

# LA NOVACIÓN OBJETIVA Y LA TRANSACCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL ITALIANO

Paolo Emanuele Rozo Sordini

## I. LA NOVACIÓN OBJETIVA<sup>1</sup>

1. NOCIÓN: LA NOVACIÓN REAL Y causal. Según la definición del artículo 1230 del Código Civil italiano (C. C. I.), la novación es el contrato con el que se extingue una obligación preexistente y se crea una nueva, con objeto o título diferente.

Cuando cambia el *objeto* de la obligación, se está frente a la llamada “novación real”; viceversa, cuando cambia el *título* se habla de “novación causal”.

La doctrina se pregunta si la novación puede ser un *modo satisfactorio o no de extinción de la obligación*.

La respuesta depende del punto de vista desde el cual se mire el problema: si se considera únicamente el interés del acreedor, relativo a la primera obligación, puede resultar correcto sostener que dicho interés no ha recibido satisfacción alguna<sup>2</sup>: en efecto, ya no se debe la prestación deducida en el contrato y en su lugar existe una nueva prestación, todavía no cumplida; el interés del acreedor no puede, entonces, por el momento considerarse satisfecho.

Sin embargo, en contra de esta tesis puede objetarse que, si el acreedor ha aceptado que una nueva obligación reemplace la anterior, significa que está interesado en que esa situación se verifique y, por lo tanto, el interés del acreedor debe considerarse igualmente satisfecho<sup>3</sup>.

De todas maneras, es preferible la tesis según la cual la disputa es por completo inútil<sup>4</sup>. La obligación anterior se ha extinguido, pero la nueva puede ser todavía no exigible: por lo tanto, es necesario esperar dicho momento para saber si el interés ha sido o no satisfecho.

<sup>1</sup> ZACCARIA. *Digesto delle discipline privatistiche*, voz “Novazione”, pp. 281 y ss.; MAGAZZU. *Enciclopedia del diritto*, voz “Novazione”, pp. 779 y ss.; BIANCA. *L'obbligazione*, pp. 433 y ss.; BUCCISANO. *Enciclopedia Treccani*, voz “Novazione”, pp. 1 y ss.; RESCIGNO. *Novissimo Digesto*, voz “Novazione”, pp. 431 y ss.; RESCIGNO. *Manuale del diritto privato italiano*, 634 y ss.; DI PRISCO. “La novazione”, en *Trattato Rescigno*, pp. 262 y ss.; ZACCARIA. “Artt. 1230 y ss.”, en CIAN-TRABUCCHI. *Commentario breve al Codice Civile*; CANTILLO. *Le obbligazioni*, pp. 886 y ss.; NANNI, en *Commentario*

*Cendon*, arts. 1230 y ss.; BARBERO. *Il sistema del diritto privato*, arts. 735 y ss.; MARICONDA. *Delle obbligazioni e dei contratti*, arts. 111 y ss.; PERLINGIERI. *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, arts. 1230 y ss.; BARBERO. *Il sistema del diritto privato*, arts. 735 y ss.; MESSINEO. *Manuale di diritto civile e commerciale*, arts. 401 y ss.

<sup>2</sup> BIANCA. *Op. Cit.*, 543; BARBERO. *Op. Cit.*, 736.

<sup>3</sup> RESCIGNO. *Op. Cit.* PERLINGIERI. *Op. Cit.*

<sup>4</sup> MAGAZZU. *Op. Cit.*

2. Novación y negocio modificativo. No es siempre fácil distinguir la novación del simple *acuerdo modificativo del contenido de un negocio*<sup>5</sup>.

En efecto, el artículo 1321 del C. C. I. establece que el contrato puede crear, extinguir o *modificar* un vínculo jurídico entre las partes. Ahora bien, frente a una modificación de la obligación el problema consiste en saber si las partes quisieron extinguir la obligación anterior o si, diversamente, desearon pactar una simple modificación de la misma.

El problema no es solamente teórico, en cuanto, por ejemplo, las garantías del vínculo originario persisten sólo en el caso de acuerdo modificativo, mientras se extinguen si se trata de novación.

3. *Función de la novación*. Algunos autores consideran la novación una institución en declinación. Por ejemplo, Emilio Betti la define como un «inútil escombro histórico»<sup>6</sup>.

Sin embargo, nuestra opinión la institución presenta todavía una cierta utilidad. Su función es la de modificar un vínculo jurídico existente entre las partes, extinguir la obligación y haciendo surgir una nueva. Por lo tanto, se verifica una *simplex mutatio in las relaciones entre privados*: en efecto, mediante la novación, las partes realizan un efecto de dos diferentes y sucesivas operaciones, es decir, extinguir el viejo vínculo y constituir uno nuevo.

4. *Requisitos de la novación*. Según lo indicado en el C. C. I., los requisitos de la novación son dos: la modificación del objeto o del título (*aliquid novi*) y la voluntad de extinguir el vínculo anterior (*animus novandi*).

La doctrina que se ocupa de la institución a veces hace énfasis sobre el primer requisito y a veces sobre el segundo; al mismo tiempo, parte de la doctrina sostiene que en la novación ambos requisitos son igualmente importantes.

5. (sigue). El *animus novandi*. El *animus novandi* se identifica con la voluntad de realizar la novación. En otras palabras, se trata del elemento subjetivo del negocio. Sin embargo, es necesario aclarar el significado de la expresión: no es necesario que las partes deseen efectivamente celebrar un contrato calificable como “novación”; es, al contrario, necesario que las partes estén de acuerdo en querer sustituir la obligación anterior con una nueva, con independencia del *nomen iuris* dado al acuerdo.

Como lo anticipamos, la doctrina italiana se encuentra dividida sobre la cuestión de la necesidad imprescindible de la subsistencia del requisito del *animus novandi*.

