

Este caso de la subrogación legal está comprendido en el segundo, cuyo estudio hemos hecho ya, supuesto que el comprador del inmueble gravado con hipotecas tiene interés en el cumplimiento de las obligaciones que éstas garantizan, y que puede ser estrechado al pago de ellas.

De aquí podría inferirse que el último caso de la subrogación legal á que nos referimos, es una enumeración innecesaria que hace la ley. Sin embargo, no es así, porque los términos amplios y generales con que está concebido el precepto á que se refiere el segundo caso de la subrogación legal podría dar lugar á dudas y controversias, que se evitan por la determinación expresa del quinto y último caso.

Para que pueda tener lugar la subrogación en éste es indispensable, que el que hace el pago al acreedor hipotecario sea comprador ó adquirente del inmueble hipotecado: es decir; que haya adquirido su dominio en el momento de verificar el pago.

De donde se infiere, que si alguno paga al acreedor hipotecario de un inmueble, cuya propiedad no ha adquirido todavía, ó cuando ha dejado de tenerla, no puede verificarse la subrogación.

De otra manera se habría hecho el pago por una persona enteramente extraña y sin interés alguno en el cumplimiento de la obligación, cuyas circunstancias sólo darían lugar á la acción *negotiorum gestorum* contra el vendedor, á no ser que en el momento del pago se hubiera pactado la subrogación con el acreedor; en cuyo caso ésta sería convencional y no legal. ¹

Tampoco tiene lugar la subrogación cuando el que hace el pago ha dejado de ser propietario del inmueble con motivo de la evicción ó por rescisión ó nulidad de la venta, porque, como en el caso anterior, no existe en el que paga

¹ Toullier, tomo VII, núm. 143; Duranton, tomo X, núm. 158; Moulton, De la subrogation, núm. 384; Aubry y Rau; tomo IV, pág. 182; Lasombière, tomo III, art. 1,251, núm. 21; Gauthier, núm. 287; Demolombe, tomo XXVII, núm. 511.

interés alguno en el cumplimiento de la obligación; cuya circunstancia sólo permite la subrogación convencional.

Pero no sucede lo mismo cuando el adquirente paga al acreedor hipotecario después de haber vendido el inmueble, pues la venta no le priva de su cualidad de adquirente ni de las obligaciones que de ella resultan: esto es, no le priva del interés que tiene en el cumplimiento de la obligación. ¹

La subrogación convencional tiene lugar, como dijimos antes, cuando el acreedor recibe el pago de un tercero, y le subroga en sus derechos, privilegios, acciones ó hipotecas contra el deudor; ó lo que es lo mismo, cuando el acreedor, usando de la facultad que tiene de disponer de su crédito como mejor le parezca, lo subroga á un tercero no interesado en el cumplimiento de la obligación, que le paga el importe de ella.

De la definición que precede se infiere, que, á diferencia de la subrogación legal, que se verifica de pleno derecho y sólo por ministerio de la ley, la convencional no puede tener lugar si no es por el consentimiento del acreedor, que conviene con el tercero, enteramente extraño al cumplimiento de la obligación, en subrogarle en sus derechos y acciones contra el deudor en virtud del pago que le hace de ella.

Pero no basta el consentimiento del acreedor para que tenga lugar la subrogación convencional, sino que es además necesario que se llenen las dos condiciones siguientes que, como requisitos esenciales, exige el artículo 1,707 del Código Civil. ²

1.ª Que la subrogación sea expresa:

2.ª Que se haga al mismo tiempo que el pago.

Es esencial la primera condición, porque siendo el efecto del pago extinguir la obligación con todos sus accesorios,

¹ Gauthier, núm. 288; Aubry y Rau, tomo IV. pág. 183; Larombière, tomo III, art. 1,251, núm. 22; Demolombe, tomo XXVII, núm. 513.

² Art. 1,592, Código Civil de 1884,

no se puede considerar la subrogación sino como una excepción de la regla general que le otorga ese efecto jurídico al pago, y por lo mismo, no puede admitirse su existencia si no consta de una manera expresa y terminante la voluntad del acreedor de subrogar en sus derechos y acciones al tercero que satisface la obligación.

Es esencial que la subrogación se haga al mismo tiempo que el pago, porque si éste se verifica sin condición alguna, se extingue en el acto la deuda con todos sus accesorios y la subrogación no tiene ya objeto sobre que recaer.

Además, se abriría puerta franca á los fraudes, si se permitiera, á pretexto de la subrogación, revivir con perjuicio de tercero créditos ya extinguidos, mediante el pago hecho en los términos de la ley ó estipulados en el contrato. ¹

Colmet de Santerre dice, refiriéndose á este requisito esencial de la subrogación, que ésta debe ser contemporánea del pago; pues si fuera anterior á éste no tendría razón de ser, supuesto que la ley la autoriza para favorecer al deudor y facilitar su liberación; y si fuera posterior al pago haría revivir derechos extinguidos por éste, y de los cuales no puede ya disponer el acreedor. ²

La Exposición de motivos justifica esa exigencia del Código Civil en idénticos términos, en los siguientes conceptos: "En el art. 1,707 se exigen dos condiciones importantes para la validez de la subrogación: que ésta sea expresa y que se haga al mismo tiempo que el pago. La primera para evitar toda duda y que se ejercite un derecho contra la voluntad del cedente: la segunda, porque una vez hecho el pago, se extingue la acción y ya nada queda que ceder."

La subrogación convencional se puede obtener también por convenio celebrado entre el deudor y un tercero sin el consentimiento del acreedor, si la deuda es pagada por

¹ Demolombe, tomo XXVII, núm. 368; Ganthier núm. 108; Toullier, tomo VIII, núm. 116; Aubry y Rau; tomo IV, pág. 171.

² Tomo V, núm. 190 *bis* II.

aquél, con dinero que el tercero le prestare para este objeto. (art. 1,708, Cod. Civ.) ¹

A primera vista parece extraño que pueda verificarse la subrogación sin el consentimiento del acreedor, y que el convenio celebrado entre el deudor y el tercero pueda transmitir á éste los derechos de que solamente aquél puede disponer; pero es fácil justificar esta facultad que la ley otorga al deudor, teniendo en consideración que se funda en diversos preceptos del derecho Romano y en motivos de equidad, y que su objeto es facilitar la liberación de los deudores.

