



LA NOVACION. ASPECTOS HISTORICOS, CONCEPCION ACTUAL Y TIPOLOGIAS DE LA NOVACION OBJETIVA

Dra. María de los Angeles Soto Gamboa.

INDICE

ADVERTENCIAS PRELIMINARES.	22
CAPITULO I	
I. Aspectos históricos de la novación.	23
A. Evolución romanista del instituto.	23
B. La llamada "crisis de la novación": ejemplo de la legislación civil alemana.	26
II. Concepción actual del instituto en la legislación y jurisprudencia italiana y costarricense.	27
A) Situación del instituto en la legislación civil, cual modo de extinción de las obligaciones.	27
B) La novación objetiva como fenómeno extintivo.	28
C) La particularización del instituto: diferencias y afinidades con la novación subjetiva.	29
III. Tipologías de la novación objetiva.	31
A) La novación objetiva expresa.	31
B) La novación objetiva tácita.	31

ADVERTENCIAS PRELIMINARES.

La presente investigación* ha sido realizada, con motivo de la Beca otorgada por la Universidad de Costa Rica, durante el bienio 1975-1977, para efectuar estudios de Especialización en la rama de Derecho Civil, en el Instituto de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa, bajo la guía del profesor UGO NATOLI.

Tiene como finalidad específica, el examinar la novación objetiva, cual causa de extinción de las obligaciones, en la legislación y jurisprudencia italianas, comparándola con el régimen normativo-jurisprudencial costarricense. Con ello no se pretende realizar un análisis exhaustivo del problema, sino solamente observar las divergencias en la concepción del instituto en dos legislaciones. Para ello, se utilizó la bibliografía específica del Instituto de Derecho Privado, así como las colecciones jurisprudenciales existentes, investigándose las sentencias civiles de los Tribunales italianos de 1946 a 1975. Con respecto a la situación costarricense, en vista que hay carencia, tanto de material bibliográfico como jurisprudencial, no resulta un análisis tan rico y variado como en el italiano, pero se utilizaron al máximo, las fuentes informativas que se poseían.

Estructuralmente, el trabajo se ha dividido en

tres capítulos: un primer capítulo, es dedicado al estudio de la institución en sus orígenes, hasta la llamada "crisis de la novación", su concepción como especie fáctica, sus diferencias con la novación subjetiva, así como los tipos de novación objetiva reconocidos doctrinalmente: expresa y tácita.

Un segundo capítulo, analiza los principales requisitos de la institución: la existencia de una obligación originaria, la nueva relación surgida y el "animus novandi" o intención novativa. El tercero y último, tiende a examinar la naturaleza y efectos del instituto y las discusiones surgidas alrededor de ellos. Finalmente, un análisis de la similitud del instituto con la dación en pago. Para concluir el trabajo, se enuncian unas pequeñas conclusiones sobre el tema.

Quisiera a la vez, dejar constancia de mi inmenso agradecimiento al Prof. Natoli, quien con sus consejos, sugerencias, préstamo de material y sabia guía, hizo posible la realización de la investigación. Asimismo, extendiendo mis agradecimientos al personal docente y administrativo del Instituto de Derecho Privado, que me acogió, como una más de sus miembros y me brindó la ayuda y la amistad, durante mi permanencia en esta Universidad Italiana.

Pisa, noviembre 1977.

* Por ahora se publica su primer capítulo.

CAPITULO PRIMERO

I. ASPECTOS HISTORICOS DE LA NOVACION.

A) Evolución romanista del instituto.

Para iniciar un estudio sobre la novación objetiva, debemos partir de sus bases, o sea de su determinación general como institución en el ámbito del Derecho Romano, ya que las transformaciones sufridas por la misma a través de las etapas de su evolución, posibilitará la comprensión del mecanismo estructuro-funcional de la institución hoy día.

Es ya conocido el principio civil romano de la intransmisibilidad de la relación obligatoria (1), que trajo como consecuencia, la creación de institutos integradores en la materia, expresados fundamentalmente, en la novación, concebida en sus primeras etapas, muy diversamente a como se conoce en el Derecho Civil moderno.

Iniciando el estudio del instituto en su evolución romana, se nos presenta, el problema suscitado alrededor del origen de la novación, en el período romano arcaico, y es Mitteis (2) quien señala que el instituto novativo, está profundamente unido a la existencia de la "sponsio", como asunción de garantía, que operaba cuando el garante o "sponsor" intervenía en una relación obligatoria anterior, sustituyendo al primitivo "obligatus", que se liberaba automáticamente, debido a la imposibilidad de una coexistencia de más obligados en la misma deuda (3).

Se tendrían así, dos obligaciones, una sucesiva a otra e "inter novas personas", con el efecto de

que un nuevo "sponsor" entra en el puesto de un anterior obligado, con lo que la misma viene "trasfusa atque traslata". Es decir, se inicia la concepción del instituto como una sustitución subjetiva, que provoca una obligación nueva.

La posición de SALPIUS, representa otra idea sobre el origen del instituto novativo: según el autor, la novación encuentra su origen en un aspecto de orden procesal: es el binomio novación-litis contestatio. Llega el autor a tal conclusión, partiendo de la observación de que la extinción de la obligación en el proceso, resulta de la reunión de los presupuestos necesarios que configuran la fórmula, y la conexión entre la novación y litis contestatio, se realiza por medio de un acto formal de extinción de la obligación, razón por la cual, el tratadista afirma, que la institución había tenido su nacimiento en el proceso consuntivo: "*Die Novation war eine aussenprozessualische consumption*" (4).

Algunos autores, realizan una crítica a tal tesis, con base en que los clásicos no han acogido los dos institutos bajo una sola categoría, porque faltan los presupuestos necesarios, para conseguir una analogía de estructura y función, especialmente si se tiene en cuenta, que la litis-contestatio no es un contrato en el sentido romano, ni es fuente de obligaciones en sentido técnico (5).

Pasando a otro punto, expresamos que si bien el SALPIUS hace un análisis reflexivo sobre la relación de las dos figuras jurídicas, no compartimos tal intento de identificarlas, pues constituyen dos

- (1) Según WEILL, Alex, TERRE, Francois, *Droit Civil-Les obligations*, 2a. Edition, Dalloz, París, 1975, p. 991, el Derecho Romano no admitió, la idea de la transmisión de la relación obligatoria, por lo que recurrió en principio a la novación por cambio de acreedor: "Se recurrió primero a la novación por cambio de acreedor: el nuevo acreedor estipulaba al deudor el monto de la deuda; la obligación que existía en provecho del acreedor: obtenía un crédito nuevo. Por lo que no se producía ninguna transmisión del crédito, sino la sustitución de un crédito a otro: las garantías —como las hipotecas— que pertenecían al antiguo acreedor, no pasaban al nuevo, por lo que el deudor no podía invocar contra el nuevo acreedor, las excepciones que pudiera hacer valer contra el antiguo. La operación exigía el consentimiento del deudor pudiéndose oponer éste a la estipulación del nuevo acreedor. La novación no llenaba el mismo papel que la cesión de créditos. Realiza un enfoque similar, ESPIN, Diego, *Manual de Derecho Civil Español*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, Vol. III, p. 151.
- (2) Esta tesis es citada por BETTI, Emilio, *Teoria Generale delle Obligatione*, III-2, Milano, Giuffrè, 1955, p. 115—6. Critica tal tesis, BONIFACIO, Franco, *La novazione nel diritto romano*, 2a. ed. Napoli, Jovene, 1959, p. 4, al expresar: "Se parte con mucha seguridad del presupuesto de que la novación tenga mucha antigüedad, y en consecuencia, se busca su razón de ser institutos arcaicos, con lo que se confunde la investigación del problema, con la de la estructura original de la "sponsio", al afirmarse que la "novatio" tiene un origen casi igual al del instrumento con que se actuaba, hipótesis que no es valedera.
- (3) BETTI, op. cit., p. 115—6. En Bonifacio, op. cit.: p. 3, se expresa que según el romanista suizo Meylan, el primer caso de novación limitado a dos sucesivas "sponsiones de idem inter diversas personas", explicable a la luz de las ideas del Mitteis sobre el origen de la sponsio como negocio de garantía: es la "obligatio verbis" la que habría dado un verdadero y propio derecho absoluto al sponser, garante de una prestación esperada por un tercero, y por ello no siendo posible, que por una sola obligación se constituyeran más sponsors, la intervención del nuevo "sponsor", habría provocado automáticamente la liberación del precedente obligado". Asimismo MARTORANA, Michele, *La novazione nel diritto civile italiano*, Soc. Orazio Fiorenza, Palermo, 1924, p. 5.
- (4) Citado por BONIFACIO, op. cit., p. 1. A propósito de la tesis del Salpius, BETTI, op. cit., p. 117, opina que tomando en cuenta los requisitos esenciales, se puede identificar la operación, con el fenómeno de una convención de la relación, por absorción y que por ello, presenta cierta analogía, con la consumación procesal, en la que la litis-contestatio "marca contemporáneamente, con el nacimiento de la relación procesal (iudicium), la extinción de la obligación deducida en juicio".
- (5) BONIFACIO, op. cit. p. 5, expresa que el "condemnari oportere" de que habla Gayo (3.180), indica solamente la necesidad jurídica de que se condene al convenido, cuando se haya fundado la pretensión deducida por el autor en juicio. En el mismo sentido, WINDSCHEID, Bernardo, *Diritto delle Pandette*, Vol. Primo, Parte Primera. Trad. italiana de FADDA y BENSÀ, Torino, UTET, 1902, p. 1181.

