



REQUISITOS NECESARIOS PARA LA CONFIGURACION DEL INSTITUTO NOVATIVO

Dra. María de los Angeles Soto Gamboa.

I N D I C E

CAPITULO II

A) La obligación preexistente o "prior-obligatio".	86
a) La ineficacia novativa por nulidad de la obligación originaria.	86
b) Efectos de la novación cuando se trata de una obligación originaria solidaria.	88
c) Destino de los privilegios, prenda e hipoteca de la relación obligatoria originaria, al producirse el efecto novativo y sus consecuencias en la nueva relación surgida.	91
B) La nueva obligación surgida: la existencia del "aliquid novi" o elemento nuevo como requisito esencial.	92
a) Los cambios cualitativos en el objeto son aptos para provocar novación.	94
1) Cambios en el objeto o título de la obligación.	94
b) Los cambios cuantitativos no son idóneos a comportar novación —ex art. 1231 C.C. ital. y 818 Cód. Civ. Costa Rica—.	96
C) El elemento subjetivo: el "animus novandi" o intención novativa.	98

CAPITULO SEGUNDO

I. REQUISITOS NECESARIOS PARA LA CONFIGURACION DEL INSTITUTO NOVATIVO.

En la novación, la relación originaria se limita a realizar un cambio, sea en el sujeto, el objeto o el título. Por lo que un enfoque de los requisitos que configuran el instituto en su aspecto objetivo, necesita analizar cada uno de ellos en su individualidad: la relación originaria precedente o originaria, la nueva relación surgida con motivo de la extinción de la anterior por la inclusión de un elemento que la modifica sustancialmente y la intención novativa, supuestos todos sobre los que se basa el instituto en su estructura.

A) La obligación preexistente o "prior-obligatio".

En primer lugar, requiere el instituto, una obligación preexistente que se extinga. Es precisamente la "causa" de la nueva obligación que surgirá posteriormente (70) pues para que se entienda novada una relación obligatoria en cualquiera de sus formas, se necesita primordialmente la existencia de la "prior-obligatio", denominación romana, que alude a la antigüedad de la primera obligación (71). Su existencia jurídica resulta, por lo tanto, indispensable, pues si no existiera por vicios que afecten su esencia, no se produciría el efecto

novativo, ya que requiere como supuesto, la validez de tal relación obligatoria (72).

La "prior-obligatio" deberá tener los requisitos necesarios de toda obligación válidamente constituida: sujeto, objeto, y la causa que le dio origen (73), por lo que cualquier variación que deforme su estructura jurídica y por ende, impida su finalidad efectual, tendrá consecuencias en la producción del efecto novativo. Entonces, en relación al tema, haremos un comentario sobre los efectos de la nulidad de la obligación originaria en la realización de la novación.

a) La ineficacia novativa por nulidad de la obligación precedente.

La inexistencia de la obligación preexistente por vicios que produzcan su nulidad, provoca la ineficacia novativa, ya que el presupuesto de que es inextinguible una obligación que no existe, es valedero en tema de novación objetiva. Cosa distinta sucede en el caso de anulabilidad (la nulidad relativa de la legislación civil costarricense), en la que el efecto novativo se produce, siempre y cuando el deudor haya adquirido válidamente la nueva obligación, conociendo el vicio del título originario (74), no resultando extraña la afirmación de que la validez de la novación, depende de la validez de la obligación originaria que viene novada, invalidez que impide la producción del efecto extintivo-constitutivo (75).

(70) BARASSI, op. cit., p. 231, considera que la obligación precedente es un presupuesto indispensable para que se produzca el nacimiento de la nueva, indicando que es innegable una relación consecuente entre extinción de la precedente y la formación de la nueva. Ibíd. TRIMARCHI, op. cit., p. 400.

(71) Contrariamente a la tesis que sostiene que la causa de la nueva obligación es la originaria, opina DISTASO, op. cit., p. 319 que es el nacimiento de la nueva obligación el que tiene como efecto la extinción de la originaria. En el mismo sentido, PERSICO, op. cit., p. 222.

(72) Al respecto opina MICCIO, op. cit., p. 300 que como premisa importante en el fenómeno novativo es la necesidad de la existencia de la obligación originaria, tal y como se desprende del artículo 1234 del Código Civil italiano. Agregando posteriormente, que su nulidad es un obstáculo a la validez de la novación. DE CUPIS, Adriano, *Istituzioni di Diritto Privato*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 1975, p. 120, expresa que la nueva obligación no surge si no existe la originaria.

(73) Según el art. 627 del Código Civil de C.R., es indispensable para hacer valer la obligación: 1.— Capacidad de parte de quien se obliga, 2.— Objeto o cosa cierta y posible que sirva de materia a la obligación y 3.— Causa justa. La legislación italiana prevé tales requisitos al hacer mención a los elementos necesarios del contrato (art. 1325 Cód. Civil italiano) haciéndose énfasis, en la necesidad de que exista causa y objeto, así como el acuerdo y la forma necesaria.

(74) BRANCA, Giuseppe, *Istituzioni di Diritto Privato*, 6a. Ed., ZANICHELLI, 1975, p. 429. También TORRENTE, op. cit., p. 417, quien sostiene que habría falta de causa y por ello, se provoca la ineficacia. Sobre el particular, TRIMARCHI, op. cit., p. 417.

(75) RESCIGNO, Manuale, op. cit., p. 548. El mismo autor hace la diferencia entre el negocio nulo y el anulable. Con respecto al último, afirma que la novación de la obligación derivada de un negocio anulable "se resuelve en una obligación naciente, no ya de un negocio anulable, sino de un contrato impugnado mediante la acción de rescisión o de resolución, ocurre igualmente al Juez, valorar si el comportamiento del deudor no importe renuncia a la impugnación y si la modificación no sea suficiente, para remover las razones de la ineficacia.

Según MICCIO, tal previsión se presta a la formulación de distintas hipótesis, entre ellas la de la nulidad del contrato novativo, explicando que un contrato de tal género, no podría ser nulo, y mucho menos inexistente, porque de cualquier manera, no podría tener un vigor jurídico inferior a la obligación originaria, pues un contrato novativo concluido sin conocer los vicios del título, del cual deriva la obligación novada, no puede ser autónomamente impugnado, pero sí ser privado retroactivamente de efectos, mediante la anulación de la "prior-obligatio" (76).

La novación resultará "sin efecto", es decir, nula, cualquiera que sea la razón de la inexistencia de la obligación por novar: es decir, es la hipótesis de la obligación que nunca haya surgido por vicios inherentes a su esencia, y por lo tanto, si se produce una novación teniendo por base una obligación que no existe, no realizaría un interés tutelado por el ordenamiento jurídico, por lo cual la novación carecería de una causa, y por ende, sin ninguna consecuencia (77).

Es el artículo 1234 del Código Civil italiano, el que prevé la hipótesis de la ineficacia novativa por inexistencia de la obligación originaria, expresándose en dicho artículo, que si no existía aquella, no se producen los efectos novativos. Pero, si la obligación originaria deriva de un título anulable,

la novación valdrá, si el deudor ha asumido válidamente la nueva deuda, conociendo el vicio del título originario (78). Este segundo párrafo plantea el caso de la anulabilidad de la obligación primitiva, que de acuerdo a la relación con el artículo 1444 de ese mismo cuerpo normativo, constituye un caso de convalidación, y la novación tendría efecto cuando el obligado, a sabiendas del vicio existente, asume la "nova-obligatio" (79).

Del artículo en examen, podríamos perfilar dos diferentes situaciones: la novación queda sin efecto, en tratándose de una obligación preexistente nula, mientras que en el segundo caso, se prevé la anulabilidad, que permite la producción del efecto novativo, ya que se resuelve, como se ha hecho mención, en un acto convalidable (80).

Se ha interpretado jurisprudencialmente que la nulidad de la obligación originaria, ataca también a la obligación nueva, y viceversa, expresándose que es también requisito de la novación, que se dé la subsistencia y validez de la obligación nueva, sin la cual la originaria no se extingue, reviviéndose esta por falta de causa (81).

La previsión de las consecuencias de la nulidad de la "prior-obligatio" en la novación, se da en los artículos 816 y 817 del Código Civil. En el primero de ellos se expresa que "*declarada la nulidad de la nueva obligación, subsistirá la originaria*" (82).

(76) MICCIO, op. cit., p. 302. Opina a la vez, que en tal caso el negocio sería anulable, aunque se replicara que así se admitiría la impugnación del contrato novativo a causa de los vicios del título del que deriva la obligación novada, mientras que sería más correcto sostener que la invalidez del contrato novativo, se concreta en el efecto reflejo ejercitado sobre la novación, por la anulación de la prior obligatio.

(77) BUCCISANO, op. cit., p. 12.

(78) Indica PERLINGIERI, op. cit., No. 30, p. 136 que en el Código Civil italiano derogado, no existía tracha de un artículo análogo, por lo que la jurisprudencia y la doctrina prevaeciente, atribuyeron a la existencia de la obligación por novar, el rol de requisito fundamental "de presupuesto de la novación", sosteniéndose que la novación de una obligación anulable importa una convalidación de la obligación novada, a condición de que el deudor tuviera conocimiento de la causa de anulabilidad. En el mismo sentido, SCHLESINGER, op. cit., p. 12; ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, Tomo III, *Derecho de Obligaciones*, Vol. I, 3a. Ed., Bosch, Barcelona, 1975, p. 263, señala que la novación depende de la anulación o no de la obligación antigua o nueva.

(79) Art. 1444: "El contrato anulable puede ser convalidado por el contrayente al que corresponde la acción de anulación, mediante un acto que contenga la mención del contrato y del motivo de anulabilidad, y la declaración de que se intenta convalidar. El contrato es pues convalidado, si el contrayente al que correspondía la acción de anulación ha dado voluntariamente ejecución, conociendo el motivo de la anulabilidad. La convalidación no tiene efecto, si quien la cumple no está en condiciones de concluir válidamente el contrato".