A este propósito, parte de la doctrina italiana (Rescigno) sostiene que el *animus novandi* no es un elemento necesario de la novación. En efecto, para que se pueda hablar de novación sería suficiente una sustitución del objeto o del título de la obligación. Según esta tesis, la novación no es un contrato autónomo, sino el *efecto* de otro negocio. La *incompatibilidad objetiva entre la obligación anterior y la nueva es*, por lo tanto, suficiente para que se pueda hablar de novación.

Sin embargo, una modificación del objeto o del título de la obligación es compatible con una modificación del vínculo; por esta razón, el artículo 1230 del C. C. I., 2º inciso, exige que el *animus novandi* resulte de manera inequívoca<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Sobre el punto véase: BUCCISANO. *Op. Cit.*, p. 7.

<sup>6</sup> BETTI. *Teoria generale del negozio giuridico*, p. 252.

<sup>7</sup> RESCIGNO. *Op. Cit.*, pp. 435 y 436, quien afirma: «El elemento del *animus novandi* [...] es demasiado vago e incierto para que pueda constituir el fulcro de la novación, hasta el

En otras palabras: la simple modificación del objeto o del título de la obligación no implica necesariamente novación; es necesario que la voluntad resulte de manera unívoca.

Pero, a veces, la sustitución del objeto o del título es tan evidente que se presenta una incompatibilidad absoluta con la voluntad de las partes de realizar una simple modificación; en este sentido, entonces, el *animus novandi* no es necesario, y es suficiente el *aliquid novi*.

Viceversa, según otra parte de la doctrina (Bianca, Perlingieri, Di Prisco, Buccisano, Zaccaria), el *animus novandi* es un elemento del contrato de novación. Esta tesis lo confirmaría por el hecho de que el artículo 1230, 2º inciso, del C. C. I. prevé explícitamente la necesidad de la existencia del *animus novandi*.

La voluntad debe resultar "de manera inequívoca". Sin embargo, esta expresión no significa que es necesaria la forma escrita u otra solemnidad, sino solamente que la voluntad de las partes debe recibir una expresión que no dé lugar a dudas: puede ser suficiente también una *conducta concluyente*, con la condición de que sea inequívoca<sup>8</sup>.

En fin, no siendo posible presumir la voluntad de las partes, cuando no es claro si un cierto acuerdo constituye novación o es una simple modificación del vínculo, hay que optar por la segunda solución<sup>9</sup>.

6 (sigue). El *aliquid novi*. Como hemos dicho, la novación realiza una sustitución del objeto o del título del negocio. En efecto, el artículo 1230 del C. C. I. requiere una *modificación sustancial del objeto o del título* y el artículo 1231 del C. C. I. precisa que las simples *modificaciones accesorias del vínculo* no producen novación.

Ante todo es necesario explicar el significado de la expresión *sostituire el objeto* de la obligación.

Según una primera tesis restrictiva (Perlingieri, Buccisano<sup>10</sup>), para que se verifique un fenómeno novativo es necesaria una modificación radical del objeto de la prestación (por ejemplo, de una prestación de *hacer* a una prestación de *dar*) o una *modificación cualitativa*. De lo contrario, no sería suficiente una simple modificación cuantitativa. En este último caso no hay novación, sino una simple modificación del negocio.

Según la doctrina dominante<sup>11</sup>, se puede hablar de novación en presencia de

punto que la misma parte de la doctrina que hace énfasis sobre el elemento subjetivo termina considerándolo relevante únicamente en los casos de novación tácita objetiva; y —es necesario precisarlo inmediatamente— la jurisprudencia atenúa la relevancia de dicho elemento cuando afirma que el *animus* puede ser implícito o deducirse de hechos unívocos. La verdad es que la intención de novar no es suficiente para extinguir y substituir la obligación originaria, si hace falta el elemento objetivo de la modificación del vínculo».

<sup>8</sup> PERLINGIERI. *Op. Cit.*, p. 79; BIANCA. *Op. Cit.*, p. 440; DI PRISCO. *Op. Cit.*, p. 270; BUCCISANO. *Op. Cit.*, pp. 6 y 7. En jurisprudencia: Corte Suprema de Casación, fallos 5274 de 1983 y 9620 de 1987.

<sup>9</sup> Según BIANCA (*Op. Cit.*, p. 449), cuando las partes modifican sólo el *objeto* de la

obligación no hay novación, sino subrogación objetiva de la prestación; es decir, la obligación cambia de objeto, pero el contrato permanece inalterado.

<sup>10</sup> *Op. Cit.*, p. 7. En jurisprudencia: Cas. 2796/978 y 770/985. Sin embargo, esta jurisprudencia es minoritaria, siendo, al contrario, mayormente seguida la tesis según la cual también una modificación cuantitativa es suficiente para que se haya novación (Cas. 1676/980 y 535/974).

También Messineo (*Op. Cit.*, p. 403) sostiene que la mutación cualitativa constituye siempre sustitución del objeto. Sin embargo, otra parte de la doctrina (PERLINGIERI. *Op. Cit.*, p. 106) afirma que también una modificación cuantitativa puede comportar novación.

<sup>11</sup> RESCIGNO, *Op. Cit.*, p. 436.

una *modificación*, tanto *cuantitativa* como *cualitativa*, con la condición de que esta última resulte tener una cierta relevancia en la economía del negocio. Por lo tanto, en cada caso concreto será necesario examinar si la modificación del objeto puede integrar un fenómeno novativo<sup>12</sup>.

Viceversa, la doctrina italiana se pregunta si cualquiera *sustitución del título* del negocio comporta novación o, al contrario, si es suficiente una modificación, aun mínima. En efecto, en algunos casos la modificación del título puede ser de modesta entidad, es decir, puede cambiar el tipo contractual, pero el contenido del acuerdo queda sustancialmente igual o muy parecido al anterior.

