

Introducción [\[arriba\]](#)

El instituto de la novación fue ungido como efecto homologatorio de los concordatos concursales recién a partir de la sanción de la ley 24.522, ya que primogénitamente nuestro régimen concursal no contemplaba la aplicación de este instituto. De hecho, el antiguo régimen no preveía ni la remisión de deuda, ni mucho menos una novación, sino que a través de un simple pactum de non petendo el acreedor perdía su acción al cobro mas no su derecho. Por lo tanto, y contrariamente a lo previsto por nuestro actual ordenamiento, subsistía la deuda por el saldo insatisfecho como una simple obligación natural¹.

La primogénita ausencia de la novación como efecto homologatorio, será nuestro punto de partida para analizar no solo la naturaleza jurídica del instituto concursal, sino que más allá del aspecto teórico, propondremos analizar la conveniencia de la traspolación de este instituto a nuestro ordenamiento concursal contemporáneo. A tal fin, pasaremos revista a los múltiples doctrinarios que analizaron la cuestión, y la permeabilidad que han tenido las distintas teorías en nuestra jurisprudencia.

Fijadas las bases de nuestro informe, cabe de modo preliminar detener nuestro análisis y revisar el instituto de la novación tal y como fuera plasmado originariamente por nuestro Codificador, que dicho sea de paso, es uno de los pocos institutos que no ha sufrido ninguna modificación pese a las múltiples reformas propinadas a nuestra legislación de fondo en sus más de ciento cincuenta años de vigencia.

La novación y la primera paradoja [\[arriba\]](#)

Vélez Sarsfield entendió a la novación como “...la transformación de una obligación en otra.”², la exégesis de la definición ha sido muy criticada por la doctrina³, ya que en la novación no hay una efectiva transformación, sino que más bien hay una extinción de una obligación y el inmediato nacimiento de otra. Ésta razonada crítica, no solo anticipa el tormentoso porvenir que nos deparará el estudio de este instituto, sino que también nos presenta nuestra primera conclusión: Nuestro eximio codificador⁴ basó su definición en el derecho romano, específicamente en el digesto de Justiniano, que rezaba: “Novatio est prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio”⁵, sin medir acabadamente la desavenencia que tal definición podría acarrear dentro de un ordenamiento legal, que contrariamente al tradicional derecho romano, amparaba la libre transmisibilidad de los derechos y obligaciones.

Esta referencia a la antigua Roma, nos da pie para -brevemente- ahondar en la historia de este instituto, donde todos nuestros destacados doctrinarios⁶ coinciden en que la época de esplendor de la novación fue durante la vigencia del derecho romano, en aras al carácter personalísimo atribuido al vínculo obligacional. En efecto, la única vía posible de transmisión de la obligación era a través de su novación. Desde luego, que a partir de la admisión de la transmisibilidad de las obligaciones, la novación ha entrado en un franco desuso. De hecho, sendos países han encontrado hasta superflua su legislación, entre ellos Alemania. Otros, como los Suizos e Italianos simplemente se han limitado a legislar la novación objetiva⁷.

Ante tales antecedentes, ¿Cómo no iba a ser teóricamente complejo justificar la novación de las obligaciones concursales, cuando históricamente dicho instituto fue empleado con otra finalidad?

Frustrantemente, a este interrogante se le agregan los poco claros (y si se me permite el término, pobres) argumentos exteriorizados por los propios mentores de la reforma normativa. Quienes en su afán de justificar la inclusión del extraño instituto, pretendieron hacer “...una defensa más fuerte del crédito, con una mayor seguridad en el tráfico mercantil.”⁸. Paradójicamente, las dispares interpretaciones a través de la cual la jurisprudencia ha castigado a la novación concursal, han terminado por darle la finalidad inversa a la pregonada por sus artífices.

Esta desavenencia jurídica, nos demuestra -una vez más- que difícilmente las alquimias jurídicas atienden a la finalidad deseada, más allá de la noble y destacable intención de los alquimistas. En efecto, el legislador concursal pretendió introducir un instituto ajeno a la materia, desnaturalizarlo coartando sus efectos más importantes, a fin de dar “una mayor seguridad en el tráfico mercantil” (¿?)

Definitivamente, estos alquimistas nunca tuvieron la más remota posibilidad de que el resultado de su experimento sea oro.

Elementos del Instituto y la segunda paradoja [\[arriba\]](#)

Al unísono nuestra doctrina⁹ ha concluido que para que pueda hablarse de novación, es necesario que el negocio jurídico cumpla con cuatro elementos constitutivos, a saber: 1) existencia de una obligación anterior; 2) creación de una obligación nueva; 3) voluntad de sustituir una obligación por otra o “animus novandi”; y 4) que exista una diferencia distintiva de una y otra obligación.

Puntualmente, este informe se circunscribirá al análisis del cuarto elemento, que desde el punto de vista teórico, es el más atractivo a la luz de la novación concursal.

