

NOTAS SOBRE LA NOVACION TACITA EN EL CODIGO CIVIL. A PROPOSITO DEL ARTICULO 1634

Javier Barrientos Grandon*
Universidad de Chile

El autor sostiene a propósito del artículo 1634 del Código civil, la procedencia de la novación tácita a nivel dogmático en nuestro ordenamiento jurídico. Barrientos funda su tesis en las fuentes que para el establecimiento de este artículo fueron consideradas por Andrés Bello y Gabriel Ocampo, así como la interpretación que estos juristas dieron al precepto. Proporciona en consecuencia el artículo una lectura exhaustiva de los distintos autores que influyeron en la historia fidedigna del precepto partiendo por el teólogo y jurista español Luis de Molina, fuente directa tomada por Bello, llegando hasta cerrar el círculo de las citas con el jurista italiano Jacobo Menochio. Destaca en el trabajo de Barrientos el rescate de nuestra tradición jurídica como elemento del cual no puede prescindirse al momento de fijar el correcto sentido de nuestra dogmática.

1. Presentación

La lectura romanística del Código Civil, atenta a sus fuentes, constituye una interesante vía de interpretación de muchas de las instituciones del derecho privado chileno reguladas en el Código, pues ella acerca al intérprete a la historia fidedigna, supuesto que sus artículos no son asépticos a la realidad jurídica en la cual se redactaron.

La particularidad que presenta este artículo estriba en que la interpretación que tradicionalmente le ha dado la doctrina no ha visto en él la regulación de la novación tácita por cambio de causa, sino que un caso de novación objetiva o, incluso, la consagración legal de la institución de la cesión de contrato. Opiniones que contradicen no sólo el claro tenor de la disposición, sino también a toda la tradición jurídica que recoge Andrés Bello en él.

Supuesto lo anterior, se ofrecerá en este breve estudio la lectura del artículo 1634 del Código Civil, con particular atención a las fuentes indicadas por Andrés Bello y Gabriel Ocampo a los diversos *Proyectos de Código Civil*, que sientan clara y definitivamente que tal disposición se refiere expresamente a un caso de novación tácita por cambio de causa.

* Profesor de Historia del Derecho, Fac. de Derecho Universidad de Chile.

2. Historia del artículo 1634

En el *Proyecto de Libro de los Contratos y Obligaciones Convencionales* de Bello, publicado en *El Araucano* entre el 26 de agosto de 1842 y el 19 de diciembre de 1845, se contenía el siguiente artículo 7:

"Para que haya novación por substitución de una obligación a otra, es necesario que lo declaren las partes, o aparezca indudablemente la voluntad de novar.

Si del uno o del otro modo no apareciere indudablemente el ánimo de novar, el juez decidirá, según el espíritu del contrato i la naturaleza de las obligaciones, si subsisten ambas obligaciones alternativamente, o si deben cumplirse ambas, o si tiene lugar la novación"¹.

De su lado, en el *Proyecto de los Contratos i obligaciones convencionales*, de agosto de 1847, se mantuvo el inciso primero del artículo anterior, pero se varió en el fondo y en la forma, el segundo, de tal manera que se consignaba el siguiente artículo 155:

"Para que haya novación por substitución de una obligación a otra, es necesario que lo declaren las partes, o aparezca indudablemente la voluntad de novar.

Si del uno o del otro modo no apareciere indudablemente el ánimo de novar, subsisten ambas obligaciones alternativamente, a elección del deudor; a menos que esta elección sea reservada expresamente al acreedor o a menos que el ánimo de las partes haya sido que subsistan ambas obligaciones simultáneamente; lo que se presumirá cuando cada uno de los dos contratos pueda separadamente cumplirse i no hai expresa conexión entre ellos, o cuando parece que el uno accede al otro i lo confirma"².

En el *Proyecto de 1853*, que sirvió de base a la primera discusión en la *Comisión revisora*, se reformaron ambos incisos del precitado artículo, de tal modo que quedó el siguiente artículo 1810:

"Para que haya novación es necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indudablemente que su intención ha sido novar, porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua".