instituciones de aspectos del derecho, separables entre sí: la de orden procesal, y la de derecho de fondo, lo cual hace difícil la aceptación de su hipótesis.

Procederemos entonces, a examinar, la evolución sufrida por el instituto novativo, en el período clásico y justinianeo.

En la época clásica, la figura de la "stipulatio", es la que se asemeja a la novación, sobre todo si se tiene en cuenta sus efectos, pues este contrato se realizaba mediante un acto formal, en el que la obligación originaria, se encontraba en la fórmula, en la parte interrogativa, a la que la nueva, vendría a sustituir, produciendo su desaparición (6). Esta idea fue plasmada en ULPIANO, Digesto, 46, 2, 1 al definirla así: "*novatio est prioris debitum in aliam obligationem transfusio atque translatio*" (7), con lo que se determina la eficacia estructural del instituto novativo en este período, considerándose tal efecto, como constitución de una nueva obligación, que se actuaba por el traslado de la antigua a la posterior estipulación, transfundiéndose. Por lo que la obligación originaria se extinguía en cuanto su contenido viniera transferido y absorbido en la obligación nueva, poniéndose de manifiesto ya desde esa época, el doble efecto extintivo-constitutivo, al agregarse a la definición ulpiana la frase "*ita nova constituatur, prior perimatur*" (8).

Los efectos extintivos-constitutivos de la novación en este período clásico, nacen del "titulus" en la estipulación, que reclama en su formulación, la obligación precedente y une su extinción a la constitución de una nueva (9). La estipulación provocaría entonces el efecto extintivo, cuando se produjera una incompatibilidad entre la obligación nueva y la originaria o prior-obligatio (10).

Fijando algunas diferencias con el instituto hoy día, la novación romana clásica requería una

identidad en el objeto, respecto a la obligación originaria, por lo que se habla de *idem debitum* (identidad de deudas), es decir, que respecto a la obligación antigua, el objeto se mantenía el mismo en ambas relaciones, por lo que el "*aliquid novi*" o elemento nuevo, consistía en el "*interventus novae personae*", o en cualquier cambio producido en los elementos accesorios de la "*prior-obligatio*", o inclusive concretarse en la estipulación, es decir en la nueva forma dada a la obligación primitiva, pero sin alterarse esencialmente, el objeto de la relación precedente (11).

Otro punto que se debe resaltar, es que en la novación clásica, se carecía del requisito de la voluntad de las partes, para extinguir la obligación primitiva, derivando la eficacia novativa del "*titulus*" que reclamaba en su formulación, la obligación precedente, y unía su extinción a la constitución de una obligación nueva (12).

Tratando de concretar los requisitos necesarios para que se produjera la novación en el Derecho Romano Clásico, podríamos enumerarlos de la siguiente manera: 1) Existencia de una obligación a extinguir. 2) Entrar en su puesto una obligación nueva, asumida por el mismo deudor y hacia el mismo acreedor. 3) Identidad en el contenido o "*idem debitum*" (13) y 4) La solemnidad del acto novativo (14).

Como se ha señalado, en el período clásico, el instituto de la novación objetiva, era bastante diferente de como se le concibe hoy en día: carecía del "*animus novandi*" como elemento configurativo, así como el "*aliquid novi*", pues se realizaba la novación con identidad en el contenido: la obligación novante debería poseer el "*idem debitum*", o sea el mismo objeto que la originaria, y los cambios introducidos, se referían a los elementos accidentales de la "*prior obligatio*" no a su esencia.

En la evolución del instituto, la edad post-clá-

- (6) Explica MARTORANA, op. cit., p. 5, "que en efecto, en el derecho formalista, el negocio jurídico era la stipulatio (forma rigurosa) y la novación era el efecto jurídico de ella en relación a la stipulatio preexistente, o al preexistente contrato consensual o real". Ibíd. SANCHO REBULLIDA, Francisco, *La novación de las obligaciones*, Nauta, Barcelona, 1964, p. 74, quien explica que la estipulación era titulada, cuando en el propio formulario se incluía la producción de la obligación que se extinguía. Si la obligación nueva siendo de *idem*, no se refería a la antigua, no se
- (7) Sobre el significado de la expresión, vid. PUGLIATTI, Salvatore, voz "*Animus*" en *Enciclopedia del Derecho*, Milano, Giuffrè, 1958, T. II, p. 452. En cuanto a tal frase, señala BUCCISANO, Orazio, *La novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 70, que tiene solamente un valor descriptivo.
- (8) ESPIN CANOVAS, op. cit. p. 150.
- (9) BUCCISANO, op. cit. p. 100, quien a su vez afirma que la estipulación tenía un carácter prevalentemente constitutivo, pues creaba una obligación, no su extinción, por lo cual los romanistas se han ocupado de investigar la virtud extintiva de la "stipulatio" romana.
- (10) BUCCISANO, ibíd. No. 9.
- (11) ANDROLI, Marcelo, *La novazione tacita oggettiva*, Magione edit., Roma, 1929, p. 10.
- (12) PERSICO, Giovanni, *L'Eccezione d'inadempimento*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 200. Para PUGLIATTI, op. cit. p. 452, la exclusión del *animus novandi*, no significa que se prescindiera enteramente de la voluntad de las partes. Al contrario, considera que fundamento de la novación es la voluntad de las partes, al que el derecho objetivo reconoce valor, y esta voluntad, encontraba su expresión en la fórmula, que era la forma de perfeccionarse la stipulatio. Podría decirse, que una vez pronunciada la fórmula, no es más la voluntad de novar, sino la fórmula misma de la cual el efecto jurídico deriva.
- (13) ELEFANTE, Agostino, voz *Novazione-Diritto Romano*, en *Novissimo Digesto Italiano*, dir. por AZARA y EULA, Vol. XI, Torino, UTET, 1965, p. 426, señala que el requisito del "*aliquid novi*" no fue nunca requerido en relación a la obligación nueva, sino en relación a la estipulación, en la que se sustentaba la novación.
- (14) ELEFANTE, op. cit. p. 426, destaca la importancia de la solemnidad y formalidad del acto novativo.

sica y justinianeana, representa un avance en la configuración del fenómeno novativo, pues se inicia su definición, asimilándose en una primera fase a la remisión, condicionada a la creación de una obligación nueva. Por lo que de acto meramente extintivo, como se concebía en la época republicana, se transformó en un fenómeno conjunto e inescindible, extintivo-creativo al mismo tiempo, asumiendo en la Edad del Bajo Imperio, una naturaleza doble, de remisión de la antigua obligación y de creación de una nueva, con un trato unitario, constituido por el hecho de que la primera, era condición necesaria de la segunda, pues tal era la voluntad de las partes (15). Es en esta época, en que se comienza a requerir el elemento intencional para la realización de la sustitución de las dos obligaciones, adquiriendo posteriormente, carácter de elemento fundamental en la estructura de la institución (16).