(80) TORRENTE, op. cit., p. 417. Ibíd. TRIMARCHI, op. cit., p. 206. DISTASO, op. cit., p. 530.

(81) Al respecto expresa una resolución italiana: "En el caso de un contrato nulo (en la especie, sustitución de la obligación de pagar el precio de una partida de tabaco, vendida violándose la Ley de Monopolio, con la obligación de dividir con el vendedor del tabaco), el precio que el comprador habría obtenido de la venta del mismo objeto, la nulidad que afecta la obligación originaria, ataca también la nueva". Cass. Civ. 30 Luglio 1950, No. 2209 —Carducci-De Santis— Mass. Gurid. Ital., 1950, en p. 533, *Giurisp. Ital.*, Rep., 1950, Anno LII; No. 52. En el mismo sentido, Cas. 5 octubre 1959, No. 2681, Moretta c/Ferretti, en p. 1642, *Foro Ital.*, Rep., Vol. XXXII, 1959, No. 74. En el mismo sentido, Cas. 5 enero 1966, No. 115. Ditta Pascucci c/Ciarlantini, en p. 1873, *Foro It.*, Rep., Vol. LXXXIX, 1966, No. 531.

(82) Vid. *supra*, No. 81 que refiere a interpretaciones jurisprudenciales italianas, sobre el caso de la sobrevivencia de la obligación antigua, en el suceso de la nulidad de la nueva surgida.

En esta previsión, se hace referencia a la nulidad de la nueva obligación surgida, que traerá como consecuencia la revitalización de la originaria (83).

Fundamentalmente merece resaltar el caso del artículo 817 del Código Civil de C.R., que expresa *"Una obligación rescindible o anulable puede servir de objeto de novación, con tal que sea susceptible de ser confirmada y que el deudor tenga, al verificar la novación, conocimiento del vicio del que adolecía"* (84).

El principal criterio es el de que un acto anulable existe, mientras su nulidad no haya sido declarada, siendo revalidable por la persona que tendría derecho a pedir la nulidad en forma implícita o explícita. Es decir, nuestro ordenamiento jurídico reconoce la posibilidad del efecto novativo, en tratándose de una obligación anulable, siempre y cuando se realice la convalidación. Por otro lado, expresa que si se anula la obligación surgida, renace la originaria, pero no prevé expresamente el caso de la nulidad absoluta de la "prior-obligatio", razón que hace pensar, que debe deducirse por lo expresado en los dos artículos que se refieren a la nulidad y su consecuencia sobre la producción del efecto novativo. La validez de la obligación rescindible para producir novación, es similar al segundo párrafo del artículo 1234 de la legislación civil italiana (85).

b) Efectos de la novación cuando se trata de una obligación originaria solidaria.

Si el acreedor estipula con uno de los codeudores una obligación nueva, sustituyéndola a la precedente que era solidaria, ésta se extingue por entero (86), liberando a los otros codeudores, salvo que se haya querido limitar la novación a uno de los deudores; caso en el cual los otros son liberados sólo en la parte de este último. Este efecto, limitado por regla general, se produce entre el deudor y uno de los coacreedores, cada uno de los cuales puede actuar contra el deudor, deduciendo de la prestación colectiva, la parte del coacreedor que ha convenido la novación (87).

Según la legislación civil italiana, es posible la solidaridad desde el punto de vista activo y pasivo (88) siendo prevista desde esta doble perspectiva, la situación que se produce al realizarse el efecto novativo en una "prior-obligatio" con deudores o con acreedores solidarios.

Las consecuencias del efecto novativo en una obligación con pluralidad de sujetos activos, se resuelve en el hecho de que exista una convención entre uno de los acreedores solidarios y el deudor, realizándose la novación hacia los otros acreedores, sólo en la parte del primero (89).

La novación de una obligación solidaria, sea desde el punto de vista activo o pasivo, plantea el

- (83) Al respecto comenta, BRENES CORDOBA, op. cit., p. 213 que en todos los casos de novación, a pesar de que realmente la deuda antigua subsiste, puesto que no ha sido satisfecha en especie sino transformada, se considera extinguida mediante una ficción legal. La nueva obligación, aunque tiene origen en la anterior, es independiente de ella y conserva su propio modo de ser. Sin embargo, si fuere declarada nula por contener algún vicio que la invalide, renacerá la antigua, puesto que su desaparición, estaba subordinada a la existencia legal de la segunda en el momento de realizarse la transformación.
- (84) BRENES CORDOBA, op. cit., p. 213 comenta que no existen inconvenientes en que una obligación rescindible o anulable, sirva de base a otra que venga en su lugar, bajo la condición precisa de que el obligado, al ocurrir el hecho novador, tenga conocimiento del vicio que perjudicaba tal obligación, "razón que deja una decisión subjetiva al obligado, que tipifica una convalidación".
- (85) Por jurisprudencia italiana, se resolvió que en el caso de una venta de cosa afectada de vicios, cuando se haya producido una verdadera y propia novación, reconociendo el vendedor tales vicios, y habiendo asumido la obligación de resarcir al adquirente, los nuevos acuerdos se sustituyen a la disciplina legal de la acción redhibitoria, absorbiendo cualquier cuestión de términos y de caducidad (Ap. Torino, 23 Dic. 1957, Giust. Civile, Rep. 1958, No. 421, en *Rassegna di Giurisp. sul Codice Civile*, Dir. da Nicoló, Stella Richter, Giuffrè, 1965, p. 265).
- (86) Así se expresa en el artículo 1300 del Cód. Civ. ital.: "La novación entre el acreedor y uno de los deudores solidarios libera a los otros deudores. En el caso de que se haya querido limitar la novación a uno sólo de los deudores, los otros no se liberarán, sino en la parte de este último. Si convenida entre uno de los acreedores solidarios y el deudor, la novación tiene efecto hacia los otros acreedores solo por la parte del primero". Comenta tal disposición, BRANCA, op. cit., p. 308. Respecto a la solidaridad, véase en general LUCARELLI, Francesco, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, Jovene, 1970; DE FERA, Giampaolo, *Sulla contitolarità del rapporto obbligatorio*, Milano Giuffrè, 1967.
- (87) BARASSI, op. cit., p. 198. Al respecto, RUBINO, Domenico, *Delle Obbligazione*, Libro IV, Bologna, Zanichelli, 1968, 2da. ed., p. 261, opina que es posible tal novación sólo para una parte menor de la cuota del novante, de manera, que también el novante quede obligado a la parte restante de la obligación originaria. Y si la prestación de la obligación originaria es indivisible, no es posible una novación parcial. Ibid. ESPIN CANOVAS, op. cit. p. 103 y ss; DIEZ —PICAZO— GULLON, *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 1976, pp. 105 y sigtes.
- (88) Art. 1292, Cód. Civil italiano.
- (89) ANDREOLI, op. cit., p. 60 observa que la sustitución de una obligación por otra que se produce en la novación, introduce esencialmente una modificación en la modalidad de realización del crédito, realización que es más fácil y expedita en la obligación solidaria, pues cada uno de los participantes en la deuda o en el crédito, actúa como representante de los otros, legítimamente. Cree el mencionado autor, que la obligación así contraída, con un único objeto, sea activa o pasivamente de más personas, mientras formalmente se presenta como una obligación única.

problema del análisis de su estructura, sea como obligación formada por una única prestación, con pluralidad de relaciones individuales y responsabilidad conjunta, para entender así la proyección del efecto sobre los sujetos obligados. Teniendo en cuenta este perfil, servirá para enfocar el artículo 1300 de la ley italiana, que prevé que la novación realizada en favor de uno de los acreedores solidarios, tiene efecto hacia los otros, solo dentro del límite de la cuota del primero; mientras que en el caso de codeudores solidarios, el efecto es totalmente distinto (90), pues según los redactores del Código Civil italiano de 1942, en la solidaridad, no existe una comunicabilidad entre los actos que perjudican y los que constituyen ventajas, deduciéndose, que tanto en la novación como en la remisión, cuando afecten o no a un codeudor, deben considerarse ventajosas para los otros deudores solidarios y por lo tanto, extensibles también a ellos (91). Busnelli plantea, que aun desde el punto de vista de la estructura de la obligación solidaria, sea que se tome la tesis de la pluralidad de relaciones o de la unidad de la misma en el fenómeno de la solidaridad, no se encuentra una justificación exhaustiva, si se toma en cuenta el diferente relieve, que tanto la novación como otras figuras afines, adquieren cuando se trate de un acreedor o de un deudor (92).

Los efectos de la novación en las obligaciones solidarias, se prevé también en la normativa del artículo 1233 del cuerpo civil italiano, al expresarse que si la novación se realiza entre el acreedor

y uno de los deudores solidarios con efecto liberatorio para todos, los privilegios, prenda e hipoteca del crédito anterior, pueden observarse sólo sobre los bienes del deudor que hace la novación. Sobre la liberación de los codeudores, la jurisprudencia italiana ha dictado algunas resoluciones, enfatizando, que el efecto novativo es extensivo a todos los codeudores, en tratándose de la solidaridad pasiva (93).

En la legislación costarricense ocurre, en cierta forma cosa muy distinta, pues existe el principio de la no solidaridad desde el punto de vista activo, por lo cual, las consecuencias del efecto novativo, solo podrán encuadrarse dentro del esquema de la solidaridad pasiva (94).