A este interrogante puede responderse que no es posible afirmar *a priori* si una cierta modificación del título puede comportar una novación, sino que es necesario investigar caso por caso, interrogándose sobre las consecuencias que la modificación del título puede determinar sobre la disciplina del vínculo y sobre el interés de las partes.

7. *El problema de la posibilidad de novación mediante la modificación de elementos accesorios de la obligación.* La doctrina dominante<sup>13</sup> está de acuerdo en afirmar que las partes no pueden celebrar una novación cuando la modificación de la obligación se refiere a los llamados *elementos accesorios* de la misma: en efecto, es siempre necesaria la modificación del título o del objeto de la obligación. Si las partes realizan simples modificaciones accesorias del vínculo, el acuerdo será más bien un *contrato modificativo* y no una novación. Más precisamente, según el artículo 1231 del C. C. I. la emisión de un documento o su renovación, el establecimiento de un término o su eliminación y cualquier otra modificación accesorio de la obligación no producen novación.

Al contrario, otra parte de la doctrina (Bianca, Buccisano, Di Prisco) considera admisible aquella novación cuyo objeto consiste en una modificación accesorio del vínculo. Esta teoría exalta más que todo el elemento del *animus novandi*, con la consecuencia que el requisito del *aliquid novi* sería necesario sólo en ausencia de una expresa voluntad contraria a las partes.

En otras palabras, según esta tesis el artículo 1231 del C. C. I. no prohibiría celebrar una novación con simples modificaciones accesorias de la obligación, sino que tendría únicamente la función de excluir, en presencia de modificaciones accesorias, la *presunción* del *animus novandi*.

8 (sigue). La posibilidad de un acuerdo modificativo en caso de sustitución del objeto o del título de la obligación. Se trata del problema inverso al anterior, es decir, el de si las partes pueden celebrar un acuerdo modificativo en presencia de *modificaciones no accesorias*, precisamente, cuando se realiza la sustitución del objeto o del título de la obligación. Existen varias tesis.

a) Según Rescigno, la respuesta debe ser implícitamente negativa; en efecto, si el *animus novandi* no es un elemento necesario de la novación y las partes no pueden celebrar una novación sólo en presencia de elementos accesorios, se desprende que cualquier modificación del objeto o del título podrá calificarse como novación y será posible un acuerdo modificativo.

<sup>12</sup> Prácticamente, el criterio para establecer cuándo puede hablarse de sustitución del objeto de la obligación es un *criterio económico*; es necesario investigar sobre la finalidad económica perseguida por las partes y sólo después de esa operación será

posible afirmar si se trata de simple modificación del objeto o de novación (ZACCARIA, *Op. Cit.*, p. 285).

<sup>13</sup> RESCIGNO. *Op. Cit.*, p. 435; PERLINGIERI. *Op. Cit.*, pp. 77a 80; MAGAZZÚ. *Op. Cit.*, p. 831; ZACCARIA. *Op. Cit.*, p. 286.

b) Viceversa, es positiva la respuesta de aquellos autores que exaltan el elemento del *animus novandi*<sup>14</sup>; si la voluntad de las partes es suficiente para que haya novación, aun en presencia de la modificación de un solo elemento accesorio, de la misma manera dicha voluntad podrá impedir que se verifique novación, aun modificando el objeto o el título de la obligación. Sin embargo, es necesario que la modificación no perjudique eventuales derechos de terceros. En efecto, puede suceder que un eventual fiador se encuentre obligado a garantizar una obligación de valor mayor a la que es objeto de novación; en esta hipótesis, entonces, el acuerdo deberá calificarse como novación, con independencia de la voluntad contraria de las partes.

c) También según otro sector de la doctrina<sup>15</sup>, las partes pueden calificar como modificativo un acuerdo que sustituya el objeto o el título de la obligación<sup>16</sup>. En efecto, la autonomía de las partes, en materia contractual, es siempre bastante amplia. También en este caso se requiere que el acuerdo no contraste con eventuales derechos de terceros<sup>17</sup>.

Sin embargo, según esta tesis, existen casos —de todas maneras excepcionales— en los que el *animus novandi*, que normalmente es requisito esencial de la novación, resulta del todo superfluo, en cuanto a las partes sería imposible calificar el acuerdo como modificativo: en efecto, hay hipótesis en las que la entidad de la modificación es tal que sería absurdo considerar la nueva obligación como simple “modificación” del vínculo. Por lo tanto, en presencia de una *modificación de relevante entidad*, que cambie por completo el equilibrio originario de los intereses del contrato, las partes no pueden pactar un acuerdo modificativo<sup>18</sup>, simplemente por el hecho de que las partes calificarían como modificativo un pacto que en realidad no lo es.

d) Según Bianca, las partes pueden pactar un acuerdo modificativo en presencia de una modificación no accesorio; sin embargo, cuando la nueva obligación es tal que el nuevo vínculo es incompatible con la *causa* del vínculo originario (es decir, con la finalidad práctica que las partes querían realizar con el vínculo anterior) ya no se puede hablar de novación de la obligación, sino de *novación del contrato*<sup>19</sup>.

9. *Naturaleza jurídica*. En relación con el problema de la naturaleza jurídica de la novación, la doctrina italiana se encuentra dividida entre quienes afirman que se trata de un *contrato autónomo* y quienes sostienen que es más bien el *efecto de otro contrato*.

#### A. TEORÍA OBJETIVA<sup>20</sup>

SEGÚN ESTA TEORÍA, LA NOVACIÓN no sería un contrato autónomo, sino el *efecto* que se desprende de actos de diferente naturaleza: no es, por lo tanto, necesaria la voluntad de las partes dirigida a extinguir la obligación anterior para sustituirla con una nueva, en cuanto el efecto extintivo es dado por la *incompatibilidad objetiva entre las dos obligaciones*. Además, el elemento del *animus* es demasiado vago e incierto para poder constituir el requisito esencial de la novación.

