

SECCION II.—*De la novación.*

ARTICULO 1.º —*Nociones generales.*

242. La novación, dice Pothier, es la substitución de una nueva deuda á la antigua. Esta queda extinguida por la nueva que en su lugar se contrae; de aquí el nombre de innovaciones. Así, pues, la novación es un modo de extinguir las obligaciones; difiere del pago en que no extingue una deuda sino para sustituirla con otra.

Según los términos del art. 1,271, la novación se ofrece de tal manera: 1.º “Cuando el deudor contrae con su acreedor una nueva deuda que se substituye á la antigua, la cual queda extinguida.” Como esta novación se hace por cambio de objeto, se le ha dado el nombre de novación “objetiva”. El deudor debe 10,000 francos; no tiene la suma

1 Compárese Casación, 8 de Julio de 1850 (*Pasicrisia*, 1850, 1, 373).

2 Bruselas, 25 de Mayo de 1822 (*Pasicrisia*, 1822, pág. 157).

necesaria para cubrir su deuda; el acreedor prefiere recibir otra cosa en pago. Si el deudor paga inmediatamente otra cosa para pagar lo que debe, hay dación en pago; si se compromete á pagar otra cosa, hay novación.

2. ° “Cuando un nuevo deudor es substituido al antiguo, el cual queda descargado por el acreedor.” La deuda sigue la misma, ha cambio en el sujeto; de aquí el nombre de novación “subjetiva” que los autores dan á esta segunda especie de novación. Yo quiero pagar la deuda de un tercero; como no tengo fondos disponibles, convengo con el acreedor en que pagaré por el deudor. Aceptado este nuevo compromiso por el acreedor extinguirá la obligación y reemplazará por la que yo contraigo.

3. ° “Cuando por efecto de un nuevo compromiso, un nuevo acreedor es substituido al antiguo, respecto al cual el deudor se haya descargado.” El deudor y la deuda siguen siendo los mismos y lo único que cambia es el acreedor. Esta es también una novación “subjetiva.” Por lo común para esto, cuando el antiguo acreedor, que renuncia á su crédito en provecho del nuevo acreedor, era el deudor de éste; el nuevo acreedor acepta, en pago de su deuda, la obligación del deudor que con él se compromete, y queda exonerado con esto respecto de su acreedor primitivo.

El la escuela se distingue, por lo común, una cuarta novación, la delegación. Esto no es enteramente exacto, porque la ley dice (art. 1,275) que la delegación no opera novación, salvo cuando el acreedor hace reclamación expresa. Así es que solo por excepción hay novación, cuando un deudor delega al acreedor otro deudor que se obliga con el acreedor.

I. Requisitos generales para toda novación.

Núm. 1. Una primera obligación.

243. La novación tiene por objeto extinguir una prime-

cluye que la obligación consentida por una deuda de juego tiene una causa ilícita. (1) El error nos parece palmario. Todas las deudas naturales están desprovistas de acción y gesto quiere decir que estén viciadas por una causa ilícita? Si realmente la causa de las deudas de juego fuera ilícita, no producirían ningún efecto, como enérgicamente lo dice el art. 1,331; sin embargo, el art. 1,967 dice que en ningún caso se puede repetir lo que voluntariamente se ha pagado; así, pues, la ley da su efecto á las deudas naturales: prueba de que su causa no es ilícita. Si no pueden ser innovadas, es porque las deudas naturales, aunque acompañadas de una excepción, no existen, en el sentido de que la ley no somete ninguna acción al acreedor; y en donde no hay deuda no hay excepción. Y aun es imposible, porque innovar equivale á confirmar; y no se confirman las obligaciones naturales, porque eso equivaldría á otorgarles la acción que el legislador les niega.

246. ¿Una deuda prescripta puede ser innovada? Merlin contesta que toda suerte de obligaciones, sea que estén calçadas por las reglas del derecho civil, su fuerza la deben únicamente al derecho natural. Nuestros principios, añade, están en esto de acuerdo, con muy poca diferencia, con el derecho romano. Así es que, cuando una obligación se nulifica civilmente por cualquiera prescripción, puede, no obstante, servir de base para un nuevo compromiso que se substituye por la novación, porque la prescripción, al extinguirse la acción civil, no queda la obligación natural que resultaba del primer compromiso. (2)

La doctrina de Merlin descansa en un fundamento poco sólido, debe hacerse enteramente á un lado la tradición romana en materia de deudas naturales, porque las obli-

1 Limoges, 8 de Enero de 1824 (Daloz, *Juego*, núm. 50, 1°)

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Novación*, pfo. III (t. XXI, página 375). Compárese Troplong, *De la prescripción*, núm. 84.

gaciones naturales del derecho francés nada tienen de común con las deudas naturales del derecho reconocido. A nuestro parecer, las deudas prescriptas son más que las deudas naturales, son deudas civiles á las que el deudor puede oponer una excepción; cuando él renuncia á la excepción, la deuda sigue siendo lo que era; es decir, civil. Por lo mismo, nada impide que se innove una deuda prescripta; esto es, una manera de renunciar á la prescripción, cosa que la ley permite (art. 1,220).

II. De la obligación anulable.

247. A diferencia de la obligación inexistente, la obligación anulable existe, el acreedor tiene una acción, la obligación produce todos sus efectos hasta que el deudor haya detenido su anulación y la nulidad debe pedirse dentro de los diez años, porque de lo contrario la obligación nula se confirma y llega á ser plenamente válida, como si nunca hubiere estado manchada con un vicio. Síguese de aquí que la obligación nula no puede ser innovada. (1)

248. ¿Pero qué será de la novación si se anula la primera obligación? La obligación anulada se tiene por no haber existido nunca; luego no habiendo obligación primera, y sin anular la novación, es imposible.

La aplicación de estos principios suscita una dificultad. La novación implica una renuncia, el acreedor renuncia á la primera obligación mediante la substitución de una nueva deuda. ¿En cuanto al deudor que consiente en innovar una deuda anulable no renuncia por su parte de prevalerse de la nulidad que viciaba la primera obligación? Así, pues, la novación, en este caso, sería una confirmación, y nada impide que las partes interesadas confirmen una obligación nula.

1 Mourlon, *Repeticiones*, t. II, pág. 738, núm. 1,406.

Cuando la novación es objetiva, estos principios se aplican sin dificultad alguna. El deudor sigue siendo el mismo al contraer una nueva obligación que se substituye á la primera, él confirma ésta, por tal de que existan los requisitos para la confirmación. Es preciso que el deudor conozca el vicio y que tenga intención de repararlo; se necesita, además, que la confirmación se haga en un momento en que el vicio podía ser borrado por la confirmación; más adelante insistiremos sobre estos principios que no son dudosos; nada más que el art. 1,338 está muy mal redactado porque parece que confunde con la confirmación, el acto confirmativo; es decir, el escrito levantado por las partes para comprobar la confirmación. No se necesita escrito para la validez de la confirmación; pero si se hace un escrito, debe hacerse en las formas prescriptas por la ley. ¿Deberían observarse las formas para la confirmación que se hace en la forma de novación? No, el art. 1,338 no es aplicable sino cuando las partes tienen por objeto principal y único, confirmar una obligación nula; mientras que cuando ellas hacen novación, su objeto es substituir una deuda nueva á una antigua que está extinguida. Si la novación implica confirmación, es una confirmación tácita, lo que excluye la aplicación del art. 1,338 en lo concerniente á las formas del acto de confirmación. (1)

La decisión, sería la unión si la innovación se hiciese por la substitución de un nuevo acreedor; siguiendo él mismo el deudor, se considera que él confirma la primera obligación substituyéndole una nueva obligación. Cuando la novación se hace por la substitución de un nuevo deudor, la aplicación de los principios que acabamos de exponer sufre alguna duda. La mayor parte de los autores enseñan

1 Larombière, t. III, pág. 521, núm. 11 del art. 1,271 (Ed. B., tomo II, pág. 318). Colmet de Santerre, t. V, pág. 415, núm. 219 bis IV. Duranton, t. XII, pág. 408 núm. 294.

que la novación sea válida, con tal que el nuevo deudor haya conocido, al contratar los vicios, que anulaban la primera obligación. (1) Esto equivale á decir que el nuevo deudor confirma la antigua obligación innovándola. Pero la confirmación supone que el que confirma tenía el derecho de promover la nulidad: confirmar no es otra cosa que renunciar á la acción de nulidad. Y ¿quién puede promover? únicamente el deudor tiene ese derecho. En principio, esto es inconiestable; un tercero no puede pedir la nulidad de una obligación en la que no ha sido parte; luego no puede confirmar. Queda por averiguar si el nuevo deudor es un tercero. Volverémos á tratar la cuestión cuando nos ocupemos de las nulidades. Puede sostenerse que el deudor que hace novación debe asimilarse al fiador, el cual puede, según el art. 2,012, invocar ciertas cláusulas de nulidad. Si el deudor que innova puede pedir la nulidad, la cuestión de novación puede por este solo hecho, quedar resuelta: el que puede promover la nulidad, puede también confirmar; luego puede confirmar innovando. (2)

Hay además otra opinión, lo que prueba la insertidumbre que reina en la materia. Marcadé dice que la novación es válida desde el momento en que el nuevo deudor procede con conocimiento de causa; él sabe que la deuda es anulable, pero una deuda anulable equivale á obligación natural, y una obligación natural puede ser innovada. (3)

Suponiendo que una deuda natural pueda innovarse, quedaría por probar que una deuda anulable es una deuda natural. Ahora bien, la deuda anulable es una deuda civil válida como tal, por todo el tiempo que la nulidad no se

1 Moulton, t. II, pág. 738, núm. 1,406. Aubryy Rau, t. IV, página 213, pfo. 324.

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 416, núm. 219 bis V.

3 Marcadé, t. IV, pág. 580, núm. VI del art. 1,272.

pronuncia y ¿se dirá que una deuda civil es una deuda natural? Y si la deuda se anula, se supone que nunca ha existido, y ¿la nada es acaso una deuda natural, y la nada puede innovarse?

III. De la deuda condicional.

249. Una deuda condicional puede innovarse, porque existe. Es verdad que se dice que la condición suspende la existencia de la obligación, pero esto es demasiado absoluto, como en otro lugar lo hemos probado. La obligación existe, supuesto que el Código reconoce que el acreedor tiene derechos y que los transfiere á sus herederos (artículos 1,179 y 1,180). Si la condición se cumple, tiene efecto retroactivo; de lo que resulta que la obligación primera ha existido desde el principio y, por consiguiente, la novación existirá igualmente desde el momento en que la deuda ha sido contraída. Y si la condición llegase á faltar, jamás ha habido obligación, y sin deuda no podría haber novación.

La condición que afecta la primera obligación, afecta, pues, también la novación; ésta es necesariamente condicional. Infiere de esto Pothier que si el cuerpo cierto que era el objeto de la deuda pereciere, como la obligación no puede formarse por falta de objeto, no habría novación, aun cuando la condición llegase á cumplirse. (1) Tal es la teoría consagrada por el Código (art. 1,182).

250. Puede suceder, sin embargo, que la novación subsista, aun cuando la condición llegase á faltar. La obligación condicional es de 10,000 francos; las partes convienen en reemplazarla por una obligación lisa y llana de 2,000 francos. Esto no es más que un contrato aleatorio; cada una de las partes puede ganar ó perder, según que la

1 Pothier. *De las Obligaciones*, núm. 385 y todos los autores.

condición se cumpla ó nó. Ellas han pretendido tratar de definitivamente, y no reemplazar una obligación condicional por otra obligación condicional. Desde el momento en que consta tal intención, la decisión no es dudosa. Queda por averiguar cuál fué la intención de las partes; esto es una cuestión de hecho. (1)

Núm 2. Una deuda nueva.

251. Que se necesite una deuda nueva para que haya novación, es del todo patente; y de ahí forma su nombre la novación. La antigua obligación subsiste si no está reemplazada por una obligación nueva: por la obligación de una deuda nueva queda extinguida la primera. Si no hay deuda nueva, no hay causa de extinción. El principio es tan sencillo, que causa dificultad motivarlo. Pero la aplicación del principio da lugar á cuestiones muy difíciles y muy dudosas.

I. De la obligación inexistente ó anulable.

252. Cuando la segunda obligación es inexistente, no hay novación. No puede tratarse de invocar una obligación civil por una deuda natural; en derecho francés esto carece de sentido, puesto que las deudas naturales no existen á los ojos de la ley. La cuestión puede presentarse cuando la segunda obligación tiene una causa ilícita ó cuando el deudor no ha consentido. Se aplica á la primera obligación lo que acabamos de decir de la primera (núm. 244).

La Corte de Poitiers aplica este principio á un caso en que, á nuestro juicio, la nueva obligación no era inexistente; había sido subscripta por una persona á quien más tarde se le aplicó la interdicción en una época en que las causas de ésta existían notoriamente. La sentencia dice que esta

1 Duranton, t. XII, pág. 412, núm: 300 y todos los autores.

obligación está afectada de nulidad radical por falta de consentimiento válido. (1) Esto no es exacto. Se necesita la ausencia de consentimiento para que la obligación sea inexistente, y ¿cuándo puede decirse que el deudor enajenado no consiente? Cuando se prueba que se hallaba en estado de enajenación mental en el momento en que suscribió el convenio. Ahora bien, en el caso de que se trata, se atacaba simplemente el acto por haberse hecho en una época en que la causa de la interdicción existía notoriamente: la ley lo permite pero no por ausencia de consentimiento; lo que lo prueba, es que el juez puede mantener el acto, y ciertamente que no podría mantener una pretendida obligación consentida por quien no se hallaba en estado de consentir. Luego en el presente caso, se trataba de una obligación simplemente anulable, y semejante obligación puede, en principio, innovarse, como vamos á decirlo.

253. ¿Qué debe decidirse si la segunda deuda es simplemente anulable? Una obligación anulable existe; luego hay novación (núm. 247). Si no se pide la nulidad de la nueva obligación, no hay duda alguna; será plenamente válida, así como la novación. Esta es una diferencia entre la nulidad y la inexistencia de un acto; no es necesario pedir la nulidad de una obligación inexistente, y si siquiera se puede pedir, porque esto equivaldría á pedir la nulidad de la nada; la obligación no tiene efecto, y no puede tener ninguno, dice el art. 1,131. Así, pues, una obligación es inexistente de pleno derecho, mientras que no hay nulidad de pleno derecho.

Pero ¿qué es de la novación cuando se anula la nueva obligación? ¿Debe aplicarse el principio de que el acto anulado se tiene por no haber nunca existido, lo que acusaría la nulidad de la novación? La cuestión presenta gran

1 Poitiers, 7 de Diciembre de 1854, (Dalloz, 1855, 2, 293).

des dificultades; los mejores autores vacilan; Aubry y Rau han abandonado, en una última edición, la opinión que habían enseñado en ediciones precedentes. Fuerza es distinguir las diversas especies de novación, así como lo hemos dicho para la primera obligación (núm. 248).

La novación se opera por cambio de objetos, es el mismo deudor el que contrae la nueva obligación, y pide su anulación: ¿la novación caerá con la obligación nueva que debía reemplazar á la antigua? Pudiera creerse que la novación subsiste, porque toda novación implica una renuncia; ahora bien, la renuncia es lisa y llana, no está subordinada á la validez de la nueva obligación; luego puede decirse que subsiste la renuncia y, por consiguiente la novación, apesar de la anulación de la nueva obligación. Esta argumentación es demasiado absoluta. Es indudable que el acreedor que consiente en innovar su crédito lo renuncia; pero ¿esta renuncia es lisa y llana? Si fuera lisa y llana, sería una condonación, mientras que la novación es un acto á título oneroso. Si el acreedor renuncia á su primera obligación, es mediante la nueva obligación que se le substituye. Así pues, toda novación implica una condición; no se extingue la primera deuda sino con la condición de ser reemplazada por otra segunda. Queda por averiguar si puede aceptarse que el acreedor renuncie á una obligación válida para substituirle una obligación nula. Esto es una cuestión de intención como toda renuncia. No hay renuncia sin voluntad de renunciar. Porque se admite que el acreedor haya renunciado á una obligación válida mediante una obligación nula, se necesita antes que todo, que el acreedor conozca el vicio que infecta la segunda obligación. Si la ignora, no puede, al menos, en general, decir que hubo intención de renunciar. Hay un vicio en su renuncia; está contaminada de error; luego él podía pedir la nulidad de la renuncia, y, por consiguiente, de la nova-

ción probando que ha consentido en la novación por error, y que no lo habría hecho si hubiere conocido el vicio que anula la nueva obligación.

Se presenta, además, una dificultad de hecho. Si se prueba que el acreedor conocía, al hacerse la novación, los vicios de la nueva obligación, la novación será válida, porque el acreedor ha renunciado con conocimiento de causa; él no puede atacar su renuncia, porque no está viciada; de suerte que la novación subsistía, aun cuando la segunda obligación se anulara. La cuestión es ociosa, se dirá; ¿en dónde está el acreedor que renuncia á una obligación válida para sustituirla por una obligación nula? Verdad es que esto es casi inconcebible en la novación subjetiva, Esto puede ocurrir cuando hay novación por substitución de un nuevo deudor, el cual es incapaz; el acreedor conocía su incapacidad, pero el primer deudor era insolvente mientras que el segundo es solvente; el acreedor tiene interés, en este caso, en innovar una obligación válida por una obligación nula, porque tendrá al menos una probabilidad de ser pagado si el nuevo deudor no pide la nulidad de su obligación.

Hagamos á un lado esta hipótesis, porque se ha de presentar en muy raras ocasiones. Si la nueva obligación es nula, por lo común el acreedor había innovado en la ignorancia de la nulidad. El acreedor podrá, en este caso, sostener que la novación es nula. ¿Pero qué debería probar? En esto está el nudo de la dificultad. En la opinión general, se dice: basta que sea nula la segunda obligación, para que acarree la nulidad de la novación, suponiendo que el acreedor haya ignorado la causa de nulidad. Se presume en esta opinión, que el acreedor no ha consentido en la novación sino porque ignoraba el vicio que anula la nueva obligación; luego nada tiene que probar. En nuestra opinión, el acreedor que pide la nulidad de la novación de-

be probar que su renuncia está viciada por el error en que se hallaba; ahora bien, no basta que la segunda obligación sea nula para que se presuma el error. Presunción legal no existe y las presunciones de hecho rara vez serán admisibles. Luego quedamos bajo el dominio del derecho común; en cuanto á la prueba, al acreedor que pide la nulidad corresponde probar que la novación está viciada por el error. Es preciso que pruebe, primero, que ignoraba el vicio de la nueva obligación, y después que esta ignorancia vició un consentimiento. La prueba sería más ó menos difícil según la causa de nulidad. Insistiremos en lo concerniente á la incapacidad, al tratar de la capacidad que la ley exige para la validez de la novación. En cuanto á los vicios de consentimiento que anulan la segunda obligación, el juez aceptará fácilmente la prueba de que el acreedor no había consentido en la novación si los hubiese conocido, porque la prueba consiste en el interés que el acreedor puede tener en innovar una obligación válida por una obligación nula, y, no se percibe qué interés podría tener en substituir una obligación nula á una válida, mientras que sí podría estar interesado si la nueva obligación es nula por causa de incapacidad. (1)

II. De la obligación condicional.

254. Si la segunda obligación es condicional, la novación también será condicional. En efecto, si la condición faltare, jamás habría habido obligación y, por lo tanto, tampoco novación. Hay que hacer aquí la misma restricción que hicimos en el caso aunque la primera obligación es

1 Compárese en sentido diverso, Toullier, t. IV, 1, pág. 235, números 298-300; Duranton, t. XII, pág. 398 núm. 282, Aubry y Rau, t. IV, pág. 215, nota 23. Colmet de Santerre, t. V, pág. 416, número 219 *bis* VI.

condicional. El acreedor de una deuda lisa y llana de 1,000 francos la innova por una obligación condicional de 5,000 francos; hay entonces contrato aleatorio, la novación subsistirá sea cual fuere la eventualidad de la condición, porque las partes han tratado sobre una eventualidad é importa poco á quien favorezca dicha eventualidad. (1)

No entramos en el debate que Marcadé suscitó á propósito de la novación de las obligaciones condicionales; el debate está cerrado, porque se ha probado que su crítica no tenía ningún fundamento. (2)

Núm. 3. Capacidad.

255. Conforme á los términos del art. 1,272, la novación no puede operarse sino entre personas capaces de contratar. Los autores del Código han derogado, en este punto, el antiguo derecho. Pothier enseñaba, conforme al derecho romano, que se necesitaba, para hacer una novación, la capacidad requerida para recibir un pago, porque el que innova recibe como pago la nueva obligación; de esto infería que aquel á quien se puede pagar una deuda puede también hacer novación; así es que el acreedor solidario, el tutor, el marido, podían hacer novación. (3) El Código no ha admitido esta teoría, y con razón. No es exacto decir que la novación sea equivalente al pago; el acreedor que recibe un pago, recibe lo que se le debe ó lo que ha estipulado, y no se le puede forzar á que reciba otra cosa; mientras que el acreedor que hace novación no recibe lo que había estipulado; renuncia al beneficio de su primera

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 686, y todos los autores.

2 Marcadé t. IV, pág. 577, núm. V del art. 1,272. Colmet de Santerre, t. V, pág. 417, núm. 219 bis VIII. Aubry y Rau, t. IV, página 214, nota 18, pfo. 324.

3 Pothier, *De las Obligaciones*, núms. 390-392. Compárese Aubry y Rau, t. IV, pág. 214, nota 19, pfo. 324; Duranton t. XII, pág. 396, núms. 278, 279.

obligación; si la segunda obligación es menos favorable, pierde en ella. Esto puede ser un convenio aleatorio si la obligación nueva es condicional; es claro que en este caso no se dirá que el acreedor recibe su pago; debíasele mil francos, puede no recibir nada en virtud de la nueva obligación, canjea un derecho claro por una probabilidad. Síguese de aquí que una cosa es el pago y otra distinta la novación; es decir, que para la novación se necesita otra capacidad, y una capacidad más extensa que para el pago.

256. ¿Qué capacidad se necesita para innovar? El Código contesta, la capacidad de contratar. Estos es demasiado vago. La situación del acreedor no es la misma que la del deudor; así es que hay que distinguir. El acreedor de la primera obligación la renuncia mediante sustitución de una nueva obligación; renunciar es enajenar; luego es preciso que el acreedor tenga la capacidad de disponer del derecho que tenía en virtud de la obligación primitiva. El principio es incontestable, pero creemos que los autores se desvían en su aplicación.

¿Puede el tutor innovar? Nó, á nuestro juicio, porque el tutor no tiene derecho de disponer de los bienes de su pupilo; en nuestra opinión ni siquiera tiene poder de disponer de los derechos mobiliarios, lo que es decisivo. Generalmente se enseña lo contrario. El tutor, dice Duranton, representa al menor en todos los actos civiles. Es indudable que sí, pero unas veces lo representa con la autorización del consejo de familia, otras necesita, además de esta autorización, la homologación del Tribunal. Así, pues, no es el art. 450 el que resuelve la cuestión. El tutor tiene derecho á hacer los actos de administración; así pues, la cuestión está en saber si la novación es un acto de administración. Duranton la asimila á su pago; esto es volver al principio de Pothier que el Código ha abandonado. Se agrega que la ley no prohíbe al tutor que haga una novación por su pro-

pia autoridad. Y ¿qué implica? Ella se lo prohíbe por el hecho mismo de que no le permite que disponga de los bienes de su propiedad. (1)

Otros autores distinguen: ellos aceptan que el tutor no puede consentir la novación de una obligación garantida por una hipoteca ó por una fianza, á menos que la hipoteca sea reservada ó que el fiador no acceda al nuevo compromiso; pero si el crédito es simplemente quirografario el tutor, se dice, podría hacer novación bajo responsabilidad. (2)

La distinción nos parece poco jurídica. En efecto, la novación es siempre un acto de disposición, esté ó nó garantizada por seguridades especiales; ¿por ventura el tutor compromete menos los intereses del menor cuando substituye á un crédito cierto en derecho condicional que no es una eventualidad, que cuando pertenecía á una hipoteca ó á una prenda, garantías que pueden ser inútiles si el nuevo deudor es solvente? Después de todo, no se trata del interés del pupilo sino de los derechos del tutor.