En efecto: según los principios del derecho Romano, el que prestaba al deudor una cantidad de dinero para pagar á un acreedor hipotecario, sucedía á éste en sus derechos, siempre que se hubiera estipulado expresamente que el prestamista tendría la misma hipoteca y que el pago se hubiera hecho con la suma prestada. ²

Y si atendemos á los motivos y al objeto que se propuso el legislador, encontraremos que el precepto cuyo estudio hacemos se funda en consideraciones de equidad, porque recibiendo el acreedor el importe de sus créditos, ningún interés tiene ya, no le importa quien le suceda en sus derechos, y por lo mismo, no se necesita de su consentimiento para que se produzca la subrogación en favor del tercero que presta al deudor la cantidad de dinero necesaria para pagar la deuda, y que le proporciona los medios de hacer su obligación menos gravosa y de librarse de ella más fácilmente.

Un ejemplo hará más perceptible el beneficio que la ley otorga al deudor.

Pedro debe á Antonio 10,000 pesos con hipoteca de un inmueble de su propiedad, con el diez por ciento de interés anual, y encuentra persona que le facilite esa suma al tipo

¹ Artículo 1,593 Código Civil de 1,884.

² Leyes 12, páf. 8, tít. 4, lib. 20; 3, tít. 3, lib. 42. D; y 1, tít. 19, lib. 8, C.

del cinco por ciento, pero á condición de que se le constituya hipoteca en primer lugar sobre el mismo inmueble. Como Pedro no puede otorgar esa garantía sin pagar previamente el crédito de Antonio, resultaría que no podía aprovechar el beneficio que le resultara de cambiar de acreedor; pero la ley viene en su auxilio y le faculta para que convenga con la persona que le presta dinero para que pague á Antonio, qu se subrogue en los derechos de éste.

✓ En una palabra, la subrogación en el caso que nos ocupa tiene por objeto aliviar la situación del deudor y facilitarle los medios de su liberación, sin perjuicio alguno para el acreedor.

Pero para precaver los fraudes y evitar que el deudor finja un préstamo cuando realmente haya pagado con fondos propios, exige la ley como requisito esencial, sin cuya concurrencia no puede efectuarse la subrogación, que conste el préstamo en título auténtico, esto es, escritura pública, en que se declare que el dinero fué prestado para el pago de la deuda. Si no concurre ese requisito, el que prestó no tiene más derechos que los que exprese su respectivo contrato (Art. 1,708, Cód. civ).¹

Sin embargo, creemos insuficientes las precauciones tomadas por el Código, y que al separarse de los principios sancionados por las legislaciones europeas ha intentado inútilmente precaver los fraudes.

En efecto: los Códigos europeos exigen para que se verifique la subrogación en el caso que nos ocupa, que concurren estos dos requisitos; que el préstamo y el pago al primer acreedor conste por acto notariado, y que éste contenga la declaración de que la suma prestada está destinada á efectuar el pago de la deuda que debe producir la subrogación en favor del que hace el préstamo.

Por estos medios se evita que el deudor simule un prés-

¹ Artículo 1,493, Código civil de 1884.

tamo y subrogue á un supuesto prestamista en los derechos del acreedor á quien paga, con perjuicio de los demás acreedores; así como, que el acreedor que ha sido pagado con anterioridad, de acuerdo con el deudor que obtiene de un tercero un nuevo préstamo, haga aparecer el pago con fecha posterior á fin de otorgarle á éste derechos que ya no tiene, con perjuicio de los demás acreedores del mismo deudor.

Es verdad que estos medios no hacen absolutamente imposibles los fraudes, pero también lo es que los hacen muy difíciles, pues por ellos deben constar por escritura pública el préstamo y la circunstancia de hacerse para pagar al acreedor y el pago hecho á éste.

Nuestro Código se limita simplemente á exigir que conste el préstamo por escritura pública y la declaración de que aquél tiene por objeto el pago al acreedor; cuyos medios son insuficientes para evitar los fraudes, porque no se hace constar con la misma solemnidad el pago, y es posible que se haga aparecer como pagada con el dinero prestado una deuda extinguida con mucha anterioridad.

La subrogación se puede hacer también parcialmente, y entonces sólo se transmiten los derechos del acreedor en parte en favor del subrogado, menos en los casos en que se trate de deudas de subrogación indivisible en las cuales, como es fácil comprender desde luego, no puede haber subrogación parcial (Art. 1,711 Cód. civ). ¹

Cuando la subrogación es parcial, esto es, cuando el acreedor es pagado solamente en parte, puede ejercitar sus derechos con preferencia al subrogado, por el resto de la deuda, pero de esta preferencia sólo disfrutaban los acreedores originarios ó sus cesionarios, sin que pueda pretenderla cualquiera otro subrogado (Arts. 1,709 y 1,712 Cód. civ). ²

Las reglas que acabamos de establecer demandan alguna explicación, porque á primera vista parecen sancionar una

¹ Artículo 1,596, Código civil de 1884.

² Artículos 1,594, y 1,597 Código civil de 1884.

injusticia; pero fácil es comprenderlas, si se atiende á los principios fundamentales sobre que reposa la teoría de la subrogación.

Según esos principios, la subrogación es un verdadero pago respecto del acreedor, que extingue con relación á él la deuda y le pone en el mismo estado que si se le hubiera pagado pura y simplemente. Es decir, que debe guardar la misma situación que si hubiera recibido un pago, y que la subrogación no le puede perjudicar.

Por este motivo, dice Laurent: "El acreedor recibe sólo lo que le es debido; y si consiente en la subrogación es únicamente en beneficio del subrogado: de donde se infiere, que no se puede prevaler de la subrogación contra él." ¹

Además, la subrogación es una ficción de la ley en virtud de la cual se supone que acompaña al pago la cesión de los derechos y acciones del acreedor en beneficio del subrogado, y que solamente crea relaciones entre éste y el deudor, permaneciendo aquél del todo extraño á esta ficción y sus efectos, que ningún beneficio le producen.

Por lo mismo, sería crear una nueva ficción, de una manera arbitraria, extender la de la ley á las relaciones del subrogado y el acreedor. ²

De la misma manera que hemos justificado el principio que otorga derecho de preferencia al acreedor sobre el subrogado, se puede demostrar la justicia en que se funda el que declara que ese derecho es exclusivo de los acreedores originarios ó sus cesionarios.

En efecto: ese principio se apoya en los mismos fundamentos que el anterior, y basta un breve razonamiento para llegar á la demostración que nos proponemos.

El derecho de preferencia que la ley otorga al acreedor sobre el subrogado se funda en los principios científicos, se-

¹ Tomo XVIII, núm. 51.

² Laurent, tomo XVIII, núm. 131; Demolombe, tomo XXVII, núm. 662 y siguientes; Colmet de Santerre, tomo V, núm. 197, *bis* XIV.

gún los cuales, la subrogación es una ficción de la ley, creada en beneficio del subrogado, y la consecuencia del pago de la deuda que la extingue en parte respecto del acreedor, cuyo derecho queda vivo por la parte insoluta.

