

te de negocios ni mandatario ¿con qué derecho ejercería una acción contra el deudor? Unos dicen que hay gestión de negocios; esto no es admisible: trasladamos á lo que fué dicho acerca de los cuasicontratos (tomo XX, números 336-338). Otros dicen que el caucionante tiene derecho á la acción *de in rem verso*; esto es muy dudoso; el deudor que se opone á que el caucionante intervenga por él se opone por esto mismo á que el caucionante promueva contra él.

Se invoca en vano la equidad y la máxima de que nadie puede enriquecerse á expensas ajenas: la primera regla de equidad quiere que se inmiscue uno en los negocios ajenos apesar del dueño. Ni siquiera hubiera liberalidad, como se pretende, pues la donación exige el concurso de consentimientos de ambas partes, y en el caso el deudor se niega. En definitiva, hay un hecho enteramente anormal por razón del cual la ley no da acción. (1)

237. ¿Cuál es la condición bajo la cual el caucionante tiene derecho á un recurso contra el deudor? El art. 2028 contesta que tiene un recurso cuando ha *pagado*; es, pues, el pago el que es el principio de su acción recusoria. La palabra pagar debe tomarse en su sentido más lato; desde que el caucionante ha satisfecho la obligación del deudor, de un modo cualquiera, tiene un recurso contra él; basta que el deudor esté liberado por el hecho del caucionante aunque no hubiere hecho un pago propiamente dicho. El caucionante perseguido por el acreedor puede oponerle la compensación de lo que le debe el acreedor; el caucionante queda liberado en este caso y libera al deudor, y compensar es pagar; luego el caucionante tiene un recurso contra el deudor. Lo mismo sucedería si el acreedor hubiera consen-

1 Véanse, en diverso sentido, los autores citados por Aubry y Rau (t. II, páginas 689 y siguientes, notas 14 y 15, pfo. 427) y por Pont, (t. II, p. 125, número 245).

tido en libertar al deudor haciendo una novación con el caucionante. (1)

¿Qué debe decirse de la remesa de la deuda? Si la remesa se hace á título oneroso no es más que una donación en pago ó una novación; en una y otra hipótesis hay lugar á recurso. Ordinariamente se entiende por remesa la liberación á título gratuito. Hay que ver entonces si el acreedor quiso extinguir la deuda para con el deudor y el caucionante; en este caso no puede tratarse de recurso. Pero si el acreedor entendió hacer una liberalidad al caucionante éste tendría un recurso contra el deudor principal, pues libera á éste mediante la donación que recibió; es como si hubiera pagado la suma debida por el deudor y que después el acreedor le hubiera devuelto el dinero que éste hubiera recibido. (2)

238. Para que el caucionante que ha pagado tenga un recurso se necesita que haya pagado como el deudor mismo lo hubiera debido hacer. El Relator del Tribunado formula el principio en estos términos: "El caucionante no puede perjudicar los derechos del deudor," Chabot da como ejemplos: si el caucionante paga antes de que venza la obligación no puede ejercer su recurso sino hasta este vencimiento; y si paga más de lo que se debía no puede repetir el excedente al deudor. (3)

Pothier deduce otra consecuencia del mismo principio: el caucionante debe oponer al acreedor las excepciones que el deudor podía hacer valer contra la demanda; caucionó un precio de venta y el comprador perdió el pleito; si el cau-

1 Denegada, 7 de Marzo de 1876 (Dalloz, 1876, I, 350). En el caso el deudor principal había quebrado, lo que hacía la deuda exigible. El caucionante obtuvo su liberación conviniendo con el acreedor en que el crédito que no producía intereses los produciría en adelante. Fué sentenciado que el caucionante tenía un recurso contra el deudor no sólo por la deuda principal sino también por los intereses ofrecidos por el caucionante para liberar al deudor.

2 Pont, *De los pequeños contratos*, t. II, p. 126, núm. 232, y los autores citados.

3 Chabot, Informe núm. 21 [Loché, t. VII, p. 426].

cionante perseguido por el acreedor tiene conocimiento de la evicción debe oponer la excepción que el deudor tenía el derecho de oponer, sin lo que no tendrá recurso, pues que pagaría una deuda que no existía. Si no opone la excepción porque no tenía conocimiento de la evicción tendrá un recurso porque el comprador vencido debería haberlo advertido de la evicción; no estando advertido el caucionante paga porque se creía obligado á hacerlo.