Aplicamos el mismo principio á los acreedores solidarios, como ya lo dijimos al tratar de la solidaridad (tomo XVII, núm. 269). Esto prueba que la capacidad de recibir un pago no da la capacidad de innovar. Los acreedores solidarios tienen, ciertamente, el derecho de recibir el pago de la deuda; ¿por qué se les niega el derecho de innovar? Porque no tienen el poder de disponer del crédito; menos aún lo tiene el tutor supuesto que no es más que un simple administrador.

257. El deudor que contrae la nueva obligación debe ser capaz de obligarse. Según el art. 1,272, se requiere

1 Duranton, t. XII, pág. 396, núm. 279. Compárese Larombière, t. III, pág. 522, núm. 4 del art. 1,271 (Ed. B., t. II, pág. 319).

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 214, notas 20 y 21, y los autores que citan.

esa capacidad para la validez de la novación. ¿Quiere decir esto que la novación es nula por el hecho solo de que el deudor que contrata la segunda obligación es incapaz? Nadie da este sentido absoluto á la ley. El deudor puede pedir la nulidad de la nueva obligación que ha contraído. ¿Qué influencia tendría esta anulación en la innovación? Hemos contestado que está es una cuestión de intención (núm. 253). El acreedor tiene conocimiento de la incapacidad del deudor, y apesar de eso, innova; luego renuncia á la primera obligación corriendo el riesgo de ver que se anula la segunda. Si tal es su intención la novación será definitiva. Pero si ignoraba, á la incapacidad de aquel con el cual innovó, la ignorancia en que se halla no permite suponer que ha renunciado á la primera obligación, apesar del vicio de la segunda. Luego podrá pedir la nulidad de la novación probando que la renuncia que ha hecho á la primera obligación está viciada por el error. ¿Se dirá que introducimos en la ley una disposición que no existe en ella. Contestamos que en todas las opiniones se distingue, lo que prueba que la redacción de la ley es demasiado absoluta, ¿Se dirá que el acreedor no debe tener la capacidad de disponer, porque el texto no exige la de contratar? Esto sería contrario á todo principio. Así es que los principios son los que nos obligan á distinguir. Y bien, ¿cual es el principio que domina la novación? Que ella implica una renuncia; y, en toda renuncia la cuestión de intención es decisiva; así es que según la intención del acreedor es como debe decidirse si la renuncia es ó nó válida; es decir, si la novación si subsistirá ó si se anulará. (1)

Hay otra opinión en la cual se advierte que la novación debe siempre validarse, apesar de la incapacidad del nuevo deudor. La nueva obligación, se dice, es una deuda natural,

1 Compárese Aubry y Rau, t. IV, pág. 215 y siguientes, notas 23 y 24.

y no se puede innovar una deuda civil por una deuda natural. No vacilamos en decir que esta doctrina es errónea. En la opinión que hemos enseñado sobre las obligaciones, naturales esto es evidente. Las obligaciones consentidas por los incapaces no son obligaciones naturales, sino obligaciones civilmente imperfectas; y aun cuando se admitiera que sobrevive un vínculo natural á la anulación, de todos modos resulta que ese vínculo no está reconocido por la ley, la que no admite la existencia de las obligaciones naturales sino cuando están extinguidos por el pago. En cuanto á la autoridad del derecho romano que se invoca, la hacemos á un lado, porque las obligaciones naturales del derecho francés nada tienen de común con las obligaciones naturales del derecho romano. (1)

258. En la aplicación del art. 1,272, no hay que perder de vista el principio establecido por el art. 1,125, por cuyos términos el deudor incapaz es el único que puede invocar la nulidad que resulta de su incapacidad; luego si el acreedor que ha consentido en la novación es incapaz, la parte que ha contratado con él no puede prevalerse de su incapacidad para pedir la nulidad de la novación y, por consiguiente, de la obligación que ha contraído, el incapaz solo puede pedir la novación y, por consiguiente, el mantenimiento de la obligación primitiva. Del mismo modo, cual el incapaz es el deudor de la nueva deuda, él sólo tiene el derecho de promover la nulidad; si guarda silencio, la nueva obligación subsistirá y, por consiguiente, la novación será válida. (2)

Núm 4. Voluntad de innovar.

259. Según lo que acabamos de decir, es evidente que

1 Compárese Marcadé, pág. 573, t. IV, núm. III del art. 1,272.

2 Durantou, t. XII, pág. 396, núm. 279. Colmet de Santerre, tomo V, pág. 419, núm. 220 bis II.

la voluntad de innovar es de la esencia de la novación. El acreedor y el deudor pueden muy bien hacer modificaciones á la primera obligación sin tener la intención de extinguirla, substituyéndole la obligación modificada; luego hay que ver si tienen ó no la voluntad de innovar. Del mismo modo, en la novación subjetiva, no basta que un nuevo deudor tiene un compromiso con el acreedor para que haya novación, puede acceder á la antigua obligación á título de garantía; en este caso, no habrá novación, y no la habrá sino cuando las partes contrayentes hayan tenido la intención de descargar al antiguo deudor para reemplazarlo por un nuevo. Por último, si un tercero interviene para recibir el pago de la deuda, hay que ver con qué fin hace esto; si las partes tienen la voluntad de innovar, de esto resultará que un nuevo acreedor tomará el lugar del antiguo que renuncia á su derecho; si al contrario, las partes han querido simplemente facilitar el recobro del crédito ó el pago de la deuda, la antigua obligación subsistirá. Luego hay que ver siempre lo que ha pasado entre las partes para decidir si hay ó no novación.

260. En este sentido es como el art. 1,273 dice: "La novación no se presume, es preciso que la voluntad de operarla resulte con claridad de la escritura." Que la novación no se presume, ni necesitaba decirse. Por parte del acreedor la novación implica una renuncia, y ¿caso la renuncia se presume? En cuanto al deudor, contrae una obligación nueva, y ¿caso las obligaciones se presume?

El art. 1,273 agrega que la voluntad de operar la novación debe resultar con toda claridad de la escritura. ¿Qué se entiende por la palabra "escritura?" En general, esta palabra se emplea para designar el escrito auténtico ó de carácter privado que las partes formulan para hacer constar sus convenios, con el objeto de procurarse una prueba literal de éstos. En este sentido es como se toma la palabra

escritura en el capítulo VI de nuestro título que trata de la prueba de las obligaciones. Algunas veces se requiere la escritura para la existencia del contrato: así pasa con la donación. ¿En el artículo 1,273, la palabra "escritura" significa un escrito, y se necesita un escrito para la existencia ó para la validez de la novación? Nó, la palabra "escritura" significa aquí lo que pasa entre las partes: *id quod agitur*. Esta es una acepción poco usada; luego hay que probar que tal es el sentido de la palabra en el art. 1,273.

La prueba es muy fácil si se razona conforme á los principios generales de derecho. No hay diferencia entre la novación y los otros modos de extinción de las obligaciones; ninguna es un acto solemne, ninguna exige siquiera un escrito para la prueba; el pago puede establecerse por testigos, la compensación se hace de pleno derecho, lo que excluye todo convenio, y con mayor, toda solemnidad, todo escrito. Cuando la ley quiere un escrito, lo dice, lo exige en materia de subrogación convencional cuando el deudor es quien consiente (art. 1,250, II). ¿Había una razón de exigirlo para la novación? Nó, porque ¿de qué se trata? De renunciar á una obligación y de contraer otra nueva. Ahora bien, la renuncia puede ser tácita como toda manifestación de voluntad, y también puede uno obligarse tácitamente. Por lo mismo, la novación debe quedar bajo el dominio del derecho común.

Si tal es el sentido del art. 1,273, diráse, es inútil, porque el derecho común es la regla; no es necesario expresar que la regla se aplica á todos los casos en que no está derogada, porque esto se subentiende. Efectivamente, el artículo 1,273 no se explica sino por la tradición. En el antiguo derecho romano, los jurisconsultos admitían presunciones para establecer la novación, lo que era muy lógico, supuesto que la prueba testimonial se admitía sin restric-

ción. Pero las simples presunciones fundadas en probabilidades, son por su naturaleza muy inciertas; de aquí surgen numerosas contiendas sobre la cuestión de saber si había ó no voluntad de innovar. Para prevenir estas contiendas, Justiniano dispuso que la voluntad de hacer novación, debía ser expresa, y que no podía admitirse sino cuando los contrayentes habían desistido la precedente obligación, declarando formalmente que substituían la última á la primera. En este orden de ideas, el nuevo compromiso se suponía contraído más bien para confirmar el primero y para acceder á él que para extinguirlo. Pothier dice que la jurisprudencia francesa no se había ajustado á la letra de esa constitución: ella no exigía que el acreedor declarara en términos precisos que su intención era innovar; bastaba con que, de cualquiera manera que fuese, la voluntad de hacer novación fuera tan evidente que no pudiera ponerse en duda. Esta jurisprudencia es muy antigua; d'Argentré habla de ella en su comentario sobre la costumbre de Bretaña. Pero Pothier añade que la novación jamás se presume. (1)

Los autores del Código han formulado la tradición francesa en el art. 1, 273. En este sentido es como el orador del Gobierno explica esa disposición: "Como toda novación es un nuevo contrato substituido al antiguo, es preciso que la voluntad de formar dicho contrato resulte con toda claridad de la escritura. La renuncia á los derechos que daba la primera obligación no debe depender de una presunción, y si no se exige una declaración en términos precisos y formales, se necesita al menos que no pueda ponerse en duda la intención." El relator del Tribunalado dice formalmente que los autores del Código han tenido el intento de apartarse de la constitución de Justiniano. ¿Es

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 594.

preciso que las partes declaren explícitamente que quieren hacer novación? una de las últimas leyes romanas así lo había prescripto. Somos de parecer que nuestro proyecto ha adoptado una juiciosa disposición, al exigir únicamente que la voluntad de operar la novación resulte con claridad de la escritura. La ley no podía consagrar una fórmula. No sería razonable que la ausencia de una palabra pudiese impedir que los jueces declararan que ha habido novación en una escritura, aun cuando todas las cláusulas de la escritura hubiesen patentizado la voluntad que las partes habían tenido de hacer novación. (1)''

La doctrina y la jurisprudencia se hallan en este sentido. (2) Hay una sentencia muy bien motivada de la Corte de Rouen, pronunciada por apelación, que resume lo que acabamos de decir. La Corte establece, cosa que es el punto esencial, que el art. 1, 273, lejos de reproducir la constitución de Justiniano, tuvo por objeto derogarla. Al decir que la novación no se promueve, la ley traza á los jueces la regla que han de seguir en la apreciación de los hechos y de los convenios celebrados entre las partes, y con esto les da implícitamente el derecho de apreciar los hechos y las circunstancias para decidir si hay ó no una novación. La ley agrega que la nulidad de operar la novación debe resultar con claridad de la escritura, á fin de apartar las novaciones conjeturales que se admitían en el antiguo derecho romano. (3) En una palabra, al derogar la constitución de Justiniano que establecía una exepción al derecho común, el Código ha vuelto al derecho común.

261. Sin embargo, se ha sostenido ante la Corte de Casación que el art. 1,273 derogaba el derecho común en un sentido, en que no permitía probar la novación por simples

1 Bigot-Prémeneu, Exposición de motivos, núm. 146; Jaubert, Dictamen, núm. 39 (Loché, t. VI, pág. 173, 214).

2 Toullier, t. IV, 1, pág. 221, núms. 276 y 277, y todos los autores,

3 Rouen, 10 de Junio de 1853 (Dalloz, *Obligaciones*, núm. 2,452, 3°),

presunciones. Esto era prevalerse de la letra de la ley contra el fin que se propuso el legislador. Es verdad que el art. 1,273 dice que la novación no se presume, lo que parece apartar las presunciones, y decir que las presunciones no son admisibles, es rechazar la prueba testimonial, la que viene á parar en exigir un escrito para la prueba de la novación. La Corte contesta que el art. 1,273 no ha tenido por objeto decidir una cuestión de prueba, que establece únicamente un principio concerniente á la novación, á saber que se necesita la voluntad de innovar, y que esta voluntad debe resaltar con claridad de lo que ha pasado entre las partes. Distinta es la cuestión de la prueba. La ley no dice como se probará la novación, y por esto mismo se refiere á las reglas generales que traza acerca de las pruebas. Ahora bien, el Código admite las persecuciones en los casos en que la prueba testimonial es admisible; luego cuando hay un principio de prueba por escrito; esto no es presumir la novación, es probarla según un modo legal de prueba. (1)

Tomemos de la jurisprudencia un ejemplo que mostrará el grave interés de esta cuestión discutida con frecuencia ante la Corte Suprema. Termina una sociedad mercantil por la expiración del plazo por el cual se había formado. En el momento de la disolución, el actor era acreedor por cuenta corriente de una suma de 44,000 á 45,000 francos. Uno de los socios reanudó los negocios bajo una nueva razón social, para las mismas operaciones, con las mismas bases y en los mismos locales; en la circular que dirigió á los acreedores de la compañía disuelta expresaba la esperanza de que continuarían concediéndole la confianza que habían depositado en la compañía disuelta. Desde

1 Denegada, 14 de Marzo de de 1834 (Dalloz, *Obligaciones*, número 2,501 2.º) y 9 de Julio de 1834 (*ibid*, núm. 2,501, 3º) Compárese Aubry y Rau, t. IV, pág. 217, nota 29, pfo. 324.

esta época el actor continuó sus relaciones con la nueva casa, sin exigir nunca la liquidación ni el pago de su crédito. Pero habiendo quebrado la nueva compañía, el actor reclamó contra los herederos de uno de los socios solidarios de la primera casa, el pago de su crédito, deduciendo lo que había percibido en la quiebra. El demandado contestó que había habido novación por la substitución de un nuevo deudor; invocó los hechos y las circunstancias que acabamos de referir. Los jueces del hecho admitieron la novación. Después de la disolución de la primera compañía, el actor continuó haciendo exhibiciones sobre su cuenta corriente; la cuenta que él recibía cada semestre comprendía á la vez las exhibiciones hechas á la antigua casa y las hechas á la nueva; el actor, al aprobar esas cuentas, manifestaba la voluntad de no tener más que un solo deudor, el jefe de la nueva sociedad. La Corte de Montpellier agrega que la voluntad de hacer novación resulta del conjunto de los hechos y circunstancias de la causa. Recurso de casación fundado en la violación del art. 1,273. La dificultad de derecho consistía en saber si, suponiendo que el crédito fuese civil, había un principio de prueba por escrito que autorizara al juez á decidir el debate por presunciones. Ahora bien, algunos escritos manados del actor procuraban un principio de prueba, lo que era decisivo. La Corte, manteniendo su jurisprudencia, constante en este punto, decidió que el art. 1,273, al no prescribir ningún modo especial de prueba, consagraba por esto mismo los principios y las reglas del derecho común. (1)

La Corte de Casación de Bélgica falló en el mismo sentido. Prevaliábase de la palabra "escritura" que se halla en el art. 1,273 para inferir que la ley exige un escrito; la Corte contesta que en el lenguaje de nuestras leyes esta palabra no implica necesariamente la idea de un escrito.

1 Denegada, 12 de Diciembre de 1866 (Dalloz, 1867, t. 433).

Necesariamente, nó; pero claro es que tal es el sentido habitual de la expresión "escritura." Hay que confesar que esa es una mala redacción. La Corte agrega que cuando en ciertos casos el legislador ha querido una acta escrita, ha cuidado de exigirlo expresamente. Esto es exacto; se trata de derogar una regla fundamental; era preciso, por una excepción cuya necesidad por nada se demuestra, una excepción formal de la voluntad del legislador. Decir que la novación no se presume, es decir que el que la invoca debe probarla; del mismo modo que el art. 1,116 dice: El dolo no se presume, debe probarse. ¿Cómo se rendirá la prueba? Los arts. 1,273 y 1,116 no lo dicen; luego se atienen al derecho común. (1)

262. En materia mercantil, la prueba por testigos se admite siempre y, por consiguiente, las presunciones, aun sin principio de prueba por escrito, pueden invocarse para probar la novación. En un caso juzgado por la Corte de Casación, se trataba, como en el que acabamos de citar (núm. 261), de una compañía mercantil disuelta y reconstituida por uno de los socios. La antigua compañía era próspera en el momento en que se disolvía, nada impedía que los acreedores pidieran el reembolso de sus créditos; en lugar de esto, el actor continuó haciendo exhibiciones al nuevo banquero; y aun intentó contra él una instancia, sin hacer ninguna reserva contra la antigua casa; y solo cuando la nueva quebró, el actor puso en duda la novación y pretendió proceder contra sus antiguos deudores. Era demasiado tarde; la novación había exonerado al antiguo deudor. La Corte de Casación resolvió que siendo mercantil el negocio, el primer juez había podido admitir la novación fundándose en las presunciones que resultaban de los hechos y circunstancias de la causa. (2)

1 Denegada, 29 de Julio de 1841 (*Pasicrisia*, 1842, 1, 15).

2 Denegada, 3 de Mayo de 1854 (*Dalloz*, 1854, 1, 347). Compáre-

263. Se presenta, además, otra dificultad en esta materia. ¿Puede la Corte de Casación conocer de contiendas que versan sobre circunstancias cuya apreciación corresponde al juez del hecho? Ha habido alguna vacilación sobre este punto en la jurisprudencia; las últimas sentencias no dejan duda alguna, y sobre la cuestión de principio casi no puede haberla; solo la aplicación es delicada. El debate versa sobre la cuestión de saber si hubo ó no intención de innovar; la prueba resulta de los hechos y circunstancias, y al primer juez corresponde comprobar los hechos y determinar el sentido de las escrituras de donde se presenta deducir la intención de innovar. La Corte de Casación toma los hechos y las escrituras tales como fueron determinados por la Corte de Apelación, pero ella tiene el derecho de apreciar las consecuencias legales que el primer juez saque de esos hechos y de esas circunstancias para admitir ó rechazar la novación; esta cuestión es, en efecto, una cuestión de derecho. (1)

Se lee en una sentencia pronunciada á informe del consejero Ubéxi: "En materia de novación, como en cualquiera otra materia, una línea de demarcación claramente trazada repara el poder de revisión de la Corte de Casación del poder soberano del juez del fondo. Esta línea empieza en donde se detiene el hecho y en donde el derecho aparece. La ley define la novación y determina, con sus caracteres esenciales, los diversos modos por los cuales puede operarse. Es derecho y deber de la Corte de Casación verificar si, en las constancias de la decisión que se le defiere se encuentran los caracteres legales de la novación y las condiciones esenciales á que está sometida. Pero la Corte

se Denegada 25 de Abril de 1855 (Daloz, 1855, 1, 159). Denegada, Sala de lo Civil, 8 de Marzo de 1853 (Daloz, 1854, 5, 510). Angers, 29 de Julio de 1868 (Daloz, 1869, 2, 8).

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 220, notas 44 y 45, pfo. 324.

se excedería de su misión é invadiría los dominios del juez del fondo, si revisara, para rectificarlos si fuere necesario, en hechos que aquél comprueba, las interpretaciones que da á las escrituras, las consecuencias que de ellas infiere y las apreciaciones de intención en las cuales se funda para declarar la existencia de todos los elementos constitutivos de la innovación; elementos entre los cuales está en primer orden la voluntad de operarla. Estas comprobaciones y estas apreciaciones de hecho y de intención, se quedan esencialmente en el dominio soberano del juez del hecho y no pueden dar lugar á casación." (1)

Con la mayor frecuencia la Corte pronuncia sentencia de denegada apelación, porque la dificultad regularmente se dice es la voluntad de innovar que se prefiere de la escritura, como dice, el art. 1,272; es decir, de los hechos y de las circunstancias de la causa. Vamos á citar una de estas decisiones. Un padre contribuye en dote una suma de 30,000 francos á su hijo; el donatario expide carta de pago. ¿Debe el rendimiento de la dote? Sí, si realmente ha sido pagada. Ahora bien, de hecho estaba establecido que los 30,000 francos no habían sido recibidos por el donatario; habían quedado en manos del constituyente para ser colocados en una sociedad que iba á formarse entre él y su hijo; así, pues, la constitución de esta sociedad era la condición bajo la cual el donatario había dado carta de pago. Ahora bien, la sociedad nunca llegó á formarse, porque el padre había caído en quiebra poco tiempo después de la celebración del matrimonio. Los coherederos del donatario pretendieron que la carta de pago había extinguido la deuda resultante de la constitución de dote por la substitución de una nueva deuda. Se falló que no había novación; quedaba un finiquito condicional que caía con la condición; de ella resultaba que no habiendo sido pagada

1 Denegada, 12 de Diciembre de 1866 (Dalloz, 1867, 1, 433).

la dote, no había lugar á hacer rendimiento. Recurso de casación. La Corte pronunció una sentencia de denegada. La Corte de Lyón, dijo ella al decidir que la carta de pago dada por el hijo, bajo la condición de que se constituiría una sociedad entre él y su padre, no había podido extinguir la deuda de éste, hizo una apreciación de la intención de las partes que se escapa á la censura de la Corte de Casación. Y al deducir de los hechos así comprobados que la primera deuda no se había extinguido, y que por consiguiente, según los términos de derecho, lejos de haber desconocido los caracteres legales de la novación, por el contrario, los ha consagrado formalmente. (1)

En el siguiente caso la Corte aceptó el recurso. Se carga un crédito en cuenta general que comprende artículos de origen y de naturaleza diversos, á fin de facilitar un arreglo. La Corte de Apelacion juzgó que este solo hecho implicaba novación. Recurso de casación. Se objeta que la Corte es incompetente. La sentencia pronunciada, después de discutida en la sala del consejo, á dictamen de M. Larombière casó. "Sí, dice la Corte, de la interpretación de las escrituras de deuda se pretende hacer que resulte una novación, y la apreciación de la voluntad de las partes de operarla, son cuestiones de hecho abandonadas á la decisión soberana de los tribunales; corresponde á la Corte averiguar en derecho si los hechos por ellos establecidos reúnen los caracteres legales de la novación, tales como la ley los define. Y ¿Acaso el simple hecho de haber cargado en una cuenta corriente créditos de origen y naturaleza diversos, con el fin de presentar su conjunto y facilitar su arreglo implica novación por la substitución de una deuda nueva á la antigua? Era esta una cuestión de derecho

1 Denegada, 18 de Abril de 1854 (Dalloz, 1854, I, 347). Compárense las sentencias citadas en el *Repertorio de Dalloz*, en la palabra *Obligaciones*, núms. 2,504.5,207).

que la Corte podía y debía examinar. La Corte la resolvió negativamente y casó la sentencia que había juzgado en otro sentido. (1)

ARTICULO 2.º — De las diversas especies de novación.

§ I.—DE LA NOVACIÓN OBJETIVA.

Núm. 1. Principio.

264. ¿Cuáles son los requisitos para la novación objetiva? Según los términos del artículo 1,271, la novación se opera cuando el deudor contrae con su acreedor una nueva deuda que se substituye á la antigua, la cual se extingue. Las condiciones resultan de la definición. Se necesita el consentimiento del acreedor y del deudor, supuesto que extinguen una obligación primera y le substituyen una nueva. Se necesita una deuda nueva, y los requisitos generales para toda novación, la capacidad de las partes y la voluntad de innovar. ¿Cuándo hay deuda nueva? ¿Cuándo hay voluntad de innovar? Estas cuestiones han dado lugar á innumerables procesos. Necesitamos ver si existe un principio que dirija al interprete por este dédalo de controversias.

265. Se presenta una primera cuestión, y es capital: ¿Depende de las partes declarar que hay novación ó que no la hay? Supóngase que hacen un cambio en la obligación primera: ¿pueden convenir en que tal cambio implique novación? No nos parece dudosa la afirmativa; el acreedor es libre para renunciar el derecho que le da el primer crédito, y el deudor es libre para contraer un nuevo compromiso con la condición de que el primero se extinga. Luego por poco considerable que sea el cambio, si las partes expresan

1 Casación, 29 de Noviembre de 1871 (Daloz 1873, 1, 82).

que la primera deuda se extinga y sea reemplazada por la deuda modificada, habrá novación. Esta es una cuestión de interés privado; y el legislador permite que las partes contrayentes arreglen sus intereses como mejor les ocurra.