Pues bien, cuando el acreedor recibe esta parte de otra persona, queda extinguida por completo la deuda, y por lo mismo, tienen iguales derechos el primero y el segundo subrogados; cuya circunstancia impide que cualquiera de ellos pueda pretender preferencia en el pago sobre el otro, si no es en el caso en que el crédito, ó más bien dicho, la cantidad que puede satisfacer el deudor no baste para cubrir el importe de las diversas porciones en que se dividió el mismo crédito, pues en tal caso se debe hacer el pago según el orden de prioridad de la subrogación (Art. 1,712 Cód. civ). ¹

No existe esa razón cuando el acreedor hace cesión de sus derechos y acciones ó los trasmite por testamento, porque ni la cesión ni la herencia producen los efectos jurídicos del pago, no extinguen la deuda, pues sólo son transmisivas de los derechos del acreedor; y por lo mismo, disfrutan de los de preferencia que éste tenía contra el subrogado, sus herederos y cesionarios.

Dijimos ya que los subrogados de las diversas porciones de un crédito tienen iguales derechos respecto del pago de su importe, menos en el caso de que el deudor carezca de bienes suficientes, pues entonces se deben cubrir dichas porciones según la prioridad de la subrogación. Ahora debemos manifestar, que esa determinación de la ley se separa por completo de los principios aceptados por todas las legislaciones, y es, á nuestro juicio absolutamente contrario á la justicia y la equidad; por que sin razón alguna otorga privilegios para el pago á los subrogados, atendiendo á la prioridad de la subrogación, cuando sus derechos son exac-

1 Artículo 1,597 Código Civil de 1884.

tamente iguales, tienen el mismo origen, y la diversidad de las fechas en que los han adquirido no cambia su naturaleza.

Así, pues, encontramos que la excepción á que aludimos es injusta é infundada, y además, adolece del gravísimo defecto de una pésima redacción.

El artículo 1,713 del Código civil nos indica cuales son los efectos de la subrogación legal y de la convencional, declarando que el subrogado puede ejercitar todos los derechos que competen al acreedor, tanto contra el deudor como contra sus fiadores: es decir, que puede ejercer todos los derechos del acreedor, sin excepción alguna, cualquiera que sea su naturaleza.¹

Sin embargo, por más absolutos que sean los términos con que está concebido ese precepto, sufre excepción en algunos casos en los cuales no puede ejercer el subrogado los derechos íntegros del acreedor.

En efecto: según el artículo 1,523 del Código, el deudor solidario que paga por los otros debe ser indemnizado por cada uno de ellos en la parte respectiva; y según el artículo 1,873, cuando son dos ó más los fiadores del mismo deudor y por la misma deuda, el que la paga en su totalidad puede exigir de cada uno de los otros la parte proporcional que le corresponda.²

Ya hemos dado en el artículo VIII de la lección segunda de este tratado, la razón en que funda el primero de los preceptos referidos; para evitar inútiles repeticiones remitimos á nuestros lectores á dicho artículo. En cuanto al segundo, se funda en idénticas consideraciones, supuesto que existe en el caso á que se refiere mancomunidad entre los fiadores.³

1 Artículo 1,598, Código civil de 1,884.

2 Artículo 1,407 y 1,757, Código Civil de 1,884.

3 Página 155 de este volumen.

VIII

De la confusión de derechos.

La confusión de derechos es otro de los modos de extinción de las obligaciones, reconocido por la ley, cuyo estudio es el objeto de este artículo.

“La confusión, dice Labbé, es un efecto producido por la reunión en una misma persona de dos cualidades jurídicas, que deben reposar en dos cabezas distintas, para ser válidas y eficaces.”¹

La definición que precede es igualmente aplicable á los derechos reales y á los personales, y hemos hecho ya alguna referencia de ella en el tomo II, de esta obra, al hablar de la consolidación ó la reunión en una misma persona de las cualidades de usufructuario y de propietario, y de la extinción de las servidumbres, cuando el dueño del predio dominante adquiere la propiedad del sirviente ó cuando el de éste adquiere la de aquél.²

Pero el objeto de nuestro estudio no es la confusión relativa á los derechos reales, sino la que refiere á los personales,

Según el artículo 1,714 del Código civil, cuando se reúnen en una sola persona las cualidades de acreedor y deudor, por el mismo hecho se extinguen el crédito y la deuda; es decir, que la confusión es un modo de extinción de las obligaciones.³

Este modo de liberación se funda en el principio de de-

1 Etude sur la perte de la chose due et de la confusion en Droit Romain, n. 130.

2 Páginas 175 y 176.

3 Artículo 1,599, Código civil de 1884.

recho, según el cual nadie puede ser deudor y acreedor de sí mismo. "*Nemo potest apud eundem pro ipso obligatus esse.*" ¹

En la definición que da el artículo 1,714 del Código, se dice que por la confusión se extinguen el crédito y la deuda, empleando la palabra *crédito* en el sentido activo; es decir, el cumplimiento de la obligación; y la palabra *deuda* para indicar ésta. En consecuencia, una y otra significan dos cosas distintas, y no son sinónimas como en el idioma vulgar.

La confusión se verifica en virtud de un título universal, esto es, por sucesión, cuando el deudor hereda al acreedor, ó cuando éste hereda á aquél; ó bien por título singular, como por ejemplo, en virtud de una cesión.

Sin embargo, según Colmet de Santerre, este caso no es probable, á no ser que los contratantes ignoraran que el cesionario del derecho es precisamente el deudor, porque es más sencillo hacer una remisión de la deuda á título gratuito ú oneroso, que una cesión para llegar por una vía indirecta á la confusión, y por consiguiente, á extinguir la obligación ²

La confusión es un modo de extinguir las obligaciones, de una naturaleza peculiar, que no produce un efecto tan completo como el que resulta del pago ó de otro modo equivalente á éste; pues siendo la consecuencia de la imposibilidad de ejercer el derecho del acreedor por reunirse en una misma persona esta cualidad y la de deudor, y no derivándose de la ejecución de la obligación; liberta á éste de su cumplimiento pero sin extinguirla.

De aquí proviene el proloquio forense que dice: "*Confusio potius eximit personam ab obligatione quam extinguit obligationem.*" ³

1 Ley 21, párrafo 3, título 1, lib. 46, D.

2 Tomo V, núm. 252, bis III.

3 Ley 71, tít. 1, lib. 4, D.



De donde se infiere, que la confusión sólo extingue aquellos derechos cuyo ejercicio hace imposible, y que el crédito extinguido debe estimarse como existente si perjudica los derechos de tercero. Por ejemplo, si un individuo hereda á otro á quien adeuda una cantidad, se extingue el crédito por confusión, y sin embargo, es necesario colacionarlo entre los bienes que forman el haber hereditario, para que no sufran perjuicio los demás herederos en las porciones que les corresponden.