¿Qué se debe decidir si la deuda había prescripto? Pothier contesta que el caucionante no está obligado á oponer la prescripción, porque esto lo puede rechazar su conciencia; pero en este caso deberá poner en causa al deudor, pues que es su derecho prevalecerse de la prescripción y á él le corresponde apreciar si usa de su derecho. (1)

239. El caucionante que paga la deuda debe tener cuidado de avisar al deudor principal del pago que hizo; entendemos siempre por pago toda extinción de la obligación principal que da al caucionante un recurso contra el deudor. Si el caucionante no avisa al deudor es responsable de las consecuencias de su negligencia. Esto es lo que dice el art. 2031: "El caucionante que ha pagado una primera vez no tiene recurso contra el deudor principal que ha pagado una segunda vez cuando no le ha advertido el pago hecho, á salvo su acción en repetición contra el acreedor."

Resulta de esta disposición que el caucionante debe siempre advertir al deudor del pago que ha hecho, sin distinguir si paga después de una promoción ó antes y voluntariamente. El segundo inciso del art. 2031 hace esta distinción; volveremos á ella; el primero está concebido en términos generales; en efecto, no habría ningún motivo para distinguir. Que el pago hecho por el caucionante sea voluntario á obligado no importa, en uno y otro caso el

1 Pothier, *De las obligaciones*, núms. 433 y 434.

deudor ignora si el caucionante ha descuidado advertírsele. Y no se puede objetar que el deudor debe, antes de pagar, informarse de si el caucionante ya haya pagado, pues que generalmente el acreedor se dirige al deudor antes de accionar al caucionante; el deudor perseguido debe, pues, creer que la deuda no está pagada.

El caucionante perseguido por el acreedor debe denunciar las promociones al deudor principal si quiere tener un recurso contra él por los gastos que ocasiona la demanda. ¿Si ha hecho esta denuncia deberá además advertir al deudor el pago? La afirmativa nos parece segura; resulta de los términos generales del art. 2031 que no distingue si el aviso prescripto por el art. 2029 tuvo lugar ó no. Sin embargo, nos parece que en el caso en que el caucionante hubiera denunciado las promociones al deudor sin avisarle del pago no se podría ya hacer responsable de plano al caucionante si el deudor pagara después de que éste lo hubiera hecho. Hay también en este caso una imprudencia que reprochar al deudor que sabiendo que hay promociones paga sin informarse del resultado de éstas. Habría, pues, culpa por ambas partes; el juez del hecho tendrá que tomar en consideración esta culpa recíproca para decidir en quién recae la responsabilidad.

La ley no dice cómo debe darse el aviso que prescribe. Se permanece, pues, en los términos del derecho común en cuanto al modo de dar conocimiento del hecho al deudor y en cuanto á la prueba de este aviso. Durantón dice que la prueba testimonial estaría admitida indefinidamente; es decir, cualquiera que fuera el monto del litigio, porque el aviso es un simple hecho ó, como se dice en la escuela, un hecho material. (1) Esto nos parece muy dudoso. Un hecho que ordena la ley es un hecho legal; luego un hecho jurídico, y este hecho tiene consecuencias jurídicas: el cau-

1 Durantón, t. XVIII, p. 377, núm. 356.

caucionante tiene su recurso si advirtió al deudor que efectuó el pago, mientras que no lo tiene contra el deudor cuando no se lo avisa. Esto es decisivo.

Si el caucionante no dió aviso al deudor y éste paga segunda vez la deuda ¿cuál será la consecuencia? En el momento en que el deudor paga la deuda está ya extinguida; hace, pues, un pago indebido y por consiguiente, tiene acción de repetición contra el acreedor. El es, pues, quien debiera promover. El art. 2031 deroga el derecho común: el deudor está liberado para con el caucionante y éste es quien debe promover la repetición; de modo que es en el caucionante en quien recaen las dificultades del proceso y el riesgo de la insolvencia del acreedor, lo que es muy justo; fué descuidado y tiene que sufrir las consecuencias de su descuido.