<sup>14</sup> DI PRISCO. *Op. Cit.*, p. 275.

<sup>15</sup> ZACCARIA. *Op. Cit.*, pp. 285 y 286.

<sup>16</sup> Sin embargo, las partes podrán pactar una modificación del objeto o del título y establecer que la obligación no sea novada,

sino simplemente modificada.

<sup>17</sup> CIAN-TRABUCCHI, art. 1232, I, 2.

<sup>18</sup> ZACCARIA. *Op. Cit.*, p. 286.

<sup>19</sup> BIANCA. *Op. Cit.*, pp. 455 y 456.

<sup>20</sup> RESCIGNO. *Op. Cit.*, p. 435.

Esta tesis la confirmarían los artículos 1965, 2º inciso, y 1976 del C. C. I. en los cuales se considera la novación como el posible efecto de un *contrato de transacción*. Además, si la novación fuese un verdadero contrato típico, la institución hubiera sido colocada en la parte del Código Civil dedicada a los varios tipos contractuales y no en la parte general de las obligaciones.

Por lo tanto, según la teoría en examen, *cualquier modificación sustancial del objeto o del título de la obligación determina necesariamente una novación, y no un acuerdo modificativo*.

## B. TEORÍA SUBJETIVA

SEGÚN LA DOCTRINA MAYORITARIA (Bianca, Buccisano, Miccio, Di Prisco, Barbero), la novación es un *contrato típico con estructura bilateral*; en efecto, se necesitan todos los requisitos del contrato: el acuerdo de las partes, la voluntad contractual (la intención de realizar la novación), la causa (la llamada *causa novandi*) y el objeto (la obligación preexistente), según lo establece por el artículo 1230 del C. C. I.; si las partes modifican la obligación sin querer una novación, estamos en presencia de un simple *negocio modificativo*.

## C. TEORÍA INTERMEDIA: LA NOVACIÓN COMO NEGOCIO AUTÓNOMO Y COMO EFECTO DE OTRO NEGOCIO<sup>21</sup>

OTRA PARTE DE LA DOCTRINA HA propuesto una teoría intermedia<sup>22</sup>, según la cual la disputa tiene carácter puramente teórico y se desprende de una interpretación errada de las normas del Código, en cuanto no puede existir un contrato típico de novación, autónomo y totalmente independiente respecto de cualquier otro tipo contractual.

Al contrario, la novación presenta al mismo tiempo los dos caracteres del efecto y del negocio. Considerado autónomamente, un contrato de novación no puede existir: en efecto, la novación hace parte de un contexto más amplio y es al mismo tiempo negocio y efecto. El contrato de novación encuentra su fuente en un acuerdo preexistente que hace parte de un determinado tipo contractual; el acuerdo sucesivo de las partes incide sobre aquella hipótesis contractual, modificándola.

En efecto, no puede negarse que para sustituir con una nueva obligación una preexistente es necesario que las partes se pongan de acuerdo en ese sentido; y tampoco puede negarse que el efecto novativo encuentra su fuente en ese acuerdo.

10. *Las fuentes de la novación*. Una parte de la doctrina sostiene que la novación puede efectuarse sólo mediante un *acuerdo bilateral*<sup>23</sup>; en efecto, no puede concederse a un sujeto el poder de extinguir unilateralmente la obligación primitiva y de sustituirla con una nueva.

Sin embargo, otra parte de la doctrina<sup>24</sup> sostiene que la novación podría, en ciertos casos, tener como fuente un *contrato unilateral*, un *testamento* o también una *fuentes legal*.

11. *La causa de la novación*. En relación con la causa de la novación (*causa novandi*) es necesario distinguir entre las teorías que consideran la institución

<sup>21</sup> MAGAZZÙ. *Op. Cit.*, p. 791.

<sup>22</sup> PERLINGIERI. *Op. Cit.*, p. 61.

<sup>23</sup> MAGAZZÙ. *Op. Cit.*, p. 791.

<sup>24</sup> PERLINGIERI. *Op. Cit.*, p. 61.

como un contrato típico y aquellas que, al contrario, la consideran como un efecto de un contrato diferente.

Si aceptamos la teoría según la cual la novación es un efecto negocial, la institución no tendrá una causa propia, sino la del negocio que las partes contraen.

Para quienes la novación sería un contrato típico, el problema de individualizar de la causa depende de la noción de causa que se quiera adoptar.

Según Buccisano y Bianca<sup>25</sup>, la causa se identifica con el interés en la sustitución de la obligación preexistente con la nueva. Otros autores sostienen que la causa se debe individualizar en el intercambio de las prestaciones; de un lado se verifica la extinción del antiguo vínculo, del otro, la constitución de uno nuevo.

En fin, se ha planteado otra tesis según la cual la novación podría calificarse como *negocio con causa externa*, en cuanto esa causa consistiría en la extinción de un vínculo diferente y externo respecto al nuevo<sup>26</sup>.

12. *La forma*. La novación es un negocio de forma libre. Sin embargo, considerando que la novación extingue una obligación y presupone siempre la preexistencia de un contrato entre las partes, se ha definido *negocio de segundo grado*; en ese caso se presenta el problema de la forma de los negocios resolutorios.

13. *El objeto*. Objeto de la novación puede ser también una *obligación futura*; en tal caso, el efecto novativo se verifica cuando la nueva obligación se vuelve actual.

Puede también tener como objeto una *obligación condicional o a término*.

Un interesante problema que se presenta en tema de novación causal es si una *obligación natural* pueda constituir objeto de novación.

