

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 des-

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 Sauter, 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; Durantón 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 Durantón, 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. Durantón 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 Durantou, 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 Durantón, 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 Tribunado 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 excepción 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-Prámeneu, 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 (Daloz, *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 (Daloz, *Obligaciones*, número 2,501 2.º) y 9 de Julio de 1834 (*ibid*, núm. 2,501, 3.º) Compárese Aubry y Rau, t. IV, pág. 217, nota 29, pfo. 324.