrinarios entre ellos los más importantes son :

JOSSEERAND La Novación: “consiste en la sustitución convencional de una obligación por otra: la relación jurídica antigua se extingue por el nacimiento de la nueva, que toma su puesto. En lugar de recibir su deuda, el acreedor acepta ser el titular de una obligatoria nueva”.

LUDWING ENNECCERUS La Novación es la extinción contractual de una obligación existente por virtud de la constitución de una nueva obligación abstracta que viene a ocupar el lugar de aquella “Desde el punto de vista económico la extinción de la deuda antigua se considera transformada, pero, jurídicamente, se constituye una nueva que extingue la antigua, ya que ocupa su lugar”.

Ambrosi Colin “La Novación es un acto jurídico que produce un doble efecto extingue una obligación preexistente y lo remplaza por una obligación nueva que hace hacer.

BARROZ ERRAZURI Define " La Novación es un medio de extinguir las obligaciones, equivalente al pago, porque el acreedor queda satisfecho mediante la nueva obligación que se contrae en reemplazo de la primitiva y esta calidad la hace producir efectos jurídicos semejantes al pago efectivo". En virtud de la Novación nace una nueva obligación, y la primera desaparece dejando su lugar a la segunda.

ARTURO ALEXANDRI la define a la Novación como " la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por lo tanto extinguida."

R. J. POTIER en su obra La define: "La Novación es la sustitución de una deuda antigua a una nueva deuda a otra de antigua es por eso que novación se cuenta entre los modos de extinguir las obligaciones.

PLANIOL, RIPERT Y ESMEIN Definen a la Novación señalando que consiste en la extinción de una obligación por la creación de una nueva, destinada a remplazarla y que difiere de la primera por algún elemento nuevo.

GUILLERMO BORDA, en su obra Tratado de Derecho Civil obligaciones establece que "Hay Novación cuando el acreedor y el deudor dan por extinguida una obligación pendiente y conviene en sustituirla por una nueva obligación. Esta nueva obligación nacida de la Novación es la condición de la extinción de la Anterior. La extinción de la obligación primitiva, no solo es el efecto, sino también la causa de la nueva obligación de características de esta unidad compleja "creación extinción".

Según el Diccionario Encyclopédico de Derecho Usual de **GUILLERMO CABANELLAS** define a la Novación "es un modo de extinguirse las obligaciones para se, ya variando la deuda, cambiando el acreedor o por reemplazo del deudor

ALFREDO COLMO, en su obra la define señalando "Hay Novación cuando en una obligación se altere uno o más de sus requisitos o modalidades esenciales siempre que contra lo que se presume, tales alteraciones respondan al propósito de extinguir la obligación y de sustituirla una nueva y distinta."

JORGE JOAQUIN LLAMBIAS en su obra define a la Novación "La Novación es un convenio por el cual se extingue una obligación transformándola en otra sustitutiva de la primitiva."

A decir de este autor la Novación es un modo de extinción de una obligación que se realiza mediante la creación de una nueva obligación sustitutiva de aquella.

Según **SANCHO REBULLIDA** "es la mutua interdependencia causal: se extingue la obligación primitiva porque nace otra nueva para extinguir la anterior y ocupar su sitio.

ARTURO VALENCIA ZEA en su obra Derecho Civil establece que "La Novación representa el nacimiento de una nueva obligación que tiene por causa la extinción de otra.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA NOVACION

La Novación supone la existencia de una obligación anterior a la que extingue y transforma en una obligación nueva, distinta e independiente de la anterior. No puede formarse sin una causa y sin un objeto, en los mismos términos en que se forman las relaciones obligatorias.

Para que la Novación puede cumplirse es necesario la existencia de dos deudas, una antigua que se extingue y una deuda nueva, que es la que ocupa el lugar de la antigua.

Es la nueva deuda la causa de la extinción de la antigua, faltando una de ellas, la otra sería sin causa. La antigua no se extinguiría, si la nueva no se hubiera formado y la nueva no se formaría, si la antigua no hubiera tenido o no tuviera más existencia.

"La novación tiene por objeto extinguir una primera obligación sustituyéndole una nueva obligación".

La extinción y el nacimiento de una obligación no son dos actos aislados o independientes uno del otro sería un error creer tal cosa .Estas dos obligaciones cuya extinción y cuyo nacimiento respectivamente se opera en la Novación, son dos actos de imprescindible necesidad, que están íntimamente relacionados entre si que puede decirse que son partes de un solo todo .En efecto la creación de la nueva obligación tiene por causa la extinción de la Antigua es decir la nueva obligación nace porque la primera se extingue y a la inversa, la extinción de la primitiva obligación tiene por causa el nacimiento de la nueva, consecuencia de ello la omisión de alguna de las partes del sistema, crea la ineficacia de cualquiera de las obligaciones que en la operación existente acarrea la ineficacia de la operación.

Por lo que La novación es un acto jurídico que persigue un doble fin simultáneamente crea o produce una obligación, la nueva obligación y extingue la anterior.

La Novación consiste en la colocación de una nueva relación obligatoria en el lugar que ocupa la existente hasta entonces. Por medio de esta sustitución, la antigua obligación queda extinguida y por ella la Novación es sustitutiva del pago.

El acreedor renuncia a su crédito porque adquiere una nueva y el acreedor consignante una obligación nueva, porque obtiene mediante ella, la liberación de la antigua.

CONCEPTO LEGAL DE LA NOVACIÓN

La Enciclopedia Jurídica "**OMEBA**" establece un Concepto Legal de la Novación:

Señala que la Novación es la "sustitución convencional de una obligación por otra: y tiene lugar siempre que se reemplace alguno de los elementos o modalidades esenciales de la obligación .Dentro de las diversas especies extintivas es un acto jurídico que acuerda satisfacción al acreedor mediante una prestación distinta de aquella a la que tiene derecho.

1.3 LA NOVACIÓN EN EL DERECHO CIVIL DEL ECUADOR

En nuestra legislación ecuatoriana la obligación es un vínculo jurídico entre dos personas determinadas en virtud del cual una de ellas se ve compelida a una determinada prestación en favor de la otra, es decir a dar, hacer, o no hacer alguna cosa *"obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquot corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dan dum aliquid vel faciendum vel praestandum"*.

Estas obligaciones se extinguen por cualquier acto jurídico reconocido como valido para dar fin a la relación obligatoria generalmente en nuestra legislación es el pago es el verdadero cumplimiento de la obligación y con el, se produce la extinción de la prestación a que el deudor se había obligado, sin embargo existen modos de extinguir la obligación la misma que esta establecida en el Art. 1610 de nuestro código Civil entre estos modos de

extinguir las obligaciones está la Novación, la misma que está definida en el Art. 1671 en el que señala:

"Es la sustitución de una obligación a otra anterior, la cual queda por lo tanto extinguida".

La Novación consiste en sustituir una obligación anteriormente adquirida por otra nueva.

Por lo tanto para que exista Novación es forzoso un cambio substancial de la obligación antigua, tan substancial que la haga extinguirse, desaparecer substituyéndola por otra obligación nueva nuestro código acoge la definición de **POTHIER** la novación viene a ser el pago de una obligación con otra obligación.

Por lo que la Novación consiste en la colocación de una nueva relación obligatoria en el lugar que ocupa la existente hasta entonces. Por medio de esta sustitución, la antigua obligación queda extinguida y por ello la Novación es sustitutiva del pago.

CAPITULO II

CLASES DE NOVACION

ANTIGUA CLASIFICACIÓN

La novación así concebida es la que en las antiguas nomenclaturas se conoció con el nombre de "voluntaria", por oposición a la "necesaria" que, según las distinciones admitidas por MUHLENBRUCH, es la que resulta de la ley:

a.- de la litis ***contestatio***.

b.- de la ***resjudicata***.

Bajo el régimen del procedimiento formulario del antiguo derecho romano y de la ***legis actiones*** se admitió que la ***litis contestatio*** producía una verdadera novación, por virtud de la cual quedaba extinguida la acción, sea ***ipso iure***, sea ***per exceptionem***, y las partes formalmente obligadas a dejar que el juez dicte sentencia . Esta obligación era a su vez extinguida por la sentencia, la cual, si era continente de la condena, implicaba la obligación de pagarla: ***judicatum solvendi***.

La ***res judicata*** era productora de novación, de donde viene la regla ***non bis in idem*** y la excepción ***rei judicate*** que podía ser rechazada por la ***replicatio dolii***, si el condenado no había pagado .

Distinguieron también los intérpretes la novación “**privativa**” y la “acumulativa”. Era la primera la extintiva de la obligación originaria, y la segunda que, sin producir este efecto, se limitaba a modificarla sin ningún perjuicio para el acreedor, de suerte que las fianzas e hipotecas constituidas en seguridad de aquélla, fuesen de pleno derecho trasladadas a la nueva.

Según **GIORGİ** estas antiguas clasificaciones que se dieron en el derecho romano, hoy en día ya no tienen validez, pues para este autor la verdadera novación es una sola, la **voluntaria** y **primitiva** como dicen los catedráticos, por la que voluntariamente las partes substituyen la deuda nueva a la deuda vieja que quieren extinguir.

CLASIFICACIÓN DE LA NOVACION SEGÚN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

La Novación puede efectuarse de tres modos, conforme lo establece el Art. 1674 del Código Civil del Ecuador que dice:

“La novación puede efectuarse de tres modos:

- 1.** Sustituyéndose una nueva obligación a otra, sin que intervenga nuevo acreedor o deudor
- 2.** Contrayendo el deudor nueva obligación respecto de un tercero, y declarándole en consecuencia, libre de la obligación primitiva el primer acreedor; y
- 3.** Sustituyéndose un nuevo deudor al antiguo que en consecuencia, queda libre.

Esta tercera especie de novación puede efectuarse sin el consentimiento del deudor. Cuando se efectúa con su consentimiento, el segundo deudor se llama delegado del primero”.

En los tres casos hay cambio de obligación, porque esa es la esencia de la novación, ya que la obligación primitiva queda extinguida y reemplazada por una nueva, pero en unos casos la novación es objetiva y en otros casos la novación es subjetiva. También puede ser subjetiva y objetiva a la vez, en caso del número segundo, si el deudor contrae una nueva obligación de naturaleza distinta de la primitiva respecto de un nuevo acreedor.

LA NOVACION SUBJETIVA

En el Derecho Romano, esta clase de novación tenía lugar cuando se producía un cambio en los sujetos de la relación jurídica, esto es, un cambio en la persona del acreedor o del deudor.

CONCEPTO DE NOVACION SUBJETIVA

Según Guillermo Borda,” Hay Novación Subjetiva cuando la prestación permanece idéntica, cambiando solo los sujetos.”

Según el diccionario Enclopédico OMEBA; La Novación Subjetiva es la que tiene lugar cuando se verifica el reemplazo de alguno de los sujetos de la obligación

La Novación Subjetiva comprende dos subclases diferentes:

- Novación por cambio de acreedor.

- Novación por cambio de deudor.

También puede ser activa y pasiva a la vez, en el caso de se opere la substitución de ambos

NOVACION POR CAMBIO DE ACREEDOR

Esta se opera contrayendo el deudor una nueva obligación respecto de otro acreedor distinto del primitivo, y declarándole el primer acreedor libre de la obligación primitiva.

En otros términos: el deudor no varía, ni tampoco varía el objeto de la obligación; pero un nuevo acreedor ocupa el lugar del antiguo, y con respecto a éste último, el deudor queda completamente libre. El primitivo acreedor queda pagado de su crédito, en virtud de haberse obligado el deudor respecto del nuevo acreedor. Así si una persona me debe 5000 dólares, yo ofrezco descargarle de esa deuda con tal que contraiga otra por igual suma a favor de mi hermano, y él acepta, se opera una novación, que extingue la primitiva deuda y la deja sustituida por otra a favor de mi hermano.

La Novación por cambio de acreedor exige, en primer lugar el concurso de dos condiciones:

- Sustitución de un acreedor por otro.

- Consentimiento del deudor.

a. La Novación por cambio de acreedor exige, en primer lugar, la substitución de un acreedor por otro .La simple indicación de una persona autorizada para recibir el pago, podrá constituir un caso

de *adjectio solutions gratio o solutionis*, pero nunca de Novación. Esta sustitución de un acreedor ,por otro ,para que para que de lugar a la Novación ,requiere de la creación de una nueva obligación ,destinada a sustituir a la antigua ya que .la Novación supone la extinción de la antigua obligación y la creación de una nueva ,distinta e independiente de la anterior.

- b. La segunda condición para que opere la Novación por cambio de acreedor es que la sustitución debe hacerse con el consentimiento de deudor. La razón es simple se trata de imponerle una nueva obligación y esta imposición no puede tener lugar sin la voluntad del deudor dispuesto ha aceptarla .Si este requisito falta no habrá Novación sino una simple Cesión de Créditos, precisamente, sin el concurso de la voluntad del deudor no puede haber creación de una nueva obligación, ni, en consecuencia Novación.

Por lo que esta especie de novación, como en todas las demás es requisito esencial que el deudor sea declarado libre respecto del primer acreedor, ósea, que se extinga la primitiva obligación y se reemplace por una nueva.

NOVACION POR CAMBIO DE DEUDOR

Esta especie de novación se efectúa sustituyéndose un nuevo deudor al antiguo, que en consecuencia queda libre. En otros términos este modo de novar consiste en que una persona extraña carga sobre sí la obligación del deudor.

Esta especie de Novación puede darse de diferentes maneras:

1.- A INICIATIVA DEL MISMO DEUDOR.- que por si mismo ofrece al acreedor un nuevo deudor en lugar de él; ejemplos:

Juan deudor de Pedro, le propone a Pablo, como nuevo deudor en reemplazo suyo.

En el caso de que Yo deba a Pedro 5000 dólares y le presento a mi hermano como deudor en mi lugar. Pedro consiente en aceptar a mi hermano como deudor y me descarga completamente de la obligación.

La Novación toma en este caso el nombre de **Delegación**.

NOVACION POR DELEGACIÓN:

La Delegación es el nombre que recibe el convenio celebrado por el deudor con un tercero, en virtud del cual éste sume la obligación de aquél .Ese convenio sólo causa Novación cuando el acreedor libera al deudor primitivo.

En cuanto a la terminología empleada se denomina delegante al primitivo deudor, delegado al nuevo deudor y delegatario al acreedor que es, en definitiva, el beneficiario de la Delegación por brindársele con ella un nuevo título para perseguir del nuevo deudor el cumplimiento de la prestación debida.