En el artículo 820 de nuestro ordenamiento jurídico civil, se prevé que *"la novación hecha con el deudor principal libra a los fiadores; la hecha con uno de los deudores solidarios, libra a los codeudores respecto del acreedor"*. Pudiéndose notar, que el efecto liberatorio de la extinción de una obligación solidaria por efecto novativo, afectará tan solo a la parte deudora, pues según BRENES CORDOBA (95), si entre acreedor y uno de los coobligados solidarios hubiera convenio por el que se produzca la novación, los otros coobligados quedan libres de la responsabilidad para con el acreedor, porque se produce una ficción, al considerarse que es lo mismo, que el coobligado con quien se convino la novación, hubiera pagado efectivamente la deuda, con lo cual se operaría una especie de subrogación legal, que de acuerdo al

sustancialmente constituida por un agregado de tantas obligaciones separadas, cuantas sean las personas de los deudores o de los acreedores: cada acreedor, no puede exigir que su cuota, y así cada deudor es obligado sólo por su cuota. Sobre el particular, RUBINO, op. cit., p. 148, que tanto en la novación, como en la remisión, en tratándose de un sólo codeudor, se extiende a los otros, sólo si eso haya sido querido por el acreedor.

- (90) Sobre el tema de la solidaridad, considera BUSNELLI, Francesco D., *L'Obbligazione soggettivamente complessa*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 33 que la incerteza de la doctrina en el estudio de la naturaleza y estructura de las obligaciones solidarias, ha hecho que el instituto de la solidaridad, sea considerado como misterioso, por la peculiar síntesis, dada entre valores unitarios y pluralísticos. Expresa el autor, en p. 245 que en el caso de una codeuda solidaria, las mismas causas de la extinción de la obligación que miran a uno de los codeudores, tienen pleno efecto liberatorio frente a los otros, salvo deroga convencional.
- (91) Alude al punto, BUSNELLI, op. cit. p. 245 frente a la norma en examen, sobre la situación de los coacreedores, que solamente se benefician con la extinción de la obligación por novación pro-cuota, porque se ha considerado que les perjudica en su derecho de crédito.
- (92) BUSNELLI, op. cit. p. 250, expresa que mientras en la economía del crédito, la actuación, se identifica con el instrumento específico para obtener la ejecución de la obligación, en la economía de la deuda común, se releva solamente en cuanto provoque la extinción de la obligación y la consecuente liberación.
- (93) Sobre la liberación de los codeudores, expresa una resolución de la Sala de Apelación de Milano, 8 de junio de 1946, Giorgi c. Cotonificio dell'Acqua, TEMI, 1946, No. 553, en p. 744 *Il Foro Ital.*, Rep. Vol. LXIX, 1946, Roma: "La novación entre el acreedor y uno de los deudores solidarios, libera a los otros deudores y si del contrato novativo viene pronunciada una resolución. . . la relación jurídica precedente extinta, no puede revivir". Otra interpretación alude en el sentido de que "si una precedente obligación solidaria viene modificada con un sucesivo acuerdo novativo, realizado entre uno de los coobligados solidarios y el acreedor, los otros coobligados deben entenderse liberados de las obligaciones derivadas del precedente contrato. En particular, no puede ser pedida la restitución del precio pagado dependiente del primer contrato, porque en tal caso, se haría revivir una relación ya extinta por novación.
- (94) Art. 636, 1er. párrafo, Cód. Civil de Costa Rica: "No puede haber solidaridad entre acreedores".
- (95) BRENES CORDOBA, op. cit., p. 216.

artículo 793 de nuestro ordenamiento jurídico civil, daría un derecho de cobro contra los demás obligados, por la parte que cada uno tiene de contribuir en el pago de la deuda total.

La norma en estudio, es efectivamente clara, y la finalidad propuesta es desligar a los coobligados solidarios por el hecho de extinguirse por novación una deuda, con lo cual se libera a todos los coobligados, pues en la solidaridad pasiva cada deudor se encuentra comprometido directamente al pago de toda la deuda (96), y al producirse la extinción se extiende a todos los demás, por tratarse de una deuda con una prestación común.

En la doctrina italiana, se ha ilustrado el fenómeno de la solidaridad, expresado en el hecho de que existe con ella, una causa de garantía, que caracteriza la obligación de uno de los deudores (expresamente aquel que aparece como garante), frente a la obligación del otro, portador exclusivo del interés (97). Siguiendo tal línea de pensamiento, al operarse la novación y extinguirse la relación obligatoria precedente, es lógico, que al seguirse la teoría unitaria, o sea de la unidad de prestación, si desaparece el objeto de la relación jurídica, se afectará a todos los codeudores, librándolos igualmente frente al acreedor. Tal dirección es la que sigue nuestra legislación. Por ello, no resulta del todo valedera la posición de Brenes Córdoba, que considera como supuesto de la liberación de los codeudores, el operarse una subrogación legal, que según el artículo 793 de nuestro Código Civil (98) prevé una acción de regreso contra los coobligados y en favor del que paga la deuda a la que estaba obligado, con o por otros, mientras que en el caso de la novación, el mecanismo operado no es el de una subrogación, pues no es el sub-entro de un tercero que cumple la deuda, sino es la sustitución de una deuda por otra, lo que produce la extinción de la primera. Si bien tal razonamiento podría ser aplicable en tratándose de la novación subjetiva, por la variación de los sujetos obligados, no así en el campo de la

novación objetiva, en donde el elemento alterado es distinto: las partes permanecen inmutables, mientras que lo sustituido es el objeto o la causa. Es bastante diferente el mecanismo de la especie fáctica subrogatoria, pues la extinción de la obligación primitiva, se produce, cuando un tercero, ajeno a la relación obligatoria, cumple mediante el pago la obligación, satisfaciendo el interés del acreedor, que acepta, y teniendo a su favor, en el caso de una obligación contraída colectivamente, el derecho de ejercitar una acción de regreso, en cobro de lo que pro-cuota le correspondía en la deuda (99).

Un aspecto que merece comentarse sobre las dos figuras, es el hecho de que en la subrogación, el tercero que cumple, se convierte a su vez, en el nuevo acreedor del deudor original, mientras que en la novación subjetiva, el cambio subjetivo producido, afectará la parte pasiva de la relación jurídica, que permanecerá siempre en la misma condición de obligada. En la novación objetiva, por el contrario, se produce un fenómeno distinto: la extinción de la obligación, se realiza por la incompatibilidad objetiva, que existe entre la primera y la segunda obligación, especialmente debida a la introducción de un elemento nuevo, y un "animus novandi", que sin variar el aspecto subjetivo de la relación, introduce en el objeto un cambio que provocará la extinción de la relación originaria y los codeudores resultan beneficiados igualmente por tal extinción.

Siguiendo la idea de que las condiciones ventajosas se extiendan a los obligados por deuda solidaria, encontramos que en la novación, no existe ninguna acción de regreso, pues la extinción en el caso de la novación y de la subrogación es distinta: en uno satisface el crédito un tercero; en la segunda se extingue una anterior por el nacimiento de otra nueva, que satisfará posteriormente al acreedor; en la subrogación, el tercero adquirirá el derecho del acreedor, mientras que en la novación subjetiva por cambio de deudor, el cambio subje-

(96) BRENES CORDOBA, op. cit., p. 35.

(97) BUSNELLI, op. cit., ps. 45-6.

(98) Cód. Civil de Costa Rica, art. 793: "La subrogación legal o convencional en favor de uno de los coobligados, sólo le da derecho a cobrar de los demás coobligados, la parte por la cual cada uno de ellos, debe contribuir al pago de la deuda". En el 790, se dice: La subrogación se opera totalmente y de pleno derecho: 3.— En favor de aquel que paga una deuda a la cual estaba obligado con o por otros.

(99) Señala ESPIN CANOVAS, op. cit., p. 254, que tanto una u otra figura resultan distintas particularmente en sus efectos, pues con la subrogación, no se extinguen las garantías, (Vid. art. 791 Cód. Civ. C.R.) en el que se expresa que se traspasan al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y privilegios del antiguo, mientras que en la novación, se extinguen aquellas que acompañaban la primitiva obligación. Además, opina el autor, lo que en la traspasa es el crédito primitivo, sin provocarse una nueva obligación. Asimismo, DISTASO, op. cit., p. 666 afirma que la transmisión del crédito en la subrogación, no determina la extinción del derecho del acreedor, transfiriéndolo, objetivamente invariable al "solvens".

tivo operado observará siempre la misma condición de obligado a cumplir una prestación.

- c) Destino de los privilegios, prenda e hipoteca de la relación obligatoria originaria, al producirse el efecto novativo y sus consecuencias en la nueva relación surgida.

Con la deuda antigua perecen también los derechos accesorios (privilegios, prenda e hipoteca) (100), al punto tal, que aun cuando se haya convenido la permanencia de ellos en la novación estipulada entre uno de los deudores solidarios y el acreedor, se extingue igualmente para todos los coobligados, salvo expresa reserva (101).

La norma civil italiana (art. 1232) prevé que si no existe con el nuevo acreedor, ningún convenio al respecto, los accesorios se extinguen con la relación originaria principal, al producirse el efecto novativo. Se ha encontrado el fundamento de tal extinción, en el hecho de que al desaparecer la relación obligatoria precedente y constituirse otra nueva, se da una absoluta autonomía entre ambas, especialmente dictada en caso de novación objetiva, la cual cumple el precepto de que los accesorios perecen con la relación principal (102).

No obstante, la máxima general de la extinción de los accesorios, la norma civil italiana prevé su permanencia, cuando exista una convención, que autorice la mantención de tales garantías en la obligación naciente.

El fundamento de las normas en examen, radica en el hecho de que los accesorios tienen una fuerza particular en virtud de su causa, sosteniéndose como lógico y natural, la pérdida de ellos, cuando desaparezca la obligación principal. Tal concepción es una influencia del Código Civil francés. Interpretándose entonces que la norma transcrita en el artículo 1274 del derogado Código Civil italiano de 1865, es la misma previsión que subsiste en el artículo 1232 de la legislación civil odierna, con la salvedad de que, convencionalmente, podrán pasar a la nueva obligación, tales privilegios, ya que constituyen relaciones típicas de derecho real o personal, las cuales respecto a la obligación principal, desempeñan una simple función accesorio, es decir, aseguran al acreedor la satisfacción de su crédito (103). Y por ello, la extinción tiene perfecta lógica jurídica, porque tanto la prenda como la hipoteca, constituyendo derechos accesorios, no tiene vida autónoma, es decir, no tienen posibilidad de sobrevivir, sin una obligación principal.