En realidad, la voluntad de extinguir, no podría haber tenido sentido en el antiguo derecho, ya que el formalismo que unía el efecto novativo, a la segunda estipulación, no ahondaba en la intención de las partes, sino que la fórmula representaba ese querer de los contrayentes. La reforma de Justiniano introdujo, una inevitable autonomía entre el efecto liberatorio automático, que en la concepción de la antigua novación, se unía al hecho objetivo de la identidad de la deuda, y el requisito del "animus novandi", con declaración explícita (17).

La segunda gran innovación del Derecho Justiniano, consistió en la introducción del "aliquid novi" o elemento nuevo. El "idem debitum" de la época clásica, consistente en la identidad del objeto de la precedente obligación y de la nueva, cede a la admisión de una variación esencial en el objeto de la obligación originaria (18).

Habiendo examinado el instituto novativo en sus primeras etapas, se nota una gran diferencia con el período clásico, a como es concebido el instituto en nuestros días; la novación era el efecto

jurídico de la estipulación, mientras que en el derecho moderno prejustiniano, ha ido perdiendo importancia el formalismo, frente al elemento intencional: el negocio jurídico no tiene ya necesidad de una forma especial, pues la libertad de contratación de las partes, viene a constituir el efecto de tal libertad, en relación al negocio jurídico preexistente (19). Modernamente, el instituto se caracteriza por ser un contrato típico, estructuralmente formado por el "animus novandi", expresado formalmente o tácitamente, (20) y funcionalmente, por la producción de un efecto doble extintivo-constitutivo. En esta nueva concepción, el término novación, se utiliza para designar el efecto novativo y a la especie fáctica correspondiente (21).

Analizando la evolución del instituto, y observando su perfil objetivo, podríamos decir, que la institución en sus bases, tenía lugar entre las mismas personas, por lo que, se le podría dar una calificación, de simple modificación de la relación originaria, a través de la inserción, supresión o variación de algún elemento estructural del instituto novativo, pero no así de la obligación como tal, pues el requisito de la novación clásica, es la identidad de la deuda, y es posteriormente, —que al introducirse el elemento nuevo— que en la novación subjetiva es el nuevo acreedor o el nuevo deudor, es aquí un elemento estructural del acto, por lo que es viable concluir, que en el derecho romano clásico, no era posible la novación objetiva calificada como tal: por cambio de objeto. Se explica perfectamente esta situación, ya en este primer período, la intrascendencia del "animus novandi" y la necesidad de un elemento objetivo, extraño a la voluntad negocial, del que depende el efecto novativo, era precisamente el "idem debitum", escapando a la definición ulpiana de novación (22). Situación que varió posteriormente, cuando el "animus novandi" y el "aliquid novi", permitieron configurar la novación objetiva como la conocemos hoy, una institución idónea a provocar la

(15) ELEFANTE, op. cit. p. 431.

(16) PERSICO, op. cit. p. 220. Sobre el particular, sostiene ANDREOLI, op. cit. p. 10, que el rígido principio de la eficacia extintiva formal, propia de la "stipulatio", se fue atenuando gradualmente, reconociéndose la voluntad efectiva de las partes, y dándose prevalencia al elemento psicológico, frente a la rigidez de la forma, y es, según el tratadista, con la escuela de Papiniano, que se reconoce como requisito esencial del instituto, al "animus novandi", sin el que no podría producirse la novación.

(17) Al respecto PUGLIATTI, op. cit., p. 452, expresa: Se ha sostenido que al declino de la época clásica, pero pre-justinianeana, en relación con la progresiva desaparición del rigor formal, se vino poco a poco, afirmando el requisito del animus novandi, cuya existencia era presunta, algunas veces, contestándose el principio inderogable, de que el vínculo obligatorio, solamente puede remitirse, merced a un acto solemne. Señala posteriormente el autor, que la constitución del Emperador Leone del 472 (Cod. 8, 37, 10) le dio un gran impulso a la valoración del animus novandi, señalando la prevalencia de la "voluntas sui verba". En el mismo sentido, ELEFANTE, op. cit. p. 426, PERSICO, op. cit. p. 200; SANCHO REBULLIDA, op. cit. p. 84; BONIFACIO, op. cit. p. 176.

(18) ANDREOLI, op. cit. p. 10.

(19) MARTORANA, op. cit. p. 5.

(20) Sobre la novación objetiva tácita, ver, infra, III, B—, de este capítulo.

(21) BUCCISANO, op. cit. p. 105.

(22) SANCHO REBULLIDA, op. cit. p. 55, concluye diciendo que cuando se habla de novación objetiva en el Derecho romano clásico, el cambio debe referirse a la naturaleza, forma o estructura del acto generador de la nueva obligación: no al cambio de su contenido, que debe ser siempre el mismo de la anterior.

extinción de una obligación primitiva por la alteración de su objeto o causa, cambio que se manifiesta a través de una intención novativa.

B. La llamada "crisis de la novación": ejemplo de la legislación civil alemana.

La novación tuvo un gran interés práctico en el Derecho Romano, debido a la existencia del principio de la imposibilidad de la transmisión de obligaciones, razón que aceleró la creación de la institución, para poder permitir al acreedor, negociar su crédito y servirse de su valor. En un principio, la novación que más se practicaba era la subjetiva, por cambio de deudor, no así la objetiva, que fue estructurada con Justiniano. Sin embargo, la importancia que a la novación se le dio, en épocas pasadas, ha disminuido considerablemente en nuestros días, pues actualmente la mayor parte de su utilidad práctica, es obtenida por procesos técnicos más modernos (23), ya que a medida que se ha ido afirmando, la transmisibilidad de las obligaciones, la cesión de créditos es la institución que ha absorbido todo el interés, especialmente en cuanto a la novación subjetiva (24).

La creación de la institución de la cesión de créditos, ha determinado la escasa utilidad del instituto novativo sobre todo, desde el punto de vista subjetivo, pero no así desde el perfil objetivo, sosteniendo algunos autores, que para realizarse un profundo y verdadero cambio sustancial en el objeto de la relación obligatoria que determine su extinción, todavía es la novación el modo más idóneo a realizarlo (25). Sin embargo, son pocos los casos en la vida moderna, que se presentan, y en los que se debe realizar no solo una función traslativa, sino extintiva de la relación jurídica, situación que explica la declinación persistente de la institución, que se ha manifestado particularmente en la legislación civil alemana, cuyo Código, admite la

transmisión directa de los créditos y de las deudas, con lo que la novación subjetiva ha sido relegada a un segundo plano, y la objetiva, se ha considerado como un tipo de dación en pago. Hedemann concibe al instituto novativo, como una colocación de una relación obligatoria nueva, en el lugar que ocupaba la existente hasta entonces. Señalando el autor alemán, que el fundamento de la novación no está regulado en B.G.B., porque casi siempre la obligación resulta demasiado grávida, y debe ser sustituida por otra más ágil y usual (26).

Es por ello, que por vía interpretativa, se debe establecer con exactitud, si realmente la voluntad de las partes ha sido el extinguir o no, la antigua relación obligatoria. Es muy posible, y en la práctica, quizá incluso predominante, que junto a la nueva relación obligatoria, deba seguir existiendo la anterior. En vista de esta situación, podríamos señalar, que el decaimiento del instituto debe revisarse, sobre todo en la inclinación de los particulares a conservar las relaciones obligatorias, más que a extinguirlas, cuando no sea realizado y agotado el interés que ha suscitado la constitución de la misma, así como a conservar los demás elementos accesorios que sirvan como garantías y tiendan a reforzar la obligación (27).