Un ejemplo hará mas comprensible la teoría que precede.

Supongamos que el testador dejó dos hijos, y un caudal que asciende á 10,000 pesos, y que uno de ellos le adeudaba 3,000. Por la aceptación de la herencia se produjo la confusión y se extinguió la deuda: pero si se considera la confusión como productiva de los mismos efectos jurídicos que el pago, resultaría reducido el haber mortuario á la cantidad líquida de 7,000 pesos, que repartida entre los herederos daría un haber de 3,500 pesos para cada uno, en lugar de 5,000 que debían corresponderles.

Como este resultado sería absolutamente contrario á la equidad y la justicia, exige la ley que se colacionen los anticipos que hubieren recibido los herederos y las deudas que hubieren contraído con el testador, á fin de que formando parte del activo del caudal mortuario, se haga una división de él perfectamente justa y observando una exacta igualdad entre los herederos.

En otros términos: no hay confusión mientras no se liquide la herencia, ó lo que es lo mismo, no se hace la partición de ella, ya sea que el deudor herede al acreedor, ya sea que éste herede á aquél (Art. 1,718, Cód. civ.) ¹

Esta regla se funda no sólo en las consideraciones que antes hemos hecho, sino también en una ficción del derecho que hace considerar al heredero que acepta la herencia con

1 Artículos 1,603, Código civil de 1,884.

beneficio de inventario como dueño de dos caudales distintos y separados, el que tenía antes de ser instituido heredero, y el que le pertenece por tal motivo de la herencia; cuya ficción produce el efecto jurídico de que sólo sea responsable de las deudas del testador hasta donde alcance el caudal mortuorio, y de que conserve ilesos sus derechos para obtener el pago de los créditos que tuviere contra aquél.

Para más fácil comprensión de la teoría expuesta tenemos que advertir, por más que no sea este el lugar á propósito, que la simple aceptación de la herencia por el heredero producía el efecto enteramente natural de confundir sus bienes propios con los hereditarios formando un solo caudal con el cual estaba obligado á pagar las deudas del testador, supuesto que sucedía á éste en todos sus derechos y obligaciones, y representaba á su persona.

Para evitar que la aceptación de la herencia onerosa pudiera resultar perjudicial al heredero, se estableció por la ley el beneficio de inventario, cuyo efecto jurídico hemos explicado brevemente; pero no con el carácter de obligatorio, pues el heredero era libre para aceptar la herencia con él ó lisa y llanamente, constituyéndose responsable hasta con sus propios bienes, de las deudas del testador.

Pero el Código, separándose de las tradiciones y de los preceptos de nuestra antigua legislación declaró en el artículo 3,968, que toda herencia se entiende aceptada con beneficio de inventario, aunque no se exprese; y como una consecuencia lógica y precisa declaró también en el artículo 3,967, que la aceptación en ningún caso produce confusión de los bienes del autor de la herencia y de los del heredero: esto es, que no hay confusión de los derechos del uno con los del otro, que no pueden reunirse en la persona del heredero las cualidades de deudor y acreedor de una misma obligación. ¹

1 Artículos 3,701 y 3,700, Código Civil de 1884.

Es decir: que según el Código, mientras no se hace la división de la herencia conserva el heredero su cualidad de deudor ó acreedor, porque sus bienes no se confunden con aquella, ya por su propio beneficio, ya por el de sus coherederos.

La confusión que se verifica en la persona del deudor principal aprovecha á su fiador (Art. 1,715, Cód. civ). ¹

La razón es clara, porque aunque la confusión no puede asimilarse al pago y sólo produce un efecto relativo y personal, sin embargo, como el deudor es responsable al fiador de la cantidad que hubiere tenido que pagar al acreedor, no puede exigirle el pago de la cantidad que él mismo adeuda; porque tendría que restituirla con los gravámenes consiguientes á los perjuicios que aquél hubiere sufrido. De manera que no habría hecho otra cosa que ejercitar inútilmente una acción para obtener un menoscabo en sus intereses.

Pero no sucede lo mismo cuando se verifica la confusión de las cualidades de acreedor y fiador, porque no extingue la obligación (Art. 1,716, Cód. civ). ²

En este caso se produce solamente la extinción de la fianza, por la imposibilidad que origina la reunión de las cualidades de acreedor y fiador, supuesto que aquél no puede ser garante de su propio derecho y que es absurdo que pudiera ejercitar una acción contra sí mismo; pero no se extingue la acción principal, cuya existencia es absolutamente distinta de la fianza y no depende de ella.

Sostener lo contrario sería lo mismo que pretender el absurdo de que la existencia de lo principal dependiera necesariamente de la existencia de lo accesorio; ó lo que es lo mismo, que sin accesorio no puede haber principal.

Pero hay otra razón tan poderosa como la procedente,

1 Artículo 1,600, Código civil de 1884.

2 Artículo 1,601, Código Civil de 1884.

que es más jurídica, y que explica el motivo de la regla á que aludimos.

La confusión no es un pago, sino la imposibilidad de obrar, y por lo mismo, el deudor principal, contra quien no existe tal obstáculo, permanece obligado al acreedor con el mismo vínculo mientras no cumple el contrato, haciendo ó prestando aquello que prometió.

La ley no prevé el caso en que el deudor principal suceda por herencia al fiador, ó en que éste herede á aquél, produciéndose la confusión; pero todos los autores están de acuerdo en que, en tal caso, pierde el acreedor la garantía que le resulta de la fianza, por la imposibilidad que crea la reunión en una misma persona de las cualidades incompatibles de deudor y fiador, y en que subsiste íntegra la obligación, cuyo cumplimiento puede exigir el acreedor. ¹

Sin embargo, sostienen también que esta teoría sufre excepción cuando la obligación del fiador es más ventajosa para el acreedor que la principal; por ejemplo, cuando puede ser anulada á causa de un vicio que le es exclusivo y no afecta á la obligación principal. ²

Como la extinción de la obligación se funda en la imposibilidad que nace con motivo de haberse reunido en una misma persona dos cualidades incompatibles, la de deudor y la de acreedor, se infiere que cuando la deuda obliga en común á muchas personas y una sola reúne esas cualidades incompatibles, se extingue la obligación sólo respecto de ella y no respecto de las demás.