Anteriormente, se hizo mención al hecho de que si existe una convención expresa de las partes sobre la permanencia de las garantías, éstas subsisten con la deuda surgida (104).

Es el artículo 1233, del Cód. Civ. ital., el que expresa que tales garantías permanecerán sobre los bienes del deudor, si hubiere convención.

En la legislación civil costarricense, se prevé la

- (100) Art. 1232 del Código Civil italiano: "Los privilegios, la prenda y la hipoteca del crédito originario, se extinguen, si las partes no convienen expresamente en mantenerlas para el nuevo crédito". En relación a este artículo, el 1275 del Cód. Civil italiano sobre la extinción de las garantías en general. Sobre la extinción de la hipoteca por novación, el art. 2878 de ese cuerpo legal y art. 424 de la legislación civil costarricense.
- (101) El art. 1233 del cuerpo civil italiano, expresa que los privilegios, la prenda e hipoteca del crédito anterior, pueden ser reservados solo sobre los bienes del deudor que hace la novación. Al respecto de la extinción de los privilegios por novación, expresa DISTASO, Nicola, *Modificazione soggettive e oggettive dell'obbligazione, Banca Borsa e Titoli di Credito*, Milano, Giuffrè, 1967, Anno XXX, 1967, Part. I, p. 438 que la doctrina se ha dividido al respecto, pues expresa que Bigliani sostiene que los privilegios generales se extinguen al liberarse el deudor, mientras que los especiales se conservan, mientras que para STOLFI, los privilegios especiales permanecen, cuando la cosa gravada no se transfiera, los privilegios generales se extinguen sólo si las partes se han interesado en novar la obligación, mientras que se mantienen, si la voluntad de los contrayentes era tan sólo, la sucesión a título particular. Señala Nicolo, en *Rassegna Giurisprudenziale sul Codice Civile*, Libro IV, Tomo I, arts. 1173-1320, Milano, Giuffrè, 1970, p. 572, que el principio de la conservación de las garantías se ha puesto de manifiesto en Ap. Giuffrè, 1970, p. 572, que el principio de la conservación de las garantías se ha puesto de manifiesto en Ap. Palermo, 31 de marzo de 1944, *Foro Ital. Rep.*, 1943-5 No. 495, al expresar que: "a diferencia de la novación objetiva en que basta la expresa reserva del acreedor para la conservación de las garantías, en la subjetiva ocurre además, que el deudor liberado o los terceros que se la habían prestado consientan a conservarla".
- (102) MICCIO, op. cit., p. 304. De la misma manera opinan TRABUCCHI, op. cit., p. 574; DE CUPIS, op. cit., p. 120; BRANCA, op. cit., p. 429, Trimarchi, op. cit., p. 400.
- (103) ANDREOLI, op. cit., p. 65. El mismo autor considera que tales garantías, de hecho constituyen relaciones típicas de derecho, sea real o personal, que respecto a la obligación principal, cumplen la función de asegurar la satisfacción del interés crediticio. Al respecto, también BURDESE, Alberto, op. cit., p. 326.
- (104) Sobre el punto, PERLINGIERI, op. cit., p. 133 opina que en cuanto a la "prior-obligatio", no se mantienen en vida, tales privilegios, salvo que no se haya expresamente establecido, pues la "limitación a los bienes del deudor novante, no excluye que otro entre los deudores solidarios que hayan concedido garantía sobre sus bienes, puedan consentir al mantenimiento en vida; no se trata en esta hipótesis, necesariamente de constitución de nuevas garantías, en cuanto que la novación consigue automáticamente y verdaderamente en la extinción que se obtiene mediante novación, excluidas las garantías prestadas por el deudor novante, que según la norma que se comenta, pueden ser mantenidas con reserva. Sobre el tema véase también BARBIERA, Lelio, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, Jovene, 1971, p. 303.

extinción de las garantías en el artículo 830, segundo párrafo (105), admitiéndose tal posibilidad, solamente en cuanto a la prenda e hipoteca, de que pasen a la nueva obligación, cuando el deudor y el dueño de la cosa dada en prenda o hipoteca en su caso, así lo consientan. Es decir, que en principio, tal premisa existente en la legislación italiana subsiste en la nuestra, posible influencia en ambas de la codificación napoleónica, con la diferencia siguiente: en la legislación civil costarricense, sólo pueden subsistir en la nueva obligación, las garantías prendarias e hipotecarias, cuando se consienta a mantenerlas, excluyéndose de tal hipótesis, a los privilegios, como figura accesoria autónoma. A diferencia de la norma francesa inspiradora, que adjudica la potestad sólo al acreedor para que tales garantías subsistan, tanto la ley civil costarricense como la italiana, expresan que formalmente, debe tratarse de una convención. Jurisprudencialmente, se ha emitido una interpretación sobre el particular, en tema de novación subjetiva, que bien podría ilustrar el principio en comentario, de que lo accesorio, perece con lo principal (106).

B) La nueva obligación surgida: la existencia del "aliquid novi" o elemento nuevo como requisito esencial.

La creación de una obligación nueva realiza la novación, es decir, es esta nueva constitución la que condiciona la extinción de la obligación preexistente, y si por cualquier causa, no llegara a existir (sea por nulidad de contrato), la obligación originaria renacerá (107).

La obligación sustitutiva deberá ser fundamentalmente nueva, en el sentido de diferir de la anterior en su esencialidad (108), y requerir existencia jurídica, para provocar el efecto extintivo sobre la obligación originaria.

La fisonomía propia de la nueva obligación está caracterizada por un elemento nuevo, que viene a constituir el punto en el cual la obligación preexistente y la nueva resultan incompatibles. Es en la novación objetiva, de la cual hemos venido tratando, en donde mejor se perfila el llamado por los romanos "aliquid novi", que se encontrará en los elementos objetivos de la novación en estudio, cuya introducción variara sustancialmente la relación originaria (109).

Según el artículo 1230, 1er. párrafo del C.C. ital., la obligación originaria se extingue, cuando las partes constituyen una obligación nueva con "objeto o título diverso". Tal diversidad que se encuentra en la base del instituto novativo, en su perfil objetivo, adquiere significado, en tanto en cuanto se produzca un cambio sustancial en el elemento objetivo: un cambio que dé como resultado un tipo de prestación diferente, por ejemplo, la sustitución de una obligación de hacer por una de dar, o en un tipo distinto de contrato (110).

Sobre la posición del "aliquid novi" en la estructura de la obligación, una posición sostiene que no se encuentra presente en la composición interna de la nueva obligación, ya que dicha situación se demuestra, ejemplificando, con la obligación condicional (111); pues bajo este matiz el efecto novativo se realiza justamente al verificarse

- (105) Cód. Civil, art. 820, segundo párrafo: "Los privilegios, prendas e hipotecas de la primera deuda, no pasan a la segunda, salvo que el deudor y el dueño de la cosa, en su caso lo consientan expresamente". Este artículo es casi una copia literal del 1278 del Code Napoléon, que dice "Los privilegios e hipotecas del antiguo crédito, no pasan a la sustituida, a menos que el acreedor no las haya expresamente reservado".
- (106) Dice tal resolución del Tribunal Superior Civil de San José, No. 624, de las 14 hrs., 3 setiembre de 1974. Ejecutivo preudario de F.D.G. c. M.A.S.F. Boletín Digesto de Jurisprudencia, No. 221, San José, Costa Rica, 1974-75, Año XIX y XX, No. 1985: "Si en el certificado de prenda, que sirve de fundamento a la demanda, el acreedor consintió expresamente la novación del deudor, de su crédito, aceptando como tal al codeudor del mismo y desligando de toda obligación al recurrente, se impone anular la resolución que previno a los demandados entregar al actor los semovientes rematados y adjudicados, pues en cuanto a él, no podrá el Juzgador con base en dicho certificado de prenda, enderezar juicio ejecutivo".
- (107) MARTY-RAYNAUD, op. cit., p. 841. A su vez, opinan dichos tratadistas que las partes podrían perfectamente convenir en extinguir la obligación sin reemplazarla, pero entonces no se trataría de una novación. En igual sentido ANDREOLI, op. cit., p. 45.
- (108) SCHLESINGER, op. cit., p. 33. Al respecto opina ANDREOLI, op. cit., p. 17 que requisitos indispensables de la novación en alguna de sus formas, es la necesidad de que se introduzca un elemento nuevo, frente a la obligación novada, porque de otra forma, si la primera reproduce exactamente la segunda en todos sus elementos, no se podría hablar de novación, sino de reconocimiento de deuda. Sobre el reconocimiento de deuda, véase MESSINEO, op. cit., p. 528.
- (109) TORRENTE, op. cit., p. 416.
- (110) BUCCISANO, op. cit., p. 32.
- (111) BUCCISANO, op. cit., p. 23. sostiene el autor que la doctrina del "aliquid novi" surgió en época pre-clásica, cuando a la extinción de la obligación preexistente se producía debido a la estipulación novativa, e independientemente del nacimiento de una nueva obligación, mientras que en la época clásica, el efecto extintivo venía unido al efecto constitutivo, perdiendo significado el elemento nuevo, por lo que para haberlo, debía incorporarse a la obligación nueva.

la condición, lo cual demuestra que dicho elemento no se encuentra sustancialmente en la nueva obligación. Esta posición, no es del todo justa, pues es inherente a la obligación surgida el tener en sí el elemento nuevo, que la hace incompatible con la originaria y que provoca la extinción, pues en la novación condicional, los efectos se realizan solamente desde que la condición suspensiva se cumpla, o la resolutoria deje de existir (112).