Supóngase ahora que las partes hagan un cambio que por sí solo implica novación, no siendo ya el mismo el objeto de la deuda; ¿pueden, no obstante esto, declarar que no hay novación? Nó, dice Pothier, y tiene razón. Cuando se dice que las partes pueden celebrar los convenios que juzgue oportunos, se supone que lo que quieren es legalmente posible; y, cuando las partes celebran un convenio del que resulta la novación, no pueden decir que no haya novación, esto sería contradictorio, puesto que equivaldría á decir: Yo innovo y no innovo. Llegado es el caso de aplicar el viejo proverbio según el cual la protesta contraria al acto es inoperante. Si yo hago una venta, será en vano que yo diga que no es una venta, porque apesar de mi protesta será una venta. Del mismo modo si innovo una deuda lisa y llana por una deuda condicional, en vano agregaré que no quiero innovar; innovo, porque el convenio es una novación; y en vano diría que mi intención no es innovar; es como si dijera: Innovo y no innovo. El hecho predominará sobre una protesta que es absurda. Todo lo que podría sostenerse, es que una hipoteca estuviese afecta al primer crédito que se extingue, se reservará en provecho del segundo. Tal es la opinión de Pothier que da á la reserva el único efecto legal que pueda tener. (1)

266. Hay otra dificultad. Toda novación impone la voluntad de innovar. Así, pues, para que la novación objetiva exista, es preciso que las partes hayan tenido la intención de extinguir la primera deuda y substituirle la segunda. Poco importa precisar el caso en el cual el juez es lla-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 395. Championniere y Rigand, núm. 1,317 (t. II, pág. 309).

mado á examinar la intención de las partes contrayentes. Si como acabamos de suponerlo, la nueva deuda tiene un objeto diferente, la deuda por este solo hecho es una deuda diferente de la primera, y á menos de sostener que hay dos deudas, preciso es decir que hay novación. La intención de innovar no puede ser disputada, porque el texto de la ley decide que hay novación cuando una deuda nueva es substituida á la antigua, la cual se ha extinguido. Por el hecho solo de que hay una nueva deuda hay intención de innovar; así, pues, el juez no podría decidir que no hay novación; porque las partes no tenían la intención de innovar; semejante decisión sería contraria á la ley, como lo es la protesta de las partes que á la vez que innovan, dicen que no innovan.

¿Cuándo, pues, debe el juez examinar si las partes han tenido la voluntad de innovar? Cuando las partes, á la vez que mantienen le hacen algunos cambios que pueden implicar la voluntad de innovar. Las partes contrayentes pueden innovar, sea cual fuere el cambio que introducen, y pueden también innovar tácitamente. Pero existe una gran diferencia entre la novación expresa y la novación tácita. La novación expresa existirá sea cual fuere el cambio; ella no resulta del cambio sino de la voluntad de las partes. La novación tácita, al contrario, no puede admitirse sino cuando el cambio es tal, que necesariamente supone la voluntad de innovar: todo depende entonces de la naturaleza del cambio.

¿Existe un principio que sirve para decidir estas difíciles cuestiones? Claro es que no todo cambio implica extinción de la deuda; las partes pueden añadirle ó suprimirle algo sin que la obligación quede destruida; todo lo que de aquí resultará, es que se modifique la obligación. Pero hay también cambios que implican novación. También asienta á este respecto el principio siguiente: "La no

vación resulta necesariamente de la nueva escritura cuando la segunda obligación es en todo incompatible con la primera; es decir, cuando no pueden subsistir juntas las dos, de suerte que subsistiendo la segunda conversión síguese que la primera queda nula y sin efecto alguno." (1)

Dudamos de que este principio sea exacto, si una primera deuda no tiene plazo y las partes se ponen uno, podría decirse que hay dos obligaciones que no pueden subsistir simultáneamente, porque una sola y misma obligación no puede ser á la vez con plazo y sin plazo. Sin embargo, todos, como más adelante lo diremos, están de acuerdo en decidir que la adición á la supresión de un plazo no implica novación. Así, pues, el principio es defectuoso, y debe formularse de otra primera.

Los editores de Zachariæ formulan el principio de un modo más preciso. Se necesita desde luego que el cambio recaiga sobre el objeto mismo de la prestación, porque, de lo contrario no podría haber novación objetiva. La ley dice (art. 1,271, 1. º) que se necesita una nueva deuda; y puede haber una nueva deuda por más que el objeto liga el mismo si se transforma la naturaleza jurídica de la obligación: una obligación condicional, por ejemplo, se reemplaza con una obligación lisa y llana, quedando la misma cosa debida. Así, pues, lo que hay de esencial, es que el cambio tenga por efecto transformar la antigua deuda en una deuda nueva; tal es la fórmula de la ley, y es siempre la mejor. Aubry y Rau añaden que la nueva obligación ha de ser incompatible con la antigua; tal es el principio de Basnage reproducido por Toullier; acabamos de decir que á nuestro juicio este carácter es demasiado general.

El principio, formulado de tal manera, es aún demasiado restrictivo; porque hay cambios que por sí mismos no

1 Toullier, t. IV, 1. º pág. 293, núm. 278, según Basnage, *Hipotecas*, 1.ª parte, cap. XVII.

implicarían novación y que, sin embargo, innovan la antigua obligación, si tal es el sentido de las partes contratantes y este intento puede ser tácito. Este es el punto delicado de la dificultad, para cuya invención estamos buscando un principio; no hay otro que el del art. 1,273: la voluntad de innovar debe resultar con claridad de la escritura. Es, pues, preciso que el juez pruebe por los hechos y las circunstancias de la causa, que la voluntad de innovar no es dudosa. (1)

Núm. 2. Aplicación.

1. Cambio de objeto.

267. Se da un inmueble en cambio de una suma prestada. Si se entrega el inmueble, hay dación en pago; es decir, extinción de la deuda sin substitución de una deuda nueva. Si el deudor se compromete á dar un inmueble para exonerarse, y el acreedor acepta esa promesa, hay novación por cambio de objeto. La antigua deuda era mobiliaria, la nueva es inmobiliaria; el objeto es diferente, y hay entre las dos deudas todas las diferencias que separan los derechos mobiliarios de los derechos inmobiliarios.

El acreedor de dos cónyuges acepta del marido en pago de toda la deuda, una casa con subrogación en sus derechos contra la mujer. Se ha fallado que hay novación; la antigua deuda se extinguió. El acreedor despojado de la casa no tendrá recurso sino contra el marido, salvo el ejercer á nombre de su deudor la subrogación que éste había consentido; y si la mujer ha pagado lo que ella debía en virtud de la subrogación, todo recurso del acreedor se extinguirá por causa de la novación. (2)

1 Aubry y Rau, t. IV, págs. 217 y 218, nota 36.

2 Bourges, 21 de Diciembre de 1825 (Dalloz, *Obligaciones* número 2431).

268. ¿Existe novación cuando la deuda de un capital se convierta en renta? La cuestión, controvertida en el antiguo derecho, todavía lo es en derecho moderno. Si hay transformación del capital en renta vitalicia, no hay duda alguna; en efecto, el credirentista enajena su capital, y ya no tiene derecho más que á las rentas vencidas. No solamente ha cambiado el objeto de la deuda sino que la nueva deuda es de naturaleza del todo diferente, es un derecho aleatorio; el acreedor perderá todo su capital si llega á morir repentinamente, y ganará mucho más de su capital si su vida se prolonga. (1)

No puede decirse otro tanto cuando la renta es perpetua; el capital no está enajenado, los vencimientos representan los intereses del capital solo que el acreedor no puede exigir el reembolso del capital. De aquí una duda. Pothier se pronuncia por la novación, y da para ello una razón que nos parece decisiva: el crédito de una renta es propiamente el crédito de los vencimientos que correrán á perpetuidad hasta la reducción, y no es ya el crédito de un capital cuyo reembolso puede exigir el acreedor, porque el credirentista no puede pedir el reembolso; así, pues, su derecho tiene otro objeto. (2) Se objeta que el antiguo crédito subsiste, supuesto que forma el capital cuyo vencimiento paga el deudor. ¿Qué importa, se dice, que el acreedor no puede exigir el reembolso del capital? No por eso deja de debérsele cuando el deudor no paga los vencimientos; si consiente en no exigirlo, es con la condición de que el deudor pagará la renta. (3) En el punto de vista de los

1 Toullier, t. V, pág. 225, núm. 280. Championnière y Rigaud, número 1,316, t. II, pfo. 309).

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 595. En el mismo sentido, Toullier, t. IV, págs. 225-227, núm. 280. Championnière y Rigaud, núm. 1,317. Aubry y Rau, t. IV, pág. 217 y nota 31, pfo. 324.

3 Larombière, t. III, pág. 529, núm. 9 del art. 1273 (Ed. B., tomo II, pág. 322). Troplong, *Venta*, núm. 649.

principios, la objeción es seria: ¿cómo se dice que no hay ningún cambio en el objeto de la deuda cuando, acreedor de un capital de 10,000 francos, puede exigir su pago mientras que, como acreedor de una renta, no tengo derecho más que á los vencimientos? Pero la objeción adquiere alguna gravedad cuando uno se pone en el punto de vista de la intención de las partes contrayentes. Hay que escuchar á la jurisprudencia que está siempre dominada por los hechos y circunstancias de la causa.

Hacemos á un lado una sentencia de la Corte de Rennes que se funda en la autoridad de los antiguos autores franceses y bretones. La tradición es favorable á nuestra opinión, porque para los autores del Código, la tradición se resume en el nombre de Pothier, y Pothier se ha pronunciado por la novación. La Corte de Bourges insiste en la intención de las partes contrayentes: debe de ser evidente, dice la Corte, para que se pueda admitir la novación; y no se encuentra esta voluntad patente de innovar cuando las partes transforman una deuda exigible en una deuda no exigible. (1) Nosotros contestamos con Pothier que las partes no pueden querer que una deuda que no tiene el mismo objeto, sea la misma; ahora bien, desde que hay cambio de deuda, hay novación, según el art. 1,271, 1.º Aun cuando las partes expresaren que su intento no es hacer novación, su protesta sería inoperante; con mayor razón no puede innovarse su voluntad tácita para inferir que han querido hacer otra cosa que lo que han hecho. La Corte de Caen dice muy bien que la conversión en renta de una suma exigible, implica por su naturaleza, innovación al crédito primitivo, puesto que substituye á la antigua deuda una nueva y de especie del todo diferente. (2)

1 Rennes, 18 de Diciembre de 1811; Bourges, 5 de Febrero de 1812 (Dalloz, *Obligaciones*, núm. 2,400).

2 Caen, 21 de Octubre de 1826 (Dalloz, *Obligaciones*, número

269. ¿Debe mantenerse esta decisión cuando el precio de venta se transforma en una renta perpetua por el contrato mismo de venta? Creemos que, en este caso, no hay novación. Claro es que no podría tratarse de novación cuando las partes estipulan el precio en la forma de renta perpetua; nunca ha habido deuda capital; en este caso, no hay más que una sola deuda existente desde el principio, la deuda de una renta. ¿Y qué diferencia hay entre decir que la cosa es vendida por una renta de 500 francos ó que es vendida por 10,000, los cuales se constituyen en una renta de 500 francos? Si se menciona el capital de 10,000 francos, no es porque en la intención de las partes esa suma se haya debido alguna vez, sino para fijar el tipo de renta; luego el precio consiste realmente en la renta, y jamás ha habido de otra deuda. Tal es la opinión común. (1) Hay una sentencia en sentido contrario de la Corte de Lieja que se pronuncia por la novación, porque un capital no exigible ha sido substituido á un capital exigible. (2) ¿No es esto decidir la cuestión por la cuestión? Se trata precisamente de saber si ha habido alguna vez deuda de un capital. Esta es una cuestión de intención más bien que de derecho. Una sentencia de la Corte de Burdeos estableció muy bien que la intención de las partes no es, en el caso de que se trata, crear una deuda exigible, que no duraríamás que un instante, para reemplazarla inmediatamente por una deuda exigible; (3) sutilezas de esta clase son frecuentes en jurisconsultos que razonan conforme á los principios, pero no en las partes contrayentes.

2,399). Denegada, 7 de Diciembre de 1814 (Dalloz, *Sucesión*, número 1,420).

1 Championnière y Rigaud, núms. 1,318 y 1,319 (t. II, páginas 310-312). París, 11 de Marzo de 1816 (Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 1,356, 5.º)

2 Lieja, 14 de Agosto de 1834, (*Pasicrisia*, 1834, 2, 231).

3 Burdeos, 23 de Marzo de 1832 (Dalloz, *Renta*, núm. 52) y 6 de Agosto de 1852 (Dalloz, Dalloz, 1826, 2, 18).

Todavía menos hay novación cuando las partes se limitan á estipular que el precio permanecerá en poder del adquirente, que pagará un rédito de 5 p. S hasta que juzgue oportuno exonerarse. Esto no es una constitución de renta; las partes no hacen más que decir en su contrato lo que se habría hecho en virtud de la ley, cuando el precio de venta no se paga inmediatamente y cuando la cosa vendida produce frutos (art. 1,652). No hay, pues, más que una sola deuda, la de un capital, nada más que esa deuda es á plazo, y el plazo se abandona á la voluntad del comprador, lo que no cambia la naturaleza del contrato. (1)

270. No habría novación si los convenios celebrados entre las partes para el pago de una renta conservasen al pago mas bien que á la deuda; el modo de pago, como más adelante diremos, no influye en la naturaleza de la deuda. El acreedor de una renta vitalicia acepta del deudor un título de renta 5 p. S sobre el Estado, especialmente aplicado al servicio de los vencimientos. No hay novación, supuesto que la renta subsiste sin ninguna modificación. En el caso de que se trata, la cuestión estaba en saber si la reducción de las rentas sobre el Estado pronunciada por el decreto de 14 de Marzo de 1852, gravaba al credentista. La negativa era evidente desde el momento que se admitía que no había novación. (2)

Se dan unos inmuebles á cargo de renta vitalicia en provecho del deudor. Más tarde el donador consiente respecto de uno de los donatarios, en recobrar el goce de los inmuebles donados, en lugar de exigir el pago de la renta. ¿Había novación por la substitución de un usufructo á una renta vitalicia? Esta es una cuestión de intención, que se falló á favor del donador. La renta vitalicia por lo

1 Bruselas, 29 de Mayo de 1823 (*Pasicrisia*, 1823, pág. 430).

2 Douai, 1.º de Julio de 1854. Paris, 28 de Julio de 1853 (*Dalloz*, 1855, 2, 43 y 44).

común excede el valor de los frutos; así es que cuando el donador consiente en gozar de los frutos, no puede tener la intención de renunciar á la renta; esto sería, según las circunstancias, una nueva liberalidad, y la donación se presume tan poco como la novación. La Corte de Casación resolvió que había un simple cambio temporal en la presentación de la renta. Para que hubiese habido novación, dice ella, se habría necesitado un convenio por el cual las partes habrían reemplazado la renta vitalicia por un simple usufructo, ó de hechos constantes que, en razón de su incompatibilidad con la persistencia de la antigua deuda, supondrían necesariamente un acuerdo entre las partes para reemplazar la primera deuda por una deuda nueva. (1)

271. Una renta estipulada en efectos se convierte en una renta perpetua en dinero. ¿Hay novación? Lo que en este caso hacía dudosa la cuestión, es que las partes habían declarado que, salvo el cambio de los efectos en dinero, no era su intención derogar en nada las demás cláusulas del contrato primitivo. Esto equivalía á decir que ellas no querían innovar. Se ha fallado, sin embargo, y con razón, que el cambio del objeto acarrea novación; el texto del art. 1,271, 1.º lo decide; y cuando el convenio establece una deuda nueva, aun cuando las partes declararan que no quieren innovar: su protesta es contraria al acto; es decir, ineficaz. (2)

Por la misma razón, hay novación cuando una renta vitalicia se convierte en una obligación de alimentar y sostener al credentista durante toda su vida. Una cosa es un crédito alimenticio, y otra muy distinta una renta vitalicia; hay cambio de deuda luego, dice la Corte de Casación, el convenio entra literalmente en la disposición

1 Casación, 17 de Diciembre de 1862 (Dalloz, 1863, 1, 16).

2 Fallo del Tribunal de Nantes, 20 de Abril de 1849 (Dalloz, 1849, 5, 162, núm, 44).

del art. 1.271; en efecto, la segunda deuda es tan esencialmente diferente de la primera, que no tiene existencia sino porque la primera ya no la tiene. (1)

272. Si las partes convienen en que el deudor pague réditos que no se debían en virtud del contrato primitivo ¿habría novación? La corte de Bruselas falló la negativa; el capital no está enajenado; luego la deuda permanece la misma, hay un cambio, es cierto, pero como no altera la naturaleza de la deuda, habría necesidad que manifestase con claridad la voluntad de innovar para que pudiera admitirse que hay novación; y no esa sola estipulación de interés; es, dice la Corte una indemnización que el deudor concede á su acreedor á efecto de obtener una prórroga para el pago, y cuando pague, será literalmente la antigua deuda; luego no hay nada nuevo, y, por lo tanto, no hay novación. (2)

II. Naturaleza de la obligación.

273. Cuando una deuda mercantil se transforma en deuda civil, claro es que hay novación, por más que el objeto de la deuda siga siendo el mismo. Y es que hay diferencias esenciales entre una deuda civil y una deuda mercantil. Antes de la abolición de la pena corporal, la persona, la libertad del deudor comerciante, respondía de su deuda, mientras que el deudor civil no comprometía regularmente sus bienes. Queda todavía una diferencia capital; la jurisdicción, y, por consiguiente, el procedimiento. Ahora bien, desde el momento en que una deuda de naturaleza diferente toma el lugar de otra deuda, hay novación.

274. La dificultad está en saber cuando una deuda mercantil está reemplazada por una civil. En el antiguo de-

1 Casación, 12 de Enero de 1847 (Daloz, 1847, 1, 76).

2 Bruselas, 31 de Octubre de 1828 (*Pasicrisia*, 1828, pág. 312) y 30 de Junio de 1818, pág. 133.

recho, se juzgaba que una deuda mercantil se convierte en civil cuando consta en escritura auténtica. Duranton critica esta jurisprudencia y con razón; verdad es que no se acostumbra levantar escrituras notariadas para las deudas de convenio, pero ningún texto, ningún principio se opone á que un compromiso de comercio esté revestido de la forma auténtica; la autenticidad es una cuestión de prueba; y el modo de probar una deuda no cambia, ciertamente, su naturaleza ni sus efectos. La jurisprudencia bajo el imperio del Código Civil, se halla en este sentido. (1) Se había fallado por la Corte de París que el acreedor que estipulaba la autenticidad y una hipoteca, convertía su obligación mercantil en una obligación puramente civil; y renunciaba con esto á la jurisprudencia consular. Esta decisión fué casada. Había, en el caso, circunstancias que volvían la cuestión si no dudosa, por lo menos controvertible. No se acostumbra estipular garantías reales para deudas de comercio; á esto la Corte de Casación contesta, y la respuesta es perentoria; que la seguridad hipotecaria que el deudor añade á su compromiso principal, no cambia su naturaleza. El acreedor, asegurado por escritura notariada, había entregado sus títulos comerciales al deudor; poco importa, dice la Corte; la entrega de los títulos no impedía que la causa de la deuda siguiese siendo comercial. Otra circunstancia hablaba en pro de la antigua deuda: el deudor se obligaba á pagar el interés de 6 p. S lo que, bajo el dominio de la legislación francesa, no era permitido sino para las deudas de comercio. (2) A nuestro juicio, todas estas circunstancias son indiferentes; la deuda no pue-

1 Duranton, t. XII, pág. 405, núm. 290, Aubry y Rau, t. IV, página 218, nota 35, pfo. 324.

2 Casación, 21 de Febrero de 1826 (Daloz, *Obligaciones*, número 2,432). Compárese Lieja, 17 de Mayo de 1814 (*Pasicrisia*, 1814, página 75). París, 27 de Noviembre de 1841 (Daloz, *Quiebra*, número 70).

de cambiar de naturaleza sino cuando la intención de innovar resulta necesariamente de la escritura, y el cambio de título no manifiesta ninguna voluntad de innovar.

275. En el siguiente caso, se falló que había novación por substitución de una deuda civil á una deuda mercantil. Un padre forma con sus dos hijos una sociedad de comercio; él era, al fallecer, acreedor de la sociedad. Este crédito se atribuyó á la viuda por cubrirla de su dote resultante de la comunidad que había existido entre ella y su marido. La viuda falleció sin haber percibido el crédito; surgió una contienda entre sus hijos, uno de los cuales aceptó solo la sucesión de la madre y demandó á su hermano por el pago de la mitad del crédito contra la sociedad. Este negó que el crédito fuera mercantil. La Corte de Riom falló que la atribución á la viuda del socio de un crédito contra la sociedad, cambiaba su naturaleza, no siendo el nuevo acreedor comerciante y siendo puramente civil la operación que le transfería aquél crédito; había también un nuevo deudor. De suerte que, bajo todos conceptos, había novación. (1)

III. Modalidad.

276. El modo puede consistir en una condición, ó en un plazo, ó en una carga. Que la condición cambie la naturaleza de la deuda, no tiene la menor duda, y ya hicimos esta observación. Los efectos de una deuda lisa y llana y los de una deuda condicional difieren diametralmente. En cuanto á la carga modifica también la naturaleza de la deuda, puesto que la hace resoluble si no se cumple la carga. No pasa lo mismo con el plazo; no introduce ningún cambio en la naturaleza de la deuda ni en sus efectos, salvo que el pago se aplace; luego no hay novación. Se nece-

1 Denegada, 2 de Diciembre de 1868 (Daloz, 1869 1, 129).

sitaría un convenio formal para que hubiese novación ó al menos algunos hechos que no dejen duda alguna sobre la voluntad de innovar, lo que es una pura hipótesis. El Código confirma esta teoría. Según los términos del art. 2,039, la simple prórroga de plazo concedida por el acreedor al deudor principal no descarga al fiador. Esto equivale á decir que no hay novación, porque si la hubiera respecto del deudor principal, exoneraría al fiador, según el art. 1,281. Y si lo prórroga de un plazo no constituye novación, debe pasar lo mismo cuando el acreedor concede un plazo al deudor que no lo tenía, ó cuando el deudor renuncia al plazo que le daba el contrato; existe la misma razón para decidir; luego debe darse la misma decisión. La doctrina se halla en este sentido, (1) así como la jurisprudencia. (2)

277. Siguese de aquí que el contrato de aplazamiento no innova los derechos de los acreedores. (3) Si consienten en conceder prórrogas á su deudor, es por necesidad y para sacar mejor partido de sus créditos; una concesión que hacen á su pesar, ciertamente que no puede alterar sus derechos. Con mayor razón es así á el concordato que los acreedores no consienten sino por necesidad. Los acreedores consienten su título que pueden rocovrar toda su fuerza cuando el quebrado no ejecuta la condición del concordato. No hay que distinguir entre los acreedores hipotecarios y los acreedores quirografarios; la Corte de Paris dice muy bien que todos sufren la necesidad de la situación que les labra la quiebra; todos conservan la totalidad de sus créditos contra los coobligados del quebrado; (4) prueba clara de que no hay novación, porque la novación

1 Duranton, t. XII, pág. 401, núm. 286. Moulon, t. II, pág. 736, núm. 1,401.

2 Véase la jurisprudencia en el *Repertorio de Dalloz*, núm. 243.

3 Denegada, 11 de Marzo de 1868 (*Dalloz*, 1868, 1, 455).

4 Paris, 16 de Abril de 1864 (*Dalloz*, 1864, 2, 127). Compárese Bruselas, 6 de Junio de 1821 (*Pasicrisia*, 1821, pág. 392).

exonera á los codeudores solidarios y á los fiadores (artículo 1,281).

Menos aún amerita novación el consentimiento dado por el acreedor á una demanda de prórrogación hecha por el deudor. Se trata simplemente de suspender las diligencias concediendo al deudor solvente algunos plazos para el pago; las deudas siguen siendo las mismas; luego no hay novación. (1)

IV. Garantías.

278. El deudor consiente en dar una fianza; se obliga á dar una prenda, una hipoteca, ó estipula la entrega de la fianza, de la prenda, de la hipoteca. ¿Habrá novación? Todos los autores están de acuerdo en contestar negativamente. (2) La razón está en que estas obligaciones accesorias dejan subsistir la deuda principal tal como estaba; un accesorio añadido ó suprimido no puede tener por efecto crear una obligación nueva extinguiendo la antigua. La jurisprudencia está conforme.