Lo que caracteriza esencialmente a la delegación **novativa** es el hecho que el, delegado queda absolutamente obligado hacia el delegatario; el delegado queda absolutamente liberado respecto del delegante; y este respecto del delegatario

La delegación novativa puede ser **perfecta** o **imperfecta** .Según que el acreedor libere o no al deudor Primitivo.

DELEGACIÓN PERFECTA:

Para que ella tenga lugar es necesario el consentimiento del acreedor, del deudor primitivo y del nuevo deudor. El acreedor debe declarar expresamente su intención de exonerar al deudor primitivo. Si lo hace, el deudor primitivo no queda liberado, porque la delegación, como hemos visto, crea un vínculo nuevo y directo entre el delegado y el delegatario, distinto e independiente del que existía entre el delegado y el delegante.

La delegación perfecta, produce la extinción definitiva de la primitiva obligación, y en consecuencia, da lugar a una Novación por cambio de deudor.

Puede ocurrir que el delegado ,al constituirse deudor del delegatario ,lo hubiese hecho creyéndose por error deudor del delegante .En este caso el delegado no podría invocar en tal caso su error ,sea para repetir lo pagado, si ya hubiese cumplido su obligación ,sea para hacerla dejar sin efecto o rehusarse a cumplirla ,si aun no lo hubiese hecho. Por una parte, el delegatario nada tiene que ver con las relaciones jurídicas existentes entre el delegante y el delegado, y, por consiguiente, no tiene por qué soportar las consecuencias del error sufrido por este último; por otra parte, la ley no exige que el delegado sea deudor del delegante.

El Art. **1681** del Código Civil Ecuatoriano establece que "El que, delegado por alguno de quien creía ser deudor y no lo era, promete al acreedor de éste pagarle para libertarse de la falsa deuda, está obligado al cumplimiento de su promesa; pero le quedará a salvo su derecho contra el delegante, para que pague por él, o le reembolse lo pagado."

La situación es diferente, en el caso de que no siendo el delegatario verdaderamente acreedor del delegante, al pretender retener lo percibido del delegado o al querer exigirle el pago ,se enriquecería sin causa; el delegado ,al repetir o negarse a pagar ,procuraría evitarse un perjuicio ;el delegatario ,por el contrario , sólo perseguiría un enriquecimiento injustificado .Es más justo ,por consiguiente ,y ésta es la solución que prevalece desde el derecho romano,

reconocerle al delegado , sea el derecho de repetir si ya hubiese pagado ,sea el de rehusar el cumplimiento de la obligación, si aun no la hubiese cumplido.

Art. **1682** del Código Civil señala que "El que fue delegado por alguno de quien creía ser deudor y no lo era, no está obligado al acreedor; y si paga en el concepto de ser verdadera la deuda, se halla para con el delegante en el mismo caso que si la deuda hubiera sido verdadera, quedando a salvo su derecho al delegante, para la restitución de lo indebidamente pagado.

DELEGACIÓN IMPERFECTA;

Es aquella en la que el acreedor no consiente en dejar libre al primitivo deudor, de tal manera que la antigua obligación no se extingue; en otras palabras, el acreedor tiene frente a sí dos obligados. En este caso la nueva obligación, que asume el delegado, viene a agregarse a la obligación del primitivo deudor, la cual continúa subsistente; según la terminología del derecho romano, sería in caso de ***adspromisissio***.

La delegación imperfecta, como hemos dicho, deja subsistente la obligación del deudor primitivo o delegante, con todos sus accesorios El delegatario en consecuencia, conserva siempre el derecho de exigirle a él directamente el cumplimiento de la obligación.

El Art. **1678** del Código Civil señala que "La sustitución de un nuevo deudor a otro no produce Novación, si el acreedor no expresa su voluntad de dar por libre al primitivo deudor .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 deduzca del tenor o espíritu del acto"

El delegado que por error se constituyó deudor del delegatario, creyéndose por sí mismo deudor del delegante, carece del derecho de repetir lo pagado o de rehusar el cumplimiento de la obligación, las razones son las mismas que se aplican a la delegación perfecta.

INTERÉS PRÁCTICO DE LA DELEGACIÓN IMPERFECTA

La delegación imperfecta tiene un interés práctico, para las partes que intervienen:

- a.** Por lo que toca al acreedor o delegatario, la delegación imperfecta pone en sus manos el medio de aumentar la seguridad de su crédito: en adelante tendrá dos deudores en lugar de uno, cada uno de ellos obligado por el total de la obligación, pero en virtud de vínculos jurídicos independientes y distintos. No hay solidaridad entre el delegante y el delegado ,pero prácticamente es como si la hubiese ,porque ambos son deudores de la misma prestación por todo y porque una vez pagada la obligación por uno de ellos ,ésta queda extinguida .Tampoco hay fianza ,porque el delegado no garantiza la obligación del delegante ,sino que se obliga por sí mismo, como deudor directo y propio de la prestación :la operación desde este punto de vista, le es mucho más favorable que la fianza ,porque ella le evita al acreedor los inconvenientes del beneficio de excusión.

- b.** Por lo que toca al Delegante ,desde el momento que la obligación primitiva continúa subsistente ,podría parecer a primera vista que la operación no tiene para él ventaja alguna ni interés práctico : él continua siendo deudor como antes, y, e Puede n consecuencia ,parecería que nada hubiese ganado con la delegación imperfecta. Sin embargo ,esta operación, presenta para él ventajas prácticas positivas:

1. facilitarle el pago, delegando éste en la persona del delegado y evitándose así los inconvenientes en el transporte de dinero, el acreedor puede, bajo este aspecto, estar dispuesto a facilitarle la realización del pago por intermedio de un tercero y hasta concederle plazos para ello, pero a condición de conservar su acción contra el primitivo deudor o delegante, el único quizá a quien conoce y de cuya solvencia está informado; la delegación imperfecta, le da el medio de conceder esas facilidades, sin sacrificar ni exponer su derecho.
2. La obligación del delegado constituye algunas veces un medio de garantía, en virtud del cual el delegante puede obtener facilidades y plazos para el pago de su obligación; el delegatario, en efecto ,puede sentirse inducido a conocer esas garantías en razón de la solvencia del deudor delegado y éste a su vez ,aceptar esas responsabilidades ,en razón de ser él deudor del delegante; el crédito que éste tenía contra aquél, se convierte aquí en un instrumento de crédito, como lo observan Colin et Capitant, por medio del cual ese crédito viene a desempeñar, en cierto modo, una función análoga a la de garantía pignorativa.

2.- A INICIATIVA DEL NUEVO DEUDOR.

Cuando el deudor se ofrece espontáneamente, esta novación se llama **EXPROMISION**. Esta clase de novación puede efectuarse con o sin el consentimiento del primer deudor.

Con la Expromisión se da la extinción de la deuda primitiva por medio de una nueva, que el tercero contrae, cualquier persona puede pagar la deuda de un tercero, libertándolo de la obligación, sin el consentimiento y aún en contra

de la voluntad del deudor "*Liberat me is qui quod debo promittit, eti*" y tomar a su cargo la obligación pendiente.

Un padre de familia que quiere libertar a su hijo de las persecuciones de un acreedor, puede obligarse, a favor de este último, y hacer una novación sin que el consentimiento de su hijo, intervenga el acto.

La Novación por **EXPROMISION** puede tener lugar aún en contra de la voluntad del deudor, puesto que ella produce la extinción de la primitiva obligación, asemejándose bajo este aspecto al pago, el cual puede ser hecho por un tercero contra la voluntad del deudor. Puede ocurrir que después, de efectuarlo, el deudor primitivo llegue a tener conocimiento de la Novación y expresamente acepta; pero su aceptación, como claramente resulta de la condición que estudiamos, no es necesaria La Novación por vía expromisión, en efecto queda perfecta e irrevocable desde el momento que el ofrecimiento del nuevo deudor haya sido aceptada por el acreedor:

Perfecta, en el sentido que no es necesaria la aceptación del primitivo deudor.

Irrevocable, en el sentido que la antigua obligación queda definitivamente extinguida, y, por consiguiente, el acreedor y el nuevo deudor no podrían por sí solos dejar sin efecto la Novación y hacer renacer por si solos la primitiva obligación.

Se requiere que el acreedor declare expresamente que desobliga al deudor precedente. Esta condición se justifica teniendo en cuenta que si ello no existiese, la antigua obligación quedaría intacta, y, por consiguiente, a falta de elemento nuevo, no podría haber Novación; la obligación del nuevo deudor se agregaría entonces a del antiguo deudor, desempeñando una función de garantía, pero sin la; para emplear la terminología Romana, podría decirse que el nuevo deudor sería en este caso un *adspromissor*, pero no en un *expromisor*.

La Expromisión, por lo demás queda perfecta desde el momento que concurran las dos condiciones que acabamos de estudiar: ofrecimiento espontáneo del nuevo deudor y declaración del acreedor de desobligar al antiguo, lo cual implica su aceptación del ofrecimiento hecho por aquel. Desde ese momento, la novación es irrevocable y la antigua obligación queda definitivamente extinguida, de tal manera que el acreedor y el nuevo deudor no podrían dejar por si solos dejar sin efecto la Novación y hacer renacer la antigua obligación, ni aún en la hipótesis que el antiguo deudor no hubiese declarado que la acepta, pues su aceptación no es necesaria.

En resumen para que haya novación por cambio de deudor, es requisito indispensable que el primitivo deudor quede libre del vínculo que le sujetaba y de la carga que sobre él pesaba, esto es que se extinga la primitiva obligación.

INSOLVENCIA DEL DEUDOR SUSTITUIDO

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

En el Derecho Romano era un principio absoluto que la insolvencia de deudor substituido era soportada por el acreedor en todos los casos y, en consecuencia, éste no tenía jamás el derecho de volverse contra el antiguo deudor. En el Código Civil Francés, respondiendo a las ideas del antiguo derecho acuerda al acreedor el derecho de volver contra el deudor primitivo, en el caso de delegación perfecta; pero nada establece para el caso de Expromisión.

DISTINCIÓN ENTRE LA INSOLVENCIA POSTERIOR Y LA ANTERIOR A LA NOVACIÓN:

Insolvencia Posterior a la Novación; Al aceptar el cambio de deudor y desligar de su obligación al deudor anterior, el acreedor a pesado bien todas las eventualidades y por lo tanto, debe soportar las consecuencias de sus propios actos .El deudor por otra parte, ha quedado completamente extraño a la nueva obligación, y, por consiguiente, ninguna acción podría ejercerse en contra de él.

INSOLVENCIA DEL DEUDOR SUBSTITUIDO ANTERIOR A LA NOVACIÓN;

El principio general cede en este caso y la ley acuerda al acreedor el derecho de reclamar del primitivo deudor el pago de la obligación. Es necesario para que este derecho exista, que el acreedor haya ignorado el estado de insolvencia del deudor substituido: la ley no lo dice expresamente, pero si se demuestra que el acreedor conocía el estado de insolvencia del deudor substituido: y a pesar de ella ha consentido la Novación, el debe soportar las consecuencias de sus propios acto. En determinadas circunstancias se le concede al acreedor el derecho ha reclamar contra el primitivo deudor este derecho se da en el caso en el que el acreedor ha sufrido un error :este error es justo tenerlo en cuenta, por que el acreedor ,al aceptar la sustitución de un deudor por otro, no ha obrado con fines de especulación, sino con el propósito de facilitarle al deudor el pago de su obligación y, por consiguiente, es lógico pensar que al desprenderte de su antiguo crédito ,lo hizo bajo la condición que el crédito contra el nuevo deudor, fuera un crédito real y no meramente ilusorio ,como lo sería si éste se encontrase ya en un estado de insolvencia declarada

En nuestra legislación Ecuatoriana después de que el acreedor que ha consentido en cambio del deudor, no puede rescindir el negocio y volver la cosa al estado anterior, así lo establece el Art. 1680 del Código Civil que dice:

“El acreedor que ha dado por libre al deudor primitivo no tiene después acción en contra de él, aunque el nuevo deudor caiga en insolvencia; a menos

que el contrato de novación se haya reservado este caso expresamente, o que la insolvencia haya sido anterior, y pública o conocida del deudor primitivo".

LA NOVACION OBJETIVA

CONCEPTO DE NOVACION OBJETIVA.

Según **GUILLERMO BORDA** "La Novación es Objetiva cuando lo que se cambia es la prestación, como ocurre cuando se sustituye la obligación de dar una suma de dinero por la de entregar una cosa, o la obligación de prestar un servicio por la de dar una suma de dinero"

ARTURO VALENCIA ZEA, señala que "La novación objetiva se da cuando el deudor contrae con su acreedor una nueva deuda que sustituye a la antigua que queda extinguida. Se dice entonces que hay novación por cambio de obligación".

La Novación Objetiva, como su propio nombre lo indica es aquella que se relaciona con los elementos objetivos de la obligación; es necesario que el cambio recaiga sobre algunos de los elementos esenciales y no sobre estipulaciones accesorias o secundarias de la obligación.

La prestación en sí misma, puede experimentar dos cambios sustanciales que dan nacimiento a una obligación nueva y éstos son:

- Cambio de la causa o fundamento
- Cambio del objeto de la obligación

CAMBIOS DE CAUSA O FUNDAMENTO:

RIPERT Y BOULANGER señalan que "La Novación por cambio de causa, se da cuando el deudor se obliga con el acreedor, pero por una razón distinta de la que justificaba la obligación primitiva .Al ser la causa un elemento esencial de la obligación, el cambio de ese elemento equivale a una 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.

Ejemplos de la novación por cambio de causa.

- a. **Una deuda de dinero cualquiera puede convertirse en deuda de mutuo.** Si he comprado una casa y quedo debiendo parte del precio, posteriormente puedo convenir con el acreedor en retener la suma de dinero en calidad de préstamo. En este caso ha habido novación; ahora que debo una suma de dinero, no como parte del precio sino proveniente de un mutuo ya el primitivo vendedor, se convierte en simple acreedor. La importancia radica en que al extinguirse la obligación emanada de la compraventa de pagar el precio, se extingue todos los derechos accesorios que tenía como vendedor, al igual que no procede la acción resolutoria, |que opera cuando el contrato de compraventa no se cumple.
- b. **En la práctica comercial,** se dan importantes casos de novación por cambio de causa. Así, el arrendatario que debe varios precios del arriendo, puede convenir con el arrendador en que le debe esa deuda como préstamo. Entonces se opera una novación por el cambio de causas de las varias obligaciones, las que se extinguen dando nacimiento a una

sola obligación nueva con cambio de causa. Esta novación produce ventajas para ambas partes: en primer lugar, el arrendador no podrá extinguir el contrato de arrendamiento por falta de pago en los precios, por cuanto convino en transformarlos en una sola obligación; y en segundo término, el arrendador podrá devengar intereses convencionales o legales de la nueva obligación, los que no podía percibir de los precios aislados. Más no hay novación cuando el arrendador conviene en recibir a cuenta de los precios del arriendo nóminas por sueldo o servicio porque los recibe para afianzarse en el pago, no para constituir una obligación nueva.