Observando de cerca el aspecto innovador que constituye el nacimiento de la obligación sustancialmente distinta a la primitiva, se puede decir que la novedad surgida del acto novativo, consiste en el interés que justifica, bajo el perfil axiológico, la constitución de una obligación nueva, en lugar de la originaria que desaparece (113).

Existen al respecto, dos soluciones doctrinales sobre el valor del elemento nuevo en la configuración de la novación. Una de ellas, sostiene que el "aliquid novi" no constituye un elemento necesario para la validez del acto novativo, sino que es la voluntad de las partes la suficiente para realizar el efecto novativo (114), mientras otra le da prevalencia al elemento nuevo, afirmando que para que la obligación presente signos de novedad, debe incluir un elemento nuevo, respecto a la obligación primitiva, pues de lo contrario no se configuraría la novación como fenómeno extintivo-constitutivo (115).

La noción de "aliquid novi" consiste entonces, en el objeto nuevo que sustituye a la prestación de la relación originaria, dando nacimiento a una nueva, que resulta totalmente distinta de la primera (116). Pues si no existiera como requisito

significativo, y se reprodujera exactamente la segunda, en todos sus elementos subjetivos y objetivos, no sería posible hablar entonces de novación, sino de un fenómeno diverso, o sea, estaríamos en el caso del reconocimiento de deuda (117).

En relación con la función desempeñada por el elemento nuevo en la estructura de la obligación naciente, es notable la diferencia que existe entre la novación objetiva expresa, en la cual las partes "expressis verbis" declaran su interés en novar la obligación, y la novación objetiva tácita, resultante de hechos concluyentes. En efecto, según Andreoli (118), en la novación expresa realmente no es necesario, que la obligación novante introduzca un cambio radical frente a la precedente, pudiendo bien tal mutación, mirar pura y simplemente elementos secundarios. Sin embargo, tal posición no es justa, porque tanto en la novación tácita objetiva, como en la expresa, se necesita para su configuración, una alteración que varíe sustancialmente el contenido de la relación jurídica, sea a través de una manifestación formal, o a través de ciertos hechos, que permitan considerar que se ha operado un verdadero cambio en la prestación, naciendo una obligación nueva, distinta de la primitiva. Es por eso, que al afectarse solamente los elementos accesorios, no se produce novación, pues es precisamente la esencialidad del objeto de la primera relación que debe ser variado, para provocarse el efecto novativo. Es por eso que jurisprudencialmente se ha interpretado que la variación de los accesorios, no supone la intención novativa (119) y lo que sería, es una modificación de la relación

(112) BRENES CORDOBA, op. cit., p. 214.

(113) BUCCISANO, op. cit., p. 20; MARTORANA, op. cit., p. 166.

(114) BUCCISANO, op. cit., p. 23.

(115) RESCIGNO, op. cit., p. 548; PERLINGIERI, *Il Fenomeno*,... op. cit., p. 121.

(116) MESSINEO, op. cit., ps. 526-8.

(117) Sobre el particular, vid. TRABUCCHI, op. cit. p. 579; PERLINGIERI, op. cit., No. 30, ps. 98-99; ANDREOLI, op. cit., p. 17.

(118) ANDREOLI, op. cit., p. 17.

(119) Sobre la extinción de los accesorios, véase *supra*, A-c, de este capítulo. Sobre el particular BURDESE, op. cit., p. 326. La jurisprudencia italiana ha interpretado que cuando las partes regulan pura y simplemente las modalidades relativas a la ejecución de la obligación preexistente, sin alterar el objeto o el título, no se verifica alguna novación, en cuanto que dicha convención, confirma la voluntad de las partes de mantener con vida la obligación originaria, teniendo el nuevo negocio por objeto solamente modificaciones accesorias, Cas. 24 ottobre, 1970, No. 2133, Lucchese c. Lanif, Biagioli, *Il Foro Ital.*, Rep., 1955, Vol. XCIV, 1971, No. 70. También cita TORRENTE en NICOLÒ, en *Rassegna di Giurisprudenza sul Codice Civile* (1954-64), Milano, Giuffrè, 1965, p. 264, alguna jurisprudencia sobre el particular: Cas. 4 ottobre, 1958, No. 3111, No. 416; Cas. 23 maggio 1959, No. 284; Cas. 24 maggio 1960, No. 1324, *Giurisp. Sic.* 1960, 888; Cas. 18 luglio 1961, No. 1738, *Giust. Civ. Rep.*, 1961, No. 267, sentencias en las que se enfatiza la necesidad de que el cambio sea sustancial.

obligatoria, no el nacimiento de una nueva (120).

Si para Perlingieri, es fundamental la modificación del título, para Buccisano es la intención novativa que en sí encierra el "aliquid novi", pues si se valora cualquier otra circunstancia, la voluntad de extinguir la obligación preexistente no resulta en forma inequívoca, llegándose al extremo con Martorana, para quien, cualquier modificación por mínima que sea, producida en los elementos principales o accesorios, siempre que la voluntad de novar exista, producirán novación (121).

Consideramos que la simple manifestación de voluntad novativa no basta para realizar el efecto novativo, sino la alteración objetiva es esencial, así como a contrario sensu, no es valorable un "aliquid novi", sin "animus novandi", pues éste es expresión de aquel.

Valorando las direcciones doctrinales que ven en la necesidad de la mutación del objeto o título, la esencialidad de la novación como instituto, la jurisprudencia italiana ha interpretado al respecto, que no existe novación, si no ha habido una alteración sustancial, que determine la incompatibilidad de ambas obligaciones (122).

El objeto de una relación jurídica, puede sufrir una variación de dos distintas maneras: cuantitativamente o cualitativamente por voluntad de las partes. Según se verá, solamente los cambios cualitativos son capaces de producir una transformación que comporta novación, mientras que los cuantitativos, comportan tan solo una modifi-

cación objetiva que no altera la sustancia misma (123).

a) Los cambios cualitativos en el objeto son aptos para provocar novación.

Se considera que tales cambios en la cualidad, son aquellos que transforman radicalmente la naturaleza, la esencia misma de la prestación sobre la que recae el vínculo obligatorio; es el cambio que se produce cuando se varía una obligación de hacer, en una de dar, o de no hacer, significando una mutación aportada por las partes al elemento objetivo de la relación misma, que la alteran esencialmente. Según algunos autores (124) solo este tipo de cambio es el que incide en la obligación misma, produciendo, aun en el silencio de las partes, la novación.

1) Cambios en el objeto o título de la obligación.

Una modificación del objeto, por ejemplo la sustitución de la cosa en las relaciones reales, no constituirá una simple alteración de la misma, sino que determinaría la desaparición de la relación existente, y en su sustitución por una nueva (125). El objeto inmediato de la obligación, consiste siempre en una prestación, que es variada, como variado es el campo de la actividad humana (126).

Según el artículo 1230, primer párrafo, la obligación originaria se extingue, cuando las partes constituyen una nueva, con "objeto o título di-

(120) Sobre la accesoriedad y su destino frente al efecto novativo, RUSCELLO, Francesco, "Pactum de non petendo e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio", en *Riv. Dir. Civ.*, Anno XXII, No. 2, marzo-abril, 1976. CEDAN, Padova, p. 206, expresa que en ciertos negocios reglamentarios, tanto la dilación como "el pactum de non petendo in perpetuum" incide en la reglamentación, sin alterar, por eso ni el objeto, ni el título de la relación. Pero a veces, un término, siendo un elemento accesorio, puede resultar esencial en la relación, en el sentido de que su cambio, incidiendo sobre el objeto o el título, la disciplina del acto modificativo, se relaciona con la de la novación.

(121) PERLINGIERI, *Il fenomeno...* op. cit., p. 121, quien considera a la vez que para que opere la novación, se requiere una modificación funcional. BUCCISANO, op. cit., p. 32; MARTORANA, op. cit., p. 166.

(122) Cas. Civ. 9 maggio 1958, No. 1524, Gravante c. d'Agostino, en p. 2508, *Giurisp. Ital.*, Rep., Vol. II, Anno LX.

(123) SANTORO-PASSARELLI, op. cit., p. 102.

(124) ANDREOLI, op. cit., ps. 32-35, PERLINGIERI, op. cit., No. 30, p. 71.

(125) SANTORO-PASSARELLI, op. cit., p. 102.

(126) ANDREOLI, op. cit., p. 31. Señala el autor como cambio sustancial en el objeto, el caso de transformación de una renta vitalicia en deuda de capital. Otro ejemplo es dado por MARTORANA, op. cit., p. 112, al señalar que "la obligación de dar cien botellas de vino, es cosa distinta de la obligación de construir una villa, de prestar una renta perpetua o vitalicia, de dar una cantidad de terreno y similar, para que la sustitución de una cosa a la otra pueda considerarse compatible, con la intención de persistir en la obligación precedente", ANDREOLI, op. cit., p. 54, la transformación de una obligación simple en una alternativa.

verso". Tal diversidad requerida, tiene un valor significativo, en el sentido dispuesto por la ley, en cuanto el cambio del objeto o del título de la obligación: la diversidad del objeto presupone entonces, un cambio en el tipo de prestación (127), una verdadera transformación, una modificación en el contenido de la obligación (128).

La novación se produce también, cuando existe una mutación en el título de la obligación originaria. Presupone tal alteración, que el tipo de prestación originariamente debida permanezca inmutable, al igual que los sujetos, mientras que lo que se produce es una variación causal del propio negocio jurídico, que da lugar a la obligación (129), no puede entenderse, sino como una sustitución de un nuevo tipo contractual del precedente: existiendo entonces una prestación idéntica, que si antes era debida por el deudor a título de compraventa, se encuentra ahora obligado a título de depósito. En este caso, aún en el silencio de las partes, se puede individualizar claramente la voluntad de efectuar la novación, pues pareciera decisiva la constatación, de que no sólo cambia la causa jurídica, la fuente de la obligación, sino que cambia además de la función práctica, el intento económico-jurídico (130).