El deudor suscribe billetes á la orden; en seguida consiente una hipoteca al acreedor para garantizar siempre más, dice la escritura, el pago de los billetes relatado. Tal es el objeto de la hipoteca: fortificar la obligación cuyo pago asegura y dar mayor fuerza á la obligación, no es ciertamente aniquilarla. En el caso de que se trata, las partes habian tenido cuidado de añadir que el beneficio de los vales y garantías que emanaban de terceros se reservaban al acreedor sin novación ni derogación. (3) Tal es siempre la intención de las partes cuando añaden una

1 Bruselas, 31 de Octubre de 1829 (*Pasicrisia*; 1829, pág. 276).

2 Durantou (según Pothier, t. XII, pág. 402, núm. 287 y todos los autores.

3 Chambéry 20 de Marzo de 1868 (*Dalloz*, 1868, 2, 192).

seguridad real de compromiso personal, aun cuando no expresen su voluntad de una manera tan formal. (1)

Se ha pretendido que la concesión de una hipoteca innovaba el primer crédito y, por consiguiente, exoneraba al fiador. La Corte de Bruselas contesta que es absurdo suponer semejante intención en el acreedor. En el caso de que se trata, la garantía hipotecaria era infinitamente inferior al crédito, mientras que el fiador era solvente; y ¿se quiere que el acreedor renuncie á una garantía personal que le asegure su pago íntegro, en favor de una hipoteca que no le garantiza más que una parte de su crédito? Esto sería más que una novación, sería una condonación de la deuda. (2)

V. Cambio de título.

279. La deuda consta en documento privado: las partes convienen en tirar una escritura auténtica. ¿Habrà novación? Nó, y sin duda alguna. Ni siquiera se concibe que se suscite contienda acerca de este punto; esto es desconocer el objeto de las escrituras que las partes juzgan conveniente celebrar. Ellas no sirven más que de prueba; y ¿acaso la prueba más ó menos fácil, más ó menos probatoria, cambia en lo más mínimo la naturaleza de la deuda, su objeto, sus efectos? Verdad es que la escritura auténtica tiene fuerza ejecutiva, ¿pero, qué importa? el acreedor, que tiene su documento privado puede obtener la misma ventaja intentando una acción judicial. (3)

La jurisprudencia se halla en este sentido. (4) Las escrituras auténticas generalmente están acompañadas de estipulaciones hipotecarias. Aun en este concepto, no pue-

1 Bruselas, 30 de Junio dd 1818 (*Pasicrista*. 1818 pág. 133).

2 Bruselas, 22 de Marzo de 1837 (*Pasicrista*, 1837. 2, 60).

3 Aubry y Rau, t. IV, pág. 218, pfo. 324 y todos los autores.

4 Casación, 21 de Febrero de 1826 (Dalloz, *Obligaciones*, número 2,432).

de decirse que las escrituras notariadas constituyan novación; el deudor no hace más que consentir voluntariamente en lo que el acreedor conseguía de pleno derecho procediendo judicialmente. En efecto, según el Código Civil, el fallo daba al acreedor una hipoteca sobre todos los bienes de su deudor; luego al levantar una escritura auténtica y al consentir una hipoteca, el deudor concede lo que no puede rehusar, (1) Nuestra ley hipotecaria no ha mantenido la hipoteca judicial. De todos modos resulta que el deudor que suscribe una escritura notariada da á su acreedor la ventaja de una prueba auténtica y de una ejecución forzosa; puede decirse además que le concede lo que no podría rehusarle. En consecuencia, nada hay cambiado en la esencia de la deuda, lo que excluye toda novación.

VI. Modo de pago.

280. Los convenios que celebran las partes en lo concerniente al modo de pago han dado lugar á numerosos pleitos. A nuestro juicio, hay que sentar como principio que todo lo que es exclusivamente relativo al pago no implica novación; el objeto sigue siendo el mismo, nada ha cambiado en cuanto á la naturaleza de la obligación; luego no puede decirse, como lo exige el art. 1,273, que la voluntad de operar novación resulte con claridad de la escritura. Es indudable que las partes están en libertad de hacer novación con motivo del cambio más sencillo que introducen en la obligación primera, y la voluntad de innovar puede ser tácita. Si se prueba esta voluntad todo está dicho. Pero la cuestión está en saber si un modo de pago substituido á otro modo implica la voluntad de innovar,

1 Grenoble, 17 de Junio de 1826 (Daloz, *Obligaciones*, número 2,432 2.º)

y esta cuestión debe resolverse negativamente; no hay novación objetiva cuando siguen siendo los mismos la naturaleza y el objeto de la obligación, á menos que la voluntad de innovar resulte con toda claridad de lo que ha pasado entre las partes.

281. El convenio expresa que el pago se hará en el domicilio del acreedor. Se conviene en que de transferible que era la deuda será requerible. ¿Habrá novación? Ciertamente que nó; porque nada hay cambiado en la deuda. Una sola y misma deuda puede pagarse en el domicilio del acreedor, sea en el domicilio del deudor, sea en el estudio del notario ó de cualquier otro lugar designado por el convenio; el lugar del pago nada tiene, pues, de común con la naturaleza de la deuda, lo que decide la cuestión de novación. (1)

282. Se carga una deuda en una cuenta corriente. ¿Basta este hecho para que haya novación? La jurisprudencia vacila acerca de este punto. La Corte de Gante falló que no hay novación. En el caso de que se trata, casi no era dudosa la cosa, porque el deudor, á la vez que aprobaba su cuenta había hecho reservas que indicaban que su intención era sencillamente renovar la antigua deuda. (2) Se ve que las circunstancias del hecho ejercen grande influencia en la decisión. Hay una sentencia análoga de la Corte de Casación de Francia. El caso era que el vendedor de un oficio había dejado incluir su crédito en una cuenta corriente abierta entre él y su deudor. ¿El vendedor había hecho novación, y, en consecuencia, había perdido su privilegio? La Corte de Douai apartó la novación, y á recurso intentado, recayó una sentencia de denegación. Pero la Corte de Casación no resuelve la cuestión en principio. Hace marcar la circunstancias relatadas en la sentencia ala-

1 Aubry y Rau, t. IV. pág. 218. nota 33, pfo. 324.

2 Gante, 26 de Mayo de 1858 (*Pasicrisia*, 1858, 2, 293).

cada. En un principio, el vendedor figuraba siempre en la cuenta como acreedor del precio del oficio. La mención del oficio se hallaba, además, en una notificación de la cuenta. Apreciando estas enunciaciones fué como la Corte de Apelación había sacado la consecuencia de que la deuda del precio no había dejado de existir, y que, por consiguiente, las partes no habían tenido la intención de hacer entrar el precio del oficio en la cuenta, de operar novación por la substitución de una deuda nueva á otra deuda. Esta apreciación de la intención de las partes, dice la Corte, tomada de los hechos y circunstancias de la causa, es soberana y no está sometida á la revisión de la Corte de Casación. (1)

Las cortes de apelación por lo común emplean menos reserva; con la mayor frecuencia deciden de una manera absoluta que hay novación. La cuenta corriente innova, en efecto, en muchos conceptos una deuda civil con interés de 5 p., § entra en una cuenta corriente; á contar de ese momento, los réditos se abonan en los balances de la cuenta al tipo mercantil para ser capitalizados cada semana y producir nuevos réditos. La Corte de Rouen concluye de esto que la obligación entrada á la cuenta, sin reserva por su naturaleza y su carácter, ha perdido necesariamente uno y otro para no ser ya más que uno de los elementos de la cuenta. Síguese de aquí que la hipoteca consentida para la deuda civil se ha extinguido, porque la deuda misma ha cesado de existir. (2)

¿No es demasiado absoluta esta decisión? La estipulación de intereses no cambia la naturaleza de la deuda y no opera novación (núm. 272). Una capitalización de interés ó de intereses más elevados no implican más que el

1 Denegada, 16 de Marzo de 1857 (Daloz, 1857, 1, 347).

2 Rouen, 18 de Diciembre de 1856 (Daloz, 1857, 2, 157). Compárese Besançon, 22 de Junio de 1864 (Daloz, 1864, 2, 119).

acreedor renuncia á la más sólida de sus garantías, la garantía hipotecaria ó el privilegio del vendedor. (1) Conforme á nuestro derecho, esto es claro, supuesto que las partes están en libertad de estipular el interés que quieran. Aun según la legislación francesa, la jurisprudencia de las cortes de apelación es muy contestable. La Corte de Casación no la admite. Una corte había fallado que el hecho de haber comprendido anticipios privilegiados en una cuenta corriente general, les había hecho perder su carácter privilegiado. En esta opinión, la cuenta corriente reemplaza necesariamente y siempre los créditos que en ella entran. La Corte de Casación dice que debe tomarse en consideración la intención de las partes contrayentes: "El simple hecho de haber llevado, en ejecución de una apertura de crédito, en una cuenta corriente general, créditos de origen y de naturaleza diversos con el fin de presentar un conjunto y dificultar un arreglo, no podía, por *sí solo*, en ausencia de todo convenio de cuenta corriente comprobado por la sentencia y aislado de cualquier otro acto ó circunstancia que establezca una intención contraria, implicar novación por la substitución de una nueva deuda á la antigua que quedaría extinguida. (2) Hay muchas restricciones y hasta obscuridades en esta decisión; ¿basta, como la Corte parece decirlo, con un convenio de cuenta corriente para que haya novación? ¿No es siempre la intención de las partes contrayentes lo que debe consultarse? Este es nuestro parecer.

283. El acreedor acepta billetes negociables en pago de una deuda anterior; ¿hay novación? Esta cuestión divide á los autores y á los tribunales. Creemos que la negativa debe de admitirse en principio. Los billetes negociables no son una simple promesa de pagar lo que se debe en virtud

1 Voet, lo decide así (lib. XLVI, tit. II, núm. 5).

2 Casación, 29 de Noviembre de 1871 (Daloz, 1873, 1, 82).

de la obligación primera. Luego el texto del art. 1,271 1.º no es aplicable. ¿Puede admitirse que las partes tienen la intención de innovar, aunque la deuda siga siendo la misma? Esta voluntad debería resultar con claridad de la escritura según los términos del art. 1,273. Y ¿qué es lo que pasa entre el acreedor y el deudor. El deudor suscribe billetes; este es un modo de pago; él debía pagar en numerario, y en lugar de esto, ofrece pagar ó hacer pagar. ¿Qué es lo que ha cambiado en la deuda? Nada. ¿En dónde está la intención de innovar? No la hay, si se pone uno en el punto de vista del acreedor; esto es de toda evidencia. La cuestión no presenta un interés práctico sino cuando el acreedor tiene cualquiera garantía para el pago de lo que se le debe. ¿Por qué había de renunciar á esas garantías cuando el deudor le da billetes negociables? ¿Acaso estos billetes hacen las veces de toda garantía? Si así fuere, la cuestión no se llevaría diariamente ante los tribunales. Es porque los billetes no son pagados por lo que se suscita el debate. ¿Y se quiere que el acreedor renuncie los derechos ciertos por una simple promesa que con harta frecuencia no se realiza? Es llegado el caso de aplicar el art. 1,273; la voluntad de innovar debe resultar con claridad de la escritura; ahora bien, en el caso de que se trata, la voluntad contraria es lo cierto, salvo para excepciones.

Tal es la opinión de la mayor parte de los autores. (1). Durantón distingue. Cuando el vendedor recibe billetes en pago de su precio y da recibe liso es "claro;" dice él que hace novación de la acción que nace de la venta y que no tiene ya el privilegio del deudor; se conforma con la acción que nace de los billetes en el caso en que no fuesen pagados. Creemos que nada tiene de claro. Que se nos presente un asomo de razón que pueda inducir al vendedor privilegiado á renunciar á su privilegio, para conformarse con-

1 Aubry y Rau. t. IV, pág. 218, nota 34, y los autores allí citados,

billetes, siendo que no han de ser pagados. Cuando la más simple prudencia le dicta que conserva un privilegio, ¿puede decirse que la voluntad de renunciarlo resulte con claridad de la aceptación de billetes? El da carta de pago, se dice. Nada más sencillo: los billetes son un modo de pago; ahora bien, todo pago da al deudor el derecho de exigir un recibo. ¿Pero qué significa el recibo en el caso de que se trata? No significa que el acreedor esté pagado, porque no lo está, y puede suceder que no lo esté. Dar cartapago no quiere, pues, decir otra cosa que recibir billetes en pago de lo que es debido; esta carta de pago no será definitiva sino cuando los billetes estén cubiertos. (1)

284. La jurisprudencia, apesar de algunas vacilaciones, se pronuncia en favor de esta opinión. Cuando el acreedor acepta sencillamente los billetes negociables, sin dar carta de pago de lo que se le debe, no hay duda alguna. Las cortes así lo resuelven; casi sin motivar sus decisiones, tanto así es evidente la cosa; las sentencias se limitan á recordar el principio escrito en el art. 1,273; la novación no se presume, y la ley no lo diría, porque bastaría el sentido común para decidir que el vendedor no renuncia á su privilegio, cuando acepta billetes cuyo pago nada le garantiza. (2) La Corte de Bruselas dice muy bien que en tesis general, la entrega de efectos negociables por el deudor al acreedor, no tiene más objeto que comprobar la deuda y facilitar su recobro, y de ninguna manera substituir una deuda por otra; y sin intención de innovar ¿cómo habría novación? (3) La negativa es de toda evidencia cuando el deudor envía un billete á la orden al acreedor y cuando éste se limita á acusarle recibo; esto equivale á decir con toda claridad que acepta el billete como pro-

1 Duranton, t. XII, pág. 402, núm. 287. En sentido contrario, Marcadé, t. IV, pág. 585, núm. II del art. 1,273.

2 Gante, 26 de Marzo de 1833 (*Pasicrisia*, 1837, 2, 177).

3 Bruselas, 5 de Julio de 1837 (*Pasicrisia*, 1837, 2, 177).

mesa de pagar lo que el deudor debe, pero éste continúa debiendo. (1) Si los billetes no son pagados, el acreedor conserva todos los derechos inherentes al crédito; si es vendedor, puede promover la resolución de la venta, garantía igualmente preciosa que el privilegio cuando se trata de inmuebles. La aceptación de billetes sin recibo de precio, es más que un modo de liberación; salvo el dinero en caja. (2)

La jurisprudencia de la Corte de Casación se halla en este sentido; ella dice que estos efectos de convenio creados para operar eventualmente la liberación de una deuda, no son más que un modo de pago de esa deuda; y el modo de pago no implica novación. (3) Las aplicaciones del principio son numerosas. Un billete á la orden, está suscripto por dos personas; uno de los signatarios crea tres nuevos billetes en reemplazo del primero, y los paga á su vencimiento; en segunda, ejercita un recurso contra su co-deudor, y éste se pretende descargado por la novación: la Corte de Casación resolvió que no había novación. (4)

El fiador demandado por el acreedor, da en pago un efecto de comercio en cambio de cartapago; si no se cubre el billete, el acreedor conserva su acción contra el deudor principal y contra el fiador. (5)

Un gerente consiente una hipoteca para seguridad de su gestión. Después de la rendición de su cuenta y por el pago del resto, suscribe billetes en provecho de su man-

1 Bruselas, 8 de Julio de 1825 (*Pasicrisia*, 1825, pág. 449).

2 Bourges, 24 de Noviembre de 1841 (Daloz, *Venta*, núm. 1,350, 3.º). Compárese Bruselas, 4 de Agosto de 1856 (*Pasicrisia*, 1856, 2, 431); Lieja, 26 de Diciembre de 1866 (*Pasicrisia*, 1867, 2, 161).

3 Denegada, 28 de Julio de 1823 (Daloz, *Privilegios é Hipotecas*, núm. 978).

4 Denegada, 30 de Marzo de 1819 (Daloz, *Efecto de comercio*, número 506, 7.º)

5 Denegada, 4 de Abril de 1811, (Daloz, *Obligaciones*, número 3,415 1.º)

dante, quien los acepta lisa y llanamente; los efectos no son pagados. El acreedor conserva su hipoteca. (1) Sería locura renunciarla para substituirle efectos que no tienen valor sino cuando son pagados, y la locura no constituye ciertamente la voluntad clara de innovar que exige el artículo 1, 273.

La Corte de Casación casi no hace más que confirmar las decisiones pronunciadas por la Corte de Apelación. los jueces del hecho que ven las circunstancias de la causa, no pueden admitir una intención de innovar cuando todas las probabilidades están por el mantenimiento de la primera obligación. Se lee en la sentencia que los efectos subscriptos por el deudor tienen por objeto, no extender la deuda, sino facilitar su pago, las partes sin duda en la mente, la una pagar; la otra percibir lo que se le debe; pero la extinción de la deuda está subordinada en su intención al pago efectivo de los billetes. (2)

En definitiva, los billetes no son más que la representación de las sumas debidas, (3) ó, como lo dice la Corte de París según la jurisprudencia de la Corte de Casación, es un modo de pago: (4) este motivo para decidir es perentorio.

285. Hay expresiones usadas en el comercio que, á primera vista, causan ilusiones. Los billetes son causados por valor "recibido al contado." Se ha fallado que el billete formulado así no opera novación. En el caso de que se trataba, el comprador había subscripto un billete con la precitada fórmula. Era evidente, por confesión de las partes, que nada había pagado; así, pues, el billete no probaba

1 Devegada, 15 de Junio de 1825 (Daloz, *Obligaciones*, núm. 2,415, 7.º)

2 Burdeos, 23 de Diciembre de 1830 (Daloz, *Efectos de comercio*, núm. 276, 3.º)

3 París, 23 de Enero de 1846 (Daloz, 1851 2, 102).

4 París, 13 de Julio de 1850 (Daloz, 1851, 5, 366).

que el vendedor había recibido su pago, y estaba subscripto para hacérselo conseguir. La Corte de Lieja dijo que las partes habían invertido esa enunciación en el billete para hacerlo transferible por un endose. De hecho, el objeto de los billetes era conceder un nuevo plazo al comprador que no había podido cubrir la parte del precio ya vencido. La Corte concluyó de aquí que el vendedor, á la vez que adquiría el derecho de perseguir al subscriptor del billete, había conservado los derechos que se derivaban de la venta. Es contrario á toda verosimilitud que las partes hayan pretendido substituir un derecho menor á un derecho más fuerte. (1)

286. La única hipoteca en la cual haya alguna duda es aquella en que el acreedor, tal como el vendedor, da carta de pago al deudor mediante la entrega de letras de cambio que le hace el comprador. Cuando la carta de pago puede interpretarse, como lo hemos dicho, en el sentido de que el acreedor reconoce únicamente que el deudor le ha entregado efectos en pago del precio, se está bajo el dominio de los principios que acabamos de exponer. Pero se supone que la carta de pago se ha dado por la deuda del precio. Hé aquí en que términos se presentó la cuestión ante la Corte de Bourges: Venta de muebles por escritura notariada por un precio de 37,500 francos, pagaderos por mitad en efectos, los cuales continúa la escritura, fueron subscriptos en provecho del vendedor y al instante se le entregaron: "por cuyo medio el vendedor reconoce haber recibido el precio de la presente venta. Después de la división, la Corte resolvió que había novación. Los dos efectos remitidos eran unas cartas de cambio que, no habiendo sido pagadas á su vencimiento, dieron lugar á persecuciones y á una pena corporal. De esto resulta, dice

1 Lieja, 15 de Febrero de 1812 (Dalloz, *Obligaciones*, núm. 2,416, 1.º)

la sentencia, que el comprador contrajo una nueva deuda hacia el vendedor, substituyendo una obligación mercantil con pena corporal y el rédito al 6 p. § á una obligación puramente civil, obligación que el vendedor extinguió dando recibo sin reserva del precio.

La Corte concluyó que de los términos de la escritura resulta con claridad la voluntad de hacer novación. Interpuesto el recurso de casación, hubo igualmente división. La Corte acabo por casar. No basta, dijo, que el juez del hecho declare que la voluntad de las partes de operar novación, resulte con claridad de la escritura; la ley define las condiciones de la novación; luego es preciso que el juez diga cómo se operó, y que pruebe que la situación respectiva de las partes ó la naturaleza de la obligación han cambiado de alguna de las tres maneras indicadas por el artículo 1,271; de donde se sigue que la Corte de Casación tiene el derecho y el deber de comparar las declaraciones de los jueces con las disposiciones de la ley. En el caso de que se trataba, el contrato celebrado entre las partes, era una venta; el precio había sido cubierto en dos efectos subscriptos al momento en provecho del vendedor. La cuestión está en saber si se puede inducir de esta circunstancia que el vendedor ha renunciado al derecho que debe á la ley de pedir la resolución en caso de no ser pagado el precio. Esta renuncia, según los términos del artículo 1,271, debería resultar con claridad de lo que ha pasado entre las partes. Y ¿qué es lo que ellas han hecho? Simplemente han arreglado el modo de pagar el precio de la venta, no han constituido un crédito nuevo extinguiendo el antiguo. Se objetaba que, en la intención de las partes, la creación de letras de cambio tenía por objeto dar á una obligación civil los efectos de una obligación mercantil. La Corte contesta que de aquí no se sigue que la deuda esté desnaturalizada y que haya substitución de un crédi-

to á otro crédito. (1) Este último punto nos deja una duda. Si realmente la deuda civil se hubiese convertido en deuda mercantil, habría que admitir la novación, porque la naturaleza de la obligación había cambiado. La Corte de Orléans á quien se puso en conocimiento el negocio, contesta la objeción. Las letras de cambio, dice ella, no son por sí mismas más que una promesa de pago; para apreciar la naturaleza de la deuda, hay que ver lo que se ha pagado; en el caso de que se trata, es un precio de venta; los efectos que representan el precio, lo decían expresamente, porque los dos contratos decían: "valor recibido en propiedad." Así, pues, la deuda seguía siendo lo que era, un precio de venta; el modo de pagarla era tomado del convenio, y de ahí resultaba que el subscriptor era constreñible por la fuerza; pero la forma comercial, y la consecuencia que le es inherente, no debe confundirse con la naturaleza de la deuda; al adoptar una forma comercial, las partes en nada han cambiado la naturaleza de la deuda, lo que es decisivo. (2)

287, La Corte de Nancy había fallado en el mismo sentido, al decidir que no había novación, aun cuando el vendedor de mercancías al, recibir billete en pago del precio, declaró que había pagado al contado. Esta declaración, contraria á la verdad, si se la toma al pie de la letra, debe entenderse en el concepto de la liberación del comprador; está subordinada al pago de los billes, porque los billetes no tienen valor sino cuando están en caja; luego el que los recibe no lo hace sino salvo al ponerlos en caja. (3)

Hay una sentencia en la Corte de Bruselas en sentido contrario. Las circunstancias son notables. Se trataba de una

1 Casación, 22 de Junio de 1841 (Dalloz, *Obligaciones*, número 2,376, 1.º)

2 Orléans, 6 de Septiembre de 1842 (Dalloz, núm. 2,428, 3.º)

3 Nancy, 4 de Enero de 1827 (Dalloz, *Venta*, núm. 276).

cuenta tutela rendida por una madre á su hija. La hija declaró haber recibido el resto y dió á su madre completo descargo. Ella había aceptado un pago un billete á la orden que no fué cubierto; la carta de pago no hacía mención alguna de la entrega de ese billete. Se sostuvo que, en esta circunstancias, la deuda de tutela estaba extinguida y reemplazada por una diligencia nueva puramente mercantil. La Corte de Bruselas se pronunció por la novación, sobre todo, en el interés de los terceros. Ella dice, que la liberación del deudor era absolutamente y evidentemente destinada á ser conocida de los terceros; ha dado, pues, un derecho á los terceros, este derecho no puede ser alterado por los convenios secretos celebrados entre las partes. (1) Esta donación nos deja una deuda: ¿no confunde el escrito con el hecho jurídico que en el consta? Para que los terceros puedan prevalerse de la liberación, es preciso que ella exista; era pues, preciso, antes que todo, ver si el deudor estaba descargado; ahora bien, no lo estaba, y no podía estarlo si no hubiere novación, y la novación supone la voluntad clara de innovar. En el caso de que se trata ¿existía? ¿Daba á entender la hija que renunciaba á su hipoteca legal al recibir un billete á la orden y al dar carta de pago á su madre? Para decidir esta cuestión, hay que hacer á un lado el interés de los terceros que no están en causa, y la intención de las partes es la única que puede invocarse.