Si no aparece suficientemente la intención de novar, se mirarán las dos obligaciones como simultáneamente válidas, i valdrá la obligación primitiva en todo aquello en que la obligación posterior no se opusiere a ella; subsistiendo en esta parte los

¹ BELLO, Andrés, *Obra completas*, Santiago, 1888, vol. 12,

² *Ibid.*

privilegios, hipotecas, prendas i fianzas de la obligación primitiva”³.

En el llamado *Proyecto inédito* de 1853 no sufrió alteraciones el inciso primero, pero se suprimió el segundo. En cambio en el *Proyecto de 1855*, pasó en los términos que siguen al artículo 1634:

“Para que haya novación, es necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indudablemente, que su intención ha sido novar, porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua.

Si no aparece la intención de novar, se mirarán las dos obligaciones como válidas, i valdrá la obligación primitiva en todo aquello en que la posterior no se opusiere a ella, subsistiendo en esta parte los privilegios i cauciones de la primera”⁴.

Finalmente la *Edición oficial de 1856 únicamente modificó una palabra del inciso segundo al substituir la expresión se mirarán las dos obligaciones como válidas, por la de: se mirarán las dos obligaciones como coexistentes, y es esta la redacción que permanece hasta el día.*

3. Notas y fuentes del artículo 1634

Tanto el *Proyecto* de 1842-1845 como el de 1847, carecen de notas, por ende, no existe ninguna indicación de fuentes efectuada por Bello, sin embargo, sí la hay en el de 1853. La referida nota es del tenor siguiente:

INCISO 1: “¿Cómo pudiera dejar de haber novación si la antigua i la nueva obligación son incompatibles?. Por ejemplo: Pedro debe a Juan el precio de una cosa que le ha comprado. Contratan luego que Pedro retenga el precio a título de mutuo. Queda consumado el contrato de venta, i pasa a la acción *ex vendito* la acción *ex mutuo*: las dos no pueden existir a un tiempo. Véase Molina, *De just. et jure*, tract.II, disp. 559, n.8; *Code Prus.*, part. I, tit. 16, art. 455”.

INCISO 2: “Molina *ibid.* 3.”⁵.

En el *Proyecto inédito* de 1853, fruto de la primera revisión de la *Comisión*, no aparece anotado este artículo. Sí del *Proyecto* de 1855 se conoce una nota de Gabriel Ocampo, miembro de la *Comisión* que revisó el de 1853 y el *Inédito* del mismo año que,

³ *Ibid.* vol. 13.

⁴ *Proyecto de Código Civil*, Santiago, Imprenta Nacional, 1855.

⁵ BELLO, Andrés, (n.3).

si bien, no indica fuentes, es muy clarificador en cuanto a su sentido. La nota de Ocampo es la siguiente:

“Este artículo adopta un sistema compuesto del antiguo derecho romano i del establecido por Justiniano. Exige como éste espresión del ánimo de novar; pero acepta la presunción indubitada como aquel”⁶.

4. Novación tácita y el artículo 1634

El inciso primero del artículo 1634 consagra la novación tácita en nuestro Código Civil, esto en cuanto señala que: *para que haya novación, es necesario que lo declaren las partes, vale decir el animus novandi debe expresarse, pero consigna también la posibilidad de que, no expresándose por las partes, aparezca indudablemente, que su intención ha sido novar, porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua, en cuyo caso también hay novación, pero ahora no expresa, sino tácita, pues el animus novandi se subentiende, supuesto que la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua.*

Tal es la interpretación que le da Ocampo en su nota a dicho artículo, al afirmar que: *adopto un sistema compuesto del antiguo derecho romano i del establecido por Justiniano. Exige como éste espresión del ánimo de novar; pero acepta la presunción indubitada como aquel.* La referencia al derecho romano se entiende en cuanto en el derecho clásico la existencia del efecto novatorio se hallaba condicionado a la celebración de una estipulación novatoria en la cual se incluyera un elemento nuevo (*aliquid novi*) ajeno a la obligación anterior, y en el derecho justiniano el *animus novandi* decidía en favor de la estipulación novatoria como factor positivo de voluntad.