Para otros autores, el decaimiento del instituto será más importante desde el punto de vista práctico, que dogmático, pues no es fácil establecer en qué consista la identidad entre la antigua y la nueva obligación, para lo cual se necesita darle al instituto una posición autónoma y eficiente, tendiente a reglamentar la modificación y extinción de la relación obligatoria (28).

Otra posición tiende a interpretar tal decaimiento, como una consecuencia de la revalorización del principio de la libertad de contratación, que justifica y explica la operación sustitutiva de las relaciones, que hace inútil tomar reglamenta-

- (23) SANCHEZ REBULLIDA, op. cit., p. 145, expresa que la doctrina en general, consideró la novación como una institución en crisis: había perdido su razón de ser. La transmisibilidad de los derechos de crédito y la modificabilidad de su contenido, —consecuencia de la preeminencia del animus— la hacen relegable a la época histórica que la rigidez de las concepciones obligacionales determinaron su nacimiento para satisfacer necesidades del tráfico". Sobre el particular, véase también WEILL-TERRE, op. cit. p. 1061; MARTY-RAYNAUD, *Droit Civil-Les obligations*, Tomo II, Vol. I, Sirey, París, 1962; p. 839; BETTI, op. cit. p. 119.
- (24) RESCIGNO, Pietro, *Manuale del Diritto Privato Italiano* Napoli, Jovene 1974, p. 546, opina que el instituto, en los ordenamientos modernos y sobre todo en países de avanzado desarrollo económico, recibe una aplicación cada vez más reducida, y cita el caso del Código Civil Alemán, en el que la novación no ha sido siquiera considerada.
- (25) En este sentido, SANCHEZ REBULLIDA, op. cit. p. 145 y 180, refiere a la doctrina francesa, la cual sostiene que la novación objetiva, es todavía vigente para producir una variación en el objeto de la obligación, que determine su extinción: "sigue siendo el único procedimiento jurídico conveniente, pero la rareza de este caso, explica la restringida vitalidad de la novación a la hora presente". MARTORANA, op. cit. p. 3, señala que el instituto, entendido en su esencia, tiene en el derecho moderno razón de ser y utilidad práctica, pues responde a una necesidad real, que en virtud del principio de la libertad de contratación, debe ser tomado en consideración y disciplinado en sus efectos.
- (26) HEDEMANN J.W., *Tratado de Derecho Civil*, Vol. III, obligaciones (Trad. de Santos Briz), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 201. Al respecto, comenta ESPIN op. cit. p. 224, que la transmisión de las deudas en la legislación civil alemana, se realiza a título singular inter-vivos, sin mediación de la novación, instituto que el derecho civil francés, tomó del Derecho Romano.
- (27) RESCIGNO, Manuale, op. cit. p. 546, expresa que no comprende las recientes propuestas doctrinales que tratan de revalorizar el instituto, y considera que contrariamente, es justificable, una lectura del sistema, así como también en el régimen de la novación objetiva, que reduzca a las dimensiones sugeridas por la concreta experiencia de los intereses privados.
- (28) MICCIO, Renato, *Delle obbligazioni in generale*, TORINO, UTET, 1966, p. 298. En el mismo sentido, BARASSI, Ladovico, *La Teoria Generale delle Obbligazioni*, Vol. I, Milano, Giuffrè, 1941, p. 236.

ciones formalistas de legislaciones primitivas abandonadas actualmente (29).

Existe sin embargo, según un tratadista italiano, una tendencia a darle de nuevo valor al instituto, ampliándose el concepto, dándosele varias aplicaciones, sea en tema de relaciones obligatorias, sea en campos distintos del derecho privado, concluyendo, que es reciente, una nueva meditación medida y atenta, que testimonie la actualidad del interés, en darle una autonomía lógica a la novación, dentro del cuadro de las distintas especies fácticas extintivas onerosas de las obligaciones (30).

No obstante, las tesis expuestas que revelan por sí mismas el poco uso de la novación, como medio idóneo para extinguir las obligaciones, es importante anotar, que en la investigación realizada, se encontraron gran cantidad de pronunciamientos de los Tribunales italianos sobre el tema, lo cual podría constituir una pequeña indicación de que el instituto no ha sido totalmente inutilizado. Cosa muy distinta ha sucedido en Costa Rica, en donde los pronunciamientos jurisprudenciales son escasos y de poca importancia, razón que justificaría la afirmación de que el instituto novativo, regulado en el capítulo dedicado a "*los otros modos de extinguirse las obligaciones*", ha sido de poca utilidad práctica en nuestro medio.

II. CONCEPCION ACTUAL DEL INSTITUTO EN LA LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA ITALIANA Y COSTARRICENSE.

A) Situación del instituto en la legislación civil, cual modo de extinción de las obligaciones.

Se ha indicado en el aparte precedente, que la novación ha sufrido una evolución que consistió en el paso de una institución "remedio" a la intransmisibilidad de las obligaciones, a instituto tipificado como modo de extinguir las obligaciones en las legislaciones civiles modernas. En lo que mira a nuestro estudio, la novación objetiva, será enfocada dentro del cuadro general de la novación en la legislación civil italiana y costarricense.

La novación ha sido catalogada como un modo de extinguir las relaciones obligatorias no satisfactorio, debido a que el interés del acreedor no puede ser satisfecho en el momento de la extinción misma (31).

Existe en realidad una categoría de negocios destinados a incidir sobre una situación jurídica preexistente, determinando su modificación o su extinción (negocios dispositivos), pero la modificación o la extinción de la obligación, se coloca sobre el plano de la realización total o parcial del interés nuevo que el negocio expresa sin realizar el

(29) MARTY-RAYNAUD, op. cit. p. 839. Crean estos mismos autores, que valorar de nuevo el instituto, sería reenviar a los principios generales de los contratos, pues el Código Civil Francés, ha consagrado en disposiciones particulares, que dan originalidad a los convenios, razón por la cual el instituto novativo no tendría ya un uso en la vida de los negocios y particularmente en el comercio de las obligaciones, en donde aparecen todavía bienes objeto de transacción.

(30) PERLINGIERI, Pietro, "*Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*", Zanichelli, Bologna, 1975, p. 58. La aplicación del instituto a campos distintos del derecho privado, se observa principalmente en el derecho laboral italiano, en donde es frecuente recurrir al instituto para dar por extinguidas relaciones de trabajo, cuando ha ocurrido un cambio en el objeto de la relación laboral, por variación de categoría, o de labor desempeñada, a efectos del cómputo de la pensión de ancianidad. Véase sobre el particular, GALLIGANI, Giorgio, "*Dimissione del lavoratore seguito alla riassunzione e infrazionabilità della indennità di anzianità*", Estr. di Riv. di Diritto del Lavoro, anno XXI, Fasc. 2, aprile-giugno 1969, Giuffrè. MELCHIONI, Raffello, "*Novazione Oggettiva del rapporto di lavoro nei contratti collettivi del settore dell'industria, in Il diritto del Lavoro*, Vol. XLI, p. 308, anno 1967, Vol. II, Roma.; TOSI, Paolo, "*Inquadramento unico e indennità di anzianità*", Estr. de la Riv. Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Fasc. 2 Milano, Giuffrè, 1973.; DE AMBRI-CORRISONI, Filippo, "*Sulla possibilità della novazione nel rapporto di lavoro subordinato*", Rev. Giurid. del Lavoro, I, 1966, p. 321 Soc. Ed. Giurid. del Lavoro, Roma.; ARDAU, Giorgio, "*Licenziamento 'contra legem' o legittima novazione oggettiva del rapporto di lavoro*", Mass. Giurid. Lavoro, VI Serie, Anno XXXX, 1967, p. 85 y ss. NAPOLETANO, "*Novazione del rapporto di lavoro qualifica del lavoratore e indennità di anzianità*", Mass. Giurid. del Lavoro, 1961, p. 19 y ss. CRISCI, Nicola, "*Infrazionabilità della indennità di anzianità*", Foro Italiano, I, Vol. LXXIII, 1960, p. 280. TORRENTE, Andrea, "*In tema di computo della anzianità di servizio del prestatore di opera*", Foro Italiano, 1960, I, C. 116 (nota a la sentencia Ap. Bologna 14 de enero de 1957.). TABET, Andrea, "*Frazionamento della indennità di anzianità e passaggio di qualifica*", en Foro Italiano, 1961, I, C. 114. Ciaccio, Enrico, "*Il mutamento di qualifica del lavoratore stabile*", en Riv. Giuridica del Lavoro, 1954, II, p. 158. ARDAU, Giorgio, Ancora sulla novazione del rapporto di lavoro, en Orientamenti della Giurisp. del Lavoro, Publ. Trimestrale, Ed. Industriali S.A.: Milano; 1964, p. 326.