288. Si se admite que no hay novación, los derechos de las partes siguen siendo lo que eran en virtud de su contrato; los billetes son recibidos salvo ponerlos en caja; la liberación del deudor es condicional si la condición de poner en caja no se cumple, la aceptación de los billetes se vuelve nula y los derechos de los acreedores se les reservan íntegramente. Estos son los términos de una sentencia de

1 Bruselas, 4 de Enero de 1847 (*Pasicrisia*, 1850, 2, 270).

de la Corte de Metz; la consecuencia no es dudosa si es verdadero el principio. En el caso de que se trataba de la competencia del Tribunal, que está determinado por el convenio primitivo. (1) Hay consecuencias más importantes. El vendedor conserva el privilegio, (2) él puede pedir la resolución de la venta (3) y reivindicar con las mercancías en caso de quiebra; (4) él puede proceder contra el fiador, (5) mientras que todos esos derechos perecerían si hubiera novación. A nosotros nos parece que la gravedad de estas consecuencias es una razón determinante á la letra del art. 1,273: El intérprete no puede admitir la novación sino cuando la voluntad de operarla resulta con claridad de la escritura.

289. Hay una sentencia de denegación que parece decidir que hay novación cuando el acreedor recibe billetes en pago de lo que se le debe y da recibo. (6) Hay también sentencias dadas por algunas cortes de apelación que deciden formalmente que la aceptación de billetes y la cartapago entregada por el acreedor implican novación. (7) Creemos inútil entrar en la discusión de estas decisiones, que son de hecho más que de derecho. En derecho, la jurisprudencia de la Corte de Casación nos parece incontestable. Las sentencias disidentes hablan en contra de la doctrina que consagran. Se admite, y acerca de este punto todos están de acuerdo, que el acreedor puede hacer reservas al recibir billetes y que, en este caso, él conserva todos sus derechos. Las cortes que se ajustan á estas reservas no reflexionan que

1 Metz, 27 de Agosto de 1852 (Daloz, 1854, 2, 46).

2 Gante, 16 de Marzo de 1833 (Daloz, *Obligaciones*, núm. 2,417 5º y *Pasicrisia*, 1833, 2, 105).

3 Paris, 20 de Julio de 1831 (Daloz, *Quiebra*, núm. 1,237).

4 Véanse las sentencias citadas en el *Repertorio de Daloz*, número 1,427, 3.º y 4.º

5 Paris, 2 de Abril de 1853 (Daloz, *Obligaciones*, núm. 2,418, 2.º

6 Véanse las sentencias en el *Repertorio de Daloz*, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,422.

7 Véanse las sentencias citadas por Daloz, núms. 1,423 y 1,424,

serían inoperantes si fuera cierto que la aceptación de billetes opera novación; en efecto, cuando la voluntad de innovar es clara, y debe serlo conforme al art. 1,273; todas las reservas del mundo serían ineficaces; declábase que las protestas contrarias á la escritura no tienen valor. En nuestra opinión, las reservas son válidas, pero son inútiles supuesto que resultan de la intención de las partes. Para convencerse de ello, no hay más que leer las que se frecuentan en las sentencias.

El acreedor estipula que si no se cubren los billes volverá á todos sus derechos: (1) Esto equivale á decir en otros términos que los billetes son recibidos, salvo el ponerlos en caja; esto es inútil decirlo. ¿Qué es un billete que no entra en caja? Un pedazo de papel. ¿Se necesita una declaración expresa para decir que el acreedor no se conforma con un inútil pedazo de papel? Sucede lo mismo con la reserva siguiente: el acreedor dice, al aceptar los billetes, que el pago no será válido y definitivo sino cuando se pagan los billetes. (2) Si alguna cosa no se necesita decirse es esta reserva; es tan natural, que se la puede llamar evidente sin que esté escrita. Por esto es que se admite que no debe estipularse, que debe resultar de los hechos y circunstancias de la causa. Esta es una nueva prueba que habla en contra de la jurisprudencia disidente. Ella establece como principio que la aceptación de billetes con cartaprgo implica novación, lo que supone que hay voluntad clara de innovar; pero si hay voluntad clara de innovar; ¿cómo los hechos y circunstancias de la causa pueden probar que no hay voluntad de innovar? Es palpable la contradicción. Por esto se admite que no hay novación cuando, á la vez que acepta billetes en pago, el acreedor conserva sus antiguos títulos: Esto es una prueba, se di-

1 Denegada, 16 de Agosto de 1820 (Daloz, núm. 2,426 1°)

2 Burdeos, 4 de Julio de 1832 (Daloz, núm. 2,426, 1.°)

ce, de que pretende hacerlos valer en caso necesario. ¿Qué importa que el acreedor conserve sus títulos? ¿Los billetes creados tendrían una causa si no hubiese existido la primera obligación creada para pagar el precio de venta? prueban que hay venta; el vendedor tiene derechos como tal, derechos independientes del escrito, con tal que la venta se pruebe, y ella lo está por el solo hecho de que el comprador suscribe billetes; así, pues, el vendedor no necesita de sus títulos para promover; por lo mismo es indiferente la circunstancia de que él los conserve.

289 *bis*. Se admite además que no hay novación cuando los billetes expresan la causa por la cual han sido suscritos. Así, el comprador dice en el billete que él suscribe: "valor recibido en propiedad ó en mercaderías;" ó dice en otros términos que los billetes han sido creados para pagar el precio de la venta. Esto basta para que no haya novación, se dice, porque las novaciones mantienen la obligación primera, lo que excluye la voluntad de innovar. (1)

Contestamos nosotros que la jurisprudencia confunde la prueba de la causa con el hecho jurídico de la causa. Que la causa; es decir, la venta, esté ó nó expresa en el billete, nada importa. De hecho se suscribieron los billetes para pagar el precio de venta; luego la causa, expresa ó nó, es la venta. Queda por averiguar si el vendedor pretende conservar sus derechos ó si quiere hacer novación ¿Basta que la causa de los billetes se mencione para que al vendedor se le considere como que se reserva sus derechos? Esta mención es de estilo, el suscriptor, en el caso de que se trata, el comprador es el que la

1 Orléans, 6 de Septiembre de 1842 (Daloz, núm. 2,428, 3.º) Oen, 3 de Enero de 1849 (Daloz, 1851, 2, 103). Lieja, 1.º de Mayo de 1820, (*Pasicrisia*, 1820, pág. 124). Gante, 10 de Agosto de 1835 (*Pasicrisia*, 1835, 2, 306). Denegada, 27 de Febrero de 1837 (*Pasicrisia*, 1827, 1, 40).

hace. ¿Qué tiene esto de común con la voluntad de innovar? Hay una prueba mucho más evidente de que el vendedor no tiene voluntad de innovar, y es su interés.

290. La cuestión que estamos discutiendo, se presenta además, en otras circunstancias y bajo otras formas. Se dice en el billete que está subscripto "para saldo de cuenta:" ¿hay novación? Así se ha pretendido. La Corte de Lieja se ha pronunciado por la negativa. Esta es una cuestión de intención, dice ella; y el art. 1,273 exige que la voluntad de innovar resulte con claridad de la escritura. Ahora bien, en el caso de que se trata, casi no era dudosa la voluntad contraria. El deudor, después de la entrega de los billetes había puesto él mismo en su balance á los acreedores hipotecarios en cuyo provecho los había subscripto y en esa calidad; luego en su mente la deuda hipotecaria subsistía, no habiendo sido pagados los billetes; por su parte los acreedores, apesar de la aceptación de los billetes, se consideraban siempre como acreedores hipotecarios, porque con tal calidad habían hecho mandamiento á su deudor en virtud de la obligación primitiva; luego los billetes habían sido creados únicamente, dice la sentencia, para acceder á la obligación preexistente y para facilitar su pago. (1)

La Corte de Bruselas falló en el mismo sentido. El acreedor de una deuda hipotecaria había recibido en pago, en vez de mercancía, derechos de socas que daban el importe de la suma prestada y de los réditos; al acusar recibo de esos derechos, expresaba la esperanza de que serían cubiertos á su vencimiento, y reconocía que se habían creado para saldo de la obligación hipotecaria. (2) La cuestión no era dudosa, no había ninguna voluntad de inno-

1 Lieja, 12 de Diciembre de 1826 (*Pasicrisia*, 1826, pág. 315)

2 Bruselas, 4 de Marzo de 1844 (*Pasicrisia*, 1844, 2, 112), y 23 de Julio de 1850 (*Pasicrisia*, 1850, 2, 237).

var; citamos el caso porque marca muy bien cuál es la intención del acreedor que acepta los billetes "por saldo:" el los acepta con la "esperanza" de que serán cubiertos, hace constar que es por saldo á fin de que se sepa la causa por la cual se crearon los billetes pero en donde está el acreedor que renuncia á su hipoteca por una simple esperanza.

291. En lugar de aceptar billetes subscriptos por el deudor, el acreedor gira sobre su deudor y éste acepta el derecho de soca: ¿hay novación? La Corte de Bruselas ha pronunciado dos sentencias por la negativa en el mismo caso. La primera sentencia decide, en términos absolutos, que la intención de las partes no es hacer novación en anulando la primera deuda, siendo el único objeto de los derechos de soca facilitar el pago, como se estila entre comerciantes. La segunda sentencia hace notar las circunstancias particulares de la causa que probaban que no había intención de innovar. Unas mercaderías se habían expedido de América, á demanda de un comisionista; la deuda no tenía un caracter determinado, porque los destinatarios tenían la facultad de guardar las mercaderías, sea á título de compra, sea á título de consignación. De esto resultaba que los expedidores, al girar sobre los destinatarios, no podían dar á su giro una causa determinada: en caso de venta, éste era un modo condicional de pago del precio; en caso de consignación, era un anticipo pedido sobre las mercaderías consignadas. ¿Cómo los expedidores podían pensar en innovar un título cuya naturaleza y valor no conocían todavía? (1)

292. Sucede á menudo que, cuando los billes no se pagan en su vencimiento, se les renueva: ¿había novación?

1 Bruselas, 5 de Marzo y 25 de Julio de 1856 (*Pasicrisia*, 1856, 2, 429, 430).

Massé distingue conforme la jurisprudencia francesa: si los billetes renovados se quedan en manos del portador, no habrá novación; mientras que sí la habrá si los billetes primitivos se destruyen ó se devuelven al subscriptor. (1) Nos parece que esta distinción se halla en oposición con el principio que rige esta materia: para que haya novación, se necesita que la voluntad de operarla resulte con claridad de la escritura. ¿Puede suponerse la voluntad de innovar cuando se renuevan billetes no pagados? La renovación de los billetes es un nuevo plazo que el acreedor concede al deudor, consiente en suspender sus diligencias, con la esperanza de que los nuevos billetes sean pagados. No hay, pues, la menor intención de innovar en la simple renovación de los billetes. (2)

293. Hay que agregar una restricción á la doctrina que acabamos de exponer. No pretendemos decidir de una manera absoluta que la aceptación de billetes por el acreedor, no opera nunca novación; esta opinión absoluta estaría en oposición con el principio que hemos establecido como punto de partida (núm. 266). Las partes pueden, ciertamente, declarar que hacen novación subscribiendo y aceptando billetes; tienen derecho para ello, por poco importante que sea el cambio que hayan introducido en la obligación primera. Ahora bien, en esta materia, la voluntad tácita tiene el mismo efecto que la voluntad expresa, con tal que resulte con claridad de la escritura. Los tribunales pueden, pues, decidir, fundándose en los hechos y las circunstancias de la causa, que las partes han pretendido operar novación. En última reciente, la Corte de Liéja establece como principio que hay novación cuando el pago de una deuda se ha arreglado en promesas y cuando la voluntad

1 Massé, *El Derecho Mercantil*, t. V, pág. 101, núm. 2.206.

2 Compárese Bruselas, 14 de Junio de 1815 (*Pasicrisia*, 1815, página 403).

de innovar resulta con claridad de los hechos que han provocado el arreglo; en el caso juzgado por la Corte, había, además, nuevos deudores; lo que era decisivo. (1) El principio nos parece incontestable, la aplicación depende de las circunstancias de la causa; es inútil hacerlos constar, por que varían, necesariamente, de un litigio al otro. Hay una sentencia de la Corte de Gante en el mismo sentido. (2)

§ II.—NOVACION SUBJETIVA.

Núm. 1. Substitución de un nuevo acreedor.

274. "La novación se opera cuando, por efecto de un nuevo compromiso, un nuevo acreedor es substituido al antiguo, con el cual el deudor se encuentra descargado" (art. 1,271. 3. °). ¿Cuáles son los requisitos para que esa novación sea válida? Se deducen del texto que acabamos de transcribir. Se necesita primero el consentimiento del antiguo acreedor, puesto que renuncia á su crédito; se necesita el consentimiento del nuevo acreedor, porque él estipula su derecho en un favor; por último, se necesita el consentimiento del deudor, puesto que contrae un compromiso. Este concurso de consentimiento debe tener por objeto crear una deuda nueva; el art. 1,271 lo dice; y el artículo 1,277 agrega: que si el acreedor marca simplemente una persona que debe recibir por él, no hay novación. En general; es un simple mandato de recibir lo que se debe al acreedor, aun cuando el deudor interviniere, obligándose á pagar á la persona indicada; esta obligación se subentiende, y todo lo que resulta de la intervención del deudor, es que el mandato no podrá revocarse, puesto que se ha dado con el concurso de voluntad de las partes contra

1 Lieja, 22 de Mayo de 1869 (*Pasicrisia*, 1871, 2, 90). Compárese Bruselas, 4 de Enero de 1840 (*Pasicrisia*, 1840, 2, 2).

2 Gante, 17 de Abril de 1863 (*Pasicrisia*, 1863, 2, 350)

yentes. El caso se ha presentado, y ha habido dificultad sobre el punto de saber si el deudor podía aún pagar válidamente á su acreedor ó si estaba obligado á pagar en manos del tercero indicado que era el acreedor del mandante. Este había mandado notificar el mandato al deudor con prohibición de hacer ningún pago en su perjuicio. Así es que consideraba el acto como equivalente á una cesión. Esto era un error, porque la escritura únicamente autorizaba al deudor á que pagara en sus manos. En éste un mandato dado en interés del tercero, es verdad, pero el tercero no adquiriría ningún derecho sobre el crédito. No había cambio de acreedor, lo que decidía la cuestión. (1)

295. El art. 1,271 dice que se necesita un "nuevo compromiso" para que haya novación. Este es el carácter que distingue la novación subjetiva de la cesión y de la subrogación. Cuando hay cesión del crédito, no se forma una obligación nueva: el acreedor transfiere el crédito al cesionario, así es que subsiste el antiguo crédito á cargo del mismo deudor: por esto el deudor no debe consentir en la cesión, queda extraño á ella; todo pasa entre el deudor y el comprador, salvo que el comprador debe notificar la cesión al deudor para estar asegurado respecto de los terceros. En la novación, el deudor interviene, lo que hace inútil toda notificación. La Corte de Paris ha consagrado el principio con la consecuencia que de él resulta, y es que la deuda cedida subsiste con su causa, sus condiciones, sus modos y los vicios que podían serle inherentes. (2)

En cuanto á la subrogación, es una cesión ficticia; el crédito, aunque pagado, subsiste en favor del subrogado; el deudor no debe intervenir sino cuando él es quien consiente la subrogación. (3)

1 Ronen, 11 de Marzo de 1815 (Dalloz. *Obligaciones*, núm. 2,499).

2 Paris, 5 de Agosto de 1871 (Dalloz, 1873, 2. 229).

3 Durantou, t. XII, pág. 180, núm. 115 y todos los autores.

296. La aplicación de este principio ha dado margen á una dificultad que en varias ocasiones se ha llevado ante la Corte de Casación y ha recibido su aparición contradictoria

Un notario cede su oficio mediante 65,000 francos; el cesionario paga 11,000 francos sobre precio y después el cedente transfiere su crédito á un tercer comprador con compromiso de procurarle dentro de diez días la aceptación del deudor. Este acepta en estos términos: "Acepto el supradicho traslado y lo tengo por debidamente notificado; declaro que no poseo ninguna oposición ni tengo impedimento que pueda suspender sus efectos y que no tengo ninguna compensación que operar á mi acreedor; reconozco al cesionario por acreedor mío de los 54,000 francos cedidos, y me comprometo á descargarme de esa suma en tres meses de la misma manera y en los mismos términos que me obligaban respecto al cedente." El notario que había cedido su beneficio desapareció dejando un déficit considerable; y hasta fué condenado á dos años de prisión por demanda de abuso de confianza. Dicho á esto, habiendo sufrido los productos del oficio una baja considerable, el notario que lo había comprado pidió una reducción del precio; el tercer cesionario le opuso que al aceptarlo por acreedor había operado en la deuda una novación que le impedía oponer á su nuevo acreedor excepciones que podrían corresponderle contra su acreedor primitivo. La Corte de Burges falló que no había novación. Es claro que la cesión no opera novación, puesto que no hay nueva deuda; y el art. 127, 3.º, así como los principios más elementales, exigen imperiosamente que haya un compromiso nuevo para que la novación se opere. Ahora bien, la aceptación de la cesión no es más que un equivalente de la notificación (art. 1,689); es decir, un requisito para que el cesionario quede resguardado respecto de los terceros.

Así, pues, por sí misma la aceptación no es más que el complemento de la cesión y, por consiguiente, no puede operar novación. El art. 1,215 confirma esta opinión: dice que el deudor que ha aceptado lisa y llanamente la cesión, no puede ya oponer la compensación, lo que habría sido inútil expresar si la aceptación lisa y llana del traslado operaba novación, porque, en esta suposición, no podrían oponerse sin comparación ni excepción alguna al nuevo acreedor. En principio, esto es incuestionable. Pero se pretendía que, en el caso de que se trataba, la declaración subscripta por el deudor era más que una aceptación, supuesto que el deudor decía en ella que reconocía al cesionario por acreedor suyo. La Corte de Bourges contesta á la objeción que en la interpretación de los convenios hay que investigar cuál ha sido la común intención de las partes más bien que fijarse en el sentido literal de las palabras. ¿Y cuál era el objeto de la declaración del deudor? El notario, al transferir su crédito, había prometido la aceptación del deudor; es decir, la aceptación de que habla el art. 1,689 y que hace veces de notificación. Esto era todo lo que se le pedía al deudor; no se trataba de innovar el crédito por la substitución de un nuevo crédito. ¿Puede aceptarse que el deudor haaya querido prometer más de lo que debía, más de lo que se le pedía al contraer un nuevo compromiso? ¿Por qué el deudor habría consentido una novación cuando sólo se le pedía una aceptación? La declaración debe interpretarse conforme á la intención de las partes interesadas. ¿Qué era lo que querían? Una aceptación que hiciera veces de notificación; por esto, el deudor declara que acepta el traslado y lo tiene por notificado. Lo que después añade no puede alterar la declaración de aceptación y transformarla en novación; si el deudor reconoce al cesionario por acreedor suyo, en el sentido de que es deudor suyo por

54,000 francos cedidos, como todo deudor, cedido, se vuelve, en este sentido, deudor del cesionario. Sin embargo, se recibió el recurso, pero la Sala de lo Civil lo rechazó (1)

La jurisprudencia se ha pronunciado á favor de esta opinión. Se ha fallado que no hay novación aun cuando el deudor intervenga en la escritura de cesión y dé su consentimiento á algunas modificaciones que no son concernientes más que al pago. En el caso de que se trata, el deudor, después de haber declarado que consideraba la cesión por habérselle notificado debidamente, estipulaba y el cesionario le concede un plazo más largo que el que primitivamente se había convenido; además, las partes hicieron ciertas modificaciones en cuanto al modo de pago de los intereses y el reembolso de los capitales. La deuda, dice la Corte de Bruselas, ha seguido siendo la misma, los cambios accesorios que se le han introducido no operarían novación entre el acreedor y el deudor; con mayor razón no pueden implicar la voluntad de innovar respecto de un cesionario. (2)

Hay una sentencia de la Corte de Nancy en el mismo sentido. El caso era que el adquirente de un inmueble invocaba el art. 1,653 para suspender el pago de su precio: el vendedor había cedido su crédito y el comprador había aceptado la cesión; de aquí la cuestión de saber si había novación. El adquirente no se había limitado al intervenir en la escritura para declarar que tenía el traslado por notificado; por un convenio posterior, el cesionario concederá al adquirente una prórroga, mediante un compromiso personal de su mujer con subrogación á la hipoteca legal, la constitución de una hipoteca en los inmuebles de

1 Denegada, 2 de Agosto de 1847 (Dalloz, 1847, 1, 345). Compárese Bruselas, 11 de Julio de 1846 (*Pasicrisia*, 1846, 2, 162).

2 Bruselas, 20 de Abril de 1863 (*Pasicrisia*, 1853, 2, 285).

los cónyuges, y además se estipuló que la deuda sería indivisible entre los linderos del adquirente. Estos cambios, dice la Corte, no han alterado la causa ni la naturaleza del crédito, que ha conservado su carácter esencial, consistente en un precio de venta de inmuebles garantido por un privilegio y, en la opinión común, por la acción de resolución. Las partes, para prevenir toda duda, habían tenido cuidado de agregar una reserva expresa de todos los derechos del cesionario, sin novación, lo que era decisivo. En vano se decía que esto era una protesta contraria á la escritura, porque la reserva no hacía más que expresar lo que las partes subentendían cuando hacen y aceptan una cesión. Interpuesto recurso, recayó sentencia de delegada apelación.

297. Quiere decir esto que la aceptación de una cesión no opere jamás novación? Hay que cuidarse de decidir de una manera absoluta en una materia en que todo depende de la intención de las partes contrayentes. La Corte de Casación admitió la novación en un caso análogo á aquél en que se ha fallado que no había novación (pág. 319, nota 1) Un notario vende su oficio por un precio ostensible de 244,000 francos y una suma de 65,000 francos asentada en una contraescritura. Posteriormente un banquero abre al cedente un crédito de 260,000 francos, para cuya seguridad el acreditado transfiere al acreedor, á título de prenda, una suma de 100,000 francos que ha de tomarse en lo que le debía el comprador del oficio. Este intervino en la escritura y declaró que se obligaba personalmente bajo la caución solidaria é hipotecaria de su madre, á pagar al banquero cesionario la suma que le era transferida, "no obstante todas las oposiciones hechas sobre el vendedor del oficio ú otros impedimentos, con cualquier título y por cualquier causa que fuesen." El comprador se obligó igualmente á pagar á un precedente

vendido de oficio, que había formado en sus manos un secuestro por lo que quedaba debiendo una suma de 122,000 francos. Después se revendió el oficio por una suma de 130,000 francos. Demandado por ejecución de los compromisos que había contraído con el banquero cesionario y el primer deudor del oficio, el comprador que acababa de recederlo ofrece que el precio real de la cesión que le había hecho debía reducirse á 130,000 francos. Entonces surgió la cuestión de saber si el comprador, al intervenir en el convenio celebrado con el banquero, había hecho novación; en la afirmativa, no podía oponerse al cesionario del precio las excepciones que él habría podido oponer al cedente. La Corte de París decidió que había novación; se funda en el compromiso personal contraído por el comprador del oficio respecto del banquero que no había consentido en la apertura del crédito sino con la garantía del traspaso y de la obligación personal contraída por el cesionario; estos convenios, dice la Corte, no podían recibir daño alguno de la excepción que el comprador del oficio podía oponer á su vendedor. Interpuesto el recurso de casación recayó una sentencia de denegación. La Corte insiste en la apertura del crédito hecha en condiciones que creaban una situación del todo nueva para el cesionario del precio del oficio, y esta nueva situación operaba novación, puesto que daba el cesionario del precio, derechos que no había tenido el cedente. Estas circunstancias especiales de la causa explican la decisión de la Corte. (1)

En principio, la cuestión no es dudosa. La simple aceptación no opera novación, pero si el deudor contrae compromisos nuevos con el cesionario, se vuelve al texto y al espíritu del art. 1,271, 3.º hay un nuevo compromiso; es decir, novación.