La citada nota de Bello al inciso primero del artículo 1634 confirma esta interpretación por las siguientes razones:

1. El inciso primero del artículo 1634 se refiere a un caso de novación por cambio de causa y no necesariamente a una por cambio de objeto. Ello se desprende de las siguientes razones:

1.1. En los *Proyectos* de 1842-1845 y de 1847 se decía: *Para que haya novación por substitución de una obligación a otra, es necesario...*, y a partir del *Proyecto* de 1853 se suprimió el período: *por substitución de una obligación a otra*, quedando solamente en: *Para que haya novación, es necesario...*

⁶ Vide nota 4. He tenido a la vista el ejemplar del *Proyecto* que perteneció a Ocampo, que se encuentra anotado de su mano y que se conserva en la Biblioteca marcial Martínez del Departamento de Ciencias del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, a cuyo personal agradezco la noticia de su existencia.

1.2. El ejemplo que trae Bello para explicar este artículo en su nota al *Proyecto* de 1853 así lo aclara, pues se trata de quien debía cierta suma a causa de precio de una compraventa y luego pacta con su acreedor (vendedor) que retendrá la suma debida por causa de mutuo, vale decir, se mantienen las partes y el objeto, pero ha variado la causa. Así dice Bello: *¿Cómo pudiera dejar de haber novación si la antigua i la nueva obligación son incompatibles? . Por ejemplo: Pedro debe a Juan el precio de una cosa que le ha comprado. Contratan luego que Pedro retenga el precio a título de mutuo. Queda consumado el contrato de venta, i pasa a la acción ex vendito la acción ex mutuo: las dos no pueden existir a un tiempo.*

1.3. Este mismo ejemplo explica la frase final del inciso primero del artículo 1634: *porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua.* En efecto, pues para que haya novación tácita se requiere: *que aparezca indudablemente, que su intención ha sido novar, SUPUESTO QUE la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua,* ya que la nueva por ser incompatible con la anterior la ha extinguido. Ocurre aquí que la palabra *porque* empleada en último período del inciso primero del artículo 1634, no es explicativa o ilustrativa o ejemplar, sino que expresa la idea de *supuesto que, dado que,* pues aparece indudablemente que, precisamente, la intención de las partes ha sido novar, dado que la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua, en razón de ser incompatibles.

1.4. Este ejemplo lo tomó Bello del conocido teólogo jurista español Luis de Molina (1536-1600), pues la referencia que hace en la misma nota al *De iustitia et iure*, así nos lo muestra:

Exemplum est, quod habetur leg. 15 in princip. unde haec opinio corroboratur. Si enim quis, vendat alteri aliquid centum aureis, & postea conveniat inter ipsos, ut emptor debeat deinceps venditori pretium ex mutuo, tunc per secundum contractum, quo venditor mutuo concedit emptori illos centum aureos, aperte censetur facta novatio prioris obligationis ex vendito, ut ea extinta, transeat in obligationem ex mutuo: Obligatio enim solvendi eandem pecuniam ex vendito, & ex mutuo, sunt in compossibiles”⁷

Hay ejemplo que trae la ley 15 al principio, donde se corrobora esta opinión. Pues si alguien vendió a otro alguna cosa en cien aureos, y después se convino entre ellos mismos que el comprador deba desde allí en adelante el precio al vendedor en razón de mutuo, entonces por el segundo contrato, en que el vendedor concedió al comprador aquellos cien áureos en mutuo, manifiestamente se entiende hecha la novación de la primera obligación emanada de la venta como extinguida, cambiada por la obligación emanada del mutuo, pues la obligación de pagar el mismo dinero de la venta y del mutuo son incompatibles⁸.

⁷ MOLINA, Luis de, cit., pp. 798-799.

⁸ La versión española es nuestra, así como todas las restantes.