La doctrina mayoritaria apoya la tesis negativa, en cuanto la obligación natural no es un verdadero vínculo jurídico; la novación de una obligación natural en una obligación civil, entonces, concretándose en la novación de una relación que no presenta caracteres de juridicidad, sería necesariamente nula, con la consecuente aplicación del artículo 1234 del C. C. I.<sup>27</sup>

Según una aislada opinión contraria, la obligación natural sería una relación jurídica. Más precisamente, la parte obligada puede cumplir realizando la prestación o contrayendo una obligación civil. Es verdad que, según el artículo 2034, la obligación natural no tiene otros efectos diferentes de la *soluti retentio*; sin embargo, esto no significa que no pueda constituir objeto de novación, en cuanto la novación *no constituye el efecto de la obligación natural*, sino más bien un negocio autónomo. Además, si la parte obligada puede cumplir espontáneamente, no se entiende porqué no podría, en lugar de cumplir, celebrar una novación (que logra prácticamente los mismos resultados de un cumplimiento espontáneo).

En fin, según otra parte de la doctrina<sup>28</sup> la cuestión ha sido mal planteada: no hay que preguntarse si puede novarse una obligación natural en una civil (en cuanto la respuesta no puede ser negativa), sino, al contrario, si puede novarse la obligación natural en una nueva obligación natural. Si el derecho considera que merece protección, aun limitada, una determinada obligación natural, no se entiende porqué no se debe otorgar la misma protección cuando las partes modifican el objeto de dicha obligación.

<sup>25</sup> BUCCISANO. *Op. Cit.*, p. 12; BIANCA. *Op. Cit.*, p. 454.

<sup>26</sup> ZACCARIA. *Op. Cit.*, p. 287.

<sup>27</sup> Art. 1234 C. C. I. «Ineficacia de la novación. La novación es sin efecto, si no existía la obligación originaria...».

<sup>28</sup> PERLINGIERI. *Op. Cit.*, pp. 143 y ss.

14. *Las modificaciones accesorias.* El artículo 1231 del C. C. I. dispone que «la expedición de un documento, su renovación, la fijación o eliminación de un término, y cualquier otra modificación accesorio de la obligación no producen novación».

El C. C. I. no da una noción de modificación accesorio. En efecto, para poder decir si una modificación es o no accesorio es necesario examinar, caso por caso, el contenido concreto del acuerdo. Sin embargo, no es siempre fácil determinar si hay modificación accesorio.

En relación con el término, la doctrina mayoritaria sostiene que se trata del *término para el cumplimiento*; el término de eficacia, al contrario, determinaría una modificación sustancial de la obligación<sup>29</sup>.

El artículo en examen no se ocupa de la *condición*. Según una parte de la doctrina, este elemento, al incidir sobre la eficacia del negocio, no puede considerarse como elemento accesorio, determinando de todas maneras una modificación sustancial del vínculo (Rescigno). En contra de esta opinión se ha dicho<sup>30</sup> que hay que ver cuáles son los caracteres concretos del reglamento contractual; la condición por sí misma no incide sobre el tipo contractual, sobre su calificación o su función y, por lo tanto, también puede considerarse como un simple elemento accesorio. Sin embargo, existen casos en que el reglamento contractual resulta completamente modificado.

En fin, el *modus* se considera siempre elemento accesorio<sup>31</sup>.

15. *Efectos de la novación:* a) El llamado “efecto novativo”. Como se ha dicho, la novación extingue la obligación preexistente, sustituyéndola con una nueva.

En la individualización de los caracteres del llamado “efecto novativo” algunos autores hacen énfasis sobre el aspecto *extintivo* (el C. C. I. coloca la novación entre los *modos de extinción de las obligaciones*)<sup>32</sup>; otros, sobre el aspecto *constitutivo* (Rescigno).

Otra parte de la doctrina (Messineo, Magazzù) sostiene que la novación no es un verdadero medio de extinción de la obligación, en cuanto se limita a modificar el vínculo. Más precisamente, con la novación el vínculo jurídico viene absorbido y modificado, de manera que una nueva obligación sustituye la anterior<sup>33</sup>.

Al contrario, la doctrina mayoritaria afirma que el fenómeno novativo produce el doble efecto de la *extinción* de la obligación originaria y de la *constitución* de una nueva. Estos efectos son recíprocamente independientes, siendo el uno causa del otro; la expresión “efecto novativo” es una síntesis verbal utilizada para indicar la dependencia recíproca de los dos efectos, extintivo y constitutivo (Allara, Santoro-Passarelli, Perlingieri, Buccisano, Zaccaria).

16. (sigue). b) La extinción de las garantías y de los otros elementos accesorios. Según el artículo 1232 del C. C. I. los *privilegios*, la *prenda* y las *hipotecas* se

<sup>29</sup> Sin embargo, se ha observado justamente que la modificación del *término para el cumplimiento* podría no ser una simple modificación accesorio cuando las partes lo consideran *esencial*; no puede, por lo tanto, sostenerse *a priori* que la modificación del término no comporta nunca una modificación sustancial de la obligación, siendo, al contrario necesario, hacer un examen caso por caso. Las mismas consideraciones valen

para el *término de eficacia* (PERLINGIERI. *Op Cit.*, pp. 108 y ss.).

<sup>30</sup> PERLINGIERI. *Op Cit.*, p. 106.

<sup>31</sup> MARICONDA. *Op Cit.*, p. 113.

<sup>32</sup> BIANCA. *Op Cit.*, p. 444; BARBERO. *Op Cit.*, p. 736.

<sup>33</sup> MAGAZZÙ. *Op Cit.*, p. 806. En efecto, este autor considera la novación como un *negocio de segundo grado*.

extinguen si las partes no pactan expresamente mantenerlos en relación con la nueva obligación.

La extinción de las garantías del vínculo anterior es una consecuencia lógica de su extinción total<sup>34</sup>.