1 Nancy, 5 de Marzo de 1873 (Daloz, 1873, 2, 164) y Denegada, 20 de Abril de 1874 (Daloz, 1874 1, 343).

298. Puede también haber novación á causa de una subrogación. Los principios son los mismos; la aplicación no deja de tener dificultades. Aunque es necesario distinguir los matices que separan la cesión, la subrogación y novación. Veamos un caso que se presentó ante la Corte de Bruselas. (1) La compañía de material de caminos de fierro suspendió para la compañía del Gran Central algunas provisiones cuyo pago se estipulaba por decima parte, de año en año á contar desde el 1.º de Julio de 1865, con abonos de 5 y cuarto por ciento. Convínose en que después de completar los entregos, el Gran Central entregaría reconocimientos que fraccionaran la deuda por los cuales se comprometería á pagar á la compañía ó á su cesionario. Para procurarse los fondos que necesitaba, la compañía trató con diversos establecimientos de crédito. La Sociedad General descontó, al tipo de 6 p. 3 una parte del crédito consecuencia de una suma de 67,421 francos pagaderos el 1.º de Julio de 1868. El Gran Central pagó dicha suma á la Sociedad General en la fecha. El 12 de Marzo de 1867, fué declarada en quiebra y la cesación de pago traída al 5 de Diciembre precedente. Los curadores de la quiebra citaron á la Sociedad General, para que les restituyera la delegación de 67,421 francos, cubierto en provecho de la compañía quebrada por el Gran Central. Esta reclamación se basaba en la naturaleza de la operación celebrada en la compañía de Material y la Sociedad General; según los curadores era una cesión. Nó, dice la Corte, la cesión es uná venta que se hace por interés del comprador; ahora bien, la correspondencia de las partes y las condiciones del compromiso prueban que la Sociedad no quiso comprar papel; ella quería venir en auxilio de un gran establecimiento cuya existencia era

1 Denegada, Sala de lo Civil, después de deliberación en la Sala del Consejo, 19 de Abril de 1864, (Daloz, 1854, 1, 145).

amenazada; luego el interés de la Compañía fué por lo que la Sociedad General le anticipó los fondos pagando anticipadamente una parte de su crédito contra el Gran Central, lo que caracteriza la abrogación, salvo algunas modificaciones concernientes al descuento. Síguese de aquí que las formalidades del art. 1,689 no debían observarse. Lo que de particular había en esta subrogación es que iba acompañada de una novación; porque el Gran Central le reconocía deudor, derecho de la Sociedad General. (1) La sentencia no discute la cuestión de principio, que no es dudosa; las partes están en libertad para hacer una subrogación con renovación, así como pueden hacer una cesión con novación; la aplicación no suscita más que dificultades de hecho: todo depende de la intención de las partes interesadas.

299. Toullier dice que es muy rara la novación por substitución de un nuevo acreedor. Pocas sentencias hay sobre la materia, y deciden casi siempre que no hay novación. Me constituí fiador de una cuenta corriente sea cual fuere la época en que se arregle. Esta cuenta se anula en los registros del acreedor para hacerla pasar á los registros de la casa de comercio que sucede á la primera; el único objeto de la liberación era ahorrar al fiador los derechos de registro. Este pretendió que había novación por la substitución un nuevo acreedor. La naturaleza misma de la operación estaba en contra de esta pretensión; era una operación ficticia, lo que implicaba que en realidad las cosas se quedaban en su antiguo estado, por lo que no podía tratarse de un nuevo compromiso. (2)

300. Según los términos del art. 1,242, el pago hecho por el deudor á su acreedor, con perjuicio de un secuestro en oposición, no es válido respecto de los acreedores

1 Bruselas. 13 de Marzo de 1870 (*Pasicrisia*, 1871, 2, 5).

2 Denegada, 18 de Mayo de 1847 (*Dalloz*, 1847, 4, 341).

embargantes ú oponentes. ¿Debe inferirse de esto que el embargo opera novación, en el sentido al menos de que el tercero embargado no puede ya pagar válidamente sino en manos de los acreedores embargantes? Así se ha pretendido, pero la naturaleza misma del embargo está en contra de esa pretensión. Los acreedores que secuestran un crédito de un deudor proceden en virtud del art. 1,166; es decir, á nombre de un deudor; el deudor mismo es el que supone que ejercita su derecho, y si el deudor, aun que embargado, permanece acreedor, es imposible que sus acreedores le sean substituidos, en el sentido de que el crédito sé extinga; esto implica contradicción. Todo lo que resulta del embargo, es que el tercero embargado debe suspender su pago para garantía de los derechos del embargante. Si paga el embargado, apesar de la oposición, el pago es válido respecto al embargado, pero no puede oponerse á los acreedores; respecto de éstos, el pago es nulo, puesto que se ha hecho con perjuicio de sus derechos. (1)

Núm. 2. De la novación por substitución de un nuevo deudor.

301, Hay además novación subjetiva cuando un nuevo deudor es substituido al antiguo que queda descargado por el acreedor. (art. 1,271, 2. º) Pothier dice que el que así se vuelve deudor por otro que queda exonerado, se llama, en derecho *expromissor* y de aquí el nombre de *expromisión* con que se distingue esta especie de novación. La expresión se ha conservado en el lenguaje jurídico; Bigot-Prémeneu la emplea en la Exposición de Motivos: sirve para distinguir la novación de la caución: el que se constituye fiador de alguno no lo descarga de su obligación, sino que accede en ella; se le llama *adpromissor* porque

1 Denegada, Sala de lo Civil, 3 de Noviembre de 1847 (Daloz, 1847, 1, 69).

se constituye deudor juntamente con el deudor principal. (1)

Veamos un ejemplo tomado de la jurisprudencia. Constitúyese una renta y el tío del deudor es el fiador solidario. Como los vencimientos no son cubiertos, el acreedor cita al deudor y al fiador para que reembolsen el capital. Se celebra entonces un convenio entre el acreedor, el fiador y su mujer; los cónyuges pagan una parte de las rentas caídas, obtienen una prórroga por lo demás, y se obligan, con garantía hipotecaria, al reembolso del capital; estipulan la subrogación contra el deudor. ¿Este convenio operaba novación? Se falló la afirmativa la cual no es dudosa. En efecto, el fiador venia á ser deudor principal; su mujer que había quedado extraña á la constitución de la renta se volvía codeudora; luego había substitución de nuevos deudores subrogados en virtud de la escritura que descargaba al antiguo deudor respecto del acreedor. (2)

302. ¿Cuáles son los requisitos para que haya expromisión? El acreedor debe consentir, supuesto que descarga á su deudor y estipula un crédito nuevo contra un nuevo deudor. Este debe también intervenir en la novación, supuesto que se obliga. Pero el antiguo deudor no interviene. Por los términos del art. 1,274, la novación por la substitución de un nuevo deudor pueda operarse sin el concurso del primer deudor. Esto no es más que la aplicación del principio de que el pago puede hacerlo un tercero, interesado ó no, sin el concurso del deudor y aún á su pesar, según la opinión común. Ahora bien, respecto al primer deudor, la novación equivale á pago, supuesto que queda descargado. Hay, sin embargo, mucha diferencia entre el pago y la novación; el acreedor puede ser obligado á recibir

1 Pothier. *De las Obligaciones*, núm. 585; Bigot-Préameneu, Ex. posición de Motivos núm. 115. Locié, t. IV, pág. 173).

2 Lieja, 15 de Julio de 1854 (*Pasicrisia* 1854, 2, 299).

el pago de lo que se le debe, mientras que el tercero que quiere descargar al deudor, obligándose en su lugar, necesita el consentimiento del acreedor, porque éste no puede ser forzado á recibir una obligación nueva en pago (artículo 1,244).

Si se admite que el pago puede hacerse apesar del deudor, deba también admitirse que un tercero puede innovar apesar del deudor. En cuanto á la acción que el tercero tenga contra el deudor, dependerá de las relaciones que existan entre él y el deudor. Si él mismo es deudor de aquél por quien se obliga, paga su propia deuda al mismo tiempo que la de su acreedor, y no puede tratarse de un recurso en este caso. Si se ha obligado como gerente de negocios, tendrá la acción de gestión de negocios; y si ha innovado apesar del deudor, tendrá únicamente la acción de *in rem verso*. (1)

Estos principios son elementales é incontestables; sin embargo, la aplicación ha suscitado una dificultad que se ha llevado ante la Corte de Casación. Una señora era acreedora de una suma de 13,000 francos de su yerno; éste forma una compañía mercantil á nombre colectivo; en una escritura del mismo día, se estipuló que la sociedad pagaría las deudas mencionadas en la escritura de sociedad, deudas entre las cuales figuraba la de 13,000 francos. La acreedora no figuraba en estas escrituras; la víspera del día en que se constituyó la sociedad, ella había otorgado un plazo á su deudor, con la condición de que sería reembolsada anualmente sobre los beneficios que él obtuviera. Se dirigió á la sociedad para que se le pagara, y se le contestó que la sociedad jamás se había obligado respecto de ella; su demanda fué desechada en apelación y en casación. En vano la actora invocaba la escritura por la cual la sociedad se obligaba á pagar su deuda, porque había sido

1 Durantou, t. XII, pág. 420, núms. 306 y 307.

extraña á tal convenio, y ella no podía prevalerse de él; no se concibe la novación sin el consentimiento del acreedor. (1)

303. Se necesita la voluntad de innovar. Se aplica á la novación subjetiva lo que el artículo 1,273 dice de toda novación, y es que no se presume; la voluntad de operar la debe resultar con claridad de la escritura. No basta, para que haya novación, que un tercero se presente al acreedor y ofrezca obligarse á su respecto; importa ver lo que pasa entre las partes contrayentes. Puede suceder que el tercero no intervenga sino para asegurar más la obligación del deudor ó para contener las persecuciones del acreedor dándole una nueva garantía; en este caso, habrá adpromisión. La novación exige que el antiguo deudor quede exonerado, supuesto que es un modo de extinción de las obligaciones. (2) Vamos á tomar algunas apreciaciones de la jurisprudencia.

304. Se hace una venta de inmuebles á una sociedad representada por su gerente, en una suma de 700,000 francos; dos comanditarios intervienen en el contrato y se obligan á pagar el precio al vendedor, capital y réditos. Los comanditarios no pagan y el vendedor demanda á la sociedad; se le objeta que la sociedad jamás fué deudora. Era aquella una singular pretensión. ¿Acaso no toda venta obliga al comprador á pagar el precio? Luego la sociedad era deudora; si unos comanditarios intervinieron para obligarse respecto al vendedor, el comprador habría podido quedar descargado en virtud de la obligación contraída por ella; pero para esto se habría necesitado una novación; ahora bien, ni una sola palabra del convenio implicaba la intención de innovar, siendo que la ley exige que la voluntad de innovar resulte con claridad de la escritura. Sin

1 Denegada, 5 de Mayo de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 150).

2 Duranton, t. XII, pág. 421, núm. 318.

embargo, el Tribunal del Sena se pronunció en favor de la sociedad, por motivo de que la escritura de venta no le imponía ninguna obligación personal. ¿Es preciso que la escritura de venta estipule que el comprador debe pagar el precio? El fallo se reformó en apelación y la Corte de Casación confirmó la decisión de la Corte de Paris. (1) El vendedor de bienes inmobiliarios acepta en pago del precio un crédito del adquirente contra un tercero, y notifica la cesión al deudor. Se abre un orden sobre los inmuebles vendidos. A petición de los demás acreedores, el Tribunal de 1.^ª Instancia resolvió que el vendedor había operado novación al aceptar un nuevo deudor, que, por consiguiente, había perdido su privilegio. La Corte de Paris reformó la decisión; dijo muy bien que sería contrario á toda razón suponer que un vendedor renunciara al privilegio que le garantiza el pago de su crédito por un derecho que ni siquiera era claro en cuanto á su existencia. Y lo que está contra toda razón lo está también contra todo derecho. Los primeros jueces habían olvidado el artículo 1,273: la novación no se presume; la voluntad de innovar debe resultar con claridad de la escritura. Y, en el caso de que se trata, ninguna intención de innovar se había expresado, ni había nuevo deudor, porque el deudor del crédito no había intervenido; había un pago subordinado á la realización efectiva del crédito cedido, de lo que resultaba que el vendedor conservaba todos los derechos si no se cubría el crédito. (2)

305. Lo que engaña á las partes interesadas y multiplica los litigios, es que se imaginan que cuando hay un nuevo deudor, hay necesariamente novación. El texto de la ley condena este error; se necesita, además, que el nuevo deudor sea substituido al antiguo, de modo que éste quede

1 Denegada, 28 de Febrero de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 439).

2 Pau, 9 de Marzo de 1853 (Dalloz, 1853, 2, 145).

descargado. Unos asociados en nombre colectivo forman una sociedad en participación con un tercero; juntamente con este tercero deben cierta suma por provisiones hechas á la nueva compañía. Así es que la deuda era una deuda social; para cubrirla, ponen en manos del acreedor una letra de cambio girada por ellos solos, en su nombre, sin el concurso del tercer socio. La letra de cambio no fué pagada y el acreedor ejercitó su recurso contra el tercero. Opúsosele la novación. En el caso presente, la cuestión no era de novación; el acreedor tenía por deudor á la sociedad; y ¿al recibir de dos socios una letra de cambio daba á entender que descargaba al tercero? No se trataba de novación, supuesto que no había nuevo deudor; tratábase de saber si el acreedor había renunciado al derecho que tenía de proceder contra el tercer socio, y como las renunciaciones no se presumen, bastaba con esto para decidir el pleito. No obstante, se llevó ante la Corte de Casación. (1)

Esto no quiere decir que no pueda innovarse una deuda social por uno de los socios cuando éste no era deudor personal, pero de todas suertes es preciso estar dentro de los términos del art. 1,273. Se disuelve una compañía; uno de los socios se obliga por una deuda social: ¿opera con esto novación? Esta es una cuestión de hecho. ¿Se obligó con la intención de innovar y el acreedor aceptó su obligación descargando á su antiguo deudor? La Corte de Aix decidió que había novación: para probar que el acreedor había pretendido descargar á los deudores primitivos, se fundó la Corte en los hechos, en las circunstancias y en las escrituras comerciales. Su decisión fué atacada por violación del art. 1,273. La Corte desechó el recurso: ¿es presumir la novación probar con presunciones que ella existe? Nó, porque las presunciones son una prueba, y esta prueba

1 Denegada. Sala de lo Civil (Daloz, *Obligaciones*, núm. 2,452, 1.º)

es admisible en las materias de comercio, supuesto que en ellas se admite indefinidamente la prueba testimonial. (1)

306. Las cuentas corrientes y continuadas con una nueva sociedad que toma el lugar de otra disuelta importan novación? Ya hemos encontrado la dificultad (núms. 261 y 262). La solución depende de la intención de las partes interesadas. Pero, en todo se mezclan cuestiones de derecho puesto que aconteció que la Corte de Casación case decretos que han admitido la novación. El acreedor, como consecuencia de la cuenta corriente, continúa haciendo exhibiciones después de la disolución de la casa de banca reemplazada por una nueva que había anunciado por medio de circulares la formación de la nueva sociedad encargada de pagar las deudas de la antigua. La Corte de Paris juzgó que había novación. Su decisión fué casada. El decreto de la Corte de Casación está debidamente motivado; en cambio, la Corte de Rouen, abocada en el conocimiento del asunto, establece los principios con suma claridad. En el caso, había un motivo de derecho que era perentorio; no se habían cumplido las formalidades prescritas por el art. 46 del Código de Comercio; por lo mismo no podía suponerse que los terceros, al continuar sus relaciones con la nueva sociedad, innovaran sus créditos, supuesto que respecto á ellos no había nuevos deudores, legalmente hablando. Debido á las exhibiciones se subscribieron en una libreta con el nombre de la antigua sociedad, y sólo cuando la libreta se llevó se pasó en otra el nombre de la nueva sociedad. Pero legalmente no había sociedad nueva, y, por consiguiente, no había novación del antiguo crédito. (2)

Hay una decisión en sentido contrario de la Corte de

1 Denegada, Sala de lo Civil, 8 de Marzo de 1853 (Dalloz, 1854, 5, 513).

2 Casación, 5 de Enero de 1835, y Rouen, 10 de Junio de 1835 (Dalloz, *Obligaciones*, núm. 2,452, 3°)

Casación de Bélgica, pero se limita á desechar el recurso resolviendo que la sentencia alterada se escapaba á su censura porque había juzgado de los hechos. El caso era este: el acreedor por cuenta corriente de una casa de banco, avisado de que quedaba disuelta y reemplazada por una casa nueva encargada de liquidar las deudas de la antigua, continuó sus operaciones con el nuevo banco, recibiendo de él y exhibiendo dinero, aceptando las cuentas que comprendían las exhibiciones hechas á la antigua casa. ¿Habría novación? El Tribunal de Charleroi ha permanecido por la negativa; á la apelación recayó sentencia infirmativa. La Corte de Bruselas hace constar desde luego que la casa nueva estaba encargada de pagar las deudas de la antigua. Al continuar el acreedor sus negocios con el nuevo banco, su crédito se registró en los libros del banquero que por lo mismo figura como deudor personal de la deuda; como el nuevo establecimiento experimentaba algún malestar, el acreedor ofreció una prórroga con una baja de rédito del 5 al 3 p. 100: sería inexplicable este procedimiento si el acreedor no hubiera tenido la intención de innovar, porque el antiguo deudor era solvente; el acreedor habría debido dirigirse á él en lugar de hacer una condonación parcial al nuevo deudor. A recurso interpuesto recayó denegada apelación; la Corte decidió que la sentencia atacada, habiendo juzgado de hecho, su decisión no incurria en la censura de la Corte de Casación. (1)

¿Hay contradicción entre la sentencia de la Corte de Casación de Francia y la Corte de Casación de Bélgica? Nó, los hechos diferían de la una á la otra causa, lo que justifica la diferencia de decisión. No hay más que un punto acerca del cual parece que difieren de opinión: ¿la decisión de los primeros jueces es de puro hecho? ¿No tiene la Corte de Casación el derecho y el deber de examinar si

1 Denegada, 29 de Julio de 1811 (*Pastoris*, 1842, pág. 15).

el juez del fondo ha hecho una justa aplicación de la ley á las circunstancias de la causa por él comprobadas? Remitimos á lo que anteriormente dejamos expuesto sobre este punto (núm. 263).

307. Las rentas perpétuas dan lugar á frecuentes contiendas, cuando están garantidas por una hipoteca y cuando el comprador del inmueble hipotecado se obliga á servir los vencimientos. ¿Esta obligación descarga al deudor primitivo? La Corte de Bruselas ha decidido muy bien que estos hechos por sí solos no implicaban novación. El acreedor tiene un deudor personal, la hipoteca le da, además, una acción real; y si el adquirente del inmueble hipotecado se ha obligado personalmente á pagar la renta, el acreedor tiene, además, un recurso personal contra él. (1) No hay en esto ninguna renuncia á su derecho: esto es una *adpromisión*; pero no una *expromisión*. Aun cuando el detentor del inmueble hipotecado pagase los vencimientos, de ello no resultaría ninguna novación; el detentor paga lo que se ha obligado á pagar, en cuanto al acreedor, extraño al convenio celebrado entre el deudor y el adquirente, lo aprueba en virtud del art. 1,166; pero al ejercitar los derechos de su deudor, no pretende, ciertamente, renunciar al derecho que tiene contra ese deudor. Aun cuando el acreedor hubiese intervenido en la escritura de venta, habría que ver lo que ha pasado: puede él muy bien aceptar al adquirente como deudor sin descargar al antiguo deudor, y el descargo del primer deudor es una condición esencial de la novación. (2)

308. El contrato de reemplazo se hace más frecuente cada día, y da lugar á minuciosas contiendas. ¿Quién es deudor? La carga del servicio militar incumbe al que es

1 Bruselas, 13 de Octubre de 1819 (*Pasicrisia*, 1819, pág. 461).

2 Denegada, 10 de Marzo de 1829 (*Dalloz, Obligaciones*, número 2,455, 2.º) Bourges, 31 de Diciembre de 1839 (*Dalloz*, núm. 2,455, 4.º)

llamado á las armas; si la deuda personal se transforma en una deuda pecuniaria, le incumbe al reemplazado. Sin embargo, por lo común, el padre es el que trata con el reemplazante y el que se obliga: ¿quiere decir esto que las obligaciones contraídas por el padre operan novación por la substitución de un nuevo deudor y que, por consiguiente, el reemplazante no tenga ya acción contra el reemplazado? Ciertamente que nó. Porque ¿con qué calidad procede el padre? Si el hijo es menor, el padre contrata como mandatario legal; si el hijo es mayor, el padre procede ó en virtud de un mandato tácito ó como encargado de negocios; en todos los casos, el hijo es el obligado. Si el padre firma un billete en pago de lo que su hijo debe ¿habrá novación? El padre continúa su mandato ó su gestión de negocio, y paga una deuda por su hijo. Pero este pago no es válido si no es cubierto el billete; si no lo es, el reemplazado conserva todos sus derechos contra el reemplazante. Así fué decidida la cuestión por la Corte de Grenoble. (1)

309. El art. 1,277 dice que no opera novación la simple indicación hecha por el deudor de una persona que debe pagar en su lugar. Bigot-Prémeneu da la razón de esto en la Exposición de Motivos. No hay novación, porque no hay ningún cambio ni en el objeto de la deuda, ni en las personas que en esta figuran, porque el acreedor y el deudor siguen siendo los mismos. En cuanto á la indicación hecha por el deudor de un deudor que pague en su lugar, es un simple mandato que el deudor da á la persona indicada; mandato que no puede ciertamente descargar de su deuda al mandante, supuesto que el mandatario pagará á nombre del deudor. (2)

Esta disposición del art. 1,277 es una consecuencia tan

1 Grenoble, 15 de Febrero de 1850 (Dalloz, 1852, 2, 84).

2 Bigot-Prémeneu, Exposición de Motivos núm. 149 (Loché, t. VI, pag. 174).

evidente del art. 1,273 y de la noción misma de la novación, que llama la atención que el legislador la haya formulado. Y era tanto más inútil, cuanto que el art. 1,275 ya había dicho lo mismo, aun cuando el deudor dé al acreedor otro deudor que se obligue respecto al acreedor, esta obligación no implica novación; con mayor razón es esto así de una simple indicación.

Por evidente que sea, esta disposición no ha prevenido las contiendas; vamos á mencionarlas con la esperanza de que la jurisprudencia impida que renazcan. Dos cónyuges deudores de una suma de 1,500 francos, prometieron, en el contrato en que la deuda constaba, que un tercero la pagaría, el cual debía al marido una suma de 15,450 francos. El contrato daba finquito del pago. El tercero indicado para pagar habiendo quebrado, el acreedor citó á sus deudores primitivos; éstos le ofrecieron la novación y el finquito, en primera instancia, obtuvieron el triunfo, pero la Corte infirmó por motivos perentorios. No podía haber novación sino por el compromiso que el tercero hubiese contraído con el acreedor; ahora bien, éste había sido extraño al contrato, y sus libros probaban que él no se consideraba como deudor personal; este motivo era determinante para desechar la novación. Interpuesta la casación, recayó una sentencia de denegación que en dos palabras dice que no había, en ese caso, más que una simple indicación de pago, la cual no opera novación. (1)

Un acreedor aceptó de su deudor, como modo de pago, un crédito contra un tercero y éste aceptó la substitución. ¿Hay novación? Se necesita, además, la condición esencial, la voluntad de innovar, y, en el caso de que se trata, nada indicaba, por parte del acreedor, la intención de renunciar á sus derechos contra un deudor originario. Una

1 Denegada, 17 de Enero de 1820 (Daloz, *Obligaciones*, núm. 2,497, 3.º) Compárese Bourges, 27 de Mayo de 1831 (Daloz, núm. 2,497, 4.º)

circunstancia de la causa quitaba toda duda. El día mismo en que se tiraba la escritura, el deudor primitivo se comprometía á servir los intereses de la deuda á falta del tercero. Luego la deuda substituía, y la substitución del tercero es una simple indicación en el sentido del artículo 1,277. (1)

310 El art. 1,277 es una consecuencia del principio formulado por el art. 1,273, y debe entenderse en el sentido de este principio; la novación no se presume, y debe resultar con claridad de lo que han celebrado las partes, pero la ley no exige que sea expresa la voluntad de innovar. Así, pues, la novación subjetiva puede ser tácita, tanto como la novación objetiva. Un acreedor recibe de un tercero un abono de su crédito, da recibo y después comisiona á un procurador para que diligencie el pago del resto contra ese tercero; se falló que resultaba del conjunto de tales circunstancias que el acreedor había aceptado al tercero como el deudor, descargando al primero. El to, á nuestro parecer, es una interpretación dudosa, pero la Corte de Casación dice que la sentencia, al no hacer más que interpretar la voluntad, se escaparía á su censura. (2)

Del mismo modo, el intérprete, casi no está en aptitud de criticar esas decisiones de hecho; el juez que aprecia todas las circunstancias de la causa es más competente que el autor que se halla en presencia de una cuenta expedita más ó menos imperfecta.

