

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 fiador 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 garantizar. 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. 1,278 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 esta 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. 221 bis I.

SECCION III.—De la remisión de la deuda.

§ I.—COMO SE VERIFICA LA REMISION.

333. La remisión de la deuda es una renuncia que hace el acreedor de sus derechos en provecho del deudor. Puede tener lugar á título oneroso ó á título gratuito. Por lo común, entiéndese por remisión un abandono gratuito del crédito hecho por el acreedor. La renuncia á título oneroso es rara, ó para hablar con más propiedad, se confunde con otros hechos jurídicos. Si el acreedor renuncia á los derechos que le da una obligación, mediante otra nueva que substituye á la primera, hay novación. Si recibe inmediatamente, en pago de lo que se le debe, otra cosa que lo constituye el objeto de la obligación, hay dación en pago. (1) Acabamos de tratar de la novación; la dación en pago se equipara á la venta; en cuanto á las diferencias que las distinguen, las expondremos en el título "De la Venta." Así, pues, consideramos la remisión como un acto gratuito.

334. La primera cuestión que se presenta es la de saber si la remisión gratuita es una donación. Es clarísimo que es una liberalidad. Si Pedro me debe 1,000 francos, y yo le hago remisión de la deuda, equivale á que yo reciba primero los 1,000 francos, y en seguida los devuelva á título de donativo al deudor: la remisión ahorra inútiles tradiciones.

Vamos á tomar algunos ejemplos á la jurisprudencia. El acreedor del censo hace remisión de los vencimientos durante toda su vida; dona al deudor su título de crédito; además, la renuncia á los vencimientos, estaba comprobada por un documento privado. En este caso, la tradición del título equivalía á la remisión de los valores. (2)

Un tío cede gratuitamente á su sobrino sus estable-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 433, núm. 230 bis III.

2 Orléans, 21 de Febrero de 1852 (Daloz, 1853, 2, 63).