Es por ello que el cambio en el título, por implícito querer de las partes, manifiestamente, que origina una variación fundamental en la naturaleza jurídica (131); o sea si la causa de la obli-

gación primitiva es un hecho jurídico diferente del contrato, la alteración causal por voluntad de las partes no puede configurar dicha forma, sino como una sustitución contractual, frente a la fuente de la cual se originaba la obligación primitiva. Es verdad también, que si todos los otros elementos de la obligación originaria permanecen incólumes, el cambio de causa, incide profundamente sobre la esencia de la obligación primitiva transformando radicalmente su típica configuración, de la cual surge la intención novativa de sustituir una obligación por otra: las partes han dirigido la obligación a una función práctica, a un intento económico-jurídico, causa material del contrato absolutamente extraña a las relaciones precedentemente existentes entre las partes (132).

El cambio que se prevé en el artículo 1230, atañe al título presuponiendo de hecho, que el tipo de prestación permanece sin variación alguna, mientras que lo que produce mutación, es en su naturaleza jurídica. Es lo que algunos tratadistas denominan "novación causal" (133).

La variación en el objeto o en el título, ha sido interpretada de variada manera por la jurisprudencia italiana, sea tomando en cuenta la sustancialidad del cambio operado (134) sobre la existencia de novación en el caso del acuerdo de partes para la extinción de una obligación cambiaria, atribuyendo al acreedor el derecho a percibir los cánones de locación de un fundo propiedad del deudor

(127) BUCCISANO, op. cit., p. 32. RESCIGNO, *Manuale*. . . , op. cit., p. 548.

(128) El Code Napoleon, art. 1271, no especifica como lo hace la legislación italiana, la consistencia de la variación producida, sino que solamente dice, que la novación se produce: 1) Cuando el deudor contrate con su acreedor una nueva deuda que es sustituida a la antigua, la cual se extingue.

(129) Por título, según RESCIGNO, Pietro, voz *Novación*, *Dir. Civ.*, en *Nov. Dig. Ital.*, Vol. XI, UTET, Torino, 1965, p. 43, se debe entender la fuente de la obligación en el sentido amplio del término, es decir, no solo en el significado de hecho del cual deriva la obligación, sino como fuente de reglamentación de las modalidades del contrato. En el mismo sentido se expresa, DISTASO, Nicola, *Modificazioni soggettive e oggettive dell'obbligazione*, *Banca Borsa e titoli di credito*, Anno XXX, 1967, Milano, Giuffrè, p. 428, I.

(130) ANDREOLI, op. cit., p. 43.

(131) MARTORANA, op. cit., p. 118. Respecto a la diversidad de título, señala BUCCISANO, op. cit., p. 33 que presupone una mutación en el tipo de reglamento, y que por título de la obligación, se entiende la causa del acto del cual deriva el doble efecto extintivo-constitutivo: el cambio de título en esta acepción, es una consecuencia natural y constante de la novación, en sentido efectual o global, al título de la obligación nueva y establece que se tiene novación, cuando la obligación, aisladamente considerada, asimila un tipo de reglamento nuevo y distinto del reglamento preexistente.

(132) ANDREOLI, op. cit., p. 42. En la doctrina española, ESPIN CANOVAS, op. cit., p. 158 define el cambio de causa diciendo: "Tiene lugar la alteración causal por mutación del propio negocio jurídico, que da lugar a la obligación, cuando el precio debido en virtud de una compraventa o de un arrendamiento, se conviene que se adeude en concepto de préstamo. Al respecto, SANCHO REBULLIDA, op. cit., p. 381.

(133) BUCCISANO, op. cit., p. 135. Sobre la novación causal, PERLINGIERI, op. cit., No. 30, ps. 73-75, expresa que para los fines de la determinación del "aliquid novi", el cambio de título de la obligación asume una posición en sí, al punto que contraponiéndose la novación por cambio de objeto, a la novación por cambio de título, más de un autor ha querido definir verdadera novación, solo a una de las dos, propiamente a la segunda, la llamada novación "causal".

(134) Ap. Génova, 7 junio de 1957, G.R.A. —Ditta Ranzi— Giust. Civ. Mass., 1957, *Giurisp. Ital.*, Rep., Anno LIX, Vol. II, 1957, Torino, UTET, 1958, No. 6.

cambiario, hasta la concurrencia del crédito originario (135).

La modificación de la obligación relativa a la naturaleza jurídica y al objeto de la prestación, debe transformar la obligación nueva en incompatible con la originaria, pues de lo contrario, se interpretaría como un interés de las partes en que permanezca (136).

La legislación costarricense en el artículo 814, inc. 1 expresa que la novación objetiva se realiza cuando por cambio de objeto o cambio de causa, se contrae una nueva deuda en sustitución de la antigua, que se extingue. Este artículo es similar al existente en la legislación italiana, aunque el cambio en la naturaleza jurídica es denominado en nuestra legislación "cambio de causa". BRENES CORDOBA sostiene que la mutación se produce cuando, la cosa cierta y determinada que forma la materia de la prestación, se reemplaza por otra en virtud de convenio, y a la vez cita el ejemplo, de que si el deudor se obliga a satisfacer su deuda con trabajo personal y posteriormente se estipulara que el pago se hiciera en dinero, se habría operado aquí, un cambio completo en cuanto a una de las condiciones esenciales (137) del pacto primitivo. En cuanto al cambio de título o "mudanza de causa" (138) sostiene el comentarista, que existe cuando se realiza una transformación completa del

convenio; que provoca diferentes derechos y obligaciones, dependiendo del título de la obligación sustituida. Sobre la esencialidad del cambio en el objeto o causa jurídica, la jurisprudencia costarricense ha señalado solamente la necesidad de que exista la alteración, como uno de los requisitos esenciales para la eficacia novativa (139).

- b) Los cambios cuantitativos no son idóneos a comportar novación —ex art. 1231 C.C. ital. y 818 Cód. Civ. Costa Rica—.

Si el cambio en el objeto se refiere al "quantum", o sea al aumento o disminución de la prestación, dejando cualitativamente "íntegra" o inalterada la esencialidad de la obligación, tales variaciones no son idóneas a comportar la desaparición de la obligación precedente, pues no alteran sustancialmente su esencia (140).

Es por ello que, las modificaciones producidas en la prestación en cuanto a la cantidad, o a las modalidades de las prestaciones, no constituyen presupuestos aptos para novar el objeto o el título, pues, según Andreoli, tales cambios, que se presentan con frecuencia en las obligaciones de dar, pudiéndose configurar también, en las de hacer o no hacer, por ejemplo, en una obligación de hacer, en que las partes sucesivamente establecen que la obra o el servicio originario, se deba ejecutar den-

-
- (135) Cass. Civ. 12 maggio 1948, No. 699 —Banca di Lucania c. D'Enrico— Riv. Dir. Com., en *Giurisp. Italiana, Rep.* 1949, p. 1586, No. 61.
- (136) Ap. Roma, 28 de junio de 1972, Meliorconsorzio c. Nicolini, *Temi Romana*, 1972, 626. Banca Borsa, 1973, II, 267, en p. 1758, *Il Foro Ital., Rep.*, Vol. XCVI-1976. Sobre la que se sostiene en la Cas. 15 mayo 1971, No. 1407, Mancusso c. Fall Botta, en p. 1055, *Il Foro Ital., Rep.*, Vol. XCIV, 1971, que en un contrato de compraventa si ha habido una simple modificación del precio, quedando inalterados la causa y el objeto, no subsiste novación. También sobre el particular, Cas. 4 ottobre 1958, No. 3111, Ruggetti c. Ruggetti, en p. 1738, *Il Foro Ital. Rep.*, Vol. LXXXI, 1958, Cas. Civil, 9 mayo 1958, No. 1524, Gravanti c. D'Agostino, en p. 2508, *Giurisp. Italiana, Rep.*, Vol. II, 1958, Cas. 6 abril 1974, No. 999. Cosentini c. Del Fante, en p. 1955, *Il Foro Italiano*, Vol. XCIV, 1971 No. 69.
- (137) BRENES CORDOBA, op. cit., p. 212. Al respecto CARRO ZUNIGA, Carlos, "Los factores condicionantes del *ius variandi*", Rev. Coleg. de Abogados San José, 1964, p. 24: "El distingo entre condiciones principales y relativos al objeto, la causa o las condiciones principales, como las realizadas sobre la novación. Los cambios no y sus elementos accidentales, no producen la extinción de una deuda y el nacimiento de otra.
- (138) BRENES CORDOBA, op. cit., p. 212.
- (139) Las siguientes sentencias de la Corte de Casación hacen mención a lo anotado: Cas. 5, 1957, I Sem., Tomo Unico, p. 90-Lara Fernández c. Registro Público, *Colec. Sentencias*. Corte Sup. de Justicia, Imp. Nacional., San José, 1957; Cas. 14:10 hrs. del 26 de marzo de 1943, I Sem., Tomo Unico, p. 108, *Colec. Sent.* Corte Sup. de Justicia, Imp. Nal., San José, 1943.; Cas. 14 hrs. del 14 de enero de 1944, I Sem. Tomo Unico, p. 105, Rodríguez Martínez vs. Suc. Guillén Montenegro. *Colec. Sent.* Corte Sup. de Justicia, Imp. Nal., 1944.
- (140) ANDREOLI, op. cit., p. 38; ibid. PERLINGIERI, op. cit., No. 30, p. 71. MICCIO, op. cit., p. 300, señala que los cambios accesorios que no afectan la sustancia de la relación, no demuestran el "animus novandi". La misma expedición de un documento, no produce la novación, mientras el animus novandi, no resulte de manera inequívoca. Sobre la alteración accesoria que no comporta novación, MESSINEO, op. cit., p. 526.