Por esto mismo tales decisiones tienen poca autoridad en el punto de vista de la doctrina. Citarémos aún otra que manifiesta el riesgo que corre el acreedor al consentir en una novación. El deudor deposita los fondos con un benquero para el pago de su deuda. En lugar de percibir

1 Poitiers 18 de Enero de 1864 (Dalloz, 1864, 2, 95),

2 Denegada, 19 de Enero de 1814 (Dalloz, *Obligaciones*, número 2,457, 1°)

el dinero, el acreedor consiente en recibir papel sobre otra plaza; después el banquero quiebra antes de la prescripción del contrato; se falló que el acreedor había aceptado al banquero como deudor y que, por consiguiente, el antiguo deudor estaba descargado. La Corte de Casación confirmó esta interpretación de voluntad en el sentido de que era soberana. (1) Terminaremos recomendando á los jueces del hecho la mayor circunspección en esta materia, ó, por mejor decir, el legislador es quien les da este consejo y les impone esta regla: la voluntad de innovar debe resultar con claridad de la escritura.

§ III.—DE LA DELEGACIÓN.

Núm. 1. Definición y condiciones.

311. Pothier dice que “la delegación es una especie de novación por la cual el antiguo deudor, para cubrirse con su acreedor, le proporciona á un tercero que, en su lugar, se obliga respecto á ese acreedor ó respecto á la persona que él indique.” Cuando Pothier dice que la delegación es una “especie de novación,” no quiere decir con esto que toda delegación sea una novación; según el art. 1,275, se necesita una condición especial para que la delegación opere novación. “La delegación por la cual un deudor da al acreedor otro deudor que se obliga con el acreedor *no opera novación* si el acreedor no ha declarado expresamente que daba á entender que descargaba á su deudor que hizo la delegación.” Deben, pues, distinguirse dos especies de delegaciones: la delegación simple que no opera novación y que por tal motivo se llama imperfecta y la delegación que opera novación. Hay requisitos para toda delegación y hay un requisito especial para la delegación-novación.

1 Denegada, 30 de Noviembre de 1829 (Daloz, *Obligaciones*. número 2,457, 2°)

Primero expondremos las condiciones generales. Ante todo, hay que conocer las denominaciones particulares que se usan en esta materia.

Por lo común, es el deudor quien encarga á su propio deudor de obligarse respecto á su acreedor, pero esto no es la esencia de la delegación. El deudor que delega á un tercero, que suponemos sea su deudor, para obligarse con su acreedor se llama el delegante, porque él es quien toma la iniciativa de la operación y el que ha hecho el papel activo. Se da el nombre de "delegado" al tercero que, por orden del delegante, se obliga con el acreedor. El acreedor en cuyo provecho se hace la delegación se llama el "delegatario," así como se llaman cesionarios ó donatarios los que sacan provecho de una cesión á título oneroso ó gratuito. (1)

312. Se ve por esto cuáles son las personas que hacen papel en la delegación y las que, por consiguiente, tienen que consentirla. El delegante debe consentir, porque él es quien hace la oferta al acreedor, ó como dice el art. 1,275, el que "da" al acreedor otro deudor; poco importa que haya ó no novación, no puede haber delegación sin un delegante. El delegado se obliga con el acreedor; luego preciso es que consienta. El delegatario debe también consentir; cuando descarga al antiguo deudor, es evidente la necesidad de su concurso; igualmente lo es cuando no se hace novación, porque hay siempre una nueva obligación contraída con el acreedor por el delegado, y no puede haber obligación sin el consentimiento del acreedor.

Algunas veces interviene en la delegación una cuarta persona, la que el acreedor indica y con la cual, á indicación del acreedor y por orden del delegante, el delegado

1. Colmet de Santerre, t. V, pág. 421, núm. 223 bis I y II.

se obliga; se necesita, en este caso, el consentimiento de este cuarto personaje. (1)

313. Hemos dicho que el delegante hace una oferta á su acreedor y le da otro deudor: cuenta del acreedor es si quiere aceptarlo. Puede rehusar, aun cuando la delegación no tuviera por objeto operar una novación. Si no acepta, no hay delegación. Una escritura de venta dice que el adquirente pagará su precio en manos de un tercero: en tanto que este tercero no acepte, no hay delegación, por consiguiente, el adquirente no está obligado á pagar al tercero simplemente indicado para recibir el pago; paga válidamente á su vendedor; no está obligado con el tercero, luego éste no tiene ninguna acción contra él: no hay ni delegado ni delegación, sino una simple indicación de pago. En vano se diría que el adquirente se ha obligado con su vendedor á pagar al tercero; sí respecto al vendedor, pero no respecto al tercero, porque no hay obligación sin concurso de voluntades. (2)

Del mismo modo si un tercero, por escritura tirada con el deudor solo, se ha encargado de cubrir su deuda, esto no es suficiente para que haya delegación, porque no hay delegatario. En un caso juzgado por la Corte de Casación, el acreedor tenía conocimiento del convenio celebrado entre su deudor y el tercero; pero esto no es suficiente para que haya un vínculo entre el acreedor y el tercero; este vínculo no puede formarse sino por una obligación, y la obligación implica, condición especial, el consentimiento de quien debe aprovecharla. Así, pues, no había delegatario y, por lo tanto, no habría delegación. (3)

Siguese de aquí que si el deudor perseguido ofrece al

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 600.

2 Grenoble, 12 de Mayo de 1842 (*Dalloz, Obligaciones*, número 2,470, 8°)

3 Casación, 19 de Diciembre de 1815 (*Dalloz*, núm. 2,470. 5.°)

acreedor otro deudor, esta oferta no es suficiente para suspender las diligencias judiciales; es preciso que el acreedor acepte la oferta, sea para descargar á su deudor si consiente en innovar, sea para suspender las diligencias si consiente en la delegación con ese fin. (1) La Corte de Bruselas ha deducido del mismo principio otra consecuencia igualmente palmaria. El adquirente se obliga á pagar una parte de su deuda á un tercero; pero no se contrae este compromiso sino respecto del vendedor, el tercero no interviene en la escritura de venta y no acepta la oferta que de ella resulta en su provecho; por lo mismo el adquirente queda obligado con su vendedor, y conserva también el derecho que tiene el comprador de suspender el pago del precio si se ve molestado, ó si tiene motivo justo para temer una molestia ó una evicción. (2)

314. ¿Es preciso que todas las personas interesadas en la delegación consientan simultáneamente? La negativa es evidente; la ley no exige el concurso simultáneo del delegante, del delegado y del delegatario, y ninguna razón tenía para exigirlo. Se trata de un convenio, y este convenio se forma, como todos, por la oferta y la aceptación; la aceptación puede seguir á la oferta, pero debe hacerse antes de que la oferta sea retractada y en un momento en que todavía puede tener lugar el concurso de consentimiento. Así es que debe aplicarse á la delegación todo lo que hemos dicho del consentimiento. (3)

El delegante puede revocar su oferta, en tanto que su acreedor no la ha aceptado. Esto es incontestable. Se pregunta si se necesita el consentimiento del delegado. Si ha habido consentimiento entre el delegante y el delegado,

1 Paris, 24 de Abril de 1809 (Dalloz, núm. 2470, 4.º)

2 Bruselas 12 de Julio de 1821 (*Pasicrisia*, 1821, pág. 422).

3 Véase el t. XV de estos *Principios*, número 472 y siguientes, Compárese Larombiere, t. III, pág. 536, núms. 2 y 3 del art. 1,275 (Ed. B., t. II, pág. 325).

este convenio, que constituye la oferta, no puede revocarse sino por el concurso de voluntad de los que lo han formado, y esto no es más que el derecho común (art. 1,134), y estamos bajo el dominio del derecho común. (1) Así, una escritura de venta dice que el comprador pagará su precio en manos de un tercero; en tanto que el tercero no ha aceptado esta oferta de delegación, el vendedor y el comprador pueden revocarla. (2) Del mismo modo, si el deudor delega á su acreedor sumas que le debe un tercero, este convenio celebrado entre el delegante y el delegatario no es definitivo; no hay todavía delegación, supuesto que el delegado no ha concurrido; en tanto que el delegado no haya consentido, el proyecto de delegación no puede ser retractado por los que lo han formado. Este punto es muy importante cuando hay novación, supuesto que la novación, si fuera definitiva, extinguiría la deuda. Cuando hay una simple delegación proyectada por el acreedor y el deudor, déjase entender que el acreedor puede renunciarla, supuesto que se hace por su interés; y hasta podría renunciarla después que el delegado hubiese consentido: él conserva su crédito, puede renunciar al beneficio de la delegación para atenerse á su deudor primitivo. (3)

El concurso de consentimiento necesario para que se forme la delegación, puede tener lugar todavía después de la muerte de una de las partes interesadas. Se ha fallado que el fallecimiento del delegante no impedía que la delegación se formase, porque la aceptación tiene efecto retroactivo. (4) Esta decisión es contraria á los principios que rigen el consentimiento. La obligación no existe sino

1 Burdeos, 3 de Mayo de 1832 (Dalloz, *Obligaciones*, núm. 2,472).

2 Denegada, 22 de Noviembre de 1331 (Dalloz, *Venta*, núm. 1,337).

3 Paris, 25 de Junio de 1835 (Dalloz, *Obligaciones*, núm. 2,474).

4 Montpellier, 3 de Mayo de 1841 (Dalloz, *Efectos de Comercio*, núm. 856).

cuando las parte han consentido; y su consentimiento no puede darse de una manera eficaz sino cuando todas las partes son capaces de consentir; si una de ellas fallece, cesa de tener lugar el concurso de voluntades. Esto decide la cuestión. En cuanto á la supuesta retroactividad de la aceptación, es puramente imaginaria, porque ¿puede concebirse que yo sea acreedor ó deudor antes de haber consentido?

315. ¿Cómo deben dar su consentimiento las partes interesadas? Se pregunta si el acreedor debe aceptar de una manera expresa la oferta de delegación que se le hace. La cuestión implica una confusión de ideas: Según los términos del art. 1,275, la delegación no opera novación si el acreedor no ha declarado "expresamente" que pretendía descargar á su deudor que hizo la delegación. Se necesita pues una declaración expresa de la voluntad de innovar para que la delegación opere novación. Distinta es la cuestión de saber si una aceptación expresa es necesaria para que haya novación. La negativa es clara. En efecto, esa aceptación no es más que una manifestación de consentimiento, y todo consentimiento puede darse tácitamente cuando la ley no exige un consentimiento expreso. Y, en el caso de que se trata, nada dice la ley, y por esto mismo mantiene el derecho común. El art. 1,275, en tanto que exige una declaración expresa de voluntad para operar novación, no es aplicable á nuestra cuestión; no estamos suponiendo novación, sino que únicamente preguntamos cuáles son los requisitos para que haya delegación, y esta cuestión está resuelta por los principios generales que rigen en el consentimiento. La doctrina (1) y la jurisprudencia (2) se hallan en este sentido. Es suficiente el

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 220, nota 41, pfo. 324.

2 Denegada, 9 de Julio de 1834 (Daloz, *Privilegios é Hipotecas*, núm. 1,685, 4.º) y 27 de Febrero de 1856 (Daloz, 1856, 1, 146). Dijon, 4 de Febrero de 1847 (Daloz, 1847, 4, 152).

consentimiento tácito. A los tribunales corresponde resolver si los hechos que se alegan implican el consentimiento. Cuando no hay novación, la aceptación del acreedor se admite con mucha facilidad; él conserva sus derechos contra su antiguo deudor y adquiere un nuevo deudor. Esto, sin embargo, no quiere decir que su consentimiento se presume; el consentimiento puede ser tácito, pero jamás se presume.

316. ¿En qué formas debe hacerse la aceptación? La ley no prescribe forma alguna, lo que quiere decir que se queda en el dominio del derecho común, en virtud del cual las escrituras solo sirven de prueba. Hay otras formas que se prescriben por interés de los terceros, pero únicamente el legislador tiene derecho á establecer dichas formas, y el intérprete no puede extenderlas, aun cuando sea por motivo de analogía. Estos principios elementales son suficientes para decidir nuestra cuestión; la delegación no está sometida á ninguna formalidad, por la sencilla razón de que la ley no prescribe ninguna.

La doctrina y la jurisprudencia son contrarias. Toullier dice que la aceptación del acreedor debe hacerse por escritura auténtica, y cita el art. 1,690. Esta disposición es relativa á la cesión; es decir, á la venta de un crédito, y ¿acaso en la delegación hay una venta? Hemos empezado por decir, y esto es elemental, que la novación no es una cesión; luego el art. 1,690 está fuera de la cuestión, aun suponiendo que la delegación opere novación. Con mayor razón no puede tratarse de aplicar el art. 1,690 cuando, como Toullier lo supone, la delegación no implica novación. En este caso, la delegación consiste únicamente en una adpromisión de un nuevo deudor, sin que el antiguo quede descargado. ¿Esta adpromisión es una cesión? Puede suceder que se haya hecho en la forma de cesión, si el deudor cede á su acreedor un crédito que él tiene contra un tercero;

entonces se necesita, naturalmente, para que el cesionario tenga sus derechos respecto de los terceros, que lleve las formalidades del art. 1,690. Pero hay que notar lo bien, esto no es una delegación; la cesión es una dación en pago si el acreedor descarga á su deudor, si no equivale á la entrega de un billete. La delegación, propiamente dicha, no existe sino cuando el tercero delegado se obliga con el delegatario y se torna su deudor; nada tiene de común con la cesión, y, por consiguiente, el art. 1,690 es inaplicable. Toullier añade que una aceptación por documento privado no sería suficiente, porque, no teniendo fecha cierta, el delegante y el delegatario quedarían dueños de darle la fecha que quisieran con perjuicio de los demás acreedores. (1) Esta es una singular inadvertencia. Toullier cita el art. 1,328; y este artículo nos dice de qué manera una escritura privada adquiere fecha cierta; luego no es preciso que la delegación sea auténtica para que tenga fecha cierta. Quedamos bajo el dominio de los principios generales.

La Corte de Orléans ha pronunciado una sentencia que parece exigir de una manera absoluta una aceptación auténtica. Pero en el caso de que se trataba, el deudor había cedido á su acreedor un crédito sobre un tercero, por lo que había que observar las formalidades prescriptas por el art. 1,690. (2) La Corte de Dijon falló, en principio, que toda delegación implica una cesión, supuesto que el delegado se forma deudor del delegatario. (3) Sin duda que sí, pero no lo es en virtud de una cesión, sino porque se obli-

1 Toullier, t. IV, 1, pág. 232, núm. 288, seguido por Larombière, t. III, pág. 542, núm. 4 del art. 1,276 (Ed. B., t. II, pág. 327).

2 Orléans, 3 de Julio de 1847 (Daloz, *Obligaciones*, núm. 2,477).

3 Dijon, 9 de Febrero de 1847 (Daloz, núm. 2,279, 3.º) Compárese Denegada, 9 de Febrero de 1810 (Daloz, núm. 2,279, 1.º) Agen, 2 de Diciembre de 1851 (Daloz, 1852, 2, 26).

ga á pagar la deuda del delegante al delegatario, lo que hace que el art. 1,690 sea inaplicable.

Núm. 2. De la delegación perfecta.

317. Para que la delegación implique novación, es preciso que el acreedor declare expresamente que pretende descargar á su deudor que ha hecho la delegación. En tanto que el art. 1,275 exige el descargo del antiguo deudor para que haya novación, no hace más que aplicar á la delegación el principio general que rige la novación por substitución de un nuevo deudor (art. 1,271 2.º) Si no hay descargo, no puede tratarse de novación, supuesto que subsiste la primera deuda. La Corte de Casación ha pronunciado dos sentencias en este sentido, (1) y, en verdad, sorprende que ciertas cuestiones resueltas por el texto se lleven ante la Corte Suprema. La ley es mucho más severa para la novación por delegación que para la novación ordinaria; si se necesita un descargo para la novación ordinaria, se necesita más que esto para que la delegación opere novación; la ley exige un "descargo expreso." ¿Pero qué debe entenderse por estos términos del artículo 1,275, si el acreedor no ha declarado "expresamente" que ha descargado al antiguo deudor? Muchas veces hemos encontrado esa expresión en los textos del Código Civil, y siempre la hemos interpretado en el sentido de que una declaración "expresa" implica una manifestación de voluntad por medio de palabras, no que se necesiten términos sacramentales, pero sí términos; es decir cuando se formula un escrito, expresiones cualesquiera que no dejen duda alguna sobre la voluntad del que hace la declaración, y precisamente para que no quede duda alguna es por lo

1 Denegada, 28 de Abril de 1818 (Daloz, *Obligaciones*, número 2,483, 1.º) y 9 de Julio de 1834 (Daloz, *Privilegios é Hipotecas*, número 1,685, 4.º) Es inútil citar á los autores.

que la ley no se conforma con un consentimiento tácito. Nada tan incierto como el consentimiento que se infiere de los hechos y de las circunstancias de la causa; muchos ejemplos de estos hay en materia de novación. (1)

La cuestión, no obstante, es controvertida, y hay un motivo para dudar. Cuando se trata de la novación ordinaria, la ley no exige una declaración expresa de la voluntad de innovar, y admite la novación tácita, con tal que la voluntad de innovar resulte con claridad de la escritura (art. 1,273.) Ahora bien, la delegación, cuando opera novación, es un acto idéntico á la novación ordinaria, ¿por que, pues, habian de ser diferentes las condiciones? Nuestra contestación está en el texto: el art. 1,275 está concedido en términos mucho más restrictivos que los del artículo 1,273; el uno exige una declaración "expresa," mientras que el otro se conforma con una voluntad tácita. Aun cuando no hubiese razón alguna para esa diferencia, habría que ajustarse á la letra de la ley, porque es clara y formal. Pero si se explica el mayor rigor de la ley cuando se trata de la delegación; para poner coto á las controversias que databan del derecho romano, el legislador francés resolvió que la delegación no opera novación; así es que por excepción la novación resulta de la delegación; y toda excepción debe estipularse expresamente.

Se pretende que la diferencia entre el art. 1,273 y el art. 1,275 es más aparente que real; el art. 1,273 exige que la voluntad de operar la novación resulte con claridad de la escritura; es decir, de las expresiones de la escritura interpretadas por los tribunales, y el art. 1,275 no dice otras cosas por que no prescribe expresiones sacramentales. (2) La objeción supone que la palabra "escritura" significa un

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 220, nota 42, pfo. 324, y las autoridades que allí se citan.

2 Colmet de Santerre, t. V. pág. 423, núm. 223 bis IV.

escrito; ahora bien, esta opinión se desecha generalmente; hemos citado numerosos ejemplos tomados de la jurisprudencia, en los cuales la novación se ha admitido como resultante de los hechos y circunstancias de la causa, mientras que el art. 1,275 desecha positivamente la delegación tácita.

La jurisprudencia no es muy precisa. Existen sentencias que parecen exigir una manifestación de voluntad clara y formal, (1) ¿pero es esto en el sentido del artículo 1,275 ó en el sentido del art. 1,273? No se sabe. A favor de la opinión que hemos sostenido, se invoca una sentencia de la Corte de La Haya, (2) pero la Corte no dice lo que el compilador le hace decir. Hay una sentencia de la Corte de Casación de Francia que parece más explícita, pero la sentencia no decide la cuestión, la toca incidentalmente en los motivos, y lo que allí se dice no es del todo exacto, á nuestro juicio. La Corte admite que se necesita una declaración de voluntad en el mismo contrato; es decir, en el escrito en donde consta, y liga esta disposición con el art. 1,341, que prohíbe toda especie de prueba en contra y fuera de la contenida en la escritura. (3) No comprendemos qué relación existe entre el art. 1,341 y el artículo 1,275, y no creemos que se necesite absolutamente de un escrito para establecer la delegación: Una declaración puede ser expresa sin que esté escrita, salvo la dificultad de prueba.

318. La aplicación del art. 1,275 da lugar á una dificultad muy usual. Sucede con frecuencia que el deudor da en pago á su acreedor un crédito que tiene contra un tercero: ¿habrá novación? De antemano hemos contestado

1 Véanse las sentencias el *Repertorio de Dalloz*, números 2,486 y 2,487.

2 La Haya, 26 de Noviembre de 1828 (*Pasisrisia*, 1828, pág. 343).

3 Denegada, 12 de Diciembre de 1866 (*Dalloz*, 1867, 1, 433).

á la cuestión señalando la diferencia que existe entre la cesión y la delegación. La cesión recae sobre el crédito cedido, la delegación delega á un tercero que contrae una obligación personal con el delegatario; siguese de aqui que el deudor no debe consentir en la cesión; permanece extraño á ella, mientras que el delegado debe concurrir á la delegación. La cesión está sometida á formas especiales para que pueda oponerse á los terceros; la ley no prescribe tales condiciones para la delegación. Fué lo que la Corte de Lyon falló muy bien en un negocio que dió lugar á varias sentencias de la Corte de Casación. La cesión de un crédito no implica por sí misma delegación, porque el acreedor que la acepta en pago no declara expresamente su voluntad de descargar á su deudor. Invocabáanse en el caso, los hechos y las circunstancias de la causa. Esto no basta, dice la Corte, supuesto que la ley exige imperiosamente que la liberación del deudor sea expresa. Había un motivo particular para dudar en este negocio: la escritura de venta llevaba finiquito del precio, y una contraescritura probaba que esa enumeración era simulada. Preválíase de esto para sostener que el interés de los terceros exigía que la novación existiera; la Corte contesta que los derechos de los terceros están resguardados por la disposición del art. 1,321 que no reconoce ningún efecto á las contraescrituras respecto á los terceros. Quedaba la cuestión de novación, la cual está resuelta por el art. 1,275. (1)

Esto no quiere decir que la cesión de un crédito no opere nunca novación. Ella puede operar novación en dos casos. En primer lugar, si el acreedor recibe el crédito como el equivalente de lo que se le debe; tal es el caso de la novación objetiva; será preciso que la voluntad de operar no-

1 Lyon 20 de Julio de 1827 (Dalloz, núm. 2,893, 2.º) Compárese Pau. 9 de Marzo de 1853 (Dalloz. 1853, 2, 145); Bruselas, 13 de Mayo de 1870 (*Pasicrista*, 1870, 2, 16).

vación resulte con claridad de la escritura. (1) El acreedor puede también, al aceptar la cesión, pedir que el deudor del crédito cedido se obligue con él y que declare que, mediante ese compromiso, descarga á su antiguo deudor. Habrá, en este caso, novación, en virtud del art. 1,271, 2. ° Esta no es una delegación propiamente dicha, porque el deudor no ha dado al acreedor otro deudor, sino que le ha dado en pago un crédito.

319. Cuando el acreedor delegatario ha hecho la declaración expresa prescripta por el art. 1,275, habrá novación; en consecuencia, el delegante quedará exonerado. Si el delegado es el deudor del delegante, habrá una segunda novación, supuesto que, mediante la obligación que el delegado contrae con el delegatario, quedará descargado respecto del delegante su acreedor. Pero la delegación puede también hacerse sin que el delegado sea el deudor del delegante; él paga, en este caso, la deuda del delegante y tendrá contra él un recurso en virtud del convenio por el cual se ha obligado á pagar por él.

Puede suceder que el delegado se haya obligado con el delegatario en la falsa persuasión en que estaba de ser deudor del delegante; así, pues, se ha obligado por error con el delegatario, y si paga, paga lo que él no debía, en el sentido de que él no era deudor como creía serlo. Es cierto que tendrá una acción de repetición contra el delegante; ¿puede también proceder contra el delegatario si él ha pagado, ó dispensarse de pagar si descubre su error antes de ser demandado por el delegatario? Pothier enseña la negativa. El delegatario, dice, no hace más que recibir lo que le debía su antiguo deudor á quien ha descargado; no debe sufrir por el error del delegado. Tal es también la opinión de los autores modernos, salvo el disenti- miento de

1 Véanse las sentencias en el *Repetitorio de Dalloz*, núms. 2,494 y 2,495.

Duranton sobre una cuestión especial. El acreedor, dice Toullier, no puede saber y no necesita preocuparse por lo que ha pasado entre el delegante y el delegado; él tiene un nuevo deudor que se ha comprometido con él; con la fe de dicho compromiso, él ha descargado á su antiguo deudor; luego debe tener el derecho de perseguir al delegado, salvo que éste proceda contra el delegante. (1)

Esta argumentación nos deja una duda. Si el delegado no se compromete como deudor del delegante, puede decirse que él no tiene el derecho de innovar el error en que él estaba, supuesto que su compromiso con el delegatario es independiente de su calidad de deudor. Pero si el delegado se ha presentado al acreedor como deudor del delegante, y si como tal se ha comprometido con el delegatario y se ve que él no era deudor ¿no podrá prevalerse del error que ha sido la causa determinante de su compromiso para pedir su nulidad? Claro es que el convenio que ha celebrado con el delegatario está viciado por el error, y que él no estaría obligado con el delegatario si hubiera sabido que él no fuese deudor del delegante; ¿por qué no se le permite que pida la nulidad de su compromiso? El acreedor ha recibido lo que se le debe, se dice. Por su antiguo deudor, sí; pero la cuestión está en saber si el nuevo deudor se ha comprometido válidamente y si la novación es válida.