240. Hay una hipótesis análoga que el Código no prevee. El deudor paga sin avisar al caucionante. Este, en la ignorancia en que se encuentra de la extinción de la deuda, paga por segunda vez. Hace un pago indebido; tiene por este punto una acción de repetición contra el acreedor. ¿Pero hay que ir más allá y decidir que el caucionante puede promover por la acción de mandato para hacerse reembolsar la suma que pagó á cargo de subrogar al deudor á su acción de repetición contra el acreedor? Pothier lo decidió así conforme al derecho romano. (1) En el silencio del Código nos parece imposible imponer al deudor una obligación que la ley no le impone y sancionar esta obligación con una pena civil, la de sufrir el riesgo de la insolvencia del acreedor. La Corte de Lyon se pronunció por la doctrina tradicional distinguiendo, sin embargo, entre el pago hecho voluntariamente por el caucionante de una deuda extinguida y el pago hecho por la promoción del acreedor. En el primer caso decidió que había culpa por parte del

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 437.

caucionante en haber pagado espontáneamente y sin necesidad una letra de cambio ocho años después de su vencimiento; en el segundo declaró responsable al deudor por no haber avisado al caucionante la extinción de la deuda; la obligación del deudor de avisar al caucionante, dice la Corte, es correlativa á la que el art. 2031 impone al caucionante; y la Corte concluye de esto que el caucionante tiene una acción de indemnización contra el deudor en virtud del art. 2001. (1)

Esta decisión suscita muchas dudas. ¿Puede admitirse una obligación legal por analogía? Nó. Y si hubiera obligación legal de avisar al caucionante esta obligación existiría sin distinción entre el caso en que el caucionante paga voluntariamente y el caso en que paga por promoción del acreedor. Todo cuanto puede decirse es que de hecho puede haber una culpa imputable al caucionante ó al deudor, y cada uno de ellos responderá del daño que cause por su culpa. (2)

241. El art. 2031 prevee un segundo caso en el que el caucionante no tiene recurso contra el deudor aunque haya pagado la deuda. Se supone que paga sin que se le demande, no avisa al deudor y sucede que éste, en el momento del pago, tenía medio de hacer retirar la demanda; la ley decide que, en este caso, el caucionante no tendrá recurso contra el deudor principal; sólo le da una acción de repetición contra el acreedor. En la teoría del Código el caucionante debe avisar al deudor antes de pagar con el fin de ponerlo en condición de hacer valer sus derechos contra el acreedor. Es verdad que el caucionante puede oponer al acreedor todas las excepciones que pertenecen al deudor principal y que son inherentes á la deuda (art. 2036); pero puede no conocerlos, pues que es extraño á la deuda; es,

1 Lyon, 14 de Mayo de 1857 (Dalloz, 1858, 2, 83). Zachariae y sus editores Aubry y Rau, t. IV, p. 690, nota 16, pfo. 427.

2 Pont, *De los pequeños contratos*, t. II, p. 129, núm. 255.

pues, natural que denuncie las promociones al deudor principal; si no lo hace tiene culpa y debe sufrir sus consecuencias.

¿Qué debe decidirse si el caucionante paga por las promociones que el acreedor dirige contra él? Si se atiende uno al texto hay que decir que el caucionante conserva su recurso cuando se le demanda y que está obligado á pagar. Tal es también la opinión de Domat. "Si el fiador, dice, apremiado para pagar, paga la deuda de buena fe para evitar una ejecución ó un embargo de sus bienes, y no sabiendo que el deudor tenía una compensación que hacer ó que había pagado ó que tenía otros medios de defensa contra el acreedor, no dejará de tener el recurso, pues al deudor debe imputarse el no haberle advertido no pagar." (1) Esto zanja la dificultad; el art. 2031 reproduce la doctrina tradicional, y los principios se oponen á que se extienda un decaimiento legal. (2) ¿Pero si no hay culpa legal por parte de caucionante y responsabilidad en derecho no debe tenerse en cuenta la culpa que le sería imputable según el derecho común? La afirmativa nos parece segura. Todo lo que puede concluirse del art. 2031 es que no hay responsabilidad legal á cargo del caucionante que paga por las promociones del acreedor; pero puede haber una culpa que reprocharle según las circunstancias de la causa; y la ley no entiende descargar al caucionante de la responsabilidad de las culpas que pueda cometer; esta derogación del derecho común sería inexplicable. (3).

§ II.—DE LA ACCION SUBROGATORIA.

242. "El caucionante que ha pagado la deuda está subrogado á todos los derechos que tenía el acreedor contra el

1 Domat, *Leyes civiles*, lib. III, tit. IV, sec. III, pfo. VII.

2 Troplong, *De la Caución*, núms. 383-386. Ponsot, p. 276, núm. 249. Aubry y Rau, t. IV, p. 690, nota 17, pfo. 427. En sentido contrario Delvincourt y Durantón.