1.5. A su vez, Luis de Molina tomó este ejemplo de la ley 15, título segundo, *Partida* quinta, como él mismo lo consigna. Así la referida ley alfonsina, que se refiere a: *Como se puede desatar la obligación principal, por otra que fazen de nuevo sobre ella*, señala lo siguiente:

“Renovamiento es otra manera de quitamiento, que desata la obligación principal de la debda, bien assi como la paga. E esto sería como si un ome vendiesse a otro alguna cosa, e después el comprador renovasse el pleyto (contrato) en otra manera con el vendedor, obligándose a pagar el precio, como en razón de empréstito. Ca estonce non sería tenuto el debdor, de pagarle lo que devia, como en razón de vendida, mas como si oviesse los maravedis del precio tomados emprestados del otro”⁹.

1.6. Finalmente, la glosa de Gregorio López a la referida ley de *Partidas* nos señala que este ejemplo está tomado del *Código* de Justiniano, así dice la glosa gregoriana:

*Vide ad istum exemplum, de quo hic, l. si ex pretio 6. C. si cert. pet. et ibi Gloss. et l. adversus 5. C. de non numer. pecun. et satis videtur expressum hic de animo novandi, cum una obligatio in aliam transferatur, ut et dicit Salicet. in l. fin. C. de novation.*¹⁰

Véase para este ejemplo, del que aquí se trata la ley *si ex pretio 6* del *Código si cert. pet.* y allí la Glosa y la ley *adversus 5* del *Código de non numerata pecunia*, y se tiene por suficientemente expreso el ánimo de novar, cuando una obligación se transforma en otra, como lo dice Saliceto en la ley final del *Código, De la novación*.

2. Cita Bello, como hemos visto al teólogo jurista español Luis de Molina (1536-1600) en su clásico y conocido *Tractatus de iustitia et iure*, tratado II, *disputatio* DLIX, número 8, esto es la disputación destinada a tratar *De novatione & delegatione* y el número relativo a: *Quamvis contrahentes in secundo pacto de eadem re, non expriment se velle facere novationem & extinguere priorem obligationem, facta censetur novatio*¹¹ (Aun cuando los contratantes en el segundo pacto sobre la misma cosa, no expresen si quieren hacer novación y extinguir la primera obligación, se tiene por hecha la novación). El texto de Luis de Molina es el siguiente:

⁹ SIETE PARTIDAS, 5.2.15. He tenido a la vista la edición de ellas en *Los Códigos españoles concordados y anotados*, Madrid, 1848, Tomo, 3 p. 778.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ MOLINA, Luis de, *De iustitia et iure. Opera omnia*, Coloniae Allobrogum, 1733, pp. 769 y ss. Esta edición, que es la que he tenido a la vista, se conserva en la Biblioteca Central de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, y perteneció a Gabriel Ocampo.

Illud est observandum, quamvis contrahentes, in secundo pacto de eadem re, non expriment se velle facere novationem & extinguere priorem obligationem, his aut aliis aequi pollentibus verbis; si tamen ex modo & qualitate secundi pacti, aut aliunde sit perspicuum, minimequedubium, eos intendisse facere novationem & recedere a priori obligatione tunc facta censetur novatio. Ita communis sententiae, quam inter alios referunt ac sequuntur Gregorius Lopez l. 15 citata, verb. por manera & Gutier. ubi supra numer. 8 "

3. La Glosa de Gregorio López citada por Luis de Molina en el párrafo recién transcrito, reafirma la opinión relativa a la novación tácita, pues allí dice:

Fatentur tamen doctores communiter, novationem fieri, quando evidententer ex conjecturis manifestis apparet, partes novationem facere voluisse ut in terminis Gloss. in l. fin C. de novation. et in l. penul, D. de praetor. stipul. et per Alex. consil. 13. 2.

4. También la cita que hace Gregorio López del *Tractatus de iuramento confirmatorio* de Juan Gutiérrez (1530-1618), reafirma esta opinión, pues ella nos remite a la Parte I, capítulo LXIII titulado *De novatione, an praesumatur* (De la novación, si ella se presume), en su número 8, que dice lo siguiente:

8. Novatio expresse fieri dicitur, si per conjecturas appareat partes novationem facere voluisse & remissive de praedictis conjecturis.