Por este motivo, declara el artículo 1,717 del Código civil, que la confusión que se verifica en la persona del acreedor ó deudor solidario, sólo produce sus efectos en la parte proporcional de su crédito ó deuda. ³

1 Laurent, tomo XVIII, n.º 502; Larombière, tomo III, art. 1,301, n.º 3; etc. et c.

2 Dalloz, Repertoire, v.º Obligation, n.º 2,800; Demolombe, tomo XXVIII, n.º 732 y siguientes.

3 Artículo 1,602, Código civil de 1884.

Ya hemos indicado la razón de este precepto, la cual se hace más preceptible, teniendo presente, que, por la incompatibilidad de las cualidades de acreedor y deudor reunidas en una misma persona, se enerva, más bien que se extingue la obligación, y que este efecto se produce en la medida y extensión de la imposibilidad, y por lo mismo, no se puede verificar en aquellas personas respecto de las cuales no existe.

Cuando uno de los derechos depende de una condición suspensiva ó resolutoria, cesa la confusión que se hubiere verificado, si no se realiza la condición; y siempre que el contrato se rescinde por cualquiera causa se alcanza igual resultado (Arts. 1,719 y 1,720, Cód. civ). ¹

Estos principios son la consecuencia de los que hemos establecido respecto de las obligaciones condicionales, según los cuales no existe vínculo alguno entre los contrayentes mientras no se verifica la condición, y cuando se celebra un contrato bajo condición resolutoria, si llega á realizarse ésta, se restituyen las cosas al mismo estado que tenían antes de la celebración de aquél,

Así, pues, si un individuo es acreedor bajo condición sus-

1 Artículos 1,604 y 1,605, Código Civil de 1884.

El primero de estos preceptos reformó al artículo 1,719, del Código de 1870 en los términos siguientes.

“Artículo 1,604. Si uno de los derechos fuere condicional, se observarán las reglas siguientes:”

“I. Si la condición fuere suspensiva, la confusión no se verificará sino cuando la condición se hubiere realizado.”

“II. Si la condición fuere resolutoria la confusión que se hubiere hecho cesará realizándose la condición.”

Esta reforma se hizo por ser inexacto el sentido del artículo reformado, porque no hay confusión de derechos antes de que se cumpla la condición suspensiva, ni cesa la confusión cuando no se verifica la condición resolutoria.

Tal reforma nos parece justa en cuanto se refiere á los derechos dependientes de condición resolutoria pero no la creemos perfectamente justificable respecto de los derechos que dependen de condición suspensiva; pues, como hemos dicho en las páginas 92 y 93 de este volumen, las obligaciones condicionales engendran derechos eventuales á favor del acreedor, cuyo ejercicio le es permitido, ó más bien dicho, concedido y protegido por la ley, aun antes de que se cumpla la condición, lo que demuestra que la confusión puede producir efecto antes de que ésta se verifique y por tanto que no es perfectamente justa la consideración que motivó la reforma.

pensiva y sucede al deudor, reúne en su persona dos cualidades incompatibles y se verifica la confusión; pero si no llega á realizarse aquella no puede haber entonces confusión, porque no hay obligación.

Si, por el contrario, se trata de un contrato cuya subsistencia depende de una condición resolutoria y ésta se verifica, cesa la confusión, porque deja de existir la obligación, se extinguen los derechos recíprocos del acreedor y del deudor, y por consiguiente, tampoco puede verificarse aquella.

Lo mismo acontece cuando el contrato se rescinde por alguna causa, pues existen razones análogas á las que hemos expuesto respecto de las obligaciones condicionales y de las sujetas á condición resolutoria.

Pero cualesquiera que sean los casos en que cesa la confusión, subsisten las obligaciones primitivas con las que les son accesorias, y aun las que son relativas á terceros (Art. 1,720, Cód. civ). ¹

Esto es; cuando cesa la confusión renace la obligación con todos sus accesorios aún con relación con terceras personas; porque si aquella no extingue propiamente hablando á la segunda, sino que sólo produce una imposibilidad que impide el ejercicio del derecho del acreedor, es claro que, cuando cesa esa imposibilidad, deben restituirse las cosas al estado que tenían antes de la confusión y renacer la obligación con todas las demás obligaciones accesorias que garantizan su cumplimiento y con todos los efectos jurídicos que las leyes le otorgan, aún respecto de terceras personas.

1 Artículo 1,605, Código civil de 1884.

IX

De la novación.

✓ El Código Civil enumera la novación entre los modos de extinción de las obligaciones, porque aunque no es un verdadero pago, es un equivalente de él, ó hace sus veces, supuesto que el deudor puede con el consentimiento del acreedor satisfacer su obligación con otra. Esto es, sustituyendo una obligación, que se extingue, con otra nueva que la reemplaza.

De manera que la novación es la sustitución de una deuda antigua por una nueva.

Esta misma definición da, aunque en distintos términos, el art. 1,721 del Código, declarando que hay novación de contrato, cuando las partes en él interesadas lo alteran, sujetándolo á distintas condiciones ó plazos; sustituyendo una nueva deuda á la antigua, ó haciendo cualquiera alteración sustancial, que demuestre claramente su intención de variar la obligación primitiva. ¹

Notables diferencias existen entre la novación, tal como la reconoce y sanciona el Código Civil, siguiendo los principios de las legislaciones modernas, y la que admitía el derecho Romano; pues como dice Gide en su monografía sobre la novación, esta palabra corresponde en la ley romana

1 Artículo 1,606, Código Civil de 1884.

Reformado en los términos siguientes:

“Art. 1,606. Hay novación de contrato, cuando las partes en él interesadas lo alteran sustancialmente sujetándolo á distintas condiciones, sustituyendo una deuda nueva á la antigua, ó haciendo cualquiera otra alteración que afecte á la esencia del contrato, y que demuestre la intención de cambiar por otra la obligación primitiva.”

La reforma recayó realmente sobre la redacción del precepto para hacerlo más claro, pues en la esencia es el mismo que contenía el art. 1,721 del Código de 1,870.

y en la ley moderna, á dos ideas profundamente diferentes, como lo demuestra después.¹

Según este autor, la novación era en el derecho Romano una transformación en el sentido estricto de la palabra, esto es, un simple cambio de forma, estrechamente sujeto á las exigencias del sistema formulario, que tenía por objeto solamente comunicar á las obligaciones contraídas por los medios ordinarios las cualidades de las verbales, mediante la estipulación.

En nuestro derecho, por el contrario, se produce la novación, como en las demás legislaciones modernas, por el solo efecto del consentimiento, siempre que conste de una manera expresa y clara, que no deje duda acerca de la intención de los interesados, de variar la obligación primitiva.

Como la novación tiene por objeto extinguir una obligación, creando una nueva que la sustituye, se infiere que para que pueda verificarse es indispensable que existan dos obligaciones, una antigua que se extingue y una nueva que la reemplaza.

De otra manera, sería absurdo sostener la extinción de una obligación que no existe y la creación de una nueva que ha tenido por objeto extinguirla; pues no se puede destruir lo que no existe, y porque la segunda obligación carecería de causa, y por lo mismo, sería nula é ineficaz.