Aun faltando una previsión expresa, debe darse por cierto el hecho de que con la obligación anterior necesariamente se extinguen también las *garantías personales*, como la fianza, y todas las excepciones, las acciones y los otros elementos accesorios (por ejemplo, la cláusula penal o la obligación de los intereses)<sup>35</sup>.

Al contrario, permanecen inalteradas algunas modalidades del vínculo preexistente compatibles con la nueva obligación: por ejemplo, el tiempo de la prestación, el lugar y los accesorios de la contraprestación que no ha sido novada.

Si las partes quieren mantener las garantías otorgadas por terceros debe considerarse necesario, junto al acuerdo del acreedor y del deudor, el *consentimiento del garante*. Viceversa, la falta de consentimiento de este último determinará la ineficacia del acuerdo<sup>36</sup>.

En relación con los *privilegios*, en el caso de la novación causal se ha observado que no siempre las partes pueden pactar que los privilegios sean conservados; en efecto, la novación causal conlleva una modificación de la causa del crédito y, por lo tanto, podría extinguirse el título que justifica el privilegio<sup>37</sup>.

La doctrina dominante sostiene que las partes pueden pactar expresamente no sólo el mantenimiento de las acciones, de las excepciones, de las modalidades de ejecución, de los intereses, es decir, de todos los actos accesorios del vínculo que normalmente se extinguirían<sup>38</sup>.

17. (sigue). c) Extinción de las garantías en caso de deudores solidarios. Según el artículo 1233 del C. C. I., si la novación se efectúa entre el acreedor y uno de los deudores en sólido con efecto liberatorio para todos, los privilegios, la prenda y las hipotecas del crédito anterior pueden reservarse únicamente sobre los bienes del deudor que celebra la novación.

Como es obvio, nada excluye que los deudores en sólido liberados presten su consentimiento para que las garantías sean conservadas<sup>39</sup>.

18. *Ineficacia de la novación*. El artículo 1234, inciso 1º del C. C. I. establece que la novación no produce efectos si la obligación originaria no existía. Según la doctrina, la expresión utilizada por el legislador (“sin efecto”), como también el título del artículo en examen (“ineficacia de la novación”), son inexactos. En efecto, en este caso no habría *ineficacia*, sino más bien *nulidad* de la novación. Más precisamente, una parte de la doctrina afirma que, en este caso, el contrato de novación es nulo porque *sin causa* (Magazzú); en efecto, si la causa de la novación consiste en la extinción de una obligación preexistente y en la contemporánea constitución de una nueva obligación, si la obligación originaria no existe tampoco existe la causa de la novación<sup>40</sup>.

<sup>34</sup> La norma se funda sobre el *principio de especialidad* relativo al crédito, que es típico de las garantías (MAGAZZÚ. *Op. Cit.*, p. 822).

<sup>35</sup> *Ibid.*; ZACCARIA. *Op. Cit.*, p. 288.

<sup>36</sup> *Idem.* MARICONDA. *Op. Cit.*, p. 114, PERLINGIERI. *Op. Cit.*, p. 129. Los dos últimos precisan que el acuerdo dirigido a mantener las garantías debe ser anterior o contextual a la novación; en efecto, si el

acuerdo fuera sucesivo no tendría objeto (en cuanto las garantías se han extinguido en el momento de la celebración de la novación) y, por lo tanto, sería nulo.

<sup>37</sup> PERLINGIERI. *Op. Cit.*, p. 130.

<sup>38</sup> CANTILLO. *Op. Cit.*, p. 909.

<sup>39</sup> MARICONDA. *Op. Cit.*, p. 113.

<sup>40</sup> MAGAZZÚ. *Op. Cit.*, p. 823; CANTILLO. *Op. Cit.*, p. 910.

Al contrario, según otra parte de la doctrina (Buccisano), se trataría de un caso de nulidad por falta de objeto: si falta la obligación originaria, falta el objeto del contrato.

La expresión *inexistencia de la obligación originaria* debe interpretarse como inexistencia en sentido material o también jurídico; hay inexistencia también en el caso en que la obligación fuera nula o extinta por causas diferentes de la nulidad (por ejemplo, anulabilidad, rescisión o resolución). En la expresión entra también el caso en que la obligación originaria se haya extinguido por prescripción o compensación y la excepción relativa haya sido ya presentada.

19. (sigue). La anulabilidad de la obligación originaria objeto de novación. El inciso 2º del artículo 1234 del C. C. I. dispone que «siempre que la obligación originaria deriva de un título anulable, la novación es válida si el deudor ha aceptado válidamente la nueva deuda conociendo el vicio del título originario».

Según la doctrina dominante, cuando el deudor conoce el vicio<sup>41</sup> se verifica una hipótesis de *convalidación tácita*<sup>42</sup>.

Al contrario, otra parte de la doctrina sostiene que las figuras de la novación de una obligación anulable, y de la convalidación, aun similares, no pueden considerarse idénticas.

En efecto, la convalidación elimina el vicio de un negocio anterior, que es sanado quedando sustancialmente idéntico; al contrario, en la novación el vínculo originario es eliminado para ser sustituido por uno diferente.

Del artículo 1234 del C. C. I. se desprende —argumentando *a contrariis*— que si las partes no tenían conocimiento del vicio la *anulación del vínculo novado determina la invalidez de la novación*. Se discute si en ese caso la novación debe considerarse nula o anulable. Según una parte de la doctrina<sup>43</sup>, se debería hablar de anulabilidad. En efecto, si la obligación novada es anulable, hasta que no sea anulada debe considerarse válida y eficaz y, por lo tanto, será válida también la novación; al contrario, cuando la obligación originaria es anulada también la novación pierde eficacia. Según otra opinión (Magazzú, Perlingieri), se verificaría un caso de nulidad sobrevenida (por falta de objeto) en cuanto la novación nace válida y eficaz, pero extinguiéndose el vínculo novado (por efecto de la anulación) viene a faltar el mismo objeto de la novación.