Quarto, est advertendum in propósito quod expresse fieri novatio dicitur, si per conjecturas appareat, quod partes voluerunt facere novationem: ita in terminis allegans tenet

Debe observarse que, aunque los contratantes en el segundo pacto sobre la misma cosa no expresen hacer novación y extinguir la primera obligación, por estas u otras palabras equivalentes, si no obstante, del modo y calidad del segundo pacto, o de otra cosa resulta claro y sin ninguna duda, que entienden ellos hacer novación entonces se tiene por efectuada la novación. Así las sentencias comunes, que entre otros se refieren y siguen por Gregorio López en la ley 15 citada, palabra por palabra, y Gutiérrez citado arriba en el número 8".

Sienten, no obstante, comunmente los doctores que hay novación cuando evidentemente aparece de conjeturas manifiestas que las partes quisieron hacer novación, así en los términos de la Glosa a la ley final del Código De Novatione (C.8.41.6) y en la ley penúltima del Digesto, de las estipulaciones pretorias y, por Alejandro en el consejo 13.2.

Se dice haberse efectuado novación expresamente si por conjeturas aparece haberse querido efectuar por las partes, y remisiva de las predichas conjeturas.

Cuarto, debe advertirse a este propósito, que se dice haberse efectuado novación expresamente si por conjeturas aparece que las partes quisieron hacer novación:

*Math. de Afflict. dec. Neapol. 44 numer. 15 & Franchis dict. decis. 15. num.2.*¹²

así en estos términos alega y sostiene Mateo de Afflictis en sus Decisiones Napolitanas en 44 número 15 y Franchis en dichas Decisiones 15, número 2.

7. Por su parte la remisión que trae Gutiérrez al jurista italiano Vicente de Franchis (15 ?-c1590) en sus *Decisionum Sacri Regii Consilii Neapolitani*, decisión 15, número 2, reafirma la interpretación dada por los tratadistas anteriores. En efecto, ella expresa lo siguiente:

2. Novatio sit etiam ex conjecturis quando ex eis apparet de voluntate.

Hay también novación en razón de conjeturas cuando de ellas aparece la voluntad.

*...Allegavit unus ex Dominis Consiliariis, facta relatione per me causae praedictae, iunctis Dominis Consiliariis duarum Aularum die 15 Junii 1575, fuit tamen dictum, quod quamvis ex dispositione dictae l. se requiratur, quod fiat expresse novatio, nihilominus si aliter apparet quod partes voluerint novare, quod cessabat in casu, de quo agebatur, quod ex his etiam induceretur novatio secundum Cynum in d.l. fina. & Afflict qui allegat concordantes, in decis. 44 versic. ad hoc respondetur, ad quem in hoc confugas meminit de hac decis. Menoch. in tracta. de praesumpt. lib. 3, prasumpt. 134 & eam sequitur. in decis.*¹³

...Alegó uno de los Señores Consejeros, hecha por mi relación de la precitada causa, reunidos los Señores Consejeros de las dos salas el día 15 de junio de 1575, fue dicho no obstante, que aunque la disposición de dicha ley se requiere, que se haga expresamente novación, lo mismo que si por otra cosa aparece que las partes quisieron novar, lo que ocurría en el caso del que se trataba, puesto que esto induciría novación según Cino en dicha ley final y Afflictis, quien alega concordante en la decisión 44 versículo, a esto se responde, al que olvidó la ayuda de esta decisión, Menoquio en el Tratado de las presunciones, libro 3, presunción 134 y esta se sigue.

8. Finalmente, la cita que efectúa Franchis del jurista italiano Jacobo Menochio (1532-1607) en su *De praesumptionibus conjecturis, signis, et indiciis commentaria*, termina por aseverar la interpretación de que tratamos, a propósito del inciso primero del artículo 1634, pues cierra el círculo de las citas anotadas y nos vuelve a situar en el caso de un segundo contrato incompatible con el primero, en cuyo caso se entiende ha-

¹² GUTIERREZ, Juan, *Tractatus elaboratissimus de juramento confirmatorio, & alii in jure varii resolutionibus*, Pars. I, cap. LXIII, n. 8, en *Operum* (10 vols.), Lugduni, 1730, 5, p. 266.