Es necesario también la existencia de una obligación nueva para que se verifique la novación, porque si falta, es evidente que subsiste la antigua, que no es sustituida por otra, y por tanto, que no se extingue.

Muy importantes son las consecuencias que se derivan de estos principios, como es fácil comprender, las cuales vamos á indicar.

La validez de la novación depende de la de la primera y de la de la segunda obligación que la reemplaza, y por consiguiente,

¹ Página 3.

si aquella es nula ó se ha extinguido ya cuando se celebra ésta, la novación queda también sin efecto; y si la nueva obligación es nula no se extingue la primera.

La razón es perfectamente perceptible y clara, pues la novación tiene por causa la extinción de la obligación antigua, y cuando ésta falta carece de causa y objeto la segunda, y no puede producir ningún efecto jurídico; y cuando la segunda es nula no se extingue la primera, porque no puede hacer las veces del pago ó cumplimiento de ella.

Por este motivo declara el artículo 1,731 del Código Civil, que si la primera obligación se hubiere extinguido al tiempo en que se contrajere la segunda, queda la novación sin efecto; y el artículo 1,734 declara á su vez, que si la novación fuere nula, subsistirá la antigua obligación. ¹

Por idénticas razones es nula la segunda obligación, y por consiguiente, no se verifica la novación, cuando la primitiva es absolutamente reprobada por la ley, ó cuando sus vicios no pueden subsanarse, (Art. 1,733: Cód. Civ.) ²

La novación puede también recaer sobre una obligación condicional, pero en tal caso, aun cuando la condición sea suspensiva, sólo queda la novación pendiente del cumplimiento de ésta, si así se hubiere estipulado (Art. 1,732, Código Civil.) ³

Pudiera parecer extraña la regla que acabamos de establecer y objetarse en su contra que, según los principios elementales del derecho, mientras no se verifica la condición no existe la obligación, y por lo mismo, que malamente puede ser el objeto de la novación.

Pero fácilmente puede contestarse á esta objeción, recordando que, según dijimos al ocuparnos de los efectos de las obligaciones condicionales, mientras no se verifica la condición, tiene el acreedor un derecho eventual, un derecho

¹ Artículo 1,616 y 1,619, Código Civil de 1,884.

² Artículo 1,618.

³ Artículo 1,617.

irrevocable, aunque incierto, que forma parte de su patrimonio y es transmisible á sus herederos, lo que demuestra que no es exacta la locución empleada por el derecho Romano y por nuestra antigua legislación, que declaraban, que el acreedor antes del verificativo de la condición es sólo acreedor de una esperanza. ¹

Así, pues, las obligaciones condicionales pueden ser muy bien el objeto de la novación.

¿Pero cuáles son los efectos de ésta en tal caso?

Según el derecho Romano y la legislación de las Partidas, si la obligación condicional se sustituía por una pura y simple, no había novación si no se verificaba la condición de la cual dependía la existencia de aquella, porque siendo indispensable que haya dos obligaciones para que se verifique la novación, si no existía la primera, era absolutamente imposible la existencia de la segunda.

Pero nuestro Código, separándose de esos principios, y siguiendo el contenido en el art. 811 del Código Portugués, sancionó la regla que establecimos, según la cual no queda la novación pendiente del verificativo de la condición suspensiva, sino en el caso en que así se hubiere estipulado.

Esta regla se halla en perfecta armonía con la teoría que sostienen los autores modernos, que considera al acreedor de obligación condicional, como propietario de un derecho eventual y transmisible á sus herederos; y nos parece justa, porque no hay razón alguna para que los contrayentes no puedan novar por una obligación pura y simple una condicional, quedando ésta extinguida.

Por ejemplo; ¿qué razón de justicia habría para que Pedro, deudor de cien pesos bajo condición suspensiva, no pudiera novar su obligación, convirtiéndola en una á plazo cierto y determinado, quitándole el carácter eventual que tenía?

Ninguna; pues la razón en que se fundaban el derecho

¹ Página 93 de este volumen.

Romano y nuestra antigua legislación, la circunstancia de no existir las obligaciones condicionales hasta el verificativo del acontecimiento incierto del cual dependen, no es enteramente exacto, pues, como hemos dicho antes, tales obligaciones crean derechos eventuales, es verdad, pero irrevocables y transmisibles á los herederos del acreedor, é imponen al deudor el deber de conservar las cosas sobre las cuales recaen aquellas.

Así, pues, según nuestro Código, la novación extingue la obligación primitiva, aun cuando ésta se halle subordinada á una condición suspensiva; y sólo queda dependiente de ella en el caso en que así lo hubieren convenido expresamente los contratantes, porque su voluntad es la suprema ley de los contratos.

Es también requisito esencial para que exista la novación que el acreedor y el deudor tengan la intención de novar ó modificar la obligación; pues bien puede acontecer que le hagan modificaciones sin que ellas importen la voluntad de extinguirla ó sustituirla por otra. Por ejemplo; no hay novación cuando el deudor conviene con su acreedor en otorgarle un pagaré por la cantidad que le adeuda, ó cuando otorga una fianza para garantizar su pago.

Así, pues, la novación nunca se presume; sino que debe constar expresamente; porque respecto del acreedor implica una renuncia, y es sabido que la renuncia de derechos jamás se presume; y en cuanto al deudor contrae una nueva obligación, y la voluntad de obligarse no se presume, porque toda obligación importa un gravamen ó la restricción de la libertad (Art. 1,276, Cód. civ.).¹

Según el Código civil, la novación se produce de las tres maneras siguientes:

1.ª Cuando las partes interesadas en el contrato lo alteran, sujetándolo á distintos plazos ó condiciones; sustitu-

1 Artículo 1,611, Código Civil de 1,884.

yendo una nueva deuda á la antigua, ó haciendo cualquiera otra alteración sustancial que demuestre claramente la intención de variar la obligación primitiva (Art. 1,721, Cód. civ.). ¹

Esta especie de novación se llama por los autores *objetiva*, porque produce solamente el cambio en el objeto de la obligación ó en las circunstancias y condiciones de ella, quedando el mismo acreedor y el mismo deudor.

2.º Cuando un nuevo deudor es sustituido al antiguo, que queda exonerado.

3.º Cuando el antiguo acreedor es sustituido por otro con quien queda obligado el deudor primitivo (Art. 1,722, Cód. civ.). ²

Estas dos especies de la novación son llamadas *sújetivas*, porque subsistiendo la obligación primitiva, sólo hay cambio en los sujetos ó personas que en ella intervienen.

