

se dice que esta novación es particular no se entiende con esto que se trate de excepción al derecho común; sólo podrá haber excepción en virtud de un texto formal, y la ley ni siquiera se ocupa de la novación de que vamos á hablar; ésta queda, pues, sometida á los principios generales, especialmente al principio que domina en esta materia; á saber: que la novación no se presume, que la voluntad de operarla debe resultar claramente de lo que pasó entre las partes (artículo 1272). Se supone que la mujer tiene devoluciones que ejercer contra el marido; tiene por este punto una hipoteca legal. Por otra parte, el marido es usufructuario de los bienes de la mujer, ya sea por contrato de matrimonio, ya sea por testamento. Después de la muerte de la mujer sus herederos proceden con el marido á la liquidación de los derechos y devoluciones á los que suceden. Cuando los derechos de la mujer quedan establecidos los herederos, en lugar de exigir el pago de las devoluciones, dejan en poder del marido todos los bienes de la mujer de los que es usufructuario. Se opera en este caso una novación en el título del marido en el sentido de que ya no es detentor de los bienes de la mujer como administrador y obligado á dar cuenta como tal á sus herederos. La liquidación implica la cuenta; los herederos la recibieron, también han recibido los bienes de la mujer, pues para abandonarlos al marido tienen que ser hipotecarios, y adquirieron esta propiedad por el resultado de la liquidación; con el fin de evitar una tradición inútil abandonaron al marido los bienes de que tiene el usufructo. Por el hecho de esta entrega el título del marido ha cambiado: ya no es deudor de los herederos, es usufructuario; quedando extinguida su deuda en lo relativo á las devoluciones la hipoteca también lo está. El marido no está obligado sino á título de usufructuario; como tal tiene que dar caución, pero no está gravado con una hipoteca legal. Se ve lo que hay de especial en esta nova-

ción. Una deuda queda extinguida y otra la reemplaza; pero esta nueva deuda no fué creada para reemplazar á la antigua, así como se hace en la novación ordinaria. Sería más exacto decir que la primera deuda está extinguida por un pago ficticio; este pago ficticio resulta de la liquidación de las devoluciones de la mujer y del abandono que los herederos hacen al marido de los bienes de la misma, y desde que hay pago hay extinción de la deuda, así como de los privilegios é hipotecas que la garantizan. La jurisprudencia y la doctrina califican de novación el cambio que se opera en la situación del marido. (1) Pero todo cambio no es una novación; en el caso el marido era deudor personal; como usufructuario tiene un derecho real, no es deudor propiamente dicho. Poco importa, además; lo esencial es que la deuda que estaba garantizada por una hipoteca legal esté extinguida, lo que arrastra la extinción de la hipoteca. (2)

365. El solo hecho de que el marido es usufructuario y que posee con este título los bienes de la mujer ¿bastaría para que la hipoteca legal esté extinguida? Nó, la hipoteca legal subsiste mientras que las devoluciones de la mujer no han sido liquidadas y que la mujer no las ha ejercido, ya sea por una prelación real hecha en la comunidad, ya recibiendo los bienes que había entregado á su marido. Y la circunstancia de que el marido es usufructuario y permanece en posesión de los bienes con tal título no implica de ningún modo la liquidación de las devoluciones de la mujer; ésta queda, pues, acreedora y conserva su hipoteca legal. Hay una sentencia en este sentido de la Corte de Casación. En el caso el marido había sido constituido legata-

1 Véase un ejemplo en la sentencia de casación de 15 de Noviembre de 1837 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 288, 2.º). Compárense las sentencias citadas por Aubry y Rau, t. III, p. 287, nota 83, pfo. 264 *ter*. Agréguese Casación, 27 de Junio de 1876 (Dalloz, 1877, 1, 121).

2 Compárense Martou, t. IV, p. 9, núm. 1334. Pont, t. I, p. 466, núm. 441.



rio universal del usufructo de los bienes de la mujer, con dispensa de toda demanda de entrega y de caución. Quedó en posesión de los bienes sin que ninguna acta interviniera entre él y los legatarios de la nuda propiedad. La Corte decidió que los herederos de la mujer podían invocar contra los herederos del marido la hipoteca ligada á la dote. En el sistema de la novación, se dice que es necesario la voluntad de novar clara y terminantemente expuesta en el acta, y no había ninguna acta; luego no había novación aparente. En el sistema del pago se llega á la misma consecuencia; mientras que las devoluciones de la mujer no han sido liquidadas y ejercidas de un modo cualquiera el marido queda deudor de la mujer acreedora; por tanto, la hipoteca legal subsiste. (1)

366. ¿Pueden las partes declarar que no hay novación? Hé aquí un caso en el que la dificultad se presentó. El padre estaba gravado con una doble hipoteca por las devoluciones de su mujer, como marido, y como tutor de su hija que ejercía los derechos de su madre. La mitad de este crédito fué pagado cuando el matrimonio de la hija en virtud de la cuenta de tutela; la otra mitad quedó en poder del padre, que era usufructuario en virtud de su contrato de matrimonio. El acta de rendición de cuentas decía después de establecer los valores de que la cuenta era objeto: "De lo que hay que retener la mitad, representando el derecho de usufructo en favor del padre." Después se decía que los esposos se reservaban todos sus derechos ó privilegios é hipotecas *sin novación ninguna*. Es por esta cláusula del acta por lo que surgió el debate. La Corte de Grenoble decidió que la cláusula litigiosa tenía por objeto mantener la hipoteca legal de la mujer. Para que la hipoteca estuviera extinguida debería haber habido novación ó pago. No había

1 Pont, t. I, ps. 467 y siguientes, núm. 441. Martou, t. IV, p. 10, número 1334.

novación, puesto que el acta excluía la voluntad de novar, y al estipular que no había novación las partes declaraban, por esto mismo, que la deuda originaria subsistía; no descargaban al padre, deudor de las devoluciones; le abandonaban, es verdad, los bienes de que era usufructuario, pero esto era un simple reconocimiento de su derecho real, lo que no impedía que el padre permaneciera deudor personal de la dote. Las circunstancias de la causa explicaban la reserva de todos los derechos que la hija había mandado poner en el acta: es que el padre se encontraba desde entonces en liquidación. Descargarlo de la hipoteca sería estipular garantías contra el usufructuario, hubiera sido comprometer los derechos de la hija. (1) En el recurso recayó una sentencia de denegada. La Corte de Casación dijo que la cláusula litigiosa no podía significar otra cosa si no es que el padre continuaba conservando durante su vida la suma de que era deudor en saldo y usufructuario con el mismo título con que hasta entonces lo había retenido; es decir, como deudor de las devoluciones en calidad de marido y de tutor. Esta estipulación, agrega la Corte, no tiene nada de ilícito y tiene, como consecuencia, el mandamiento de la hipoteca legal. Nos queda una duda. ¿La reserva que hacían los esposos no era contraria al acta que hacían? Había una cuenta, luego una liquidación de las devoluciones; los esposos se convertían en nudos propietarios; estaban, pues, pagados de lo que les debía el padre. Si no había novación había pago, y el pago extinguía la hipoteca legal. (2)

### III. La confusión.

367. Hemos dicho en el título *De las Obligaciones* lo que hay de particular en este modo de extinción de las deudas

1 Denegada, 27 de Noviembre de 1855 (Dalloz, 1856, 1, 25).

2 Compárese Pont, t. I, p. 468, núm. 441.