(31) Según satisfagan o no el interés del acreedor, expresa MESSINEO, Francesco, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, Vol. III, Milano, Giuffrè, 1959, p. 463, se puede hacer la distinción de los modos de extinción de las obligaciones, teniendo en consideración, si tratan de obtener directa o indirectamente la prestación o su equivalente y es por ello que se han denominado modos satisfactorios (para el acreedor), como el pago, la compensación, confusión, y aquellos que extinguen la obligación, sin que a tal evento se acompañe la consecuencia de la prestación por parte del acreedor (modos no satisfactorios). Se da éste último tipo, o porque la obligación se extinga, o porque contextualmente de origen a una nueva (la cual ejercerá la función satisfactoria—caso de la novación—) o porque la obligación se extinga sin residuos y sin que el acreedor reciba la prestación (remisión de la deuda, imposibilidad sobrevenida de la prestación). En el mismo sentido, BRANCA, Giuseppe, *Istituzioni di Diritto Privato*, Zanichelli, Bologna 1975, p. 425. Sobre el punto, también TRABUCCHI, Alberto, *Istituzioni di Diritto Civile*, 21 ed., CEDAM, Padova, 1976, p. 548, que considera la novación como un medio con el cual se extingue la obligación, no ya con la satisfacción del acreedor, sino con la asunción de una obligación distinta.

interés interno de la obligación originaria. En esta categoría genérica de modos no satisfactorios, se incluye la novación objetiva (32). Por lo que no realizándose el interés del acreedor en dicha relación, tal como originalmente se había convenido en el negocio, se está, entonces, de acuerdo en concebir la novación como un modo de extinción de las obligaciones, no satisfactorio.

Dentro de esta perspectiva, la novación en su doble aspecto subjetivo-objetivo, se encuentra situada en la legislación civil italiana en el libro IV, titulado "Delle Obligatione", y en el Capítulo IV, destinado a los modos de extinción de las obligaciones distintos al pago o cumplimiento (33).

En la primera sección denominada "De la novación se encuentran cinco artículos referentes a la novación objetiva (arts. 1230 a 1234); mientras que se dedica solamente uno, a la novación subjetiva (art. 1235), ya que su estudio se reenvía a la normativa referente a las modificaciones de la relación obligatoria (34).

En la legislación civil costarricense, por influencia del Code Napoléon, también la novación está situada en el título referente al pago o cumplimiento, bajo el Libro III, Título IV, denominado "de los otros modos de extinguirse las obligaciones" (arts. 814 a 820). En cuanto a la novación objetiva, el primer inciso, del artículo 814, es el que define su naturaleza (35), mientras que en su segundo inciso, se hace referencia a la novación subjetiva, a la que se aludirá posteriormente.

B. La novación objetiva como fenómeno extintivo.

Anteriormente se indica que el instituto novativo en su doble perspectiva objeto-subjetiva, se

encuentra en la legislación italiana y costarricense, dentro de los modos de extinción de la relación obligatoria. Es por eso que debe enfocarse el fenómeno novativo dentro de su perspectiva general, es decir como especie fáctica negocial, o como figura puramente efectual (36).

Según Perlingieri, el artículo 1230 del Código Civil italiano se refiere fundamentalmente al tratamiento de la novación objetiva, y según el mismo autor, la sustitución del objeto o título produce la extinción de la obligación (37). Y es tal mecanismo sustitutivo el que ha provocado en la doctrina italiana diferentes posiciones alrededor de su concepto: ya sea se le adjudique el valor de simple entidad efectual, de "sustitución" compleja, o de especie negocial extintiva de obligaciones. Dentro de tales perspectivas se presenta la problemática que concierne a las relaciones entre la teoría del negocio jurídico y la teoría de las obligaciones, especialmente con miras a la individualización de la relación entre la especie fáctica y el relativo efecto, sea extintivo o constitutivo de obligaciones (38).

Las distintas orientaciones que enfocan el fenómeno novativo, sea como una especie fáctica negocial, o como un efecto extintivo, o como una "vicenda-risultato" (39), complican notablemente la investigación sobre la identidad estructural de la novación objetiva. Es por ello que la doctrina italiana se haya dividida en cuanto a la concepción de la novación, sea como una especie fáctica negocial, o en su mayoría, se inclinan por concebirla como una sustitución-resultado, o sea una figura que es en sí misma, negocio y efecto (40).

Otros autores se inclinan por la posición de la llamada "vicenda-risultato", o sea la figura jurídica-

(32) BUCCISANO, op. cit. p. 54.

(33) Artículos 1230 a 1235 del Codice Civile Italiano, Giuffrè, Milano, 1975, p. 215 y ss. Sostiene MESSINEO, op. cit. p. 522 que la novación es un modo de extinción de la obligación, al que se acompaña inseparablemente la constitución de una nueva obligación, que sustituye a la originaria.

(34) Artículo 1235 del Cod. Civ. Italiano: "Cuando un nuevo deudor es sustituido al originario, que viene liberado, se observan las normas contenidas en el capítulo VI de este título". Tal capítulo se refiere a la delegación, expromisión y accollo, y va de los arts. 1268 a 1276 del mencionado cuerpo legal. Sobre la situación de las dos instituciones en la legislación italiana, señala PERSICO, op. cit. p. 221, que bajo el Código Civil de 1865, la novación fue regulada en novación objetiva y subjetiva, con sustitución de deudor o de acreedor, mientras que con el Código Civil de 1942, "el ámbito de este instituto, que tiene hoy una aplicación reducida, requiere para la novación objetiva, que la nueva obligación tenga objeto o título distinto al de la obligación originaria".

(35) Artículo 814, inc. 1), Cód. Civil Costa Rica: "La novación se efectúa: 1) cuando por cambio de objeto o por cambio de causa se contrae una nueva deuda en sustitución de la antigua que queda extinguida.

(36) Vid. infra, Cap. III, I, B, de este trabajo, en donde se analiza el carácter negocial o efectual del instituto novativo.

(37) PERLINGIERI, Pietro, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, Jovene, Napoli, 1971, p. 34.

(38) PERLINGIERI, supra No. 30, p. 59, quien señala que la doctrina prevaleciente, niega a la novación la naturaleza de especie fáctica negocial, y se propone agotar el estudio de la misma en la teoría "de las sustituciones de la obligación". Se excluye en efecto, que hayan argumentos decisivos a favor de la concepción de la novación, como negocio, y en particular como contrato. Sobre el particular, MICCIO, op. cit. p. 298 MESSINEO, op. cit. p. 523. También se reenvía al Cap. III, I, A, en que se enfoca el problema.

(39) PERLINGIERI, supra n. 30, p. 60.

(40) Podríamos citar a algunos autores que se inclinan por la concepción de la novación como especie fáctica negocial, separada del plano efectual, SCHLESINGER, Pierre, "Mancanza dell'effetto estintivo nella novazione oggettiva", Estr. de la Riv. Dir. Civile, CEDAM Padova, 1957, p. 5, opina que se entiende por novación un tipo de contrato caracterizado por el animus novandi; o sea por el intento directo de sustitución de relaciones obligatorias, mientras que cuando se hace referencia al plano de la eficacia de la novación, se intenta una doble sustitución extintivo-constitutiva de la relación obligatoria. Sobre el punto, BUCCISANO, op. cit. p. 37, TORRENTE, Andrea, *Manuale di Diritto Privato*, 9 ed., Milano, Giuffrè, 1975, p. 416; BRANCA, Giuseppe, *Istituzioni di Diritto Privato*, 6a. Ed., Bologna, Zanichelli, 1976, p. 429; MICCIO, op. cit. p. 295.

ca, que se caracteriza en su funcionalidad, por la producción de un efecto extintivo de la relación obligatoria, sin adentrarse en su configuración estructural de especie fáctica negocial (41).