3 Pont, *De los pequeñas contratos*, t. II, p. 231, núm. 258.

deudor" (art. 2029). Esta disposición es una aplicación del principio establecido por el art. 1251, núm. 3. "La subrogación tiene lugar de plano en provecho de aquel que, teniendo que pagar la deuda ajena, tenía interés en pagarla." El caucionante está obligado á la deuda del deudor principal; no sólo tiene interés en pagar la deuda, puede estar obligado á ello, y tiene que hacerlo. Hemos dicho en el título *De las Obligaciones* que Dumoulin fué el primero quien propuso esta subrogación legal; pero por grande que fuera su autoridad esta opinión no podía prevalecer al derecho antiguo, pues no pertenece al intérprete crear casos en que la subrogación tiene lugar de plano. Los autores del Código Civil han dado sanción de ley á la doctrina del gran jurisconsulto (t. XVIII, núms. 95-96). Hay, pues, que aplicar á la subrogación del caucionante lo que hemos dicho de la subrogación del art. 1251, 3.º y de sus efectos.

243. El caucionante tiene dos acciones, una personal nacida del mandato ó de la gestión de negocios y la acción subrogatoria. Esta es generalmente más favorable, puesto que da al caucionante las garantías que aseguran el pago del crédito, especialmente los privilegios y las hipotecas. Sin embargo, la acción personal puede ser más ventajosa que la acción subrogatoria. Si la deuda no produce interés el caucionante no podrá reclamarlo en virtud de la acción subrogatoria, puesto que esta acción no le da otros derechos que los que pertenecen al acreedor, mientras que como mandatario, y en la opinión común como gerente de negocios, el caucionante tiene derecho á los intereses desde el día de sus anticipos. En este caso la acción personal es más ventajosa suponiendo que el deudor sea solvente. (1)

El caucionante tendría también interés en promover por acción personal si la acción del acreedor hubiera prescripto,

1 Mourlón, *Repeticiones*, t. III, p. 456, núm. 1156.

y prescribirá siempre antes que la acción de mandato ó de gestión de negocios, puesto que ésta no toma nacimiento más que en el día en que pagó el caucionante, y dura treinta años á partir del momento del pago.

En fin, el caucionante que ejerce la acción hipotecaria del acreedor está sometido, en caso de pago parcial, á la disposición del art. 1253, mientras que el acreedor no puede oponerla cuando el caucionante promueve en virtud de la acción personal. (1) Volveremos á este punto.

Por otra parte, no deben confundirse las condiciones requeridas para que el caucionante tenga la acción personal y la que está requerida para estar subrogada. No tiene la acción personal sino cuando paga como mandatario ó gerente de negocios; en nuestra opinión sólo tiene acción cuando caucionó apesar del deudor. Para la acción subrogatoria basta que el caucionante se encuentre en los términos de los arts. 2059 y 1251, 3.º por esto sólo: que está obligado por el deudor principal; queda subrogado al acreedor cuando le paga la deuda. Para la subrogación no hay que considerar las relaciones personales que existen entre el caucionante y el deudor, basta que haya caucionado la deuda y que la pague. (2) Debe entenderse por pago la extinción de la deuda; poco importa el modo de extinción siempre que el acreedor reciba lo que se le debe y que el deudor quede liberado (núm. 237).

244. El art. 2029 dice que el caucionante está subrogado á todos los derechos que tenía el acreedor contra el deudor. Los términos absolutos de la ley zanján la dificultad que había detenido á Dumoulin; según éste el caucionante no podrá ejercer más que los derechos que pertenecían al acreedor cuando la caución porque el caucionante no podía tener en vista más que las seguridades por razón de las

1 Aubry y Rau, t. IV, p. 689, nota 9, pfo. 427.

2 Pont, t. II, p. 138, nota 1; Aubry Rau, t. IV, p. 686, nota 1, pfo. 427.

que había consentido en caucionar la deuda. El Código no entra en estas consideraciones de intención siempre difíciles de apreciar: la subrogación pone al caucionante en el lugar del acreedor; debe, pues, ejercer todos los derechos de éste. (1)

Para uno de estos derechos hay controversia. Se pregunta si el caucionante subrogado puede ejercer el derecho de resolución que pertenece al acreedor. Ya hemos examinado la cuestión en el título *De las Obligaciones* (t. XVIII, número 111).

245. Hay otra cuestión que está muy controvertida: ¿cuál es el efecto de la subrogación cuando hay conflicto entre el caucionante subrogado y el tercero tenedor obligado hipotecariamente por la deuda caucionada? Hemos igualmente examinado el punto en el título que es el sitio de la materia (t. XVIII, núms. 123-126).