Fácilmente se comprenderá que estas especies de la novación no se excluyen las unas á las otras, y que son susceptibles de reunirse y combinarse, supuesto que por la voluntad de los contrayentes pueden cambiarse á la vez la obligación y la persona del acreedor ó la del deudor, ó las dos juntas.

La novación objetiva puede operarse en los casos siguientes:

1.º Cuando la intención de los contrayentes de novar la obligación antigua resulta de la incompatibilidad de ella con la nueva:

2.º Cuando independientemente de esta circunstancia manifiestan los interesados su intención de novar de una manera expresa y terminante.

Pero hay que advertir, que para que se verifique la novación en el primer caso, es necesario que se cambie la natu-

1 Artículo 1,606, Código civil de 1,881. Véase la nota 1.ª pág. 303 de este volumen.

2 Artículo 1,607, Código Civil de 1,881.

raleza jurídica y el objeto de la obligación, y por consiguiente que no se opera cuando se cambian sólo las modalidades de ella, se aumenta ó disminuye su importancia, la de las obligaciones que la garantizan, los plazos de pago, ó se cambia la forma del documento que acredita su existencia ó los modos de su ejecución. ¹

Unos ejemplos harán más comprensible la teoría expuesta.

Si una persona adeuda á otra diez mil pesos, pagaderos en determinado plazo y convienen en que el deudor pague solamente ocho mil, ó en un plazo más largo, no hay novación; pero si el deudor recibió dicha cantidad en depósito y por un contrato posterior conviene con el acreedor en que la conserve en mutuo, habrá novación, porque la causa jurídica de la obligación se ha cambiado, desapareciendo para ser sustituida por una nueva.

La primera especie de la novación objetiva, esto es, cuando un nuevo deudor es sustituido al antiguo, que queda exonerado, se opera de dos maneras, por *expromisión* ó por *delegación*.

La *expromisión* llamada así en el derecho Romano, se verifica cuando un individuo asume la obligación de otro, comprometiéndose á satisfacerla por él, que queda libre de ella.

Es verdad que en nuestro derecho actual no se emplea ya esa palabra, pero también lo es que la usan frecuentemente los jurisconsultos, sin duda porque expresa perfectamente el carácter de la operación á que se refiere.

En efecto: la novación es un contrato, y como tal, está sujeta á las disposiciones generales que, sobre capacidad consentimiento de los contrayentes. etc, establecen las leyes, salvas las modificaciones que su índole especial demanda; y por consiguiente, es indispensable para su existencia que

¹ Laurent, tomo XVIII, núm. 266; Demolombe, tomo XXVIII, núm. 276; Aubry y Rau, tomo IV, pág. 217.

otorguen su consentimiento el deudor y el acreedor, si la nueva obligación tiene solamente por objeto el cambio del de la primera (Art. 1,723 Cód. civ). ¹

Pero cuando la novación se opera por la sustitución de un nuevo deudor, puede efectuarse sin el consentimiento del primero, bajo las mismas condiciones que el pago, pero no sin el consentimiento del acreedor (Art. 1,724, Cód. civ). ²

La razón es perfectamente perceptible: es necesario el consentimiento del acreedor, porque la sustitución del nuevo deudor es un equivalente del pago, y es sabido que no puede obligársele á recibir éste en una forma ó especie distinta de la prometida; y no es necesario el consentimiento del deudor, por el mismo motivo por el cual no se exige para que un tercero pueda hacer válidamente el pago sin contar con su voluntad.

La *delegación* es el acto por el cual una persona da á su acreedor otro deudor que se encarga de pagar la deuda. Por ejemplo; Pedro debe á Francisco la cantidad de mil pesos y es á la vez acreedor de Antonio por la misma suma. Si encarga á Antonio que se obligue con Francisco á pagarle dicha cantidad y éste acepta, se verifica la delegación, y por consiguiente, la novación que extingue la obligación del primero.

Como se ve por la definición y el ejemplo que preceden, para que haya delegación es indispensable la concurrencia de las tres personas siguientes:

Primera: El *delegante*, que es el deudor de la obligación primitiva, que pone al acreedor y al tercero en contacto para operar la novación:

Segunda: El *delegado*; esto es, el tercero que contrata para contraer la nueva obligación con el acreedor:

Tercera: El *delegatario*, ó lo que es lo mismo, el acreedor en cuyo favor se celebra la nueva obligación.

1 Artículo 1,608, Código civil de 1,884.

2 Artículo 1,609, Código civil de 1884.

La delegación produce la novación, aunque no en todos los casos, y de aquí proviene que la distingan los juriscónsultos en dos especies, *perfecta é imperfecta*.

La *imperfecta* es la que no produce la novación y tiene lugar cuando el acreedor la consiente sin renunciar sus derechos contra el deudor de la primera obligación, pues en tal caso se considera que ha otorgado su consentimiento porque el segundo deudor venía á aumentar las seguridades del pago, y no con intención de exonerar á aquél de la obligación.

La delegación *perfecta* es aquella que opera la novación, porque el acreedor renuncia sus derechos contra el deudor y le libra de la obligación.

El efecto necesario de la novación por delegación consiste en extinguir la deuda antigua, de manera que el acreedor no puede repetir contra el primero, si el nuevo se encuentra insolvente, salvo el caso de convenio en contrario (Art, 1,725 Cód. civ).¹

Este efecto es la consecuencia necesaria de los principios que hemos establecido; pues si el delegante se liberta de la obligación por haberse sustituido en su lugar el delegado, es lógico y justo que, si éste se hace insolvente, sufra las consecuencias el acreedor que le aceptó consintiendo en la subrogación.

Sin embargo, como ya lo indicamos, esta regla sufre excepción cuando por convenio expreso determinan otra cosa los contrayentes, porque la ley les deja en la más amplia libertad para arreglar los efectos de la obligación que contraen, y por tanto, para limitar los de la delegación, estableciendo que en caso de insolvencia podrá repetir el acreedor contra el delegante.

Tal vez se diga que es inútil en tal caso la delegación, supuesto que se destruye por la voluntad de los interesados e

¹ Artículo 1,610, Código civil de 1884.

efecto jurídico que le atribuye la ley, la extinción de la obligación antigua y la libertad del primer deudor; pero no es así, porque el acreedor no puede ejercer sus derechos indistintamente contra cualesquiera de los deudores, sino que debe proceder contra el delegado, y sólo puede repetir contra el delegante en el caso de que resulte probada su insolvencia.¹

El precepto que establece esta excepción parece referirse en términos generales y absolutos á todos los casos de insolvencia del delegado, anteriores ó posteriores á la delegación, porque no hace distinción alguna. Sin embargo, creemos que no debe ser así, y que tal precepto debe entenderse solamente respecto de la insolvencia posterior á la delegación, pues cuando es anterior existe un notorio error en el delegatario, que anula su consentimiento, porque no es creíble que hubiera convenido en sustituir un deudor que tenía la posibilidad de pagarle por uno notoriamente insolvente.