Se podría señalar entonces, que la concepción de la novación objetiva, dentro del esquema general de la novación en la legislación italiana, de acuerdo al primer párrafo del artículo 1230, se trata de un instituto que tiene por finalidad, la provocación de un efecto jurídico extintivo, que se produce al sustituir el objeto o el título de la relación obligatoria preexistente, y la creación de una nueva. Es decir, se da una extinción por sustitución que determina su encuadramiento dentro del esquema de la "vicenda-risultato" (42).

La concepción del instituto novativo en la jurisprudencia italiana dominante, es la de una especie fáctica de estructura negocial destinada a provocar un efecto extintivo de una obligación originaria y constitutivo de una nueva (43).

En una sentencia bastante conocida, se interpretó, que la novación en su estructura, es esencialmente un contrato bilateral, y especificando en cuanto a la novación objetiva, que es la única que se ha considerado entre los modos de extinción de la obligación diversos al cumplimiento, el efecto es el de una sustitución mediante transfusión y traslación del contenido de la relación originaria en otra relación sucesiva, provocándose la extinción de la relación obligatoria (44).

C. La particularización del instituto: diferencias y afinidades con la novación subjetiva.

La institución de la novación objetiva resulta de la sustitución que del objeto o del título de la obligación primitiva se haga, constituyéndose con ello una obligación nueva. Es decir, se puede explicar el fenómeno novativo, como una operación sustitutiva de carácter negocial, que produce un efecto extintivo-constitutivo. Es así, como en la novación, el elemento sustituido, constituye el punto diferencial de la clasificación: si se varía el objeto o el título, nos encontramos en presencia de la novación objetiva, mientras que si lo sustituido es uno de los sujetos de la relación originaria, la novación provocada es la subjetiva (45). A tal última sustitución viene asignada, según la forma en que se realice, una especie fáctica distinta: expromisión, delegación o asunción de deuda (46).

La legislación civil costarricense prevé en el artículo 814 los dos tipos de novación, refiriéndose en su primer inciso a la novación objetiva, y en su segundo, a la subjetiva, que a su vez le asigna la forma de delegación (47), dejando a un lado, como no constitutivo de novación, el cambio subjetivo activo.

En el estudio de las diferencias existentes entre ambas instituciones, consideramos que una cosa es la extinción de una obligación merced al nacimiento de otra igual con distinto deudor, y

(41) Entre algunos, MARTORANA, op. cit., p. 15; BURDESE, Alberto, *Manuale di Diritto Privato Italiano*, Torino, UTET, 1974, p. 326; TRIMARCHI, Pietro, *Istituzioni di Diritto Privato*, 2a. ed. Milano, Giuffrè, 1975, p. 400. En la doctrina francesa, GAUDEMET, Eugene, *Theorie Generale des obligations*, Paris, Sirey, 1965, p. 422.

(42) Al respecto, cita PERLINGIERI, supra n. 30, en p. 63 a Salvatore Romano, que sostiene la tesis de que la novación es el prototipo de la sustitución normativa. La doctrina francesa se expresa en términos de extinción por sustitución, por ej. GAUDEMET, op. cit. p. 422; MARTY-RAYNAUD, op. cit., p. 839; WEILL, Alex, *Droit Civil - Introduction Generale*, Dalloz, Paris, 1973, p. 260, quien afirma: "la extinción de los derechos de crédito puede resultar igualmente de la voluntad común del acreedor y del deudor: ellos pueden recurrir a una novación, que se entiende como la sustitución convencional de una obligación por otra...". Este último autor, en su libro *Droit Civil - Les Obligations* 2 éme, Edition, Paris, Dalloz, 1975, p. 1060, define la novación, como una "operación" jurídica de sustitución.

(43) Rassegna di Giurisprudenza sul Codice Civile, dir. por NICOLÒ, Rosario y, STELLA-RICHTER, Mário, y TORRENTE, Andrea, Libro IV, (arts. 1123-1320), Milano, Giuffrè, 1965, p. 214. Una sentencia en particular hace referencia a la operación sustitutiva que estructura la novación objetiva, App. Catanzaro, 12 maggio, 1960, Collura c. Forfaro, *Giurisp. Ital.*, Anno LXIII, 1961, II Vol. UTET, Torino, p. 2602, n. 49; También Cas. 5 gennaio 1966, n. 115, Ditta Pascucci c. Ciarlantini, en p. 1873, *Rep. FORO ITALIANO*, Vol. LXXXIX, 1966, n. 531; Ap. Perugia, 12 giugno 1966, Ruggetti c. Ruggetti, en *Rep. Il Foro Italiano*, Vol. LXXIX, 1965, p. 1902, n. 535.

(44) Cass. 24 Gennaio, 1957, n. 207, Semeraro c. Conventini, (ined), *Il Foro Italiano*, Vol. LXXX, 1957, p. 1750, n. 451-452.

(45) Al respecto señala SANTORO-PASSARELLI, Francesco, *Doctrinas Generales del Derecho Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, p. 102. "La novación objetiva no sería entonces, una simple modificación que alteraría la naturaleza de la relación concreta, como por ejemplo el caso de la sustitución de la cosa en las relaciones reales, no sería ya una modificación de la misma, sino que determinaría la extinción de la relación existente, y su sustitución por una relación nueva".

(46) La legislación civil italiana prevé la novación subjetiva por cambio de deudor, reenviando al artículo 1268 su tratamiento. Sobre el particular, expresa DISTASO, Nicola, *Le obbligazione in Generale*, Torino, UTET, 1970, p. 524, que la legislación italiana en cuanto al tratamiento de la novación subjetiva, dirige a la disciplina particular dictada para la delegación, expromisión y asunción de deudas, pues se consideró, al redactar el artículo 1268 del Código Civil de 1942, que el presupuesto de la liberación del antiguo deudor inherente a la novación subjetiva, no es exclusivo de ésta, pudiendo adherirse a otras figuras negociales, que en cuanto contemplan la liberación del precedente deudor, no producen la extinción de la anterior relación de deuda. Opina lo mismo RESCIGNO, Pietro, op. cit. n. 24, p. 547. MARTORANA, op. cit. p. 175 hace un comentario del articulado del Código Civil de 1865, expresando que tomando en cuenta el elemento del negocio jurídico sobre el que recae el cambio, la novación se distingue en dos especies: subjetiva y objetiva. Subjetiva es la novación, cuando un segundo negocio extintivo del primero, opera un cambio en los sujetos de la primera obligación, quedando inalterados los otros elementos. Objetiva, es cuando permanecen sin cambio los sujetos (activos o pasivos), y se realiza una modificación o cambio inherente a los elementos de la estructura objetiva de la primera obligación.

(47) En el artículo 819 del Código Civil Costarricense se regula la delegación, al expresar: "La simple indicación hecha por el deudor de persona que deba pagar por él, no produce novación. La delegación aunque obliga directamente al delegado para con el acreedor que lo acepta, no produce novación por sí misma, sino cuando es acompañada o

otra, conceptualmente distinta, es el que para ello, el antiguo acreedor ordene o autorice al deudor a que prometa el ídem a un nuevo acreedor, o bien que el deudor ordene o autorice a un nuevo deudor a que prometa el ídem al acreedor. Por lo que produciéndose en la novación subjetiva, una modificación de los sujetos de la relación obligatoria primitiva, se podría sostener que la diferencia entre una y otra institución, radica en la no realización de un cambio en la sustancia de la prestación (sea el objeto o título), mientras que en la objetiva, los sujetos permanecen inalterados, en la subjetiva, como hemos anotado, constituye el elemento mutable (48).