LA NOVACION OBJETIVA POR CAMBIO DE OBJETO DE LA PRESTACIÓN

Según JORGE JOAQUIN LLAMBIAS “Hay Novación por cambio de Objeto, cuando la segunda obligación altera esencialmente la prestación primitiva o introduce en el modo de satisfacerla un cambio de trascendencia o alteración de importancia”

En tal sentido hay Novación cuando se sustituye una deuda de dinero por una obligación relativa a una cosa mueble o inmueble; o bien se cambia una obligación de hacer por otra referente a la satisfacción de una suma de dinero; o se remplaza una deuda de capital por una renta vitalicia. De igual manera cuando una obligación pura y simple se transforma en una alternativa, o cuando una obligación simplemente mancomunada se convierte en solidaria o la inversa .Es incuestionable la sensible transformación en el vínculo que se opera en estos casos.

La Novación por cambio de Objeto se realiza cuando el acreedor conviene en recibir en reemplazo de un objeto, otro de naturaleza diferente, como cuando el acreedor de tantas cabezas de ganado conviene en recibir una

suma de dinero. Pero no hay novación cuando el acreedor conviene en recibir una suma de dinero en moneda distinta.

CAMBIOS QUE PRODUCEN LA NOVACION

Los cambios que producen la novación son los siguientes:

- a.** Los relacionados con el objeto principal de la obligación.
- b.** Los relacionados con el cambio de causa de ella.
- c.** La agregación o supresión de una condición.
- d.** El transporte de valores a una cuenta mercantil.
- e.** La transformación de una obligación civil en comercial o viceversa.

a.- CAMBIOS RELACIONADOS CON EL OBJETO PRINCIPAL

Para que el cambio de objeto, de lugar a la existencia de novación, es indispensable que ese cambio recaiga sobre lo que constituye el objeto principal de la obligación. Ejemplo si una obligación de pagar una suma de dinero se convierte en la de entregar una cosa mueble o inmueble, si una obligación de hacer es sustituida por una obligación de pagar una suma de dinero.

b.- CAMBIOS DE CAUSA

Se da cuando, la causa de la obligación es la que cambia, tomando a esta palabra desde el sentido de fuente o hecho generador. Ejemplo la conversión de un depósito en préstamo o viceversa o la conversión en compraventa de la obligación de entregar una cosa a título de permuta.,o

cuando se conviene que la suma percibida por el mandatario continúe en poder de éste como préstamo.

c.- AGREGACIÓN O SUPRESIÓN DE UNA CONDICIÓN

La agregación u supresión de una condición es una modificación que también altera sustancialmente la obligación, y que, en consecuencia implica la transformación de la primitiva obligación: no es lo mismo deber pura y simplemente una cosa que deberla bajo condición.

d.- TRANSPORTE DE VALORES EN CUENTA CORRIENTE

El transporte de valores en cuenta corriente mercantil, produce novación de la obligación, salvo reserva expresa en contrario de parte de los interesados. La novación tiene aquí de particular, que en vez de extinguir la voluntad expresa o tácita de realizarla, ella se produce de pleno derecho, exigiéndose, para que no tenga lugar, la manifestación expresa de no querer realizarla; la voluntad de novar es siempre indispensable pero ella se presume por ley, salvo reserva expresa en contrario.

e.- TRANSFORMACIÓN DE UNA OBLIGACIÓN CIVIL EN COMERCIAL Y VICEVERSA

La transformación de una obligación civil en comercial y viceversa, tiene dos consecuencias prácticas que son las siguientes:

- 1.** Comporta un cambio de jurisdicción
- 2.** Somete la obligación a una prescripción diferente.

En estas condiciones expresamente, bajo el último aspecto, al existir realmente una modificación en los elementos sustanciales de la primitiva

obligación y como consecuencia, debe admitirse la existencia de la novación. En la jurisprudencia nuestra, en el único caso que conocemos había cambio de deudor y en estas condiciones la existencia de la novación era indiscutible por esta causa.

LOS CAMBIOS QUE NO PRODUCEN NOVACION

Como sabemos la esencia de la Novación es el cambio, de una obligación por otra, pero existen cambios que no provocan Novación .De allí que se vuelve imposible que se produzca Novación cuando, lo que varía son los elementos accesorios de la obligación y no la obligación principal.

Según la legislación Ecuatoriana entre los cambios que no producen novación tenemos:

1. La transformación, extinción y creación de modalidades de una obligación, no implica la extinción de una obligación primitiva y el nacimiento de una nueva obligación, es decir no produce novación conforme lo establecen los artículos del Código Civil que dicen:

Art. 1692 "La mera ampliación del plazo de una deuda no constituye novación; pero pone fin a la responsabilidad de los fiadores y extingue las prendas e hipotecas constituidas sobre otros bienes que los del deudor; salvo que los fiadores o los dueños de la cosas empeñadas o hipotecadas accedan expresamente a la ampliación".

Art. 1693 "La mera reducción del plazo tampoco constituye novación; pero no podrá reconvenirse a los deudores solidarios o subsidiarios, sino cuando expire el plazo primitivamente estipulado".

Art. 1691 "La simple mutación del lugar para el pago dejará subsistentes los privilegios, pendas e hipotecas de la obligación, y la responsabilidad de los codeudores solidarios y subsidiarios, pero sin nuevo gravamen".

Art. 1676 "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".

2. La supresión, el establecimiento o la transformación de las garantías de una obligación, tampoco produce novación.

- a.** El acreedor puede libertar al fiador, o cancelar una prenda o hipoteca, sin que ello implique novación.
- b.** Tampoco produce novación, la adjunción de garantías a la obligación como cuando el acreedor exige una fianza o hipoteca en garantía de que será pagada.
- c.** A ***fortiori***, el cambio de una garantía por otra, como cuando se exige una hipoteca en vez de fianza.

3. La estipulación de cláusulas accesorias, una vez constituida la obligación o su extinción, tampoco constituye novación.

- a.** Si la obligación no devengaba intereses y el deudor conviene en pagarlos, ésta circunstancia no engendra, novación, y lo

mismo ocurre si la obligación devengaba intereses legales y se cambia por intereses convencionales.

- b. Tampoco hay novación, cuando devengando intereses la obligación primitiva, el acreedor resuelve que de determinado momento en adelante no lo produzca.
- c. La estipulación de una cláusula penal, o la supresión de la existente o su modificación tampoco produce novación. Pero la cláusula es que se aumentó la deuda primitiva en caso de incumplimiento, no queda cobijada, con los privilegios, fianza, prenda o hipotecas que garantiza la obligación originaria así lo establecen los artículos siguientes del Código Civil Ecuatoriano:

Art. 1690 del Código Civil que establece: "Si la nueva obligación se limita a imponer una pena para el caso de no cumplirse la primera, y son exigibles juntamente la primera obligación y la pena, los privilegios, fianzas, prendas e hipotecas subsistirán hasta el valor de la deuda principal, sin la pena. Más si en el caso de infracción es solamente exigible la pena, se entenderá novación desde que el acreedor exige solo la pena, y quedarán por el mismo hecho extinguidos los privilegios, prendas o hipotecas; de la obligación primitiva, y exonerados los que solidaria o subsidiariamente accedieron a la obligación primitiva, y no a la estipulación penal".

Art. 1689 del Código Civil dice: "Cuando la segunda obligación consiste simplemente en añadir o quitar una especie, género o cantidad a la primera, los codeudores

subsidiarios y solidarios podrán ser obligados hasta aquello en que ambas obligaciones convienen".

4.- La reducción del monto de una deuda en virtud de diversos abonos efectuados por el deudor, tampoco constituye novación; por el mismo motivo, no es novación el hecho de que el acreedor faculte al deudor para pagar en varias cuotas la deuda que debía cancelarse en un solo pago.

5.- El hecho de hacer constar en un escrito una obligación, o de hacer constar en un documento privado en escritura pública, no constituye novación. Pero estos hechos constituyen un acto de reconocimiento de la deuda, que produce como resultado la interrupción de la prescripción.

6.- Pago Con Documentos; no hay Novación por cambio de causa, si la segunda obligación se constituye para facilitar el cumplimiento de la obligación originaria. En esa hipótesis no se modifica la causa del deber y, consiguientemente ,aquella obligación subsiste :por ejemplo una compra a plazos de un televisor ,y el comprador que es deudor del precio paga con documentos ,es decir, entrega al vendedor una serie de pagares ,generalmente a la orden de vencimiento escalonado ,la recepción de los documentos representa para el vendedor una facilidad de cobro ,porque si no son levantados ,podrá demandar su pago entablando un juicio ejecutivo de trámite rápido ,y así mismo una facilidad de negociación por endoso pero no implica la extinción de una antigua obligación y la creación de una nueva.

IMPOSIBILIDAD DE LA NOVACION POR EL CAMBIO DE ELEMENTOS ACCESORIOS

Según **Raymundo Salvat** "la novación es el cambio que recae sobre alguno de los elementos esenciales, si por el contrario, el cambio recae sobre los elementos de carácter accesorios ,que no afecten ni modifica sustancialmente el vínculo jurídico, la obligación no se extinguirá"

Por lo tanto para que haya novación no basta que la diferencia verse sobre los elementos accesorios de la obligación, sino que el cambio debe versar sobre las cosas esenciales ***Quod ad rei esentiam non pertinet***, son meros accidentes aquellos que pueden faltar en la obligación ,sin que por eso se modifique su naturaleza o se altere su esencia .Y mientras la omisión de los elementos accidentales, si bien puede acarrear una modificación no antera su sustancia ,ni su naturaleza, entre estos elementos accesorios tenemos :la modificación o alteración del plazo, la referente al lugar de pago ,los que atañen a un modo de cumplimiento ,la relativa al monto de la obligación ,las agregación o supresión de un cargo que no tenga carácter de condiciones resolutoria ,los agregados de fianzas o garantías reales, la modificación de intereses .el cambio de un título de la deuda cuando se otorga un documento que tiene la fuerza ejecutiva, cuando el anterior no lo tenía ,o cuando se documente una deuda civil con papeles comerciales, o cuando se da un cheque en pago de una deuda ,o cuando se modifica la forma de la prueba de la obligación, como si la obligación constare por escritura privada ,se reduce a escritura publica o si se dan las garantías para asegurar el cumplimiento de la obligación.

Es decir si la obligación varía sus elementos accesorios o secundarios que no dicen relación con la estructura íntima de la obligación y no modificación substancial de ella sino modificaciones de detalles que no alteran en el fondo de la obligación en consecuencia no se opera la novación.

CAPITULO III

CONDICIONES NECESARIA PARA QUE SE DE LA NOVACION

Para que la Novación tenga lugar se requiere el concurso de cuatro condiciones:

- Existencia de una obligación anterior.
- Creación de una obligación nueva.
- Capacidad para novar.
- Animus Novandi.

3 .1 EXISTENCIA DE UNA OBLIGACIÓN ANTERIOR

Según el código civil en el Art. 1671 "La novación es la sustitución de una nueva obligación a otra anterior la cual queda por lo tanto extinguida."

La novación como hemos dicho precedentemente, es la transformación o substitución de una obligación por otra; ella no puede existir, si no que exista esa primera obligación, destinada transformarse en otra o a ser sustituida por una nueva, o podemos hablar de novación pero esta primitiva obligación debe reunir ciertos requisitos.

De tal manera si no existiera un vínculo jurídico anterior, la novación carecería de objeto. A esta primera obligación, cuya existencia es necesaria

para que haya novación la ley la llama obligación primitiva o antigua para distinguirla de la nueva obligación

3.1.1 VALIDEZ DE LA OBLIGACIÓN ANTERIOR

Según el Art. **1673**"Para que sea valida la novación es necesario que tanto la obligación primitiva como e] contrato de novación sean validos, a lo menos naturalmente"

La novación supone siempre una obligación anterior que le sirve de causa, pues, no por carecer de acción deja de ser obligación; solo las surgidas de una deuda de juego no puede ser objeto de novación .De aquí se desprende que para que haya novación es menester que exista un vínculo destinado a extinguirse poco importa que la obligación sea civil o natural.

Según **GUILLERMO BORDA**" La novación supone siempre una obligación anterior que le sirve de causa .Puede tratarse inclusive de una obligación natural pues no por carecer de acción deja de ser obligación"

Según el Art. **1673**"Para que sea valida la novación es necesario que tanto la obligación primitiva como e] contrato de novación sean validos, o al menos naturalmente'

OBLIGACIONES NATURALES, las obligaciones naturales, pueden servir de base a la creación de una obligación exigible, es decir, ser materia de novación exceptuándose aquellos procedentes de juegos prohibidos. Como hemos visto, las obligaciones naturales pueden ser transformadas era obligaciones civiles por medio de la novación. Por excepción, no pueden ser materia de novación las obligaciones naturales procedentes de juegos prohibidos. En otros términos, una obligación valida, o al menos naturalmente produce efectos jurídicos, y su pago es un pago debido; una obligación que no

vale, o al menos naturalmente, no produce ningún efecto jurídico y su pago es un pago indebido. En el primer caso cabe la Novación en el segundo no.

3.1.2 EFECTIVIDAD DE LA OBLIGACIÓN

Una obligación que resulta inefectiva tampoco da base a la novación. Es lo que ocurre cuando se trata de obligaciones condicionales que se frustran por el fracaso de la condición suspensiva a que estaba supeditada, o por el cumplimiento de la condición resolutoria.

Es por ello que no se puede extinguir una obligación que no existe; y si no hay obligación primera, no podría haber cuestión de substituirle una nueva porque en la novación la nueva obligación no tiene otra causa que la extinción de la obligación primitiva; si no hubiera una primera obligación, la nueva sería sin causa, por lo tanto inexistente. No habría nada, ni primera obligación ni novación. El principio es de evidencia. Nada puede extinguirse si no ha comenzado por existir. Por lo tanto para que pueda funcionar la novación es indispensable que exista una o obligación anterior .Falla la causa de la novación, no sólo cuando nunca ha habido obligación, sino cuando la obligación es inválida o resulta inefectiva.

OBLIGACIONES CONDICIONALES

Según el Jurista **Arturo Alexandri**: "No habrá novación mientras la condición esté pendiente en virtud del principio general que rige las condiciones. Cumplida la condición ,entonces si se produce ,la novación sus efectos ,porque hay una primitiva obligación que se la supone haber existido desde que se contrajo .Pero si la condición falla ,no hay novación ,ni puede haberla ,porque en tal caso ,en virtud del principio de la retroactividad de las condiciones ,se supone que la primitiva obligación ,no ha existido nunca" .Nada obsta, sin embargo ,a que las partes puedan convenir en que la nueva obligación sexista ,aún cuando la primitiva desaparezca por fallar la condición .