Si no fuera así, se autorizaría el dolo del deudor otorgándole en recompensa su completa libertad, que le eximiría del cumplimiento de su obligación, lo cual es inmoral é injusto.

La segunda especie de la novación subjetiva tiene lugar cuando el antiguo acreedor es sustituido por otro con quien queda obligado el deudor primitivo; y en ella, á ejemplo de la delegación, tienen que intervenir necesariamente tres personas; el acreedor antiguo que renuncia la obligación constituida á su favor, el nuevo acreedor que la estipula en su provecho y el deudor que se compromete á pagar á éste.

El concurso de estas tres personas debe tener necesariamente por objeto la creación de una nueva obligación, de manera que se extinga el derecho constituido en favor del primer acreedor, pues si no es así no hay novación, sino que simplemente se designa á la tercera persona que interviene para que haga efectivo el pago, otorgándole un mandato.

La especie de la novación á que aludimos tiene alguna

¹ Colmet de Santerre, tomo V, núm. 224, *bis* I.

analogía con la cesión de acciones y con la subrogación, pero á la vez tiene caracteres distintivos que nos permiten evitar toda confusión con esos modos de extinguirse las obligaciones.

En efecto: la diferencia esencial que distingue la cesión y la subrogación de la novación consiste en que ésta extingue las obligaciones, mientras que aquellas no, sino que los derechos íntegros del acreedor se transmiten al cesionario y al subrogado.

En otros términos; en la cesión no se forma una obligación nueva, sino que el acreedor transmite el crédito al cesionario con todos sus derechos y acciones, y por lo mismo subsiste la obligación antigua, sin que tenga en aquella ninguna intervención; mientras que en la novación hay un nuevo contrato en el que generalmente interviene el deudor otorgando su consentimiento.

La subrogación es una cesión ficticia creada por la ley, y la obligación, aunque satisfecha, subsiste á favor del subrogado, sin que intervenga el deudor, si no es en el caso en que lo autoriza aquella, ó lo que es lo mismo, en el caso de la subrogación convencional.

Los efectos de la novación no prestan ninguna dificultad, porque son análogos á los del pago, y por lo mismo, se reducen, como los de éste, á extinguir la obligación con todos los derechos y obligaciones que le son accesorios, á no ser que el acreedor se los reserve expresamente (Art. 1,727, Cód. civ).¹

Pero para que esta reserva produzca efecto es necesario que se haga al mismo tiempo que la novación, pues una vez consumada ésta, se extinguen la obligación y sus accesorios; y es sabido que, según los principios elementales de la ciencia, una vez que se ha extinguido un derecho no puede revivir.

1 Artículo 1,612, Código civil de 1,884.

Esta reserva, según enseñan todos los autores, no puede producir efecto contra tercero, sino hasta el importe de la deuda antigua. Por ejemplo; Pedro adeuda á Antonio diez mil pesos con hipoteca de una finca de su propiedad, y por una novación, con reserva de esa garantía, conviene aquél en pagar quince mil pesos. No puede el acreedor ejercitar su acción hipotecaria contra tercero, en virtud de la novación, pretendiendo, por ejemplo, preferencia sobre otros hipotecarios posteriores, sino por los diez mil pesos de la primera deuda. ¹

De otra manera no sólo se permitirían las ocasiones de peligrosísimos y frecuentes fraudes, sino que se violarían los principios más elementales del derecho sobre la constitución y la naturaleza de la hipoteca.

Si la reserva tiene relación á un tercero, es necesario también el consentimiento de éste; en virtud del principio que declara que los contratos sólo obligan y aprovechan y perjudican á las personas que los celebran.

Esta regla es también una consecuencia de los efectos jurídicos de la novación, pues si por la ley extingue la obligación sobre que recae, con todos sus accesorios, es consiguiente que no puedan subsistir la fianza ó la hipoteca otorgadas por un tercero, luego que se verifica la novación, si no es con reserva expresa del acreedor consentida por el tercero.

Cuando la novación se efectúa entre el acreedor y algún deudor solidario, los privilegios é hipotecas del antiguo crédito sólo pueden quedar reservados con relación á los bienes del deudor que contrae la nueva deuda (Art. 1,729, Código civ.). ²

Este principio es exactamente el mismo que sancionó el artículo 1,380 del Código Francés, el cual ha sido criticado

1 Demolombe, tomo XXVIII, núm. 348; Baudry Lacantinerie, tomo III, núm. 1,042; Laurent, tomo XVIII, núm. 329; Mourlon, tomo III, núm. 1,412; etc., etc.

2 Artículo 1,614, Código civil de 1,884.

severamente por todos los comentaristas de ese ordenamiento, ya porque tomado á la letra importa la prohibición absoluta de la reserva de los privilegios é hipotecas aun con el consentimiento de los deudores solidarios, ya porque importa una inconsecuencia con el sistema seguido por el mismo Código respecto de la subrogación.

Por ese motivo sostienen que el referido precepto es muy difícil de justificar, supuesto que en el caso de la reserva se aprovecharían siempre de la novación los deudores solidarios, pues obligados antes personal é hipotecariamente, sólo lo estarían del último modo después de la novación, cuya circunstancia mejoraría notablemente su situación.¹

El principio aludido adolece del mismo defecto que el artículo 1,380 del Código Francés de donde fué tomado, y sólo se le puede justificar estimándolo como una excepción de la regla general contenida en el artículo 1,725 de nuestro Código, introducida por una causa que no alcanzamos á comprender.

Por la novación hecha entre el acreedor y alguno de los deudores solidarios, quedan exonerados todos los demás codeudores; porque produce los mismos efectos que el pago, supuesto que extingue la obligación (Art. 1,730, Código Civ.)²

Pero este efecto se produce sin perjuicio de la obligación que los demás codeudores tienen de indemnizar al que efectuó la novación de la parte que á cada uno correspondía de la deuda, pues no sería justo que estando obligados al pago de ésta alcanzaran su libertad á expensas y con perjuicio del que contrajo la nueva obligación con el acreedor.

Finalmente: el artículo 1,735 del Código Civil establece otro principio, que por su claridad no necesita de explicación alguna, según el cual, el deudor sustituido no puede oponer

1 Colmet de Santerre, tomo V, núm. 228, *bis* II, Aubry y Rau, tomo IV, pág. 223, nota 56; Toullier, tomo VII, núm. 313; Duranton, tomo XII, núm. 305; Larombière, tomo III, art. 1,179, núm. 2.

2 Artículo 1,615, Código Civil de 1884.