20. (sigue). Rescisión y resolución de la obligación originaria. Parte de la doctrina sostiene que la novación es válida también cuando el vínculo anterior es rescindible y el deudor tiene conocimiento; si, al contrario, se acepta la teoría según la cual se está en presencia de una convalidación tácita, se debe admitir que una obligación rescindible no puede constituir objeto de novación (en cuanto el contrato rescindible no puede ser convalidado<sup>44</sup>).

Si, al contrario, las partes no tienen conocimiento del vicio, se considera que la rescisión del contrato originario comporta la invalidez de la novación.

En relación con la *resolución de la obligación originaria* se hace necesario efectuar las siguientes distinciones:

— Si la resolución ya se ha verificado, la novación queda sin efectos (teniendo por objeto una obligación inexistente);

<sup>41</sup> Según la doctrina, es necesario el conocimiento del vicio y no de sus consecuencias jurídicas (MAGAZZÚ. *Op. Cit.*).

<sup>42</sup> PERLINGIERI. *Op. Cit.*, p. 77.

<sup>43</sup> BARBERO. *Op. Cit.*, p. 737.

<sup>44</sup> Art. 1451 C. C. I.: «El contrato rescindible no puede ser convalidado».

– Si se ha verificado la hipótesis resolutoria, pero no se ha pedido la resolución (por ejemplo, cuando una de las partes no cumple, pero la otra todavía no ha ejercido la acción *ex art. 1453*), la novación es válida;

– Si la hipótesis resolutoria se verifica después de la celebración de la novación, es necesario distinguir ulteriormente: a) si la hipótesis resolutoria se refiere a la prestación que sucesivamente ha sido objeto de novación la novación es válida y eficaz (en cuanto la resolución se refiere a una obligación ya extinta); b) si la hipótesis resolutoria se refiere a una obligación que no ha sido objeto de novación entonces la resolución se extiende también a la novación.

21. (sigue). Invalidez y resolución de la novación<sup>45</sup>. Para producir sus efectos, la novación tiene que ser, obviamente, válida y eficaz. Si la novación es *nula*, el efecto extintivo respecto de la obligación primitiva no se verifica.

Es, al contrario, diferente el caso de la novación *anulable*, en cuanto en ese caso el contrato de novación es válido y eficaz y produce sus efectos; en el momento en que sea anulado revivirá la obligación anterior.

Diferente es el caso cuando el contrato de novación haya sido objeto de *rescisión* o *resolución*. Según la doctrina dominante, en ese caso, una vez haya sido pronunciada la resolución o la rescisión, la obligación anterior objeto de novación no revive, porque la novación tiene vida autónoma y sus vicisitudes son independientes de las de la obligación primitiva.

Contrario a esta tesis es Bianca<sup>46</sup>, según el cual una vez que se haya resuelto la novación por incumplimiento debería revivir la obligación anterior, pero no las garantías presentadas por los terceros; al contrario, en caso de rescisión de la novación revive la antigua obligación junto a las garantías que se habían extinguido.

## II. LA TRANSACCIÓN

22. NOCIÓN Y FUNCIÓN DE LA transacción. La transacción es un contrato sinalagmático, oneroso y de forma libre<sup>47</sup> con el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, solucionan una controversia en acto o previenen una controversia que podría verificarse entre ellas (art. 1965 C. C. I.).

Se discute sobre la colocación sistemática de la institución. La doctrina mayoritaria hace énfasis sobre el carácter dispositivo de la institución, poniendo en evidencia que la transacción se caracteriza por la aptitud constante para incidir sobre la situación jurídica interesada.

La función de la transacción es la de resolver las controversias reales o potenciales entre las partes. Se trata de un instrumento jurídico ofrecido por el ordenamiento para permitir a los sujetos resolver la controversia sin necesidad de recurrir a la autoridad jurisdiccional.

23. Elementos estructurales de la transacción. Desde el punto de vista estructural, la transacción presenta dos elementos: la *res litigiosa* y las *recíprocas concesiones* (*aliquid datum – aliquid retentum*).

<sup>45</sup> CANTILLO. *Op Cit.*, p. 918.

<sup>46</sup> BIANCA. *Op Cit.*, p. 461.

<sup>47</sup> Sin embargo, se requiere la forma escrita *ad substantiam* cuando objeto de la tran-

sacción son bienes inmuebles. En tal caso, el acto relativo tiene que ser también registrado.

La primera consiste en un conflicto de intereses caracterizado por la *resistencia* de un sujeto frente a la *pretensión* de otro. La pretensión consiste en la afirmación de un derecho y no de un mero interés económicamente relevante.

La *res litigiosa* debe también ser *res dubia*, es decir, la controversia debe presentar también un carácter de incertidumbre; la doctrina dominante ha puesto en evidencia que dicho requisito está *in re ipsa*, en cuanto la controversia surge precisamente porque no es pacífico si la pretensión es debida.

La controversia se soluciona mediante el *aliquid datum* y el *aliquid retentum*.

Sin embargo, las recíprocas concesiones deben tener como objeto únicamente derechos disponibles. En el caso en que la controversia se refiera a posiciones indisponibles, las partes no pueden resolverla *ex se* y deben recurrir al juez.

La jurisprudencia ha sostenido que el derecho a los alimentos no puede ser materia de transacción, aunque el alimentante y el alimentando puedan ponerse de acuerdo sobre la medida y la manera de dar los alimentos.

Limitaciones existen en relación con la transigibilidad de los derechos del trabajador que encuentran su fuente en disposiciones inderogables de leyes o contratos y acuerdos colectivos.

La ley permite al trabajador impugnar el acuerdo de transacción dentro de un breve término a partir de la cesación de la relación de trabajo, considerando que el empleado, a causa de su posición económicamente más débil, podría ser inducido a renunciar al ejercicio de sus derechos fundamentales.