Según el código civil en su Art. 1676 "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 está 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 si las partes al celebrar el contrato, conviene en que el primero quede desde luego abolido, sin aguardar el cumplimiento de la condición pendiente, se estará a la voluntad de las partes

Condición Suspensiva

Esta disposición se refiere claramente a una obligación bajo condición suspensiva que se nava en otra pura y simple si luego resulta que no acaece la condición suspensiva sería invalida la novación hecha en base a ella .En otras palabras ,la falta de condición suspensiva provoca la ineficacia de la obligación primitiva y de la segunda obligación que en base a ella se acordó .Pero esta solución es viable sólo en la hipótesis de que el negocio de la novación se haya llevado a cabo en la inteligencia de que la condición debía cumplirse no hay inconveniente ,en efecto ,en que las partes hagan un convenio aleatorio que suponga la sustitución de una obligación condicional por otra pura y simple .Así ejemplo si se adeuda condicionalmente una cosa que vale 1000 dólares no hay obstáculo en que esa obligación se transforme en otra pura y simple en que se prometa una cosa que vale 500 dólares las partes han tenido en cuenta el alea y han sacrificado parte de sus eventuales ganancias para asegurarse el resto, todo lo cual es perfectamente lícito.

CONDICIÓN EXTINTIVA O RESOLUTORIA

Es obvio que la obligación no podrían novarse cuando ya se ha operada la condición, porque entonces no existiría obligación pendiente .En la novación, la obligación se extingue desde que ha sido novada, por lo cual no se presenta ya el problema del cumplimiento de la condición.

Si la Condición Suspensiva de la Primera obligación no llegara a verificarse, o la condición resolutoria se cumpliese, provocaría la desaparición de dicho nexo, con lo cual caería también la novación, por faltarle ya uno de los presupuestos necesarios, de validez, toda novación requiere esencialmente dos obligaciones, el segundo vínculo quedaría desprovisto, tal asidero jurídico .Como se advierte el destino de la novación queda librada a una circunstancia por demás contingente ,la realización o no del hecho condicional Las partes pueden sin embargo dejar de lado esta regla y efectuar la novación, sustituyendo en forma definitiva una obligación condicional por una pura y simple la voluntad de los interesados y pueden convenirlas aceptar una prestación cierta de menor valor, por una incierta de mayor cantidad. una cuestión de hecho, que debe resolverse en cada caso por aplicación de los principios generales sobre interpretación de los negocios jurídicos .La condición no impide la existencia de ellas ,desde el momento que han sido contraídas la obligación ,mejor dicho ,los derechos y obligaciones emergentes del acto que le han dado nacimiento ,están expuestos a desaparecer ,pero mientras la condición suspensiva no falte o la condición resolutoria no se produzca, esos derechos y obligaciones tienen una plena existencia.

Partiendo de esta base ,es indudable que una obligación condicional, puede servir de causa de una novación ,en cuya virtud aquella suerte de la novación queda librada las contingencias de la condición que afecta la obligación anterior .Si la condición suspensiva falta ,esa condición se juzgara como si nunca hubiese existido ,y, en consecuencia la novación no podrá subsistir por faltar la obligación anterior ,la ley se refiere a la condición suspensiva ,pero el mismo principio se aplicara en el caso de una condición resolutoria

NULIDAD DE LA OBLIGACIÓN ANTERIOR

La obligación antigua debe subsistir para que la novación tenga causa; pero puede darse el caso de que la antigua obligación sea nula o ineficaz y aun no estar protegida por acción alguna como las obligaciones naturales.

Así lo señala Girad "no puede extinguirse la nada" Si ella se encontrase ya extinguida o fuese radicalmente nula la novación no puede operarse. Una obligación nula que por serlo no produce efecto ***quod nullum est nullum producit effectum***. La antigua obligación debe ser valida, porque si la primitiva obligación no es valida siquiera relativamente, tampoco es valida la novación. Una obligación nula ,incapaz de producir efecto, aun como obligación natural no puede servir para una novación ,porque la novación es equivalente al pago y el pago es nulo cuando no tenía por fundamento ,ni aún una obligación puramente natural.

Se refiere, sin duda, a las que adolecen de nulidad absoluta, que no son confirmables: pero si la obligación anterior estuviera viciada de nulidad simplemente relativa, es claro que la novación hecha después de cesar el vicio que invalidaba el acto y por quien tenga interés en la nulidad, tiene efectos confirmatorio la novación es, por consiguiente válida.

Nulidad Absoluta Si la obligación anterior fuese nula, o se hallaba ya extinguida el día que la posterior fue contraída no habrá novación.

Obligación anterior nula ,por ejemplo si se trata de una obligación contraída para un objeto prohibido por la ley ;si se trata de una obligación que debe constar en una forma exclusivamente ordenada por la ley y ésta no ha sido observada, no hay novación.

Obligación anterior ya extinguida, por ejemplo; en el caso de haberse pagado o por haber perecido sin culpa del deudor la cosa objeto de la obligación: etc. La ley habla de obligaciones nulas por oposición según la nota del codificador, a obligaciones anulables, las cuales serían susceptibles de novación.

La Nulidad Relativa, el acto viciado puede subsanarse y como tal es capaz de alcanzar plena existencia jurídica por medio de la confirmación, .En los casos de nulidad o extinción de la obligación precedente no hay novación. Tampoco se opera en el caso de insubstancialidad de aquella .La obligación nula de nulidad relativa contraída por persona que tiene suficiente juicio y discernimiento, vale como obligación natural.

El problema de la confirmación. de los actos jurídicos afectados en su existencia por un vicio se plantea ,en nuestra opinión ,según la naturaleza de este y no por la forma como se presenta .Si no es susceptible de purgarse, por la índole del interés que lesiona nos hallamos frente a un caso de nulidad absoluta poco importa .a ese efecto ,que el vicio invalidante aparezca en forma ostensible ,ya que ambos supuestos es igualmente insanable; el acto carece de toda eficacia jurídica y no puede repararse con ningún procedimiento.

3.2 CREACION DE UNA NUEVA OBLIGACION

Según el jurista **Barros Errazuriz**, el contrato de novación tiene por objeto la creación de una nueva obligación, que viene a sustituir a la antigua, y si el acreedor consiente en la novación lo hace porque en virtud de ello se le satisface con una nueva obligación, y de ninguna manera porque él renuncie gratuitamente a su derecho"

La novación extingue una obligación mediante el nacimiento de otra en su reemplazo y están ligadas de tal manera, esas dos ideas que si no nace, la nueva obligación la novación no tiene lugar y consiguientemente, subsiste la primitiva obligación.

Así como el deudor no contrae la nueva obligación sino bajo la condición de que se libere o se desligue de la antigua, el acreedor no consiente de desprenderse de su derecho de crédito para remplazarlo por otro, sino en el entendido que se de, otro derecho en su lugar .Por eso, es de absoluta necesidad que venga una nueva obligación a remplazar a la antigua, aparte de que, la novación supone el nacimiento de una nueva obligación que viene a ocupar el lugar de la primitiva. Pero si el acreedor se satisface en su crédito en cualquier otra forma que no sea el nacimiento de a nueva obligación, habrá otra cualquier institución, pero en ningún caso habrá novación.

VALIDEZ DE LA NUEVA OBLIGACIÓN

La nueva obligación debe ser valida y como en el caso anterior, poco importa que la nueva obligación que viene a remplazar a la antigua, sea civil o natural ambas especies de obligaciones puede servir para novar una obligación.

Según el Art. **1673**"Para que sea valida la novación es necesario que tanto la obligación primitiva como el contrato de novación sean validos, o al menos naturalmente"

INEFFECTIVIDAD DE LA NUEVA OBLIGACION

Guillermo Borda "Simultáneamente con la extinción de la obligación anterior, debe nacer una nueva obligación valida"

Si la nueva obligación no es efectiva no hay novación y la primitiva continua intacta. Así ocurre cuando la nueva obligación esta desprovista de existencia por ejemplo si su objeto ya no existiera al tiempo de la constitución, o si el acto constitutivo fuese simulado.

La obligación nueva debe ser jurídicamente existente valida y eficaz una obligación nueva nula no podría extinguir una obligación precedente y válida; si la obligación nueva fuese ineficaz e impugnable, otorgaría al acreedor, cuando fuese impugnada, el derecho de hacer valer la primera, en fuerza del injusto enriquecimiento que al deudor reportaría del negocio, que a diferencia de la remisión no es liberatorio

NUEVA OBLIGACIÓN SUJETA A CONDICIÓN

Una obligación pura puede sustituirse por otra condicional .entonces la novación misma y consiguientemente la extinción de la obligación primitiva se sujeta a condición así que ,pendiente la condición ,como quiera que no surge la obligación nueva ,no puede valer la extinción de la antigua cuyo cumplimiento tampoco podrá exigirse estando pendiente la condición.

La novación queda en suspenso, no hay novaciòn mientras este pendiente la condicional; y si la condición, llega a fallar, antes de su cumplimiento, no habrá novaciòn. Es el efecto natural de toda condición.

Según **Arturo Alexandri**: "Si la nueva obligación que remplaza a la antigua, es condicional no habrá novación mientras la condición este pendiente porque la existencia de este modo de extinguir obligaciones queda subordinado al cumplimiento de la condición y mientras la nueva no nazca, la antigua no se extingue."

Cumplida la condición, se reputa existir la nueva obligación, desde el día en que se contrajo y la anterior se habrá extinguido ,pero si la condición

falla o si antes de su cumplimiento la primitiva obligación se extingue por otro modo de extinguir obligaciones ,en tal caso no puede haber novaciòn ,y no lo habrá porque no hay una nueva obligación destinada a remplazar a la antigua, ya que la novación es la sustitución de un obligación por otra .Pero ,también, no hay inconveniente para que las partes convenga en que la antigua obligación queda abolida o extinguida sin esperar el cumplimiento de la Condición.

LA NUEVA OBLIGACIÓN PUEDE ESTAR SUJETA A CONDICIÓN SUSPENSIVA Y RESOLUTORIA

Si la nueva obligación esta subordinada a una condición suspensiva que fracasa, o a una condición resolutoria que llega a cumplirse la Segunda obligación es Nula Absoluta o Relativamente.

CONDICIÓN SUSPENSIVA, si la nueva obligación ha sido contraído bajo **condición suspensiva**; la falta de cumplimiento de ella, hace imposible la novación y debe en consecuencia en renacer la primitiva obligación .En el caso de condición suspensiva no puede reclamar el cumplimiento de ninguna de las dos obligaciones; de la anterior en virtud de la novación; de la nueva en virtud de la Condición. .A menos que el acreedor de la segunda obligación hubiera tomado sobre sí el alea .Esta solución es correlativa a la que hemos aceptado para la hipótesis e que sea condición a la primera obligación. El supuesto de cumplimiento de la condición suspensiva a que esta sujeta la segunda condición no ofrece problema pues esta queda transformada en obligación pura y simple.

CONDICIÓN RESOLUTORIA aquí, por el contrario, el acreedor puede exigir el cumplimiento de la nueva obligación, pero si después se cumple la condición, tendrá que restituir lo que en virtud de ella hubiere percibido sin perjuicio de su derecho de exigir el cumplimiento de su obligación anterior

Estos principios están sujetos a una limitación en el caso en que, la voluntad de las partes hubiese sido reemplazar definitivamente y a todo evento, la obligación anterior por la nueva. Si el acreedor ha consentido en la nueva obligación bajo condición de que accediesen a ellos los codeudores solidarios o subsidiarios y ellos no accedieron, la novación se tendrá por no hecha.

NULIDAD DE LA NUEVA OBLIGACIÓN

En el caso de la nueva obligación esté afectada de nulidad, no hay novación y la obligación anterior no queda extinguida .La nulidad puede ser absoluto o relativa.

Nulidad Absoluta .cuando la segunda obligación es nula y de nulidad absoluta, como ella es inoperante "**ab initio e inconfirmable**" no hay novación, por lo tanto, la obligación primitiva sigue subsistiendo sin alteración alguna.

Nulidad Relativa ,si la nueva obligación es nula pero de nulidad relativa, en principio la solución es la misma ,o sea ausencia de novación .Sin embargo cuando el titular de la acción de nulidad la renuncia ,ella importa la confirmación de la nueva obligación y la consiguiente subsanación del vicio que adolecía ,a partir de la misma fecha del acto constitutivo ,la suerte de la novación quedaría librada a las ulteriores que concurran ,si la parte a cuyo favor la nulidad existe y la nulidad esta quedaría en firme y consumada.

Según opinión de varios autores .que señalan, la novación se operaría no obstante la nulidad relativa de la segunda obligación. si el acreedor de esta obligación anulable ha tomado sobre si el alea de que el deudor demande o no la nulidad.

GUILLERMO BORDA, no está a favor de este criterio ya que manifiesta "el deudor de la nueva obligación no adquiriría realmente una obligación, sino que dependería de su libre arbitrio cumplirlo o no".

La situación es análoga en lo que se presenta en la condición potestativa que como es sabido anula la condición

ELEMENTO NUEVO ALIQUID NOVI

En el derecho romano para que la novación surta efecto debiera contener un elemento nuevo que la diferenciara de la anterior. Ese elemento nuevo podía radicar en el cambio de la naturaleza de la obligación o en la adicción o supresión de una modalidad.

Es necesario para que la novación sea válida, que este acto contenga alguna cosa diferente de la que se ha contratado por la primera obligación; ya sea en la calidad de la obligación como si la primera fuera determinada, y la segunda alternativa o viceversa ya sea en los accidentes accesorios de la obligación como lo hace al tiempo a al lugar del pago.

También es una diferencia suficiente el que si la primera obligación hubiese sido contratado bajo hipoteca de mis bienes, el que por la nueva me comprometo sin caución y sin hipoteca . Si el compromiso hecho sin la intervención de otra nueva persona no contiene nada diferente de la primera, es evidente que este nuevo compromiso ha sido inútilmente contratado.

Cuando la novación se hace con la intervención de un nuevo deudor, la diferencia de acreedor o de deudor es una diferencia suficiente para hacer útil la novación y sin que sea necesaria otra intervención.

Para que haya novación no basta simplemente una obligación anterior destinada a extinguirse y el nacimiento de una nueva que la reemplace

sustancial, por que la palabra novación, según su etimología significa cambiar algo, distinto de lo que ya había .Si es idéntica con ella, no hay novación, sino que habrá sencillamente una confirmación o el reconocimiento de la primera obligación pero en ningún caso una obligación distinta.