¹³ FRANCHIS, Vicente de, *Decisionum Regii Consilii Neapolitani*, Venetiis, 1594, Dec. XV, número 2.

ber novación tácita *porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua*. Así en la presunción 134, número 39 señala lo que sigue:

*Secunda est conjectura novationis, quando secundus contractus est incompatibilis cum primo. Hoc in casu per secundum contractum dicitur esse recessum a primo, atque ita facta novatio.*¹⁴

Hay segunda conjetura de novación cuando el segundo contrato es incompatible con el primero. En este caso se dice ser por el segundo contrato rescindido el primero y efectuada así la novación.

9. A mayor abundamiento, cita Bello en su nota al inciso primero del artículo 1634, el artículo 455 de la parte I, título 16 del *Código prusiano*, que regla la novación tácita y cuyo texto es el siguiente:

"Si l'obligation nouvelle est de nature à ne pouvoir exister en même temps que l'ancienne, celle-ci est éteinte tacitement"¹⁵

10. El *animus novandi* que constituye la novación tácita aparece además en el artículo 1647 del Código Civil:

"Si la nueva obligación se limita a imponer una pena para en caso de no cumplirse la primera y son exigibles juntamente la primera obligación y la pena, los privilegios, fianzas, prendas e hipotecas subsistirán hasta concurrencia de la deuda principal sin la pena. Mas si en el caso de infracción es solamente exigible la pena, SE ENTENDERÁ NOVACION, desde que el acreedor exige sólo la pena, y quedarán por el mismo hecho extinguidos los privilegios, prendas e hipotecas de la obligación primitiva, y exonerados los que solidaria o subsidiariamente accedieron a la obligación primitiva, y no a la estipulación penal".

Este artículo está en relación con el 1537:

"Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena se entiende extinguida la obligación principal".

¹⁴ MENCHIO, Jacobo, *De praesumptionibus conjecturis, signi, et indiciis, commentaria*, Genevae, 1724, lib. 3, praes. CXXXIV, n. 39.

¹⁵ SAINT-JOSEPH, Antoine, *Concordance entre les Codes Civils étrangers et le Code Français*, Bruxelles, 1852, p. 102. Cabe hacer presente que esta obra y edición es la que tuvieron Bello y Ocampo a la vista al tiempo de la revisión del *Proyecto* de 1853, y no los textos oficiales de los Códigos europeos que le sirvieron de fuentes.

Estos artículos plantean tres situaciones diversas, a saber: 1) Se pacta una pena para el incumplimiento de la obligación, siendo exigibles la primera obligación y la pena conjuntamente; 2) Se pacta una pena para el evento del incumplimiento, en cuyo caso sólo será exigible la pena; y 3) Se pacta la pena para el incumplimiento, quedando al arbitrio del acreedor la elección de la obligación primitiva o la pena.

En el primer caso no surge problema alguno relativo a la novación, pues la pena y la obligación primitiva coexisten y ambas son exigibles, es decir, el deudor lo es de dos obligaciones diversas.

En el segundo sí está envuelta la materia de novación, pues si para el evento del incumplimiento únicamente es exigible la pena, quiere decir que la obligación anterior se ha extinguido. El artículo 1647 señala que ha operado como modo de extinguir la obligación, la novación, que *se entenderá desde el momento en que el acreedor exige sólo la pena* y de ello se deriva la extinción de privilegios, prendas e hipotecas y la liberación de los deudores solidarios o subsidiarios que habían accedido a la primera obligación. Resulta así que la actuación del acreedor, en orden a exigir sólo la pena, hace operar la novación, supuesto que de dicha acción se desprende su voluntad tácita de novar.