Sobre el particular, no existen resoluciones, frente a una gran cantidad de interpretaciones jurisprudenciales italianas.

C) El elemento subjetivo: el "animus novandi" o intención novativa.

Para Pugliatti, el concepto general del "animus", está inmerso en una compleja problemática, que permite considerarlo, no solo como un conjunto de puntuales especificaciones, que en sí convergen, sino también como un aspecto del cual se desmembran las más significativas indicaciones concernientes a dicha problemática (147). El término "animus" está adoptado, en las fuentes romanas con significados varios, razón por la cual, alrededor de las distintas figuras jurídicas, existe una gama extensa del animus, requerido como elemento integrante de su propia estructura. Por ello nuestro estudio incluye dentro de la novación, el enfoque del "animus novandi", cual requisito esencial, sin el que la novación no se podría configurar (148).

El "animus novandi" es una expresión subjetiva que por sí misma, no puede ser idónea a representar un elemento constante del esquema novativo, ni a constituir un coelemento capaz de enriquecer el contenido escogido, sino que actúa en el sentido de adaptar el esquema negocial típico o atípico, al desarrollo de una función diversa de aquella normalmente dirigida a producir el efecto

novativo (149). es decir, que el efecto típico novativo extintivo-constitutivo tiene necesidad para su configuración, de un acto volitivo de las partes, por lo que, según la opinión de PERLINGIERI, la doctrina tradicional, sufriendo la influencia de la concepción voluntarista de la teoría del negocio, ha exagerado al exaltar el elemento subjetivo, al punto de sostener que la voluntad de las partes, por sí sola, podría novar una relación, aun en ausencia de un cambio de objeto o título, y al contrario, pudiendo excluirse la novación en presencia de ciertos cambios, si no existiera la intención novativa (150), con lo cual se le daría un valor al animus, que sin poseer una autonomía ontológica, se constituirá en el fundamento estructural del negocio novatorio. Insiste el autor que en la novación, se debe realizar la función novativa y el "animus novandi" es determinado como el perfil subjetivo de la "causa novandi", constituyendo esta última, la que caracteriza la especie fáctica novativa, siendo inútil darle al elemento intencional la preeminencia sobre el elemento nuevo (151). Según esta corriente, la intención novativa no basta, para extinguir y sustituir la obligación primitiva, si falta el elemento objetivo de la modificación de la relación obligatoria, dándosele una gran relevancia al "aliquid novi" dentro de la estructura novativa (152).

No obstante las nuevas corrientes que dan supremacía al elemento objetivo, o sea al cambio

- (147) PUGLIATTI, Salvatore, *Voce Animus*, en *Enciclopedia del Diritto*, II, Milano, Giuffrè, 1958, p. 437. También el autor incluye, los distintos tipos de animus, referentes a variadas figuras jurídicas, como animus iniuriandi, animus decipiendi; animus nocendi; animus possidendi etc. En cuanto al concepto de "animus", según BROISE, Sergio, *Animus Donandi, concetto romano e i suoi riflessi nella dogmatica odierna*, Pacini, Pisa, 1977, Parte Generale I, p. 39, significa intención, y como término jurídico, indica la intención subjetiva calificativa de un acto o un comportamiento del sujeto mismo, asumiendo entonces, el valor de elemento característico de la voluntad, que preside aquel acto o comportamiento.
- (148) Sobre la evolución del "animus novandi", vid. *supra*, Cap. I, Sección A.
- (149) PERLINGIERI, op. cit., No. 30, p. 80.
- (150) PERLINGIERI, op. cit., p. 78. Según el autor, con considerar el "animus novandi" aspecto estructural y caracterizante de la novación, se le identifica con "la función novativa".
- (151) PERLINGIERI, op. cit., p. 80. Del mismo criterio es RESCIGNO, *voce Novazione*, op. cit., p. 435, quien expresa que tal elemento es demasiado vago e incierto para que se le considere el centro de la novación, dándosele un gran valor, considerando aceptable la tesis de algunos doctrinistas y ciertos pronunciamientos jurisprudenciales que han retenido que el animus novandi, es de gran relevancia, sobre todo en el caso de la novación tácita objetiva. CARIOTA-FERRARA, Luigi, *Il negozio Giuridico nel diritto Privato Italiano*, Napoli, Morano, op. cit., p. 47, sigue la directriz que da preeminencia al elemento nuevo, frente al meramente volitivo.
- (152) RESCIGNO, *voz Novación*, op. cit., ps. 434-5, continúa afirmando que el elemento intencional en la novación es irrelevante, si falta la modificación objetiva, y el animus novandi se convierte, en necesario sólo si tratándose de modificaciones esenciales, la relación creada con la nueva declaración, coexistiría con la obligación originaria. En condiciones como las realizadas sobre "la modalidad de la obligación y sus elementos accidentales, no producen la extinción de una deuda y el nacimiento de otra, es decir por regla general, no provocan la novación de una deuda y el nacimiento de otra. Tal es el caso de prestar o cancelar una garantía, incluir una cláusula penal, aumentar o disminuir el plazo, señalar un lugar distinto para el pago".

operado, frente al elemento intencional, siempre se sigue considerando como elemento de gran importancia en la configuración del instituto novativo, pues según Frezza, el ordenamiento protege el "animus novandi", en el ámbito del complejo de pretensiones que han recaído efectivamente en el reglamento de intereses querido por las partes, conservando para los intereses que se encuentran efectivamente fuera de tal reglamento, la protección preexistente (153).

De acuerdo a la teoría tradicional, existen por lo tanto, dos maneras de enfocar el concepto: una posición restrictiva, que sostiene que la voluntad de novar resulta del acto mismo, cuando la obligación nueva es absolutamente incompatible con la preexistente, excluyéndose, sea la modificación, sea la constitución de una obligación concurrente, mientras que con la visión extensiva del concepto, cualquier cambio de la obligación, aunque sea relativo a un elemento accesorio, puede asumir un determinado valor, indicativo de la voluntad novativa, en determinadas circunstancias (154).

En general, podríamos decir, que el "animus novandi" es la intención de extinguir la obligación precedente (155), o también, la específica voluntad de producir los efectos propios de la novación (156), el particular acto volitivo de las partes dirigida a cumplir con el negocio jurídico de la extinción de una precedente relación obligatoria (157). Betti, lo considera como la común intención de las partes unívocamente identificable, mediante una interpretación psicológica (158). Para MICCIO, es el intento de dar lugar a una nueva obligación, resultante de la incompatibilidad o de hechos concluyentes (159).

En resumen, las direcciones doctrinales sobre el animus novandi, se podrían dividir en dos: una que tiende a convertir el "animus novandi" en la intención o la voluntad de las partes para la extinción de una obligación mediante sustitución (160), y una segunda, que reclama dicho elemento como indispensable, para la novación objetiva tácita, sin el cual no tendría ningún significado el fenómeno novativo (161). En realidad, sea en la novación expresa o tácita el "animus novandi" se encuentra presente, pues en ambos casos, la voluntad de extinguir se refleja siempre en la intención de sustituir la "prior-obligatio" con una nueva, que posea causa u objeto diverso, sea que ha sido formalmente expresado, o a través de la incongruencia existente entre las dos obligaciones, o por hechos que indiquen que el querer de las partes está dirigido a la extinción de una obligación y a la constitución de una nueva. En tal aspecto, podríamos afirmar que tanto el "aliquid novi" como el "animus novandi", no son requisitos de la novación que se oponen entre sí, sino contrariamente, elementos complementarios: no existe intención novativa, sea expresa o tácita, mientras la sustitución de una obligación originaria no produzca el surgimiento de la nueva, por incorporación de un elemento nuevo que la diferencie sustancialmente de la precedente. Asimismo tal novedad introducida, debe ser querida por los sujetos de la relación obligatoria, que la expresan sea en una forma directa, o a través de la incompatibilidad de las dos obligaciones. En tal aspecto, podríamos afirmar que tanto el "aliquid novi", como el "animus novandi", no son requisitos de la novación que se oponen entre sí, sino al contrario, elementos complementarios: no existe "animus novandi", mien-

el mismo sentido SCHLESINGER, op. cit., p. 10. DISTASO, op. cit., p. 529, es del parecer, que si no existe una modificación del elemento objetivo de la relación, la intención novativa no basta.

(153) FREZZA, Paolo, *Animus Novandi*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 249. Stratto da studi in onori di Biondo Biondi, Vol. I, p. 249.

(154) BUCCISANO, op. cit., p. 22. La tesis extensiva podría estar bien representada por MARTORANA, op. cit., p. 235.

(155) RESCIGNO, Manuale, op. cit., p. 548.

(156) MESSINEO, op. cit., p. 523.

(157) MARTORANA, op. cit., p. 92. Para el autor, es muy distinto el "animus novandi" y la intención que es requisito para cualquier otro negocio jurídico.

(158) BETTI, op. cit., p. 126.

(159) MICCIO, op. cit., p. 126. Sobre el particular, SCHLESINGER, op. cit., p. 10, expresa que la esencialidad del animus, se impone solamente en el caso en el que hubiera compatibilidad entre las dos obligaciones, mientras que sería innecesario recurrir a él, cuando se dé una situación de incompatibilidad in re ipsa, entre la obligación originaria y la resultante del acuerdo sucesivo. Ibid. MELCHIONA, Raffaello, *Novazione oggettiva del rapporto di lavoro nei contratti collettivi del settore dell'industria*, en *Il Diritto del Lavoro*, Vol. XLI, T. II, Roma, p. 313.

(160) SANTORO-PASSARELLI, op. cit., ps. 102-105.