Tratando de encontrar una posible afinidad entre ambas especies fácticas, se observa que tanto la novación objetiva como la subjetiva constituyen conceptos contiguos, y teóricamente forman una figura compleja unitaria, diferenciables como hemos anotado, porque la objetiva se produce "inter easdem personas", o sea entre las partes mismas de la relación originaria, mientras que en la subjetiva, al contrario inter diversas personas. En el aspecto efectual, las dos facetas del instituto son similares: ambos tienen como fin ulterior que a través de la sustitución ya sea del elemento objetivo o subjetivo, se produzca la extinción de la relación obligatoria (49).

Marcada su diferencia, en cuanto la novación objetiva (inter easdem personas) presupone la participación de las partes de la relación obligatoria preexistente a la formación del acto, pero el efecto novativo puede influenciar también a los terceros, mientras que en la subjetiva (inter diversas personas), presupone la participación en el acto del acreedor y de un tercero, cubriendo el efecto novativo al deudor originario (50).

Tal como se desprende de la legislación italiana los dos institutos son tratados separadamente, delimitándose aparentemente la zona de incidencia de la novación al elemento objetivo o subjetivo de la obligación preexistente, reflejando según la opinión de un autor (51) una concepción superada del instituto, ya que actualmente tal delimitación se funda sustancialmente en el "aliquid novi", y no en el "animus novandi".

En el contexto de la reglamentación positiva, el uso de ambas expresiones no asume un significado limitativo, pero sí valedero para particularizar los sujetos del acto novativo, los cuales no coinciden necesariamente con los sujetos del efecto. Y es desde esa perspectiva efectual en que reside la diversidad sustancial, pues la novación objetiva es la única que produce un efecto meramente extintivo, mientras que la subjetiva, lo que da lugar es a una sucesión a título particular (52). Es decir, en esta última, se produce la participación activa de un tercero que asume una obligación nueva, en sustitución de la obligación a la que está obligado el deudor originario, y el cambio eventual del objeto de la relación preexistente o del título, es decir del tipo de reglamento es en este caso, del todo indiferente (53).

La jurisprudencia italiana ha señalado la diferencia entre los institutos, especialmente indicando que las modificaciones subjetivas en el lado pasivo de una obligación tendrá un contenido novativo que importa la liberación del deudor originario, en cuanto haya un consentimiento expresado en tal sentido por parte del acreedor (54).

En Costa Rica, los Tribunales han interpretado la diferencia entre ambas especies fácticas, tomando en consideración, la diversidad del cambio operado (55).

seguida de descargo total hecho de un modo expreso por el acreedor en provecho del delegante". Según CERTAD MAROTO, Gastón, *Breves apuntes en tema de sucesión en el débito* (expromisión, delegación, acollo), REVISTA JUDICIAL, No. 9, set. 1978, Corte Suprema de Justicia, San José, p. 9 y ss., la norma en examen contempla la delegación y la expromisión, sin considerarse si dentro de tal hipótesis quedan comprendidos los casos posibles de delegación, expromisión, y asunción de la deuda o acollo. Sobre el tema de la novación subjetiva en el derecho civil costarricense, ver del mismo autor "Algunas consideraciones en tema de novación subjetiva" (expromisión, delegación, acollo), Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1975.

(48) En la legislación civil costarricense, el cambio de acreedor no produce novación, pues según el artículo 814 inc. 2) se efectúa solamente, cuando el acreedor libra de su obligación al deudor, admitiendo a un nuevo deudor en reemplazo del primero. En el artículo 818 de la legislación civil costarricense se expresa la no admisión de la novación subjetiva activa: "Las modificaciones referentes a la época en que sea exigible o al modo de cumplir la obligación, lo mismo que el cambio de acreedor, no implican por sí solas novación".

(49) Sobre las diferencias y afinidades de los dos institutos, véase MESSINEO, op. cit. p. 533, TRIMARCHI, *Istituzioni di Diritto Privato*, Milano, Giuffrè, 1975, 2a. ed. p. 400, BUCCISANO, op. cit., p. 160, quien sostiene que los dos institutos, a pesar de ser contiguos, son distinguibles sobre el plano de la especie fáctica que informa a cada uno de los dos perfiles de la institución.

(50) SANCHEZ REBULLIDA, op. cit. p. 350 expresa razonadamente que la novación objetiva puede ser tácita, mientras que es imposible que se realice en la subjetiva, en cuanto no supone una nueva prestación, sino un nuevo sujeto. Puede ser siempre compatible con la anterior por vía de solidaridad, afianzamiento.

(51) BUCCISANO, op. cit. p. 161 comenta al respecto, que no se opone a esta configuración la fórmula "novazione oggettiva", adoptada por el artículo 1230, en contraposición a la fórmula "novazione soggettiva" usada por el artículo 1235.

(52) BUCCISANO, op. cit. p. 161.

(53) Para MICCIO, op. cit. p. 294, la sustitución del deudor o acreedor, da lugar a un fenómeno de sucesión particular, que se coloca más propiamente en el esquema de los cambios subjetivos de la obligación. En la novación objetiva, en efecto, se da lugar a una relación sustancialmente nueva y distinta, en la que la originaria se extingue.

(54) Ap. Roma, 17 de junio de 1969, Soc. Ind. Laterizi contra ENEL, Rass. Giur. ENEL, 1969, 686, en p. 1806 *Foro Ital. Rep.*, Vol. XCII, 1969.

(55) "La novación es objetiva o subjetiva, según que intervenga o no una nueva persona en la segunda obligación. llamándose objetiva o real, a la que se produce cuando entre las mismas partes se sustituye una deuda nueva o la



III. TIPOLOGIAS DE LA NOVACION OBJETIVA.

De acuerdo a la manifestación de la intención novativa, la novación objetiva, puede ser de dos tipos: expresa o tácita, según sea declarado formalmente el *animus novandi*, o por el contrario, se deduzca de ciertos hechos la voluntad de novar.

A. La novación objetiva expresa.

Cabe hablar de novación objetiva expresa, cuando las partes manifiestan expresamente como querido el resultado económico que la técnica jurídica valora como novación. Tiene lugar, cuando se expresa en forma clara la voluntad extintiva de la obligación anterior, declarada a través de la introducción de un cambio en el objeto o en sus condiciones principales, que hacen imposible la subsistencia del vínculo originario, con el surgido con posterioridad (56).

La distinción entre la novación objetiva tácita y la expresa, se agota en el distinto medio de declaración de la voluntad novativa, sin realizarse por ello, divergencias funcionales, ni de contenido, que provoquen una sustancial diferencia de disciplina (57).

Es interesante precisar, que en la novación expresa no se presenta un límite objetivo, pues claramente se ha manifestado la intención extintiva y constitutiva. Es por eso que, la novación objetiva expresa, es entonces aquella que tiene en sí, todos los requisitos necesarios para darse la institución, particularmente el elemento voluntarístico, que en forma unívoca se expresa, ya que la presunción del intento novativo, según la legislación y jurisprudencia italiana y costarricense, se excluye como elemento configurativo de la misma, requiriéndose una manifestación precisa y no equívoca de la intención (58).

En la legislación costarricense, la novación expresa toma la forma de un contrato (59), mientras que en la legislación italiana no se describe el carácter que ha de tener, razón ésta que ha hecho concluir a algunos tratadistas, que el artícu-

lo 1230 de ese cuerpo legal, delinea la disciplina de la novación tácita, mientras que la expresa tendría una autonomía conceptual deducida de los principios que informan la materia; sosteniéndose, que no es valedero tal argumento, ya que la novación es un fenómeno unitario que se caracteriza por la misma función y los mismos efectos (60).

Sobre la forma de la novación, véase más adelante, el aparte referente a la naturaleza y efectos de la misma (61).