24. Tipologías de transacción. Junto a la *transacción simple* prevista por el artículo 1965 existen otras figuras de transacción.

En primer lugar, hay que hacer mención de la *transacción mixta* que interviene cuando las partes, con las recíprocas concesiones, crean, modifican o extinguen vínculos diferentes de aquel que ha sido objeto de la pretensión y de la contestación (art. 1965 inc. 2º C. C. I.).

La *ratio* de esta norma se encuentra en la exigencia de permitir la transacción también cuando existe una relación entre negocios causalmente autónomos.

Otra figura de *transacción* es la *general*, mediante la cual las partes resuelven, de una vez por todas y con un único acuerdo, las controversias existentes entre ellas. Esta figura de transacción no debe confundirse con aquella mediante la cual se cierran todas las controversias actuales, potenciales e hipotéticas.

Se admite, además, la *transacción parcial* tendiente a resolver sólo una parte del contencioso.

Las partes pueden también estipular una *transacción novativa*, cuando la controversia se resuelve mediante la sustitución integral de la situación originaria.

La jurisprudencia sostiene que esta última forma de transacción se verifica también en hipótesis en que las partes no sean conscientes de querer sustituir la disciplina preexistente.

Por esta razón, la transacción novativa no se enmarca en el ámbito de la novación que, como hemos visto, presupone el *animus novandi* y la existencia de una obligación originaria.

25. *La disciplina de la transacción.* En relación con la disciplina, se discute en doctrina sobre la cuestión de si la disciplina de la transacción simple puede aplicarse también a la transacción mixta. Algunos autores dan respuesta negativa al interrogante, con la consecuencia que a los vínculos diferentes se les aplica la disciplina del tipo al que suelen ser conducidos.

Otros autores (entre ellos Santoro-Passarelli), al contrario, califican la transacción mixta como un contrato mixto: por lo tanto se le aplicaría el criterio

de la prevalencia, es decir, se aplica la disciplina del negocio cuyos caracteres resultan dominantes.

Para pasar a un análisis más detallado de la disciplina, en primer lugar hay que decir que el artículo 1970 del C. C. I. impide impugnar la transacción por causa de lesión. Según la doctrina (Valeschi) y la jurisprudencia, la *ratio* de la norma en examen se encuentra en el hecho de que las partes se proponen resolver la controversia mediante recíprocas concesiones, sin que les importe lograr el equilibrio entre el *aliquid datum* y el *aliquid retentum*<sup>48</sup>.

La transacción, en cuanto contrato con prestaciones de ambas partes, está sujeta a resolución, a menos que se trate de transacción novativa. Por lo tanto, se presenta el problema de las *consecuencias de la resolución*.

Una parte de la doctrina sostiene que, en caso de resolución, se verificaría un retorno a la situación anteriormente existente y, por lo tanto, se volvería a presentar la controversia.

Según otra parte de la doctrina, la teoría apenas examinada es incoherente cuando sostiene que la entidad del resarcimiento de los perjuicios debidos al incumplimiento de la transacción depende del pronunciamiento sucesivo del juez. En otras palabras, si el juez considera que quien ha ejercido la acción de resolución no puede ejercer ningún derecho porque no tiene razón la suma que debe a título de resarcimiento debe ser reducida equitativamente.

La doctrina que se coloca en posición crítica sostiene la plena autonomía de los dos vínculos, es decir, el nacido de la transacción y el que es objeto de controversia.

26. (sigue). Anulación por error. Interesante es el tema de la anulación de la transacción por error. A este propósito, hay que distinguir netamente el *caput controversum* respecto al *caput in controversum*: en efecto, relativamente al *caput controversum*, ex artículo 1969 no es posible la anulación por error de derecho.

La doctrina dominante<sup>49</sup> limita el ámbito de aplicación de disposición anterior exclusivamente a la hipótesis de error de derecho, excluyendo el error obstativo, donde se verifica una errada individualización de la *res litigiosa*. Por lo tanto, en esta hipótesis, la transacción no es anulable sino nula por falta de uno de los requisitos esenciales: la *res litigiosa*. Además, se discute si el error de hecho sobre el *caput controversum* puede hacerse valer según las reglas normales.

Sin embargo, el legislador precisa algunas hipótesis en las que el error de derecho sobre el *caput controversum* es de todas maneras relevante.

En primer lugar, hay que considerar la hipótesis indicada en el artículo 1972, inciso 2º, del C. C. I. en donde se prevé la posibilidad de pedir la anulación de una transacción que proviene de un título nulo por parte de quien ignoraba la causa de nulidad del mismo título.

Algunos son de la opinión que el error se refiere al *caput controversum*.

Otros, al contrario, sostienen que en el ámbito de aplicación del artículo 1969 del C. C. I.<sup>50</sup> no puede incluirse la hipótesis del artículo 1972 del C. C. I.

En general, en relación con la transacción sobre acto inexistente, la doctrina dominante está más orientada hacia la nulidad que hacia la anulabilidad.

<sup>48</sup> La verificación de si las concesiones son equilibradas presupone que ya se haya definido la legitimidad de la pretensión o de la resistencia, es decir, que la controversia haya sido resuelta.

<sup>49</sup> GAZZONI. *Op Cit.*, p. 1194.

<sup>50</sup> Art. 1969 C. C. I.: «La transacción no puede ser anulada por error de derecho relativo a las cuestiones que han sido objeto de controversia entre las partes».

Análogamente, es anulable la transacción relativa a una controversia ya resuelta con sentencia pasada en firme, pero no conocida.

También esta última es una hipótesis de error cuya relevancia se justifica por el hecho de que es imposible admitir un acuerdo transactivo válido, siempre que la controversia haya sido definida por acto judicial.