246. ¿Qué comprende la subrogación? La subrogación en la teoría del Código, tomada de Pothier, es una cesión ficticia del crédito y el acreedor no puede ceder más que los derechos que tiene; el crédito pasa, pues, tal como lo poseía el acreedor á la persona del subrogado. Este principio decide una cuestión controvertida. Se pregunta si el caucionante puede reclamar, mediante la subrogación, los gastos de las promociones que el acreedor ha ejercido contra él y los daños y perjuicios á que tiene derecho. En cuanto á los daños y perjuicios no hay ninguna duda, en nuestro concepto; no es un derecho del acreedor; no está, pues, comprendido en la cesión que se le considera hacer al caucionante; este derecho es personal del caucionante, tiene su principio en el mandato ó en la gestión de negocios; luego el caucionante sólo puede ejercerlo como mandatario ó gerente. En cuanto á los gastos que el acreedor hace contra el deudor

1 Troplong, núm. 376. Ponsot, p. 294, núm. 259. Pont, t. II, p. 138, número 272.

dor se les deben considerar como un accesorio del crédito garantizado por las seguridades ligadas á ello, puesto que el crédito no puede ejercerse más que promoviendo contra el deudor. ¿Pasa lo mismo con los gastos que el acreedor hace contra el caucionante? Acerca de este punto hay controversia. Nos parece que no hay lugar á distinguir entre los gastos que el acreedor hace, ya sea contra el deudor, ya contra el caucionante; tiene una acción directa contra uno y otro y tiene que promover para obtener el pago de lo que se le debe; el caucionante le reembolsa estos gastos; luego son un accesorio del crédito y, por consiguiente, están comprendidos en el crédito que el acreedor se considera ceder al caucionante que le paga. (1)

247. El caucionante hace un pago parcial, ya porque sólo caucionó una parte de la deuda, ya porque el acreedor ha consentido en recibir un pago dividido. Se debe aplicar en este caso al caucionante subrogado el principio de que la subrogación no perjudica al acreedor, principio del cual el art. 1252 consagra una consecuencia. Por consiguiente, el acreedor será pagado de todo lo que se le queda á deber de preferencia al caucionante. Transladamos, en cuanto al principio, al título *De las Obligaciones*; la aplicación al caucionante no es dudosa. Pero para que haya lugar á aplicar el art. 1252 es necesario que el caucionante promueva por acción subrogatoria y que se halle en conflicto con el acreedor, uno y otro ejerciendo su derecho hipotecario en el mismo inmueble hipotecado para la seguridad del crédito. Si no hay garantías reales el acreedor no tiene derecho de preferencia en el dinero que se distribuye entre el caucionante y él; no hay, pues, lugar á ejercer el derecho de preferencia que el art. 1252 reserva al acreedor. Este derecho de preferencia está fundado en que la subrogación no puede ser

1 Véanse, en diverso sentido, Aubry y Rau, t. IV, p. 686, nota 3, pfo. 427 y Pont, t. II, p. 140, núm. 274.

invocada por el subrogado contra el subrogante, y en el caso el caucionante no promueve en virtud de la subrogación, promueve en virtud de su acción personal, así como el acreedor; desde luego sus derechos respectivos están regidos no por el art. 1252 sino por el art. 2093 (Ley Hipotecaria, artículo 8). Según cuyos términos los bienes del deudor son la prenda común de sus acreedores y el precio se distribuye entre ellos por contribución. (1)

248. El art. 2030 prevé el caso en que el fiador ha caucionado á los acreedores solidarios de una misma deuda; si la paga tendrá contra cada uno de ellos la repetición del total de lo que pagó. Esta es la aplicación de los principios que rigen la solidaridad y la subrogación. Cada codeudor solidario está obligado por toda la deuda como si fuera solo y único deudor; luego aquel que cauciona á todos los codeudores está obligado por cada uno de ellos como si fuera solo deudor de toda la deuda, y, por consiguiente, está subrogado al acreedor por el todo contra cada uno de ellos (arts. 1200 y 1251, 2.º)

249. El art. 2030 suscita una cuestión difícil y en la que hay duda. Se supone que el fiador no cauciona más que á uno de los deudores solidarios: estará subrogado al derecho del acreedor contra este deudor y podrá, en consecuencia, demandarlo por toda la deuda haciendo valer las garantías que á ella se ligan. Esto es la aplicación del art. 1251, 3.º. ¿El caucionante que paga toda la deuda tiene también un recurso contra los otros codeudores y cuál es este recurso? Hay un punto que nos parece seguro aunque esté controvertido: es que el caucionante no está subrogado á los derechos del acreedor contra los demás codeudores por el total del crédito. Esto resulta del art. 2030, el cual concede al caucionante un recurso por el *total* cuando cauciona á to-