3.3 CAPACIDAD PARA NOVAR

Toda novación se descompone en una doble operación: extinción de una obligación anterior, creación de una obligación nueva. En el derecho romano había consagrado rasgos diferentes, según se trate de considerar la capacidad del acreedor o del deudor predominando con ciertas restricciones.

Esa idea que la capacidad necesaria era a de recibir o de efectuar un pago, este mismo sistema predomina en la antigua legislación española y era enseñada por **Pothier** en el antiguo derecho Francés. Según el código civil Francés en el Art. 1272 "la novaciòn no puede operarse sino entre personas capaces ", Para que se de la novaciòn deben ser capaces de contratar; esta disposición ha sido interpretada, en lo que concierne al acreedor en la capacidad de renunciar a la antigua obligación y a las seguridades anexas a ella, porque la novación implica de su parte su renuncia a exigir el cumplimiento de la antigua obligación y el deudor a obligarse a un nuevo crédito.

La capacidad de contratar esta inmersa en la capacidad para cobrar y para pagar.

Lo que la ley requiere es la aptitud necesaria para celebrar contratos, pues es preciso como dice **Josserand** "que el acreedor tenga la capacidad de disponer del crédito primitivo y renunciar a él y que el deudor sea capaz de obligarse a una nueva obligación ".

La novación, solo puede realizarse entre personas capaces de contratar .La novación produce extinción y creación de obligaciones. Es necesario, por lo

tanto, que el acreedor sea capaz de disponer del crédito y el deudor la capacidad de obligarse Si no tiene esta capacidad, el acto no será válido, a no ser que hayan sido habilitados conforme a la ley .La capacidad que se exige para realizar la novación es la que se exige para la validez de cualquier acto jurídico.

A decir de Gasperi "la novación es un contrato por el cual el acreedor en vez de la prestación prometida, y en sustitución de ella recibe otra promesa de pagar, y el deudor a cambio de su liberación contrae una obligación nueva que sustituye a la extinguida, obvio es que para la primera se requiere la capacidad para de poner y para el segundo la capacidad de pagar"

La novación implica un acto de disposición y una renuncia, que requieren la capacidad para enajenar y para renunciar a la obligación preexistente .Además cuando la novación afecta a terceros.

La novación es un contrato entre las partes en que el acreedor dispone de su primer crédito y que el deudor contrae una nueva obligación, por lo tanto se requiere para el contrato de novación las mismas condiciones generales de capacidad que la ley exige para contratar.

Como señala en su en el primer inciso el **Art.1488**. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario "... que sea legalmente capaz..."

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.

Art. 1489 "Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces."

La novación es un acto jurídico, tiene que emanar de personas capaces. Si la novación es un contrato por el cual un acreedor, en vez de la prestación prometida y en substitución de ella recibe otra promesa de pagar y el deudor, y el deudor a cambio de su liberación contrae una obligación nueva que sustituye a la extinguida, obvio es que para el primero se requiere la capacidad de disponer y para el segundo la capacidad para obligarse.

LA NOVACIÓN CONSENTIDA POR UN INCAPAZ

La novación consentida por un incapaz, es un acto nulo sea que la incapacidad afecte al acreedor o al deudor, originarios; porque la sanción se da para salvaguardar un interés particular, como es el del incapaz. Por ello sólo éste tiene acción para pedir la nulidad y no la parte capaz. La ineficacia de la novación nula nunca queda neutralizada por el juego de la compensación, como puede verse un pago nulo por falta de capacidad. Aunque el deudor haya pagado la segunda obligación, ello no le impide alegar la nulidad de ésta y la consiguiente carencia de causa del pago efectuado para recuperar lo pagado en esas condiciones.

Es claro que declarada la nulidad el incapaz quedara sujeto a la primitiva obligación que no habría resultado extinguida

En el **Art. 1490** del código civil Ecuatoriano que dice "Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.

Sus actos no surten ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas

circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes .Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley a impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.

NOVACION POR UN MANDATARIO

La novación puede verificarse mediante mandatarios, los que están habilitados para novar, solo si tienen poder especial, administran libremente negocios del comitente, o sea tienen poder general de administración.

En el código civil ecuatoriano en su **Art. 1672** "El procurador o mandatario no puede novar si no tiene especial facultad para ello, o no tiene libre administración de los negocios del comitente o del negocio del comitente o del negocio a que pertenece a la deuda."

Es por eso la novación, lo mismo que la casi totalidad de los actos jurídicos puede ser realizada por intermedio de un representante, sea éste necesario, sea voluntario.

Art. 1491 del Código Civil Ecuatoriano señala "lo que una persona ejecuta a nombre de otro, estando facultado por ella o por la ley para la, surte para el representado, iguales efectos que si hubiese contratado el mismo" La razón de la ley está en la gravedad del acto de novación, el cual sale de categoría de los actos ordinarios de gestión y debía exigir, por consiguiente poderes especiales.

Pero debe observarse que el principio enunciado se aplica únicamente cuando se trate de obligaciones ya existentes al tiempo del mandato, es decir anteriores a él .Cuando, por el contrario, se trata de obligaciones contraídas por

el propio mandatario en desempeño del mandato, la novación puede hacerse sin necesidad de poderes especiales disposiciones mencionadas, por otra parte se aplica a los representantes necesarios como a los voluntarios.

Para novar como mandatario de otra persona, se requiere poderes especiales; pero esta regla se aplican se aplica sólo a la hipótesis de tratarse de una obligación anterior no concluida por el mandatario .En cambio, si éste en ejercicio de su mandato. Cuando la novación es efectuada por cuenta ajena, quien en la consiente ungido de poder especial para ese objeto .Tanto representante del acreedor como del deudor, no puede hacer novación de la obligación sino pudiese poderes especiales.

3.4 .ANIMUS NOVANDI

La novación en el derecho romano era estrictamente formalista la novación se lo llevaba a cabo por medio de la estipulación, lo que suponía el empleo de formulas sacramentales, la voluntad de novar estaba *in re ipsa*, razón por la cual no se hacia mención específica de ella. El uso de las formulas relevaba al juez romano de la tarea de investigar la intención de los contratantes.

Bastaba que en la fórmula de la nueva obligación se agregase algo nuevo ,para que se diese por extinguida la precedente *stipulatio* porque de hecho era inconcebible y por derecho ineficaz ,la pura repetición de una estipulación existente, conforme con la regla: *Qui bis idem promittit, ipso jure amplius quam semel non tenetur* . De tal manera que en el derecho romano la novación solo realizaba con un estricto formalismo ,de tal manera que una vez empleada la formula correspondiente la novación existía , aunque las partes no hubiesen pensado en ellas en el sentido inverso no podía haber

novaciòn cuando la formula no se hubiese empleado ,aunque las partes hubiesen tenido la intención de verificarlo .En el ultimo estado del derecho Romano, desaparecido el antiguo formalismo la existencia o inexistencia de la novaciòn pasa a ser principalmente una cuestión de voluntad ,en el sentido que todo debía consultarse cual había sido la intención de las partes Según el Jurista **ULPIANO** decía “Puede haber novación con tal que sepamos que resulta novación ya que se contrata para novar la obligación, porque si así no se hace ,habrá dos obligaciones”

En la época de Justiniano, desaparecido en gran parte el formulismo la novaciòn exige como condición esencial .que las partes hayan tenido la intención de novar Justiniano, en sus instituciones, fue más categórico al disponer que sólo se producirá la novación cuando los contratantes lo hubieran expresado, porque de otro modo se considerara subsistir la primera obligación y se le sumaría a la segunda.

Sin embargo este elemento subjetivo no se tomaba en cuenta en el primitivo derecho cuando la eficacia de la relación jurídica dependía exclusivamente de que se cumplieran las formalidades preceptuadas por el derecho .De este modo, bastaba que tenga lugar la nueva estipulación para que la deuda antigua desapareciera, siempre que aquella tuviera el mismo efecto.

Esta voluntad de hacer la novaciòn debe ser expresamente declarada, la voluntad de transformar una obligación en otra ,no se presume ,con los cuales desaparecería los casos de novaciòn presumida ,que habían dado lugar a toda clase de dificultades y controversias ,pero salvo la opinión disidente, la voluntad de novar puede manifestarse expresamente o resultar tacita ,de la incompatibilidad de la nueva obligación con la antigua .Con el advenimiento de los contratos consensuales ,el ***animus novandi*** se convirtió en requisito esencial de la Novación sin la cual no hay novaciòn ,y el nuevo compromiso que se contrata se reputa como haberse hecho para confirmar el primero

Para que se de la novación es menester que las partes expresen su intención a sido la de dar por extinguida la primitiva obligación.

El Jurista **R. J POTHIER** señala "La razón de que la voluntad es imprescindible para que se de la novación es que no debe fácilmente creerse de una persona de que abdique los derechos que le pertenezcan" .La novación encierra una renuncia tanto por parte del acreedor como por parte del deudor es por eso que la novación no debe presumirse y además es menester que las partes expliquen de una manera que no deje duda

La intención, de novar de manifestarse en forma cierta, indudable, en la nueva convención ,aun cuando las partes no aluden especialmente a ella .Es necesario la concurrencia de esa autentica voluntad o de hechos tan claros que la presupongan ,porque la novación implica para el acreedor la renuncia a la obligación precedente ,y, como dice **JOSSERAD** ,no se le puede atribuir gratuitamente la intención de renunciar a su derecho en cuanto al deudor tampoco puede presumirse su voluntad de contraer el nuevo ligamen.

LA VOLUNTAD DE NOVAR PUEDE SER EXPRESA O TACITA

La novación puede ser expresa o tacita en nuestro Código Civil en el **Art.1677** "Para que haya novación, es necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indudablemente que esta intención ha sido novar, porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua.

Sino aparece la intención de novar, se mirarán las dos obligaciones como coexistentes, y valdrá la obligación primitiva en todo aquello en que la posterior no se opusiere a ella, subsistiendo en esa parte los privilegios y cauciones de la primera.

EXPRESA: cuando lo declaran formalmente las partes al celebrar el contrato que su intención ha sido novar. La ley exige una manifestación expresa de la voluntad .o que las partes hubiesen estipulado, que sus convenciones fuesen obligatorias, sino después de llenarse algunas formalidades.

TÁCITA, cuando de la naturaleza del contrato, de las circunstancias, o de los hechos materiales que le sirve de antecedente, aparece indudablemente que la intención de las partes no ha sido novar .En este caso, se miraran las dos obligaciones como coexistentes y valdrá la obligación primitiva en todo aquello en que la posterior no se opusiera a ella, subsistiendo en esa parte los privilegios y cauciones de la primera. Si la voluntad se manifiesta tácitamente precisa averiguar la interna intención que revelan los actos externos siempre que estos lo revelen claramente es decir sin ambigüedad .Ya que la novaciòn no se presume sino que precisa que del acto, resulte claramente la voluntad de efectuarla.

No se requiere una manifestación expresa sino una voluntad inequívoca, por lo que basta que se insinuara la duda para que no haya novación, debiendo entenderse que subsisten ambas obligaciones.

La expresión tacita de la voluntad resulta de aquellos actos, por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad, en los casos en que no se exija una expresión positiva, o cuando no haya una protesta o declaración expresa contraria .Solo en la novación tácita las alteraciones que se de .Como la novación es un nuevo contrato que remplaza al antiguo, es requisito fundamental que existe intención, esto es voluntad de novar .Sin voluntad, no hay contrato. La novaciòn es tacita cuando aparece indudablemente del acto que la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua.

Ejemplos:

Yo deudor de Pedro de 1000 dólares por precio insoluto de una compraventa, convenga con él, en que se quede en mi poder a título de mutuo .En este caso .ambas obligaciones no pueden subsistir, porque lo que debo a Pedro son simplemente 1000 dólares y hemos cambiado aquí la primitiva obligación por una nueva obligación que envuelve la extinción de la antigua.

La renuncia de los derechos que daba la primera obligación no puede depender de un indicio, sino de un hecho cierto y si bien la ley no exige una declaración con términos sacramentales, a lo menos es necesario que la intención no puede ser puesta en duda .En otros términos, la novación no se presume .ella debe resultar claramente de la voluntad de las partes.

EXCEPCIÓN DE LA REGLA

La regla consignada en el Art. 1677 del código civil ecuatoriano en su primer inciso, "Para que haya novación, es necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indudablemente que esta intención ha sido novar, porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua.

Esta regla ,tiene una excepción ,según el cual en la novación por cambio de deudor donde , la voluntad del acreedor debe ser expresa .La ley no acepta una voluntad tacita ,porque no quiere que pueda haber dudas o inseguridades acerca de si el primitivo deudor queda o no obligado. El origen de esta disposición en la ley de Partidas citada por Don Andrés Bello y que consta en el Art. 1678 del Código Civil " la sustitución de un nuevo deudor a otro no produce novación ,si el acreedor no expresa su voluntad ,de dar por libre al primitivo deudor 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 el solidariamente y subsidiariamente, según se deduzca del tenor o espíritu del acto

Si no hay voluntad de novar, si esta voluntad no existe ni expresa ni tácitamente no hay novación, porque la intención de novar es un elemento esencial en esta operación jurídica y como señala el inciso segundo del Art. 1677 del Código Civil "ambas obligaciones se miraran como coexistentes y la primera subsistirá en todo aquello que no se oponga a la segunda, subsistiendo en esta parte todas las cauciones y privilegios de la primitiva obligación

CASOS DE NOVACION LEGAL

Existen algunos raros casos en la que se prescinda del *animus novandi*, siendo la ley la que impone efecto *novatorio* al cambio ocurrido en la Novación estos casos son:

a.- La inclusión de valores acreditados en la cuenta corriente mercantil. La transformación "*ministerio legis*" de una obligación de dar o de hacer en la de pagar daños y perjuicios "si la prestación se hace imposible por culpa del deudor."

b.- La transformación de una obligación de cosa incierta no fungible en obligación de cosa cierta, luego de la elección.

FORMALIDADES Y PRUEBA DE LA NOVACION

Según **R. J Pothier** En el derecho Romano la novaciòn no podí;a hacerse sino por medio de la estipulaciòn hoy en dì;a, en nuestra legislaciòn los simples contratos tienen la misma fuerza que para el derecho romano tenia la estipulaciòn, es por eso que la novaciòn se hace por simple contrato.