Ahora bien, exegéticamente resulta indispensable que la diferencia entre la obligación primitiva y la novedosa tenga un marcado signo distintivo, en tanto y en cuanto, si no hubiese cambio alguno, nos encontraríamos ante un reconocimiento de deuda existente y no ante una nueva obligación¹⁰. En efecto, y en aras a que en la novación concursal el elemento distintivo es la causa (novación objetiva), es indispensable analizar si la causa de la nueva obligación es en términos doctrinales suficientemente distintiva.

Ante tal interrogante, lamento anticipar al lector que la diferencia entre la obligación primogénita y la nueva no cumple con el tradicional elemento distintivo.

Veamos porque:

El artículo 43 de la ley 24.522, determina que las propuestas concursales “...pueden consistir en quita, espera o ambas...”, la práctica nos muestra que generalmente implica ambas, y que además, el pago se parcela en cuotas (ya sean anuales o mensuales). En efecto, y pese a lo que nuestro sentido común podría indicarnos, las modificaciones al monto¹¹, tiempo¹² y/o modo¹³ de cumplimiento de las obligaciones no han sido reputadas por nuestra jurisprudencia como diferencias distintivas.

Increíblemente, lo que nuestra ley concursal define como novación, no cumple con los elementos constitutivos del instituto sentados por el Código Civil, o al menos con la interpretación que tanto nuestra doctrina como nuestra Jurisprudencia han sabido forjar.

En resumidas cuentas, nuestro análisis nuevamente se topa contra una nueva paradoja: la ley concursal habla de novación, aun cuando no cumple con los elementos constitutivos preestablecidos por nuestro Código Civil.

Para la tranquilidad del lector, nuestra doctrina¹⁴ ha justificado la posibilidad de que la novación sea prescripta por imperio de la propia ley, más allá de que se comprueben o no los presupuestos establecidos por el Codificador. Que en resumidas cuentas, significa un oasis en el monumental desierto teórico dentro del cual nos han sumergido nuestros beneméritos alquimistas.

Naturaleza jurídica y la tercer paradoja [\[arriba\]](#)

Ante las titánicas desavenencias teóricas, que con las limitaciones inherentes a este autor se pretendieron plasmar en el presente, han sido pocos los valientes que se han atrevido a justificar la naturaleza jurídica de la novación concursal. Uno de los pocos maestros, ha sido el Dr. Martorell¹⁵, quien tilda al negocio en cuestión como una novación objetiva legal¹⁶, que prescinde de la expresa voluntad novatoria exigida por el art. 812 del Código Civil.

El perspicaz lector, habrá notado que a la salvedad de los efectos novativos efectuada por el legislador en la última parte del art. 55, se le suman otras salvedades hecha por nuestra doctrina a fin de cuadrar el instituto. En efecto, y por imperativo legal se restringe la extinción de las obligaciones de los codeudores (art. 810 Cod. Civil), como así también se cercena la extinción de las obligaciones accesorias (léase: garantías reales y personales). A su vez, y por imperativo doctrinal, se prescinde de la expresa voluntad novatoria o “animus novandi”.

Por lo tanto, y para estupor del lector, de los cuatro elementos determinativos del instituto, la novación concursal únicamente cumple con los dos primeros (la existencia de una obligación anterior y creación de una obligación nueva). Pero prescinde de lo que a criterio de este autor son igualmente determinantes del instituto, como son el “animus novandi” y la diferencia distintiva de la nueva obligación.

El silencio de la reforma del Código Civil y Comercial [\[arriba\]](#)

Hace ya muchos años, un poeta escribió: “No digas nada, no preguntes nada. / Cuando quieras hablar, quédate mudo: / que un silencio sin fin sea tu escudo / y al mismo tiempo tu perfecta espada.”, este cantar puede a la perfección caracterizar a la nueva reforma del código civil y comercial de la nación, que deliberadamente excluyó de su reforma a la ley 24.522, y con ella refrendó nuestro actual sistema de restructuración de deudas.

Sepulcralmente, el artículo 5 de la ley que aprueba el nuevo código unificado prescribe que “Las leyes que actualmente integran, complementan o se encuentran incorporadas al Código Civil o al Código de Comercio ...mantienen su vigencia como leyes que complementan al Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por el artículo 1° de la presente”. Sellando así, la suerte de nuestro régimen concursal que incólume complementa la nueva reforma del código civil y comercial de la nación.

Ríos de tinta han surcado tanto la doctrina como de la jurisprudencia, haciéndose ver como la pura casuística ha develado sendas inconsistencias normativas, que sin la menor duda, podrían haber sido subsanadas por esta reforma legislativa, entre ellos la cuestión debatida en el presente trabajo.

No olvidemos, que el sistema de reestructuración de deuda es un pilar esencial en el fortalecimiento de la seguridad jurídica y en el tráfico comercial. Por lo que, desde el punto de vista concursal, esta reforma será catalogada como el desperdicio de una inmejorable oportunidad para enmendar o encarrilar las inconsistencias advertidas en estos más de veinte años de vigencia de la ley 24.522.