B. La novación objetiva tácita.

Existe novación objetiva tácita, cuando no se manifiesta expresamente la voluntad de novar, resultando tal intención de la incompatibilidad surgida entre la obligación precedente y la nueva. Es decir, se configura cuando "*inter easdem personas*" ligadas por un vínculo obligatorio anterior, que se extingue, nace una obligación distinta, sin que se haya manifestado en el contrato generador tal *animus*, y constituyendo los actos concretados por las partes, los que suplan el silencio de ellas acerca de la voluntad sustitutiva (62). Se admite entonces, que en este caso, la segunda obligación trae respecto a la primera, un cambio tan radical que afecta la sustancia misma de la "*prior-obligatio*", excluyéndose la intención de las partes de persistir en la obligación originaria: la novación objetiva tácita se configura así como una manifestación de voluntad mediante hechos concluyentes (63) delineada en el artículo 1230 del Código Civil italiano, en el 814 y 815 de la legislación civil costarricense. Tales hechos conclusivos que la configuran, se entienden en el sentido, de que si de la situación objetiva se puede extraer la existencia de una voluntad no equívoca dirigida a provocar un efecto extintivo en la obligación originaria, se está en el esquema típico de una novación tácita.

Como se ha indicado, cuando se hizo mención a la novación objetiva expresa, el artículo 1230 hace referencia a la novación tácita, pues se refiere a la "*sustitución*" del objeto o de la causa, sin manifestarse la necesidad de que tal operación se realice expresamente, mencionándose posterior-

antigua" Cas. 14:10 hrs. 26 de marzo 1943, I, Sem. Tomo Unico, p. 108, Royo Golcher c. Orozco Vargas. Col. Sent. Corte Sup. Just. San José.

(56) SANCHO REBULLIDA, op. cit. p. 388.

(57) PERLINGIERI, Pietro, *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, Bologna, Zanichelli, 1975, p. 76. Comenta este autor, que no está de acuerdo con la afirmación sostenida por algunos tratadistas, de que la novación expresa no necesita del *aliquid novi*, porque de la declaración resulta el *animus novandi*, mientras que en la novación tácita el *aliquid novi* sería esencial, ya que el *animus* resulta simplemente del comportamiento conclusivo.

(58) Sobre la importancia del "*animus novandi*" en la configuración del instituto novativo, véase, el capítulo II, Sección C, de este trabajo.

(59) De acuerdo a lo dicho por el artículo 815 del Código Civil de Costa Rica, se puede extraer tal opinión: "La novación no se presume"; es preciso que la voluntad de hacerla resulte claramente de los términos del nuevo contrato, o de los hechos acaecidos entre las partes.

(60) PERLINGIERI, op. cit. n. 30, p. 76.

(61) Vid. infra, Cap. III, A—B.

(62) ANDREOLI, Marcello, *La novazione tacita oggettiva*, Maglione, Roma, 1929, p. 20. También, SANCHO REBULLIDA, op. cit. p. 388.

(63) BUCCISANO, op. cit. p. 30.

mente en el segundo párrafo del mismo artículo, que la intención novativa, debe resultar no equívoca (64).

La novación tácita es entonces, una novación caracterizada por un "aliquid novi" en función novativa (65). Por lo que constituyendo este último uno de los elementos fundamentales, serán los actos realizados por las partes, los que se denominan en la jurisprudencia italiana "fatti conclusivi", los que vengan a suplir la intención novativa manifiesta, hechos concluyentes que constituirán el punto central de la interpretación del "animus novandi", a través de la incompatibilidad entre las dos obligaciones, por el cambio sustancial, no accesorio, que se produce en el objeto o título de la obligación primitiva (66). Tal razonamiento nos lleva a pensar que en la novación tácita objetiva, el elemento nuevo se identifica con la voluntad novativa, la cual constituye su expresión. Sin embargo, sostienen los jueces italianos, que solamente en vía de excepción, debe tomarse en cuenta la intención novativa tácita, para configurar la novación (67).

En la legislación civil costarricense, el trata-

miento de la novación objetiva tácita, está previsto en el artículo 815, el que en su segundo párrafo, expresa que es necesario que la voluntad de novar resulte claramente de "los términos del nuevo contrato o de los hechos acaecidos entre las partes", constituyendo estos últimos, al igual que la legislación italiana, los que indicarán la declaración tácita de la novación objetiva. Determinación que estará a cargo de la interpretación jurisprudencial (68). Tal prescripción revela una situación de índole personal entre los contrayentes, que incidirá en la alteración objetiva de la primitiva relación obligatoria, hechos que si bien por su naturaleza no causarían novación, podrían sin embargo causarla, porque se desprenden de ellos la intención novativa. Al respecto señala Brenes Córdoba, que se desprende tal voluntad, en el caso de que una deuda constante en un pagaré es cancelada, y se entrega al deudor en cambio de otro que éste otorga a su acreedor por la misma suma, pero a plazo diferente, o en otros términos, cuando en vez de concederse prórroga para el pago en el primitivo documento, se acepta otro nuevo en su reemplazo (69).

- (64) DISTASO, Nicola, op. cit. p. 530 menciona alguna jurisprudencia italiana sobre el particular, expresando, que si bien el "animus novandi" no se presume se necesita la prueba de quien lo invoque.
- (65) PERLINGIERI, op. cit., n. 30, p. 79. En igual sentido MICCIO, op. cit. p. 296.
- (66) A propósito de los hechos concluyentes de los cuales se interpreta que existe novación, explica ANDREOLI, op. cit. p. 20, que deben revelar sin ninguna duda, la intención de extinguir una primera obligación para sustituirla de cualquier manera por una segunda. Al respecto, la jurisprudencia italiana ha sostenido, que "es verdad que el animus novandi no se presume, pero eso no obsta para que pueda ser observado de hechos unívocos y concordantes, sin que sea necesaria una expresa manifestación de voluntad, Cass. 6 abril de 1955, No. 982, *Giurisp. Italiana Rep.*, Anno LVII, II, Vol., n. 4. También Cass. 3 ottobre 1967, No. 2259, Scodina contra Del Fante, en *Foro Ital. Rep.*, Vol. XC, 1967, n. 350, App. Firenze 27 Febbraio 1954, *Giurisp. Toscana*, 1954, No. 270, en *Rassegna di Giurisprudenza sul Cod. Civile*, dir da NICOLA-STELLA RICHTER, Milano Giuffrè, 1965, p. 264-5. En la misma línea, Cass. 30 novembre 1945, No. 814, Mercuri-Alessandri, en p. 1868, *Giurisp. Ital. Rep.* Anno XLVI, 1948, No. 526.
- (67) Dice al respecto la Cass. 10 julio de 1952, No. 2133 Maltese contra Morinia, en p. 1631, *Foro Italiano, Rep.* Vol. LXXV, 1952, No. 519; p. 1631: "Solo en vía de excepción el "animus novandi" puede resultar tácitamente como es el caso de que la nueva obligación sea incompatible con la precedente". En igual sentido Cass. 15 enero de 1952, No. 76. Pepini c. Poggi, en p. 1631, *Il Foro Ital., Rep.*, 1952, Vol. LXXV, n. 525.
- (68) Al respecto una sentencia del Tribunal Superior Primero Penal, n. 1827, de las 17:20 hrs. del 26 de nov. de 1973. *Boletín del Digesto de Jurisprudencia*, n. 217. Año XIX, San José, n. 1791, interpretó: "Si el ofendido permitió, que el procesado, agente de ventas, pudiera descargarse de los saldos en descubierto que le resultaban, de cada gira comercial, cancelando los mismos en un determinado porcentaje, las ganancias que le correspondían, en calidad de comisión por las rentas futuras, lo que se operó en cada rendición de cuentas, fue una novación, que trajo consigo el nacimiento de una deuda de otra naturaleza, pagadera con emolumentos futuros, de manera que tal morosidad en el pago de esa suma, no logra configurar el delito de retención indebida". Se reitera tal idea en la Cas. 14:10 hrs. del 26 de marzo de 1943, I Sem., Tomo Unico, p. 108, *Colección de Sentencias de Casación*, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.
- (69) BRENES CORDOBA, op. cit. p. 211.