En el derecho romano, una vez pronunciada la formula, ya no es de la voluntad de novar sino de la fórmula misma, a no de la voluntad de novar sino

de la formula la misma que deriva el efecto jurídico .En el derecho Justinianeo, en el cambio, la ya observada decadencia, **verba stipulationes** y su traducción en cláusulas documentales *quibuscumque verbis...compositae*" hace que el antiguo criterio formal desaparezca ,sustituido por indagación de la voluntad de las partes ,de aquí la doctrina del ***animus novandi***, establecida con singular relieve en la compilación y consistente en requerir ,caso por caso, que quien tenga interés demuestre la voluntad de novar ,sin lo cual la nueva estipulación tendría el efecto de aumentar los medios judiciales a disposición del acreedor.

Se deduce de esto que, sí el crédito supera el límite establecido por la ley, debe probarse por medio de escrito, o, por lo menos, la prueba de testigos y la prueba de presunciones simples, sólo serán admitidas si se apoyan en un comienzo de prueba escrita, las partes al crear la nueva relación obligatoria, deben hacerlo con el ánimo de novar y no con el de crear una nueva obligación que se acumule a la antigua

Se deduce de esto que sí el crédito superior ,el ***animus novandi*** debe probarse por medio de prueba escrita, por lo menos ,la prueba de testigos y la prueba de presunciones simples, sólo serán admitidas si se apoyan en un comienzo de prueba escrita,.las partes, al crear la nueva relación obligatoria, deben hacerlo con el ánimo de novar y no con el de crear una nueva obligación que se acumule a la Antigua .Nada dice la ley respecto a la forma y a la prueba de este contrato se siguen las reglas generales, y varían según la naturaleza del contrato.

PRUEBA la prueba de la novación incumbe a quien alega la extinción de la obligación primitiva y consiguiente creación de la nueva, sea el acreedor o deudor.

Será admisible la prueba de testigos para acreditar el hecho de la novación si se trata de una obligación que ,por referirse a la entrega o promesa

de una cosa que no vale mas de 2000 mil sucren debe consignarse por escrito así lo establece el **Art. 1752** del Código Civil". No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito."

Art. 1753" Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa de una cosa que valga mas de dos mil sucren No será admisible la prueba de testigos en cuanto adicione o altere de algún modo lo que se expresa en el acto o contrato, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, al tiempo o después de su otorgamiento, aún cuando en alguno de estas adiciones o modificaciones se trate de un caso cuyo valor no alcance a la referida suma"

Determinar si las partes han tenido la intención de novar, es una cuestión de hecho que resolverán los jueces en el caso concreto sometido a su decisión, pero en caso de dudas deberán inclinarse en el sentido que no hay novaciòn, porque la regla general es que para que haya novaciòn se requiere la intención de novar, Esta intención no se presume la prueba de que hay corresponde a quien la invoca

DIFERENCIA CON EL RECONOCIMIENTO LA CONFIRMACIÓN Y LA RENUNCIA

La novación tiene un punto de contacto con el reconocimiento, la confirmación y la renuncia pero, no puede confundirse con ellos:

EL RECONOCIMIENTO En el reconocimiento puro y simple no hay sino la entrega de la prueba de una obligación y, cuanto mas hacer revivir acciones que estaban extinguidas o en vías de extinguirse por ejemplo las obligaciones prescritas .La novación opera como reconocimiento, si la obligación anterior era natural o se carecía de pruebas: pero sus efectos son mucha mas amplios, por una parte, extingue la obligación reconocida, por otra parte, importa la creación de una nueva obligación

LA CONFIRMACIÓN importa la convalidación de un acto que adolecía de un vicio De nulidad relativa .La novación implica a veces la confirmación ,pero como en el caso anterior ,sus efectos son mas completos, puesto que extingue esa obligación y hace nacer una nueva.

LA RENUNCIA importa la extinción de un derecho, sin que nada lo reemplace: en la novación, esa extinción esté acompañada del nacimiento de un nuevo derecho.

CAPITULO IV

EFFECTOS DE LA NOVACION

Como hemos estudiado la novaciòn tiene un doble efecto es un medio extintivo y fuente de obligaciones, solo hay novaciòn, cuando la obligaciòn principal se extingue totalmente y nace una nueva obligaciòn diferente a la extinguida en algùn elemento esencial .De lo anterior se deduce que la novaciòn produce los siguientes efectos:

4.1 EXTINCIÓN Y NACIMIENTO DE UNA NUEVA OBLIGACIÓN

La novaciòn implica una doble operaciòn, la extinciòn de una obligaciòn y su sustituciòn por otro, obvio es aquellos que pueden finalmente reducirse a dos, el uno extintivo y el otro obligativo, el efecto fundamental de la novaciòn es crear una nueva obligaciòn y extinguir la primitiva. Es de tal manara necesaria, que se produzca y tan ligada esta un efecto con otro que si no se crea la nueva, no se extingue la antigua.

Según Arturo Alesandri "El efecto que produce la novaciòn es la extinciòn de la primitiva obligaciòn con todos sus accesorios y el nacimiento de una nueva entera y totalmente distinta de la anterior, es un acto jurídico que produce este doble resultado"

No se podría concebir una novaciòn sin que se extinguiera la antigua obligaciòn, nace la segunda porque la primera se extingue, y muere la primera, porque nace la segunda Solo hay novaciòn cuando la obligaciòn primitiva se extingue totalmente y nace una nueva diferente a la extinguida. El nuevo crédito nace libre de vicios y excepciones inherentes al primitivo Si el crédito antiguo estaba atacado de una nulidad por algùn vicio, el nuevo contrato nace libre de cualquier vicio que pudo atacar al antiguo crédito

4.2 EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES ACCESORIAS

En la novación haya o no haya cambio de acreedor ,éste no puede ejercitar ninguno de los privilegios ,y garantías como son: ,prendas e hipotecas intereses, garantías, fianzas, que accedía a la primitiva obligación ,porque habiéndose extinguida la obligación anterior, se extingue también sus accesorios, no pudiendo el acreedor ejercitar sino los derechos accesorios derivados de la nueva obligación. La extinción de los accesorios tiene el mismo carácter definitivo que tiene la extinción de la obligación .Por ello, subsisten esos accesorios, cuando pese a las apariencias contrarias nunca ha dejado de existir la obligación primitiva, como ocurre en los supuestos de invalidez o ineffectividad de la segunda obligación sustitutiva de la originaria, que involucra la hipótesis de la insolvencia del nuevo deudor que fuese contemporáneo a la novación.

4.2 .1 EXTINCIÓN DE LOS PRIVILEGIOS y GARANTÍAS DE LA PRIMERA DEUDA

Los privilegios de la primera deuda se extinguén también por la novación, se refiere a, las razones de preferencia que tiene un acreedor para el pago de su crédito, no pasan de la primera obligación a la segunda obligación, porque son inherentes a la primera y esta queda extinguida.

En el **Art. 1684** del Código Civil Ecuatoriano que señala "sea que la novación se opere por la sustitución de un nuevo deudor o sin ella, los privilegios de la primera deuda se extingue por la novación"

4.2.1 .HIPOTECA

Con la novaciòn extingue la antigua deuda, y por lo tanto extingue tambièn las hipotecas que le eran necesarias ***Novatione Legitime Facta Liberantur Hipoteca.*** Mas el acreedor puede, por el acto mismo que contiene la novaciòn transferir a la segunda deudas las hipotecas que estaban afectadas a la primera.

El tratadista R. J Pothier señala que la traslaciòn de la hipoteca del antiguo al nuevo crédito no puede hacerse sino con el consentimiento de la persona a quien las cosas hipotecadas pertenece .Por ejemplo en la novaciòn por expromisiòn ,en que se hubiere expresado que la deuda anterior queda pagada bajo la reserva de hipoteca, y aunque la hipoteca se hubiese constituido sobre sus propios bienes en garantía del crédito ahora extinguido ,no podrá trasladarse a la nueva deuda, a quien las cosas hipotecadas no pertenecen ,no podría, sin la intervención de su dueño grabarlas en garantía de la nueva obligación .La reserva de la antigua hipoteca no puede hacerse en seguridad de la nueva obligación por el mismo contrato de novaciòn, y no por una convención posterior.

LA RESERVA

Las partes ,el acreedor y el deudor ,pueden convenir en la reserva de las prendas e hipotecas que caucionaban la primitiva obligación .Sabemos que en virtud de la novaciòn se extinguen todas las prendas e hipotecas que garantizaban el pago de la primitiva obligación .Pero para que así ocurra es menester que el deudor y el acreedor convenga expresamente en ella con la reserva se puede impedir la extinción de los privilegios e hipotecas del antiguo

crédito, que entonces pasa a la nueva, esa disposición aparece a primera vista contraria a los principios que rigen en materia de privilegios e hipotecas ,en cuanto a los primeros ,sabemos que ellos nacen de la ley y se fundan en la calidad del crédito ,no obstante lo cual, la ley permite conservarlas para seguridad de otro crédito ,distinto e independiente del primero. En cuanto a las segundas la hipoteca se constituye siempre en seguridad de un crédito determinado , aquí la ley permite que pase a garantizar un otro crédito distinto e independiente del garantizado al tiempo de constituirlo .Con esto el legislador ha querido facilitar al deudor el pago de la deuda ,pero sin desprenderse de las ventajas de su crédito .Para los terceros esto no les perjudica en lo más mínimo ,pues para ellos les es indiferente que el deudor sea uno u otro ,con tal que no se altere el monto de los créditos privilegiados ,garantizados con la hipoteca.

Art. 1685 Aunque la novación se opere sin la sustitución de un nuevo deudor, las prendas e hipotecas de la obligación primitiva no pasan a la obligación posterior a menos que el acreedor y el deudor convengan expresamente en la reserva.

Según Raymundo Salvat “la reserva que la ley autoriza exige dos condiciones:

1. Es necesario que la reserva se haga al tiempo de la novación, porque si dicha reserva se hiciera con posterioridad sería una nueva prenda o hipoteca, ya que las partes no pueden revivir lo ya esta muerto. La reserva debe ser hecha en el acto mismo de la novación, porque hecha después no podría tener como efecto hacer revivir lo que ya esta extinguida .Algunos efectos accesorios pueden ser objeto de una nueva convención que los adscriba a la segunda obligación ;tal es el caso de los intereses y la cláusula penal, en cambio los privilegios, no podrían revivir ,pues el convenio de las partes no pueden alterar el orden de las preferencias legales ;y en cuanto a la hipoteca ,nada se opone a

que las partes convengan una nueva, pero el orden de preferencia de la anterior queda definitivamente extinguido. , no cabe la posibilidad de mantener tales garantías como accesorios de la nueva obligación a menos que el dueño de su conformidad

2. Que sea expresa ya que la reserva tiende a modificar los principios generales de la novación que es la de extinguir los privilegios e hipotecas de la primitiva obligación .La ley no ha entendido que deben ser hechos en términos solemnes o sacramentales, basta que la voluntad de mantener los privilegios e hipotecas, resulte claramente del acto .En ningún caso la reserva se presume ya que las prendas e hipotecas de la obligación anterior ,no pasan a la obligación posterior ,a menos que el acreedor o el deudor convengan expresamente en la reserva esta reserva tiene tres limitaciones

LIMITACIONES DE LA RESERVA

Si bien los contratantes, el deudor y el acreedor, pueden reservar las prendas e hipotecas, con tal que lo hagan expresamente al tiempo de la novación, esta reserva tiene tres limitaciones

1. Si las cosas empeñadas pertenecen a tercero, ya sea por terceros poseedores que la han adquirido del primitivo deudor ,ya sea porque pertenecen a terceros que han caucionado una obligación ajena la reserva de las prendas e hipotecas no vale si no están consentida por la persona a quien la cosa empeñada o hipotecada pertenece .No hay en ella sino la aplicación de un principio de derecho bastante conocido" **de que nadie puede ,obligarse sin voluntad** " El Art. 1685 del código civil señala "Pero la reserva de las prendas e hipotecas de la obligación primitiva no vale

,cuando las cosas hipotecadas pertenecen a terceros, que no acceden expresamente a la segunda obligación" El nuevo deudor quién las cosas hipotecadas no pertenecen ,no puede sin el dueño de ellos, hipotecarlos a la nueva deuda .Es lo que dice Paulo ***Paulus respondit, si creditor a Sempronio, animus novandi stipulatus esset, ita ut a prima obligatione in universum discederetur rureum easdem res a posteriore debitore, sine consensu debitoris prioris obligari non posse.***

La reserva de las prendas e hipotecas sólo pueden tener valor a las cosas que pertenecen a ese codeudor, pero no puede tener valor con respecto a las prendas e hipotecas que pertenecen a los demás codeudores solidarios, no obstante cualquier estipulación en contrario; a menos que los codeudores solitarios que no pactaron la novación, consientan expresamente en la reserva de las prendas e hipotecas.

En el Art. 1686 del Código Civil Ecuatoriano inciso segundo señala" Y si la novación se opera entre el acreedor y uno de sus deudores solidarios, la reserva no puede tener efecto sino relativamente, este las prendas e hipotecas constituidas por sus codeudores solidarios se extinguen, a pesar de toda estipulación contraria; salvo que estos accedan expresamente a la segunda obligación".

Con la novaciòn se extingue la primitiva obligaciòn al igual que ,se extinguen las prendas y las hipotecas constituidas sobre ellas ;a menos que el deudor propietario de las cosas empeñadas o hipotecadas convengan expresamente con el acreedor en la reserva y este consentimiento del deudor propietario es de absoluta necesidad ,cualquiera sea la forma en que se opera la novaciòn.

- 2.** La reserva de las prendas e hipotecas no vale en lo que la segunda obligación tenga demás que la primera, en virtud de lo dispuesto en el inciso tercero del Art. 1685 del Código Civil "Tampoco vale la reserva en lo que la segunda obligación tenga de más que la primera. Si ,por ejemplo la primera deuda no producía intereses, y la segunda los produjere ,la hipoteca de la primera no se extenderá a los intereses .Según la parte final de este Art., 1685 es una medida tomada en resguardo de los demás acreedores hipotecarios ,que por un pacto celebrado de la noche a la mañana entre el deudor y uno de sus acreedores ,verían que sus hipotecas peligraban
- 3.** La tercera limitación es la que establece el Art. 1686 inciso primero "Si la novación se opera por la sustitución de un nuevo deudor ,la reserva no puede tener efecto sobre los bienes del nuevo deudor ,ni aun con su consentimiento" Si el legislador hubiera autorizado la reserva en el sentido opuesto al que indica el Art. 1686 ,habríamos tenido como resultado que las hipotecas que estaban constituidas sobre los bienes perteneciente al primer deudor habrían saltado y venido colocarse sobre los bienes del nuevo deudor y eso no es solo jurídicamente imposible, sino físicamente imposible ,no pueden las partes convenir que el nuevo deudor lo acepte que las hipotecas constituidas sobre los bienes ,del primer deudor ,pasen a colocarse sobre los bienes del nuevo deudor y pasen a tener en estos bienes el mismo papel y situación que tenían en los bienes del primitivo deudor .El legislador lo hace para resguardar los intereses de otros acreedores hipotecarios del nuevo deudor ;para evitar que estos acreedores pueden perjudicarse.