(161) BUCCISANO, op. cit., p. 18. Sostiene que para que exista novación, además del "animus novandi", se necesita un soporte real, que justifique, sobre el plano axiológico la novación. Dicho soporte, sin duda es el "aliquid novi".

tras la sustitución de la primitiva obligación no provoque el surgimiento de la nueva, por incorporación de un elemento nuevo que la diferencie sustancialmente de la precedente; asimismo, tal novedad introducida debe ser querida por los sujetos de la relación obligatoria, que la expresan sea manifiesta o tácitamente, por lo que se podría afirmar que el carácter negocial de la novación objetiva, determina que sea la intención de las partes la que desenvuelve un papel decisivo, incluyendo en sí misma la alteración objetiva o causal, que diferencia las dos relaciones: la precedente y la nacida a posteriori.

El artículo 1230 de la legislación civil italiana, en su segundo párrafo, prescribe que "*la voluntad de extinguir la obligación precedente debe resultar de modo no equívoco*". Dicha norma requiere la voluntad común de extinguir la obligación originaria, intención que debe tener como característica esencial, el de ser inequívoca, o sea, no dejar lugar a dudas de la dirección volitiva de los sujetos obligados. Señala por ello BETTI, que en el caso de una formulación ambigua, oscura del precepto contractual, es al Juez a quien corresponde interpretar el intento novativo, con criterios objetivos (162).

En principio, la manera no equívoca, equivale a la prohibición de presumir la voluntad novativa,

no obstante, que se precisa que en la novación objetiva tácita, el "*animus novandi*" es implícito, (163) resultante de la no compatibilidad de las dos obligaciones. La exclusión de la presunción del elemento intencional, significa que en la duda, se tiene por inexistente la novación (164).

Tal rigor en dicha disposición, es dictado especialmente por la gravedad de las consecuencias de la novación objetiva, que debe ser claramente querida (165).

En otros casos, interpretó la jurisprudencia italiana, que el "*animus novandi*" se concreta en la voluntad de crear una obligación distinta de la anterior, individualizada exactamente por el criterio de incompatibilidad objetiva de la nueva deuda con la antigua (166).

Otra dirección se inclina por sostener, que debiendo el "*animus novandi*" resultar de modo no equívoco, debe retenerse como implícito, cuando sea modificada la causa o el objeto de la obligación (167), o al contrario, la sustitución del objeto de la obligación, no importa novación, si falta el "*animus novandi*".

El "*animus novandi*" debe ser probado por quien invoca la novación, en vista de su no presunción (168), y su existencia o no depende de la apreciación del Juez de mérito (169).

El Código Civil costarricense, en su artículo

(162) BETTI, op. cit., p. 126. Vid. *supra*, Cap. I, III-B.

(163) Por jurisprudencia italiana se interpretó, que la voluntad de extinguir la relación preexistente y de crear una nueva, además de expresa, puede ser tácita y en tal caso, debe resultar en modo preciso y no equívoco: es necesario que entre la nueva relación propuesta por las partes y la voluntad de mantener en vida la obligación originaria, sean incompatibles (Ap. Ancona, 17 dic. 1956, Novelli-Bovara, Giust. Civile, Mass. Ap. Ancona, 1956, 41 en p. 2358, *Giurisp. Ital.*, Año LIX, Vol. II, 1957. En otra resolución, se puso de manifiesto que en el caso de novación tácita, el "*animus novandi*" debe resultar de hechos no equívocos, del no interés en mantener en vida la obligación originaria, Cas. Civ. 16 abril de 1945, No. 253, Alampi-Ripepi, en p. 1683, *Giurisp. Ital.*, No. 52, Años, XLVI-XLIX, 1947; no obstante el requisito de que el "*animus novandi*" sea expresado en modo no equívoco, no se excluye que se pueda deducir implícitamente de hechos conclusivos, Cas. 3 de octubre de 1967, No. 2259, Scogina c. Del Fante, *Il Foro Ital., Rep.*, Vol. XC, 1967, No. 350. En el mismo sentido, Cas. 10 julio de 1952, No. 2133, Maltese c. Morimia, p. 1631, *Il Foro Italiano*, Vol. LXXV, 1952, No. 518.

(164) ANDREOLI, op. cit., p. 15. Ibíd. MESSINEO, op. cit., p. 523. Jurisprudencialmente, Cas. 10 oct. 1967, No. 2394, Soc. Vender c. Soc. Associated Industrial Advises, p. 1670, *Il Foro Ital., Rep.*, Vol. XC, 1967, No. 349; Cas. 30 marzo 1956, No. 944, Cassara c. Coglitore, en p. 1901, *Il Foro Ital., Rep.*, Vol. XXIX, 1955, No. 531; No. 526.

(165) Branca, op. cit., p. 429.

(166) App. Bari, 3 nov. 1949, *Il Foro Italiano, Rep.*, 1951, No. 548 (cit., por DISTASO, op. cit., p. 529). En el mismo sentido, Cas. 6 abril, 1971, No. 999, Cosentini c. Del Fante, en p. 1955, *Il Foro Ital., Rep.*, Vol. XCIV, 1971; Ap. l'Aquila, 6 set. 1950, Di Tommaso, Contento, Riv. Giurid. Abr.; Ap. Genova, 13 nov. 1953, Eternt c. Ghiron, *Il Foro Ital., Rep.*, Vol. LXXVI, p. 1632, 1953, No. 474.

(167) App. Napoli, 11 oct. 1945, *Foro Ital., Rep.*, 1946; App. Genova, 21 abril 1959, Mobil Oil Ital. c. Bafici ed altri, en p. 2468, *Giurisp. Ital.*, Rep., Año LXI, Vol. II, 1959, No. 76; Cass. 4 julio 1952, No. 202, Benzion c. Pozzi, en p. 1631, *Foro Ital., Rep.*, Vol. LXXV, 1952, No. 522; App. Perugia, 22 nov. 1956, Piernorini c. Piernorini, en p. 1902, *Il Foro Ital., Rep.*, Vol. LXXXIX, No. 533; Cas. 15 enero 1952, Pepini c. Poggi (ined.) en p. 1631, *Foro Ital., Rep.*, 1952, Vol. LXXV; Cas. 6 julio de 1950, No. 1788, Buccioli Di Piero, p. 1785, *Giurisp. Ital., Rep.*, Anno LII, 1950, No. 51, Ap. Genova, 7 febrero de 1950, Eredi-Penne, en p. 1785, *Giurisp. Ital.*, Anno 1950.

(168) App. Milano, 8 marzo de 1955, Albertinelli c. Laresi, *Foro Ital., Rep.*, Vol. LXXVIII, 1955, p. 1609; Cas. 16 abril 1945, No. 253 Alampi-Ripepi, No. 523 en p. 1683, *Giurisp. Ital., Rep.*, Anni XLVI-XLIX, 1947; Cas. 6 abril 1955, No. 982, Remondino-Olivieri, 1955, *Giurisp. Ital., Rep.*, Anno LVII, II Vol.

(169) Cass. Civil 6 julio 1950, No. 1788, Buceroli c. Di Piero, en p. 1785, *Giurisp. Ital., Rep.*, Anno LII, 1950, 51 bis; Cas. 12 mayo 1948, Banca Lucania c. D'Enrico, en p. 967, *Foro Ital., Rep.*, Vol. LXXI, 1948, No. 61; Cas. 8 oct.

815, expresa que la "*novación no se presume*", sino que es preciso que la voluntad de hacerla resulte claramente de los términos del nuevo contrato, o de los hechos acaecidos entre las partes (170). Para nuestro comentarista patrio, la razón de la no presunción de la novación, es la necesidad de que conste de manera indudable la intención del acreedor, de prescindir de la ventaja que le otorgaría la obligación primitiva: basta con que se comprenda sin esfuerzo que se ha pretendido reemplazar una prestación con otra (171).

Jurisprudencialmente, en Costa Rica se ha interpretado el "*animus novandi*", como la volun-

tad y acuerdo de extinguir una obligación antigua (172); expresándose en otra resolución, que no resulta comprobado el "*animus*" al recibirse unos pagarés, como parte del precio de una compraventa, ya que no consta que tales títulos hubieran sido reputados como dinero efectivo (173). La no presunción de la intención de novar significa, que dicho acto volitivo debe desprenderse con claridad del documento respectivo o de las circunstancias que rodean la contratación, sin que exista duda alguna, porque si existiera esta última, por leve que fuere, excluye de hecho la novación (174).

1969, No. 3235 —Seever— Hofer, en p. 1806, *Foro Ital., Rep.*, Vol. XCII, 1969; Cas. 29 nov., 1952, No. 3095, Coppola c. Sanesi, en p. 1631, *Foro Ital., Rep.*, Vol. LXXV, 1952; Cas. 20 mayo, 1963, No. 1302, Bottigelli c. German, en p. 1847, *Foro Ital., Rep.*, Vol. LXXXVI, 1963, No. 407.

- (170) El artículo en comentario, sigue el modelo del 1273 del Code Napoléon, que expresa que la novación no se presume, y necesita que la voluntad de operarla resulte claramente del acto.
- (171) BRENES CORDOBA, op. cit., p. 215, al comparar la novación con la renuncia de un derecho adquirido, considera que debe constar de manera indudable la intención novativa.
- (172) Cas. 14:10 hrs., 26 marzo 1943, Royo Golcher vs. Orozco Vargas, I Sem., Tomo Unico, 1943, p. 108, *Colección de Sentencias*, Corte Suprema de Justicia, Imp. Nacional, San José.
- (173) Sala 2da. Civil, San José, 14:15 hrs. 6 abril de 1973, No. 69. Ordinario U.R.S.A. c. E.X.Ch.; *Boletín del Digesto de Jurisprudencia*, San José, Agosto 1973, Año XVIII.
- (174) También insiste en la necesidad de la prueba de voluntad de novar, la resolución Sala 1a. Civil, No. 265; 9:05 hrs. del 7 de setiembre de 1973; Ordinario R.S.R. c. S.H. Limitada. *Boletín Digesto de Jurisprudencia*, No. 214, San José, oct. 1973, No. 656, Año XVIII.