Conclusión [\[arriba\]](#)

Como colofón, no vale más que preguntarse ¿para qué arreglar lo que no está roto?

El régimen de la ley 19.551, inspirado por el art. 32 de la ley 4.156, repetida por el art. 44 de la ley 11.719, e inspiradas en la ley concursal italiana de año 1932, acarrea una larga y fértil tradición legislativa en nuestro país. Por lo que, su modificación por una alquimia jurídica (como la novación concursal) al único efecto de garantizar “una mayor seguridad en el tráfico mercantil”, solamente puede ser justificado como una esquizofrenia legislativa. Especialmente, cuando gracias a las múltiples críticas junto con las dispares interpretaciones, han terminado por darle a la novación concursal la finalidad inversa a la pregonada por los reformistas.

Notas [\[arriba\]](#)

- 1 MARTORELL, E. “Tratado de Concursos y Quiebras” Ed. Depalma. T. II-B, pag.
- 2 Art. 801 Cod. Civil
- 3 BORDA, G. “Tratado de Derecho Civil - Obligaciones” Ed. Perrot- Sexta Edición. T. I, pag. 627.
- 4 Ver nota al Art. 801 Cod. Civil; LAFAILLE, H. “Derecho Civil - Tratado de las Obligaciones” Ed. Ediar S.A. Editores. T. VI, pag. 380.
- 5 Digesto Libro XLVI, Ley 1, Título 2.
- 6 BORDA, G. ob. cit. T. I, pag. 628; LLAMBIAS, J. “Tratado de Derecho Civil - Obligaciones” Ed. Perrot - Tercera Edición. T. III, pag. 26; LAFAILLE, H. ob. cit. T. VI, pag. 379.
- 7 BORDA, G. ob. cit. T. I, pag. 628/9.
- 8 RIVERA, J.C. - ROITMAN, H. - VÍTOLO, D.R. “Ley de Concursos y Quiebra” Ed. Rubinzal - Culzoni. T. I, pag. 400.
- 9 BORDA, G. ob. cit. T. I, pag. 629 y sig.; LLAMBIAS, J. “Tratado de Derecho Civil - Obligaciones” Ed. Perrot - Tercera Edición. T. III, pag. 28 y sig.; LAFAILLE, H. ob. cit. T. VI, pag. 381.
- 10 LLAMBIAS, J. ob. cit. T. III, pag. 35.
- 11 CNCiv. 25/10/46, G.F., t. 187, p. 305; CNCiv. 08/07/43, JA 1943-III, p. 388; C. Apel. Rosario, 13/07/1943, LL t. 31, p. 387; BORDA. G, ob. cit. T. I, pag. 634; LLAMBIAS, J. ob. cit. T. III, pag. 42.
- 12 CNCiv.30/11/1937. JA t. 60, p. 461; CNCiv. 07/11/1940, LL t. 21 p. 103; CNCCom. 26/03/1952, JA 1952-III, p. 395; BORDA. G, ob. cit. T. I, pag. 634; LLAMBIAS, J. ob. cit. T. III, pag. 42.
- 13 CNCiv. 05/10/1940, JA t. 73 p. 936; CNCCom. 20/02/1934, JA t. 45, p. 360; BORDA. G, ob. cit. T. I, pag. 634; LLAMBIAS, J. ob. cit. T. III, pag. 42.
- 14 SALVAT, R. “Obligaciones”, 6ta. Edición, T. III, N° 1637b, p. 7/8; citado por LLAMBIAS, J. ob. cit. T. III, pag. 51.
- 15 MARTORELL, E. ob. cit. T. II-B, pag. 667
- 16 CNCCom. Sala F, 06/12/2011: “Productora Arenales S.A. c/ Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música s/Ordinario - S.A.D.A.I.C. C/ Ideas del Sur S.A. s/ Ordinario”; Sala D, 10/04/08: “Catter Meat S.A. s/ Concurso Preventivo s/ incidente de apelación promovido por la concursada”; y “Aerolíneas Argentinas s/ Concurso Preventivo s/ incidente de verificación tardía

de crédito por Rachid, Jorge”; Sala A, 06/02/2009: “Banco Río de la Plata S.A. c/ SUMATIK S.R.L. s/ Ejecutivo”. cf. HEREDIA, Pablo “Tratado Exegético de Derecho Concursal” - Ed. Abaco de Rodolfo de Palma, T. II, pág. 239; RIVERA, Julio C., “Instituciones de Derecho Concursal”, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. I, pág. 318/9; CÁMARA, Héctor, “El concurso preventivo y la quiebra”, T. II, pág. 538/9; ROUILLON, Adolfo A. N., “Régimen de concursos y quiebras”, Ed. Astrea, pág. 159/60.

© Copyright: Universidad Austral