La reserva de los accesorios legales, hecha por las partes, al novar, es valido respecto de terceros sólo hasta el monto de la

obligación primitiva, de lo contrario, la novación brindaría un recurso para postergar a otros acreedores lo que es inadmisibles por eso es que la ley no la admite la reserva cuando esta puede ir en perjuicio de los intereses de terceros acreedores hipotecarios. Se quiere evitar la posibilidad de que la situación del tercero propietario de la cosa pueda verse agravada por el cambio de un deudor solvente por un deudor insolvente o por la transformación de una obligación primitiva en otra más onerosa.

Si uno de los deudores solidarios contrae con el acreedor una nueva obligación ,y se consigna en ella que las partes entienden hacer la novaciòn con especial reserva de hipoteca ,es evidente que esta nueva reserva no puede tener efecto alguno sino con respecto a los bienes de ese deudor que contrae una nueva deuda, no respecto de los bienes de los demás codeudores ,puesto que nadie puede hipotecarlos sin tener su consentimientos sea cual fuere su reserva que haga el acreedor, los fiadores de la antigua deuda no quedaran obligados ,por la nueva, a no ser que consienta en ello.

DIFERENCIA ENTRE LA RESERVA DE HIPOTECA Y LA RENOVACIÓN DE HIPOTECAS

No hay que confundir en materia de novaciòn dos cosas enteramente distintas:

Cuando hay reserva es la misma hipoteca de la primitiva obligación ,la que pasa a la nueva obligación .En la renovación ,la nueva hipoteca es enteramente distinta de la antigua ;es otra hipoteca nueva cuyos beneficios no serán otros que los que arranquen su naturaleza ,y su fecha no será la de la primitiva hipoteca, si no de la renovación.

Esta reserva, empero, es ineficaz respecto de la fianza, la novación libera siempre al fiador, aunque el acreedor haya pretendido hacer reserva de sus derechos contra el."

4.2.2 EXTINCIÓN DE LA FIANZA

La fianza es una obligación accesoria en virtud de la cual una o más personas de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o en parte, si el deudor principal no la cumple. El efecto principal de la novación. Es la extinción de una obligación anterior y el nacimiento de una nueva.

Hoy en día es de gran importancia la fianza en el tráfico jurídico actual esa, es la razón por la cual los bancos cada vez que exigen que una persona a afiancé a otra por obligación ajena, le obligan aceptar al fiador todas las prórrogas y plazos que pueden acordarse entre el banco y el deudor principal porque sin esa estipulación, el fiador, en el caso de una prórroga entre el acreedor y el deudor, sin su consentimiento, lo desliga de toda obligación.

Art. 2308 del código civil ecuatoriano que dice: "Si el acreedor acepta voluntariamente del deudor principal, en descargo de la deuda un objeto disto del que el codeudor estaba obligado a darle en pago, queda irrevocablemente extinguida la fianza, aunque después sobrevenga evicción del objeto.

RESPONSABILIDAD DE LOS FIADORES.

Como hemos visto precedentemente la novación entre el deudor y el acreedor extingue la obligación del fiador .Aunque la novación; haya sido hecha con el fiador, una vez convenida con el acreedor; extinguido definitivamente la primera obligación el acreedor no tendría ya el derecho de exigir su cumplimiento.

La novación entre el deudor y el acreedor extingue la obligación del fiador, la novación entre el acreedor y los fiadores, extingue la obligación del deudor principal, los fiadores pueden pagar por el deudor .Podría agregarse que la Novación, aunque haya sido hecha con el fiador, una vez convenida con el acreedor, ha extinguido definitivamente la primera obligación, y en consecuencia, aquél no tendría ya el derecho de exigir su cumplimiento.

La novación no afecta, ni perjudica en forma alguna, a los fiadores ni a los propietarios de las prendas e hipotecas, los cuales quedan liberados y relevados de toda responsabilidad por el hecho de que el deudor y el acreedor consientan en la ampliación del plazo.

4.2.3 EXTINCION DE LAS OBLIGACIONES DE LOS CODEUDORES SOLIDARIOS Y SUBSIDIARIOS.

La novaciòn libera tambièn de responsabilidad a los codeudores o solidarios subsidiarios que no han accedido a la nueva obligaciòn .Los que afianzan una obligaciòn o se obligan con codeudores solidarios ,solo consienten en obligarse respecto de una determinada deuda ;si después la deuda cambia, sin intervención de ellos es preciso pedirles de nuevo su consentimiento porque en realidad se trata de una caución u obligación si el acreedor ha subordinado la novaci n a la aceptación de los otros codeudores o los fiadores y estos no aceptan la novaci n no se realiza.

Art. 1688 que señala "La novaci n libera a los codeudores solidarios o subsidiarios que no han accedido a ella"

PLURALIDAD DE ACREEDORES

La novación entre uno de los acreedores solidarios y el deudor extingue la obligación de éste para los restantes acreedores .Es una consecuencia natural de la solidaridad. En cambio, la novación hecha por uno de los acreedores de una obligación indivisible no extingue el crédito de los demás, ya que los acreedores de tales obligaciones no pueden hacer remisión de deuda, ni transarla y si se admitiera que la novación produce efectos, respecto de los coacreedores, se tendría el camino para hacer, por vía indirecta, una transacción que afectaría el derecho de los acreedores.

PLURALIDAD DE DEUDORES

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

A diferencia de lo que ocurre en el supuesto de pluralidad del acreedores, en éste nada se opone a que el acreedor único de una obligación disponga de su crédito novando con cualquiera de los deudores,,con lo cual todos los demás quedan liberados de su obligación ,ya que ésta se ha extinguido por la novaciòn .Es claro que le codeudores no tienen ningún enteres en desconocer la validez de la novación.

4.2.4 EL INTERÉS

En la novación se extingue la obligación con todos sus accesorios a virtud del principio de que **lo accesorio sigue la suerte de lo principal**; de manera que producida la novación cesaran de correr los intereses de la primitiva obligación Art.1683 del Código Civil Ecuatoriano que dice "De cualquier modo que se haga la novación, queda por ellos extinguidas los intereses de la primera deuda, sino se expresa lo contrario".

La extinción de la primera deuda lleva envuelta la extinción de los intereses, sino se expresa lo contrario. Se trata de una cosa accesoria que

sigue la suerte de lo principal la ley no ve ningún inconveniente para que las partes puedan convenir en que los intereses de la primera obligación sigan corriendo con respecto a la nueva obligación es decir que habrá una nueva estipulación de intereses ,y la segunda ,al igual que la antigua obligación ,los seguirá produciendo .Por regla general la novación extingue los accesorios de la primitiva obligación, las partes puedan convenir en la subsistencia de alguna de ellos ,aquí no hay sino un interés privado

SITUACIONES EN LAS QUE, NO SE PRODUCE LA EXTINCIÓN DE LOS ACCESORIOS

Entre estas tenemos:

Cuando una obligación pura y simple se ha sustituido por una condicional y, tratándose de una condición suspensiva ,esta faltase ,o tratándose de una condición resolutoria ,esta se cumpliera, dejando ,así sin efecto la nueva obligación ,la antigua renace con todos sus accesorios ,y por consecuencia del efecto retroactivo de la condición ,se considera como si nunca se hubiese extinguido la obligación primitiva y sus accesorios, Esto se entiende para el supuesto de que la novación no haya tenido el carácter aleatorio y que el acreedor de la segunda obligación, no haya tomado sobre sí el alea de la falta de la condición suspensiva o el cumplimiento de la resolutoria ,en cuyo caso la validez de la novación, no esta sujeta a las contingencias del cumplimiento de la condición, y en este supuesto, la extinción de la primitiva obligación y de sus accesorios sería definitiva.

Cuando la novación se ha producido por cambio de deudor y el nuevo deudor resulta insolvente, renace la obligación primitiva con todos sus accesorios si se demuestra que la insolvencia era anterior al momento de la

novaciòn .Esta es una disposición encaminada a evitar la burla del acreedor de buena fe por quienes procedan de mala fe.

OTROS EFECTOS DE LA NOVACIÒN

La novaciòn constituye un medio indirecto de satisfacer el interés del acreedor bajo este ángulo la novaciòn produce algunos efectos accesorios similares a los que origina el propio pago, entre estos tenemos:

a.- RECONOCIMIENTO

La novaciòn al propio tiempo que extingue la obligaciòn anterior, la reconoce y vitaliza como causa suficiente de la nueva obligaciòn .Esta consecuencia tiene la mayor importancia para el supuesto de que la primera obligaciòn fuere natural o se careciera de pruebas de su existencia, o si la nueva obligaciòn fuese condicional, el reconocimiento de la deuda anterior quedaría en pie.

b.- CONFIRMACIÒN

Del mismo modo tiene efectos de, confirmaciòn de la obligaciòn primitiva en el caso de que adoleciera algún vicio de nulidad relativa, por lo tanto quedaría subsanada aquella obligaciòn siempre que concurrieran los requisitos de confirmaciòn

Claro està que para la confirmaciòn se opere, es necesario que haya cesado el vicio que anulaba la obligaciòn. Como en el caso anterior, esta

confirmación sólo tiene interés como justificación de que la nueva obligación tiene causa jurídica suficiente.

c.- CONSOLIDACIÓN

La novación es un acto de consolidación, el contrato de novación que ligue a las partes estas ya no pueden, unilateralmente dejarlo sin efecto como hubiera podido hacerlo antes de la novación si hubiese tenido derecho para ello.

d.- PURGA DE LA MORA

Además de la extinción de la obligación principal y de su sustitución por la nueva obligación, también se produce la purga de la mora en la que el deudor o el acreedor hubiesen incurrido .La ley no lo dice expresamente, pero esta es una consecuencia lógica de la novación.

e.- EXTINCIÓN DE LOS VICIOS

La novación tiene por finalidad extinguir los vicios del que adolecía el antiguo crédito, dando como resultado el nacimiento de una obligación nueva libre de vicios.

CAPITULO V

LA NOVACION FRENTE A OTRAS INSTITUCIONES SU RELACIÓN Y SUS DIFERENCIAS

NOVACION Y DELEGACIÓN

Según el Art. **1675** del código civil ecuatoriano la delegación se da "cuando el deudor no hace mas que diputar una persona que haya que pagar por el o el acreedor, una persona que haya de percibir por el ".

Según **LUÍS GASPERI** "no hay novación cuando la delegación solo mira a recibir el pago en este caso hay un mero mandato para percibir esta indicación de pago a otra ***adiection solutionis***, causa de los romanos. El ***adjectus*** es extraño al pacto indicativo por lo tanto no asume obligación alguna.

Tampoco se debe confundir la novación por cambio de acreedor con la simple indicación de un tercero para recibir el pago: es el ***adjectus solutionis gratio*** que queda como título del beneficio de pago pero no se convierte en acreedor ni excluye del vínculo obligación al acreedor primitivo que retiene para si todas las prerrogativas salvo el derecho de recibir el pago que favorece al ***adjectus***. Es decir no existe novación en el señalamiento que hace el acreedor de la persona a quien su deudor puede pagar .Esta persona no adquiere los derechos del acreedor.

La novación es una figura jurídica en virtud de la cual una persona da orden a otra para que se obligue con una tercera persona La persona que da la orden se denomina delegante ;quien la recibe y se obliga , delegado ;y aquella

en cuyo favor se obliga el Delegado, recibe el nombre de delegatorio. La delegación que se da en la novación crea un vínculo nuevo y directo, distinto e independiente de las relaciones jurídicas que hayan podido existir entre el delegante y el delegatario

Para el jurista **Arturo Valencia Zea** "La delegación es el encargo que se hace a un tercero, ya sea para cancelar la deuda o para percibir el pago, en esta clase de delegación no existe ninguna relación contractual anterior"

En la novación es un acto jurídico mediante el cual el deudor primitivo delega a un tercero quedando este personalmente obligado con el acreedor por lo cual, es necesario e imprescindible una preexistencia de una relación obligatoria destinada a extinguirse por el nacimiento de la obligación asumida por el nuevo deudor.

Ejemplos de casos de simple indicación para el pago:

A compra una propiedad hipotecaria a B y toma sobre si la obligación de pagar la deuda hipotecaria que grava ala propiedad .En este caso habría novación si la caja de crédito hipotecario diera por libre al primitivo deudor y aceptara como nuevo deudor al comprador de la propiedad hipotecaria. Pero si la caja de crédito no acepta esta clase de operación A no seria sino un diputado de B para el pago del crédito hipotecario.

Cuando yo indico a mi acreedor una persona de quien el recibirá el pago la suma que yo le debo, y por lo cual, para este efecto le doy un pagare .Este acto no contiene mas que un simple mandato, no contiene ni una transferencia ni una novación, yo continuo siendo deudor de mi acreedor

DIFERENCIA ENTRE LA NOVACIÓN Y DELEGACIÓN O SIMPLE INDICACIÓN PARA VERIFICAR EL PAGO:

Estas dos instituciones presentan las siguientes diferencias:

- -En la novación se requiere el consentimiento del acreedor, que consienta en dar por libre al primitivo deudor, si el acreedor no conciente en dar por libre al primitivo deudor, en este caso el delegado será un simple diputado para pagar. En la simple indicación no se requiere el consentimiento del acreedor porque no se extingue ningún vínculo.
- -En la novación el nuevo deudor queda personalmente obligado con el acreedor. En el caso de simple indicación de una persona para que verifique el pago, por lo mismo que se trata de una simple diputación para el pago o mandato, esa persona no adquiere personalmente obligación alguna.
- -En la novación la obligación contraída por el nuevo deudor y aceptada esta obligación por el acreedor, aquel no puede dejar sin efecto la obligación, sería necesario en consentimiento de este último .En la delegación o simple indicación de un tercero encargado de verificar el pago por lo mismos que se trata de un simple mandato el delegante tendría siempre derecho de revocarse sin necesidad de consentimiento alguno del acreedor.