La doctrina y la jurisprudencia van más lejos: y hasta se niega toda acción al delegado contra el delegatario cuando éste sabía, al hacerse la novación, que el delegado no era deudor. Esto no impide, dice la Corte de Casación, que el delegatario no haya recibido lo que le es debido; por lo tanto, la acción de repetición de lo indebido no es

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 602. Toullier, t. IV, 1, página 253, núm. 319. Burdeos, 2 de Abril de 1835 (Daloz, número 2,535, 1°)

admisible, porque falta uno de los requisitos de la ley; no puede decirse que el acreedor haya recibido lo que no se le debía, supuesto que era realmente acreedor. (1) Párecenos que el art. 1,377 contesta la objeción. Cuando él que, por error se creía deudor, paga al acreedor lo que él no debe, puede repetir. Ahora bien, en el caso de que se trata, el delegado no era deudor del delegante; luego no se ha tornado en deudor del delegatario, supuesto que no deudor del delegante, fué como se obligó con el delegatario; por lo mismo, se está en los terminos del art. 1,377. El delegado puede pedir la nulidad de su compromiso viciado por el error, y, por consiguiente, repetir lo que indebidamente ha pagado, salvo al acreedor el prevalerse contra él de la expropiación que el segundo inciso del art. 1,377, hace en favor del acreedor de buena fe que ha suprimido su título. En este punto es en donde Durantón está en disenso con la generalidad de los autores. (2) Si se admite la acción de repetición otorgada por el primer inciso del art. 1,377, déjase entender que el segundo inciso es igualmente aplicable.

320. "El acreedor que ha descargado al deudor por quien se hizo la delegación, no tiene recurso contra este deudor si el delegado se vuelve insolvente" (art. 1,276). Esto es una consecuencia lógica de la novación que se ha operado. Ella ha exonerado al antiguo deudor, y, por lo tanto, el acreedor no puede tener ya acción contra él.

El art. 1,276 admite dos excepciones: si la escritura contiene la reserva expresa de que en caso de insolvencia del delegado, el acreedor tenga un recurso contra el delegante, la novación será condicional en el sentido de que el deudor primitivo no queda descargado de su deuda sino

1 Denegada, Sala de lo Civil, 31 de Marzo de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 161).

2 Durantón, t. XII, pág. 440, núm. 333.

bajo la condición de que el delegado sea solvente. Para que el acreedor pueda innovar el beneficio de esta cláusula, se necesita, naturalmente, que conste la insolvencia del delegado; luego él debe, ante todo, proceder contra el delegado y discutir sus bienes. (1)

La segunda excepción tiene lugar cuando el delegado estaba ya en quiebra abierta ó en ruina en el momento de la delegación. Supóngase que el delegatario ignoraba tal estado de cosas; de esto concluye la ley que la novación se hace con la condición tácita de que el delegado sea solvente. Esta condición se funda en la intención de las partes contrayentes. ¿Consentiría el acreedor en descargar á su deudor solvente, mediante la substitución de un nuevo deudor insolvente? Esto no sería ya una novación, sino una condonación al nuevo parcial de la deuda.

La ley dice que, en estos dos casos, el delegatario tendrá un recurso contra el delegante, su antiguo deudor. ¿Qué recurso es este? ¿es la acción de la antigua deuda, ó es una acción nueva que la ley da al acreedor? Si se acepta la explicación que acabamos de dar de las dos excepciones previstas por el art. 1,276, la cuestión está resuelta de antemano. La novación es condicional; fallando la condición, no hay novación y, por lo tanto, la antigua deuda subsiste. Esto contesta la objeción de que estando extinguida la deuda no puede revivir. La deuda no está extinguida sino condicionalmente; cuando la condición falta, la deuda no revive, porque nunca ha estado extinguida. Se objetan los términos del art. 1,276: la ley, se dice, habla de un "recurso," y no de la acción que nace de la deuda extinguida. Si la ley se ha servido de la excepción vaga de "recurso," es para evitar una perífrases, y la redacción es más concisa sin ser oscura. ¿Qué es ese recurso? Una acción que el delegatario intenta contra su antiguo deudor.

1 Véanse las sentencias en el *Repertorio de Dalloz*, núm. 2,527.

¿Cuál es esta acción? El se la ha reservado en el primer caso; la reserva implica una condición; el acreedor dice á su antiguo deudor: consiento en descargarte si el delegado es solvente. Esta misma condición se subentiende en la segunda excepción. La ley pone en la misma línea los dos casos: si la novación es condicional en un caso, también lo es en el otro. (1)

Núm. 3. De la delegación imperfecta.

321. Esta delegación no opera novación, el antiguo deudor no queda descargado: así, pues, el acreedor conserva todos los derechos que contra él tenía. El adquiere un deudor nuevo, el delegado. ¿Qué relación existe entre los dos deudores? La ley no lo dice; ellos no son deudores solidarios, supuesto que no están comprometidos solidariamente. No obstante, cada uno de ellos puede ser perseguido por el total, porque se han comprometido por el total. El nuevo deudor es más que fiador, es deudor. Por otro lado, el antiguo deudor permanece obligado; el acreedor tiene dos acciones independientes una de otra. Si persigue al nuevo deudor, éste no puede remitirlo al antiguo ni oponerle el beneficio de discusión, porque él es deudor principal, tanto como el primero. Si el acreedor se dirige al primero, éste no puede remitirlo al segundo y decir que él no está obligado sino cuando el segundo es insolvente; él es y sigue siendo el deudor principal, así es que el acreedor puede perseguirlo. El total, salvo convenios contrarios. Hay que ver con qué fin el segundo deudor se ha comprometido; hay que ver si, por su parte, el acreedor ha contraído compromisos por interés del primer deudor.

1 Compárese Colmet de Santerre (t. V. pág. 424, núm. 224 bis II), que tiene otra explicación. En sentido contrario, Aubry y Rau, to. me IV, pág. 222, nota 51, y los autores que allí se citan.

§ IV.—EFECTO DE LA NOVACIÓN.

Núm. 1. Principio.

322. La novación extingue la antigua deuda con los accesorios que le son inherentes; tal es el efecto de todos los modos de extinción de las obligaciones. Pero hay una diferencia considerable entre la novación y los demás modos que extinguen la obligación, y es que en el momento en que se extingue la antigua deuda, nace una nueva que ocupa el lugar de la antigua. La nueva deuda está regida por los principios generales que rigen las obligaciones; no toma la naturaleza y no tiene los efectos de la deuda que está extinguida. Síguese de aquí que si una deuda comercial es innovada en una deuda civil, se aplican á la deuda civil los principios concernientes al interés legal, el cual es de 5 p.‰ en materia civil, mientras que es de 6 p.‰ en materia de comercio. (1) En cuanto al interés convencional, depende, según nuestra legislación, de las estipulaciones del contrato.

323. ¿El efecto de la novación; es decir, la liberación del deudor, está subordinado á la ejecución efectiva del nuevo compromiso? Supóngase que la novación se opere por la acción en pago de un inmueble; el acreedor queda despojado: ¿subsistirá la novación, ó revivirá la antigua obligación con todos sus accesorios? La cuestión es controvertida. Es necesario, desde luego, precisar bien el objeto de la dificultad. La dación en pago equivale á una venta; ella obliga, por consiguiente, á la garantía al que da un inmueble en pago; acerca de este punto todos están de acuerdo. Pero la acción de garantía es una acción personal; si hay seguridades reales inherentes á la obligación

1 De negada, 24 de Marzo de 1851 (Daloz, *Obligaciones*, número 2.510). Dijon, 17 de Febrero de 1855 (Daloz. 1855, 1, 264).

primitiva, el acreedor tendría sumo interés en proceder en virtud de esa obligación ¿y tiene derecho á ello? Generalmente se enseña la negativa, y en ello no vemos ni asomo de duda. Esto no es más que una consecuencia jurídica de la novación. Ella extingue la antigua deuda: esta extinción es definitiva; así, pues, el acreedor no puede ya tener acción contra el antiguo deudor á quien ha descargado. El art. 1,276 prevee algunas excepciones á esta regla; estas excepciones suponen que la novación es condicional; que la condición sea expresa ó tácita, poco importa. El acreedor que descarga á su antiguo deudor, recibiendo un inmueble en pago, puede también reservarse su recurso en el caso en que sea despojado; la evicción entonces hará que caiga la novación, y el acreedor recobrará todos sus derechos. ¿Puede ser tácita esta condición? Así se pretende: el acreedor, se dice, no descarga al deudor sino con la condición de que la propiedad de la cosa dada en pago, le sea transferida; luego la evicción resuelve la novación. Esto sería una condición resolutoria tácita; y ¿puede admitirse esta condición sin una disposición formal de la ley? La negativa nos parece clara. En los contratos sinalagmáticos, podía decirse también que el compromiso contraído por una de las partes, es la condición con la cual la otra se compromete; sin embargo, para que esta condición se subentendiese, se ha necesitado una decisión del legislador (art. 1,184). En el antiguo derecho, las partes tenían que estipular la resolución para que ésta existiese. Sucede lo mismo con la resolución de la novación; la novación es definitiva si es válida la nueva obligación. El art. 2,038 confirma esta interpretación. Supone que el acreedor ha recibido en pago un inmueble; la deuda está extinguida, y, por consiguiente, el deudor queda exonerado, y el fiador queda descargado; en seguida, el acreedor es despojado: ¿revive la antigua deuda? Nó, el fiador queda descargado.

Luego la dación en pago, no implica una condición resolutoria tácita. (1)

Núm. 2. Efecto de la novación respecto de los fiadores y de los codeudores solidarios.

324. “La novación respecto al deudor principal, descarga á los fiadores” (art. 1,281). Es imposible que la obligación accesoria de la fianza, sobreviva á la obligación principal. Y esto sería así aun cuando el fiador fuese solidario. Así lo ha fallado la Corte de Casación invocando el art. 1,281, por cuyos términos la novación hecha entre el acreedor y uno de los deudores solidarios, exonera á los otros. (2) El argumento no es decisivo; y es porque la solidaridad á la que el fiador se somete, no tiene efecto sino respecto del acreedor, y no respecto del deudor; el fiador sigue siendolo, y no se convierte en deudor. Por esto mismo la segunda disposición del art. 1,281 es aplicable: el fiador, aunque solidario, al seguir siendo fiador, su compromiso accesorio, cae con el compromiso principal del deudor.

325. La ley no habla de la novación operada respecto al fiador. Hay que ver con qué objeto se hace. Por lo común, tendrá por objeto descargar al fiador de su fianza; en este caso, no tiene efecto alguno respecto al deudor principal, pudiendo muy bien subsistir la deuda sin fianza; del mismo modo los codeudores no quedarán descargados, porque estamos suponiendo que el único objeto de la novación es emancipar al fiador que interviene en la novación. ¿Qué debe resolverse si los fiadores son solidarios? La Corte de

1 Aubry y Rau, t. III, pág. 487, nota 4, pfo. 292. Larombière, t. III, pág. 549, núm. 6 del art. 1,278 (Ed. B., t. II, pág. 333). En sentido contrario, Troplong, *De las Hipotecas*, núm. 847 y siguientes.
2 Denegada, 10 de Mayo de 1858, (Dalloz, 1858, 1. 283).

Lyón ha fallado que había lugar, en este caso, á aplicar la primera disposición del art. 1,281, por cuyos términos la novación operada entre el acreedor y uno de los deudores solidarios descarga á los otros codeudores; ella, en consecuencia, ha declarado extinguida la deuda. Esta decisión fué casada, porque el error es evidente. El fiador, aunque solidario, sigue siendo solidario; la solidaridad estipulada contra los fiadores no tiene efecto sino respecto del acreedor, y no impide que la fianza sea un compromiso accesorio respecto del deudor principal. Así, pues, cuando el acreedor hace novación con uno de los fiadores solidarios y por su solo interés, el efecto de la novación debe restringirse al fiador á quien la novación tuvo por objeto emancipar de su compromiso. La doctrina se halla en el mismo sentido. (1) Otra cosa sería si la intención de las partes contrayentes fuese la de innovar la deuda principal: el fiado está en libertad de tomar sobre sí el gravámen de la deuda innovándola; nada más que este caso es tan poco probable que la ley no lo ha previsto. Si se presentase, la solución no sería dudosa: la deuda se extinguiría respecto del deudor principal y de los codeudores. (2)

326. Cuando la novación se hace entre el acreedor y uno de los deudores solidarios, los codeudores quedan descargados (art. 1,281). La novación, como el pago, extingue la deuda; luego debe descargar á todos los que están ligados á la deuda.

327. El art. 1,281 agrega: "No obstante, si el acreedor ha exigido, en el primer caso, la accesión de los codeudores, ó en el segundo, la de los fiadores, el antiguo crédito subsiste si los codeudores ó los fiadores se niegan á acceder al nuevo arreglo." La novación es, en este caso, con-

1 Casación, 18 de Julio de 1866 (Dalloz, 1866, 1, 326). Aubry y Rau, t. IV pág. 222, pfo. 324.

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 432, núm. 229 bis II.

dicional; el acreedor no consiente en hacer novación sino con la condición de que los codeudores y los fiadores se obliguen por la deuda nueva; si los codeudores y los fiadores acceden, se operará la novación, si no acceden, no habrá novación. Síguese de aquí que el acreedor no puede estipular la accesión de los codeudores y de los fiadores á pesar de estos. Tal era la opinión de Pothier, que unos aprueban y otros critican. (1) A nosotros nos parece que el Código consagra los verdaderos principios: los codeudores y los fiadores habían consentido en obligarse por la primera deuda; si esta deuda se extingue, su obligación se extingue igualmente y no puede continuarse por una nueva deuda sino en virtud de un nuevo consentimiento, porque nadie puede ser obligado sin haber consentido.

Núm. 3. De las hipotecas.

328. Las hipotecas son un accesorio de la deuda y se extinguen con la obligación que están destinadas á garantir. En esto, por lo común, está el gran interés de la cuestión en saber si hay novación, y en esto también está el riesgo que presenta la novación para el acreedor. El puede, es cierto, estipular garantías para la nueva deuda, pero esas hipotecas no tendrán rango sino después de su registro. El acreedor pierde, pues, el rango que le daba el primer registro, y perder su rango en materia de hipotecas, es con frecuencia perder su derecho. De aquí la cuestión de saber si el acreedor puede reservarse las hipotecas inherentes al antiguo crédito con el rango que ellas tenían por su inscripción.

El art. 1,273 contesta á la cuestión en estos términos: "Los privilegios é hipotecas del antiguo crédito no pasan

1 Toullier, t. IV, 1, pág. 247, núm. 314; Colmet de Santerre, tomo V, pág. 432, núm. 299 bis I. Compárese Mourlon, *Repeticiones*, t. II, pág. 742, núm. 1,414.

al que lo substituye, á menos que el acreedor no las haya expresamente reservado." Esta disposición da lugar á más de una dificultad. ¿Cuál es su objeto? El objeto del artículo no es precisamente resolver si las hipotecas pueden siempre reservarse, y ¿cuál será el efecto de esta reserva;? la ley no se explica sobre estos puntos, porque supone que la reserva puede tener lugar. ¿Debe ser expresa ó puede ser tácita? Tal es el solo punto que la ley decide formalmente, y lo decide porque en el antiguo derecho la cuestión era controvertida. Dumoulin y Basnage enseñaban que la conservación de las hipotecas era de derecho en la novación llamada objetiva; de suerte que no necesitaba estipularse. Pothier exigía una reserva. Los autores del Código se han decidido por la reserva, lo que es más conforme á los principios. De derecho, las hipotecas se extinguen á título de accesorio, y no pueden subsistir sino en virtud de una reserva. ¿Pero en qué sentido y con qué efecto? El Código no lo dice.

329. ¿En qué sentido se pueden reservar las hipotecas que garantizaban la antigua deuda? La reserva supone que las hipotecas conservan el rango que les da la inscripción, y no tiene utilidad sino cuando ese es el efecto. Pero la hipoteca no se reserva sino tal como existía. Luego si la nueva deuda fuese más considerable, la hipoteca reservada no la garantizaría sino dentro de los límites de la deuda antigua. Esto es una consecuencia de los principios que rigen nuestro sistema hipotecario. La hipoteca es especial; no es válida sino cuando el acto que la constituye y el registro que la conserva dan á conocer el monto del crédito hipotecado. Síguese de aquí que la hipoteca no puede oponerse á los terceros sino dentro de los límites del registro hecho en virtud de la escritura que la constituye; así, pues, no se puede extender, por vía de novación, á una deuda más considerable; ella, en este caso, no

valdría sino dentro de los límites de la antigua deuda. Acerca de este punto, no hay duda alguna.

330. ¿Toda hipoteca puede reservarse? El texto es general; y así es que hay que decidir que la hipoteca legal pudiera reservarse, por más que por el cambio de acreedor la hipoteca deja de tener razón de ser, supuesto que la ley no lo concede sino teniendo en cuenta las personas que no pueden por sí mismas estipular garantía. La ley admite también que los privilegios pueden pasar de un crédito al otro, por más que el privilegio sea inherente al crédito é independiente de la estipulación de las partes contrayentes. Esta es una derogación de los principios que la doctrina no podría justificar; el legislador, poco cuidadoso de los principios, no tiene más punto de mira que la utilidad práctica. (1)

331. ¿Puede hacerse la reserva en toda novación? Que pueda hacerse en la novación objetiva, no tiene la menor duda. Hay, sin embargo, en este caso, una verdadera irregularidad. Una deuda de 50,000 francos es innovada en una renta perpétua de 25,000 francos. Existía una hipoteca registrada en 1870 por la primera deuda; ésta se reserva para la deuda nueva creada en 1874; así, pues, la hipoteca tendrá rango desde 1870, para garantía de una deuda que no existe sino desde 1874; es decir, que la hipoteca tendrá efecto desde un momento en que la deuda hipotecaria no existía aún. (2) El legislador ha derogado nuevamente el rigor de los principios con un fin de utilidad. Por otra parte, esta anomalía no causa perjuicio á nadie: ¿qué les importa á los terceros que estén en primer lugar por una deuda de capital ó por una deuda de renta? La condición sería la misma.

La reserva puede, además, tener lugar en la novación

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 428, núm. 226 bis V.

2 Compárese Durantón, t. XII, pág. 415, núm. 304.

que se opera por la substitución de un nuevo acreedor, quedando el mismo deudor. Lo único que cambia es el nombre del acreedor, y quedan á salvo los derechos de terceros. ¿Qué importa que el acreedor tenga una hipoteca en una fecha en la que todavía no había crédito? Esta es una dificultad de teoría con la cual se preocupa poco el legislador.

Queda la novación por substitución de un nuevo deudor. Se pregunta primero si las hipotecas que eran inherentes al antiguo crédito pueden reservarse sobre los bienes del nuevo deudor. El art. 1,279 decide la cuestión negativamente. Esto es tan evidente que era inútil decirlo. Los bienes del nuevo deudor no pueden hipotecarse sino conforme á la ley; se necesita, pues, una escritura y un registro, y la hipoteca no tiene rango sino desde el día en que se registra. Estos principios elementales se oponen á que se establezca una hipoteca sobre los bienes de un nuevo deudor con retroactividad.

Distinta es la cuestión de saber si el acreedor puede estipular que la hipoteca establecida sobre los bienes del antiguo deudor sea mantenida por la garantía de la deuda nueva sin el consentimiento del antiguo deudor. Que lo pueda con su consentimiento, no es dudoso; los derechos de los terceros no se alteran, puesto que su situación sigue siendo la misma, sea que la hipoteca exista por la deuda del antiguo deudor ó por la deuda del nuevo. La dificultad está en saber si se necesita el consentimiento del antiguo deudor para que sus bienes queden hipotecados en provecho de la nueva deuda. Hay controversia y duda.

El Código no contiene más que una sola disposición sobre la reserva de la hipoteca, el art. 1,278, y éste no distingue entre las diversas especies de novación, y ¿puede distinguirse cuando la ley no lo hace? Nosotros creemos que la distinción resulta de la tradición y que está implíci-

tamente consagrada por el Código Civil. Pothier partía del principio de que los que se habían obligado por la deuda antigua, no lo estaban por la nueva, sino en virtud de un nuevo consentimiento; él aplicaba este principio, no solo á los compromisos personales, sino también á la hipoteca consentida por el antiguo deudor, lo que es lógico. En efecto, el deudor había consentido una hipoteca por la deuda que había contraído; esta hipoteca se extingue por la novación; para que pase á una nueva deuda, se necesita un nuevo consentimiento. El Código consagra esta teoría en lo concerniente á los codeudores y á los fiadores (1,281); la consagra, además, en lo concerniente á la hipoteca consentida por los codeudores solidarios (artículo 1,280), como vamos á decir (núm. 332); luego hay que aceptarlo también para la reserva de la hipoteca establecida en los bienes de un deudor no solidario; de lo contrario, habría una nueva inconsecuencia injustificable en la teoría de la ley. (1) Objétanse los términos absolutos del art. 1,278. Ya hemos contestado la objeción, haciendo notar que el art. 1,278 no tiene por objeto resolver las dificultades que estamos discutiendo; una sola cuestión resuelve, la de saber si la reserva de la hipoteca puede ser tácita, ó si debe ser expresa. Así es que queda intacta la cuestión de saber si se acepta la reserva en tal ó cual novación. Lo que confirma nuestra opinión es que los autores del Código han seguido, en esta materia, la doctrina de Pothier, habiendo declarado el orador del Gobierno que el Código admitía la reserva de la hipoteca que siempre se había admitido. Así, pues, la tradición es decisiva.

332. "Cuando la novación se opera entre el acreedor y

1 Bugnet sobre Pothier, t. II, pág. 318, nota 1. Mourlon, t. II, pág. 743, núm. 1,416. En sentido contrario, Toullier, t. IV, 1, página 243, núm. 312; Aubry y Rau, t. IV, pág. 123, nota 54; Colmet de Santerre, t. V, pág. 426, núm. 226 bis III y IV.

uno de los deudores solidarios, los privilegios é hipotecas del antiguo crédito, no se pueden reservar sino sobre los bienes del que contrae la nueva deuda" (art. 1,280). ¿Debe entenderse literalmente ésta disposición? De ello resultaría que la hipoteca no puede reservarse sobre los bienes de los codeudores exonerados por la novación, ni con su consentimiento. Entendida de tal suerte la ley, sería contraria al principio que ella misma sigue en esta materia. Si la hipoteca en los bienes de un deudor no solidario puede reservarse con el consentimiento de este deudor y aunque esté exonerado por la novación, la misma razón existe para resolver lo mismo cuando se trate de un deudor solidario. Ciertamente es que los términos de la ley, parece que excluyen toda distinción, pero no hay que separar el texto de la tradición que los autores del Código han querido mantener. Ahora bien, Pothier dice formalmente que la hipoteca puede reservarse sobre los bienes de los codeudores que la consienten. Se necesita su consentimiento, y esta es aún la teoría de Pothier, y en esto es claro que el legislador la ha reproducido; lo que confirma la interpretación que hemos dado al art. 1,278. (1)

La ley no prevee el caso en que la novación se hiciese con un tercero extraño á la deuda. Todos los deudores solidarios quedarían exonerados, y, por consiguiente, quedaría extinguida la hipoteca establecida en sus bienes; pero, según nuestra opinión, podría reservarse con el consentimiento de aquellos, y sin su consentimiento, según la opinión contraria. (2)

1 Pothier. *De las Obligaciones*, núm. 599. Aubry y Rau, t. IV, página 224, nota 58, pfo. 324. Mourlon, t. II, pág. 743, núm. 1,415. Compárese Colmet de Santerre, t. V, pág. 431, núm. 228 bis II.

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 430 núm. 231 bis I.