En el tercer caso, esto es, si se ha estipulado una cláusula penal sin pactarse que ella era simplemente moratoria, o que por su pago se entendería extinguida la obligación principal, constituido el deudor en mora, no puede *el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio*. En el evento de optar el acreedor por la pena, nos enfrentamos a un posible caso de novación tácita, pues como no puede reclamar ambas a la vez, por el hecho de demandar la pena se entiende extinguida la otra. Parece ser éste, otro caso de novación tácita, según las siguientes razones:

1. Hay dos obligaciones, una primitiva y otra posterior, que son de contenido diverso y que no pueden coexistir.
2. El acreedor al demandar la pena manifestaría su *intención de novar*, con lo cual la primera obligación se extinguiría por novación tácita, como en el supuesto anterior del artículo 1647.
3. Bien sé que esta situación se puede explicar por la vía de las obligaciones alternativas. Pues podrá decirse que el deudor debe dos cosas, de tal modo que la ejecución de una de ellas lo exonera de la ejecución de la otra, mas creo que hay razones que rebaten con alguna fuerza esta interpretación. Estos argumentos se reducen a los siguientes:
 - 3.1. En las obligaciones alternativas la elección es del deudor, a menos que se haya pactado lo contrario (Art.1500 i.2). En este caso la elección pertenece al acreedor, sin

pacto expreso, pues puede *pedir cualquiera de las dos cosas a su arbitrio* (art. 1537).

3.2. Bello, al tratar de la novación en los *Proyectos* de 1842-1845 y de 1847, recurría a la alternatividad de las obligaciones para resolver las controversias que pudieran originarse en razón de dos obligaciones coexistentes, pero a partir del *Proyecto* de 1853 abandonó dicha solución y sólo se remitió a la novación tácita.

En efecto, en el *Proyecto* de 1842-1845 señalaba que si no había declaración de las partes en orden a novar o no aparecía indudablemente el ánimo de novar *el juez decidirá, según el espíritu del contrato i la naturaleza de las obligaciones, SI SUBSISTEN AMBAS OBLIGACIONES ALTERNATIVAMENTE, o si deben cumplirse ambas, o si tiene lugar la novación* (art. 7 i.2).

De su lado en el *Proyecto* de 1847, para el mismo caso anterior, reconociendo que en las obligaciones alternativas la elección pertenece al deudor declaraba, que si no había novación expresa ni aparecía el ánimo de novar *SUBSISTEN AMBAS OBLIGACIONES ALTERNATIVAMENTE, a elección del deudor; a menos que esta elección sea reservada expresamente al acreedor, o a menos que el ánimo de las partes haya sido que subsistan ambas obligaciones simultáneamente* (Art. 155 i. 2). Mas esto resultaba incongruente, supuesto que la pena se había estipulado en favor del acreedor y según este artículo quedaba entregado a la decisión del deudor.

En el *Proyecto* de 1853 se abandonó el recurso a las obligaciones alternativas y simplemente se expresó que: *si no aparece suficientemente la intención de novar, se mirarán las dos obligaciones como simultáneamente válidas*. Es decir, Bello estima que si no hubo novación, por no aparecer suficientemente el ánimo de novar, obviamente no se ha extinguido ninguna obligación y ambas son válidas. Mas como esta expresión de ser ambas *válidas* es equívoca la substituyó en la *Edición oficial* de 1856 por la de *co-existentes*.

5. Conclusiones

El inciso primero del artículo 1634 del Código Civil chileno se ha redactado siguiendo la doctrina castellana consignada en el *De iustitia et iure* del jurista de la escuela española del derecho natural Luis de Molina, que aceptaba la novación tácita, cuando sin haberse expresado el ánimo de novar, se celebraba un segundo contrato incompatible con el primero, *porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua*.

A su vez, Luis de Molina recogía la doctrina consignada en las *Siete Partidas* (5.2.15) y su glosa gregoriana, apoyada en los juristas del *ius commune* posterior al 1500, tales como los consiliaristas italianos Vicente de Franchis, Mateo de Afflictis y Jacobo Menochio, y el tratadista castellano Juan Gutiérrez. Todos los cuales, aceptaban la novación tácita, cuando aparecía claramente el *animus novandi*.