NOVACION Y LA DACION EN PAGO

La dación en pago es un convenio en virtud del cual el acreedor conviene en extinguir la obligación recibiendo un objeto distinto al que se debía

Cuando hay cambio en la obligación primitiva por la sustitución del objeto, puede realizarse un caso de dación en pago .Las fronteras que en este caso delimitan la dación en pago y la novación no son absolutas 'y los autores

indican estas circunstancias para distinguir estas dos instituciones si el cumplimiento de la nueva obligación, se realiza inmediatamente, tenemos una dación en pago, pero no se realiza inmediatamente, debe mirarse como novación. Mas esta diferencia es sutil porque en nada altera las obligaciones el que el pago se haga inmediatamente o no ;y de allí concluiremos que la dación en pago es de naturaleza igual a la novación por cambio de objeto de la obligación. Al igual que en la novación en la dación en pago se requiere el consentimiento de las partes

Específico es el caso de la novación por cambio de fundamento o causa de la primitiva obligación, y estos casos se rigen por las reglas de la novación, ya que no les son aplicables las reglas de la dación en pago.

Según el diccionario jurídico **OMEBA** "muchos juristas asimilan la novación por cambio de objeto como la dación en pago llevando a cabo esta consubstanciación en la dogmática legislativa actual.

Es evidente que existen notorias afinidades entre ambas figuras, pero ello no autoriza identificarlas ya que conceptualmente es posible establecer entre los mismos matices diferenciales.

La tradicional ***datio in solutum***, que nos viene del derecho romano, es un contrato real que en cuanto a sus efectos puede equipárselo al pago, a una especie anormal del pago a decir de **PLANIOL Y RIPERT**, si se quiere pues extinguirse en forma instantánea ,la obligación, bien en manera distinta de la originalmente establecida.

En la novación por cambio de la prestación debida en lugar de la realización inmediata característica de aquella figura ,existe una mera promesa de cumplimiento ,una nueva obligación, ocupa el lugar precedente: ***aliud pro alio***.

En la dación en pago no se da esta sustitución, se produce pura y simplemente la extinción de la deuda primitiva, no llega a constituirse otro nexo obligatorio en reemplazo de la prestación se produce en este supuesto, en el momento de ejecutarse la obligación, mientras que aquello aparece desde su origen mismo.

NOVACION Y LA CESIÓN DE CRÉDITOS

La cesión de derechos representa ante todo una traslación de derechos personales, donde se cambia un acreedor por otro.

Según **AMBROSI**,⁷ La cesión de crédito supone ordinariamente la intención de especular por parte del cessionario, el cual compra por regla general, el crédito a un precio inferior a su cantidad nominal y espera obtener del deudor una cantidad mas elevada, Por eso el cedente le garantiza la existencia del crédito en el momento de la cesión y no la solvencia del deudor cedido".

En la novación y en la cesión de créditos median diferencias fundamentales que impiden toda confusión entre ambas figuras jurídicas, entre estas tenemos:

En la cesión de derechos puede efectuarse aun contra la voluntad del deudor. Mientras que la novación por cambio de acreedor se requiere el consentimiento del deudor, requiere la voluntad del deudor que acepte la nueva obligación a favor de otro acreedor, la razón es que se trata de imponerle una nueva obligación y esta imposición no puede tener lugar sin la voluntad de aceptarlo. Si este requisito falta no habrá novación .Porque la falta del consentimiento del deudor, provoca la ineficacia de el contrato novatorio,

porque no se le puede imponer al deudor contra su voluntad la extinción de su derecho originario y su sustitución por el vínculo con un extraño

La cesión es un negocio especulativo y puede ser que se pague un monto inferior al crédito cedido o que nada se pague sino que medie donación esperando percibir del deudor una cantidad mayor o la totalidad del crédito .En la novación lo único que se procura es la percepción de su crédito y de allí que normalmente no haya especulación de su parte.

En la cesión de créditos no se requiere el consentimiento del deudor, basta su notificación al deudor ya que la cesión puede realizarse sin intervención alguna del deudor cedido y de allí el requisito de su aceptación y notificación, que la ley exige para que ella produzca efecto respecto de terceros.

En la cesión de derechos es la misma obligación la que pasa al cesionario, con todas las fianzas prendas e hipotecas lo cual no ocurre en la novación en la cual la obligación primitiva se extingue con todos sus accesorios y privilegios, los cuales no pasan a la obligación posterior a menos que convengan expresamente lo contrario .La cesión de créditos transfiere el crédito tal como existe conservando el deudor cedido contra el cesionario todas las excepciones que podría oponer al cedente .En la novación al crear un nuevo vínculo este está libre de todos los vicios que pudieran afectarla.

En la cesión de créditos el crédito pasa del cedente al cesionario contadas sus ventajas pero también con todas sus vicios y defectos .En la novación por lo contrario con el vínculo que se crea en el deudor y el acreedor , es un vínculo nuevo directo y personal entre uno y otro que como consecuencia está exento de los vicios y defectos que pesaba entre el deudor y el primitivo acreedor ,de allí que existe una reglamentación legal diferente en cuanto a las excepciones que el nuevo deudor podía oponer .

En la cesión de créditos el mismo vínculo jurídico existente entre el cedente y el deudor cedido que pasa al cesionario .En la novación es vínculo nuevo y distinto e independiente del crédito primitivo que une al nuevo acreedor y el deudor.

Tanto en la cesión como en la novación se produce la traslación del crédito en cabeza de otro titular, con la diferencia que en la novación la deuda precedente se extingue y es substituida por una obligación nueva, en la cesión de créditos la obligación primitiva subsiste.

Existe una diferencia sutil entre estas dos instituciones de orden puramente técnica ;la cesión de créditos ésta sometida a ciertas formalidades a que no esta sometida la novación , ya que para la novación sea efectiva nos se exige formulas rituales ,basta la voluntad de las partes que deseen perfeccionar el contrato

LA NOVACION Y LA SUBROGACIÓN.

La subrogación según el código civil en el **Art. 1651** señala "Subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga"

La Novación es la sustitución de una obligación por otra, para que de lugar a la novación sea necesario que su efecto sea la extinción de la antigua obligación y la creación de una nueva. Si por el contrario es la misma obligación ya existente que se trasmite al nuevo acreedor habrá subrogación.

Al ser la novación y la subrogación instituciones jurídicas independientes tienen diferencias entre las cuales tenemos:

- a. La novación implica la extinción de la antigua obligación con todos sus accesorios y seguridades, dando nacimiento a nueva deuda, distinta de la obligación anterior .Sin embargo no debemos olvidar que en la novación se puede conservar los accesorios por medio de las reserva. En la subrogación, la deuda pasa al nuevo acreedor en las mismas condiciones que la deuda anterior .se trata del mismo crédito que traspasa a otro sujeto de derecho que lo adquiere con todos los accesorios, privilegios y garantías, pero también con todos sus vicios y defectos. Es la misma obligación la que pasa al subrogado con todas sus garantías.
- b. En la subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya en contra del deudor ya en contra de terceros en definitiva, la subrogación se trata de las mismas obligaciones, no extinción sino transferencia de la misma obligación con sus accesorios .en la novación no se crea el nuevo vínculo
- c. En la novación se requiere el consentimiento del deudor además es menester que el nuevo deudor no se subogue en los derechos respecto del deudor primitivo, pues si media subrogación, la obligación primitiva no se extingue Cuando es subrogación convencional es necesario el consentimiento del antiguo y del nuevo acreedor, sin ser innecesario el consentimiento del deudor como en la novación por cambio del acreedor.
- d. El pago con subrogación si es legal opera por el solo hecho del pago o sea son la mera voluntad del nuevo acreedor. No requiere cumplir otros requisitos que los señalados en la ley

para cada caso .la subrogación legal se establece solo por el ministerio de la ley.

- e. En la subrogación, el deudor puede oponer las mismas excepciones que tenía contra su primer acreedor, en la novación el crédito antiguo se extingue y de ahí que no puedan oponerse tales excepciones.

Las semejanzas que se da entre estas dos instituciones es que tanto en la novación como en la subrogación se da por cambio de acreedor.

LA NOVACION FRENTE AL PAGO

La Novación es un modo de extinguir las obligaciones equivalentes al pago porque el acreedor queda satisfecho, mediante la nueva obligación, que se contrae en reemplazo de la primitiva y esta hace producir efectos semejantes al pago.

La novación se asemeja al pago en que, como este extingue la obligación; pero se diferencia de el en que mientras en el pago el acreedor se satisface con la misma materia de la obligación, en la novación el acreedor no se satisface con esa cosa, sino con un nuevo crédito que el deudor le entrega en reemplazo del antiguo. Por eso en la novación en vez de pagar el deudor con la cosa materia de ella, paga con obligaciones, como si debiendo 1000 dólares paga con una letra de cambio que es un nuevo crédito.

INDEPENDENCIA DE LA NOVACION

La novación es una institución, distinta e independiente de las demás instituciones jurídicas ya que estas, solo pueden bastar para las cosas de pura y simple transmisión .Mas no para las cosas en los que se pretenda el cambio de la obligación, o si quiere eliminar la precedente relación obligatoria para

prevenir la supervivencia de la excepción derivada de la vieja relación perjudicial a la nueva pretensión y de los accesorios, ya que estas instituciones no extingue la vieja obligación

La novación puede perfectamente coexistir junto a las nuevas figuras jurídicas , ya que obedecen, respectivamente ,a distintas finalidades .Estas instituciones son una medio importante para trasmisir una obligación a un nuevo titular ,es decir operar la sucesión a titulo particular de una misma y única obligación ,que de este modo se transfiere, activa o pasivamente, conservando su integridad económica y de derecho .Ello reporta en el orden dogmático, entre otro beneficios ,los resultantes de la subsistencia de todas las garantías y privilegios que pueden existir anexos al crédito.

La novación lejos de desaparecer la importancia que dio lugar a la novación lo que ha hecho es ampliarse , porque todas esas facilidades de transmisión no sino modos de novación misma .El endoso, por ejemplo es una novación en la persona del acreedor .La dación en pago es una novación en el objeto de la obligación .Por consiguiente, lo que ocurre es que en todas las nuevas formas de mutabilidad del compromiso, habrá que tener en cuenta los fundamentos de la novación como punto de partida para las nuevas instituciones.

CONCLUSIÓN

La novación no es una mera transformación del derecho de crédito, por el cambio operado en uno de sus elementos constitutivos o accesorios, sino que representa la constitución de un derecho ,sobre la base y con la esencia de una precedente relación obligatoria que queda extinguida mediante la constitución de una nueva .Se trata de un acto jurídico que sustituye la obligación existente por otra ,cuyo contenido absorbe ,para lo cual es necesario que la nueva obligación que va a remplazar ,sea distinta de la otra ,que se diferencia fundamentalmente de ella ,porque si ambas obligaciones fueran iguales la nueva obligación no sería sino la confirmación o el reconocimiento de la primitiva ,y no habría por lo mismo novación.

La novación para que surta los efectos deseados es necesario, que se produzca una alteración de los elementos esenciales de la obligación, ya que si solo se varían los elementos accesorios o secundarios que no dicen relación con su estructura íntima, no hay novación porque no hay una modificación substancial de la obligación.

Como consecuencia de la extinción de la obligación primitiva, también se extingue la garantías anexas, porque cesa la responsabilidad de los codeudores solidarios y subsidiarios que quedan libres del antiguo crédito ,se extinguen las prendas y las hipotecas que se hayan constituido para garantizar el antiguo crédito ,cesa la responsabilidad del deudor por el riesgo del deterioro o perdida de la cosa objeto de la obligación ,cesa el estado de mora si en incurrió en el y en general cesara todos los efectos anexos a la primitiva obligación que se ha extinguido por la novación .Para dar lugar a una obligación nueva

RECOMENDACIONES

La novación es un modo de extinguir la obligación, por lo que para que surta los efectos deseados es necesario tomar en cuenta las siguientes recomendaciones

- Para que pongamos en práctica la novación es necesario , primero tener un conocimiento claro y preciso de lo que es la novación ,su naturaleza jurídica su estructura , efectos y consecuencias de tal manera que no, nos lleguemos a confundirnos, con instituciones jurídicas afines como son la subrogación ,la cesión de créditos, la dación en pago etc. , que no hacen mas que trasladar la obligación a la cabeza de otro titular, pero que no extingue la antigua obligación , ni crea una nueva obligación totalmente distinta e independiente de la anterior.
- Se debe verificar que tanto la obligación antigua como la nueva tenga validez y eficacia de tal manera que los derechos del acreedor o del deudor se vean afectados por vicios de nulidad que impedirían que la novación se de.
- Siempre que se va celebrar la novación es importante el consentimiento de las partes, porque a nadie se le puede imponer el cumplimiento de una obligación o el desprendimiento de un derecho sin su voluntad.
- La novación, a pesar que su efecto fundamental es la extinción de la obligación primitiva con todos sus accesorios, Este principio puede ser modificado por las partes mediante la reserva, la cual permite a las partes conservar estas garantías, para trasladarla al nuevo crédito. Es importante que esta reserva la haga el momento de celebrar la novación, caso contrario la obligación se extinguiría con todos sus accesorios sin que nada puedan hacer las partes.

BIBLIOGRAFÍA

Raymundo Salvat tratado del derecho Civil Argentina Editorial La Ley B .C
Jurisprudencia Doctrina legislativa

Arturo Alexandri Rodríguez.Tratado de las obligaciones IV Edición. Editorial la ley 1987 Bogota.

Guillermo Borda .Tratado del Derecho Civil Obligaciones V Edición, Editorial Perrot Buenos Aires 1983.

Ludwing Enneccerus, I Primera edición Editorial. Bosh Barcelona 1947.

Alfredo Colmo Tercera Edición. Teoría General de las Obligaciones Buenos Aires 1985.

Ambrosi Colin H Capitan, Editorial Reus Madrid. Curso Elemental del Derecho Civil Tomo III 1925, Tercera Edición.

Norberto Gorostiaga .La Causa de Las Obligaciones Editorial Ideas Victoriana Buenos Aires 1994.

Aníbal Guzmán Diccionario Explicativo del Derecho Civil ecuatoriano, obligaciones y Contratos. Editorial Jurídica del Ecuador Quito 1992.

Jorge Joaquín Llambias Tratado del Derecho Civil Obligaciones Tomo III, editorial Perrot, Buenos Aires 1973.

R.j Pothier Tratado de las Obligaciones.Editorial Heliasta S.R.L Buenos Aires Republica de Argentina 1978 Volumen tercero.

Arturo Valencia Zea Derecho Civil Tomo III De las Obligaciones Cuarta Edición Bogota 1974.

Felipe Serafín Obras del Derecho Romano, novena edición Italiana 1976.

Álvaro Pérez Vives Teoría General de las Obligaciones Volumen Tercero II Parte Editorial Temis Bogota 1955.

Carlos Larreategui.Derecho Romano de las Obligaciones.Primera Edición, Editorial Universitaria 1982 Quito.

Guillermo Cabanellas Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual doceava edición Tomo IV .Editorial Heliasta SRL 1979.

Código Civil ediciones jurídicas, novena edición Quito 2003.