1 Danegada, 1.º de Agosto de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 502). Véase nuestro tomo XVIII, núm. 315.

dos los codeudores; luego cuando sólo caucionó uno sólo no tiene este recurso por el todo. Es verdad que este argumento está sacado del silencio de la ley y los argumentos llamados *a contrario* tienen poco valor; sin embargo, es difícil dar otro sentido á la ley, pues si se admite que el caucionante tiene un recurso por el todo contra los demás deudores solidarios se borran del art. 2031 las palabras "que caucionó á todos;" para que estas palabras tengan un sentido es necesario inducir de ellas que la decisión de la ley no es aplicable al caso en que un fiador sólo caucionó á uno de los deudores solidarios. La Corte de Casación lo sentenció así. (1)

Si el caucionante que paga la deuda por el deudor solidario á quien caucionó no tiene recurso por el total contra los codeudores ¿tiene al menos un recurso parcial y cuál es el principio de este recurso? La jurisprudencia le da un recurso contra los demás codeudores por la parte que deben soportar en la deuda entre sí; pero no está de acuerdo acerca del principio de donde procede esta acción recursoria. Hay acerca de esta cuestión dos sentencias de la Cámara de Requisiciones que parten de un principio enteramente distinto. La primera decide que el caucionante está subrogado á la acción del deudor, del que paga la deuda contra sus codeudores, y se sabe que esta acción se divide entre los codeudores, de modo que cada uno solo está obligado por su parte y porción. El segundo decide que el caucionante está subrogado al acreedor, pero que no puede ejercer los derechos del acreedor más que por una acción dividida. (2) Una y otra solución presentan dificultades. El art. 2029, que establece el principio de la subrogación, dice que el caucionante que paga está subrogado á los derechos del acreedor

1 Denegada, 10 de Junio de 1861 (Dalloz, 1861, 1, 361). Compárese denegada, 29 de Abril de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 283).

2 Véanse las sentencias citadas en la nota anterior.

contra el deudor; esto resulta, además, de la esencia de la subrogación, es una cesión ficticia; y el acreedor sólo puede ceder los derechos que le pertenecen; luego el caucionante que paga no puede estar subrogado más que á los derechos del codeudor contra sus codeudores, pues esta acción recursoria es extraña al acreedor, resulta de la subrogación del art. 1251, 3.º, modificada, en lo que se refiere á los codeudores solidarios, por el art. 1213. La subrogación admitida por la primera sentencia de la Sala de Requisiciones no está, pues, fundada en ningún texto: esto es decir que se debe apartar, pues se trata de una subrogación legal y no pudiera haberla más que en virtud de una ley terminante. Hay, pues, que atenerse á la última sentencia de la Corte de Casación y decidir la cuestión según los arts. 1251, 3.º, y 2029. Pero aquí surge una nueva dificultad. El acreedor tiene una acción por el total contra unos codeudores solidarios; si el caucionante que paga está subrogado á todos los derechos de aquel, como lo dice el art. 2029, hay que concluir que el caucionante tendría un recurso por el total contra cada deudor. Pero el art. 2030 no permite admitir esta conclusión; la Sala de Requisiciones lo confiesa: estando el caucionante subrogado á los derechos del acreedor, pero no pudiendo, según el art. 2030, ejercer estos derechos por el todo contra cada uno de los deudores, se llega á esta conclusión: que el caucionante no tiene acción contra los codeudores no caucionados por él más que por su parte en la deuda solidaria. Así la segunda sentencia llega á la misma solución que la primera, pero rechaza terminantemente el motivo de decidir invocado en la primera sentencia. En definitiva, el art. 2030 modifica el principio de la subrogación legal; la modificación es implícita; de esto la dificultad. Los autores se atienen unos á la última sentencia y otros á la primera. (1)

1 Aubry y Rau, t. IV, p. 687, nota. 4 y 5, pfo. 427. Pont, t. II, p. 143, núm. 278

250. Aunque ambas sentencias conducen á la misma solución falta mucho para que los motivos sean indiferentes. Conducen á consecuencias diferentes en el sistema que liga la subrogación del caucionante al recurso que el codeudor caucionado tiene contra sus codeudores; hay que decir que si los codeudores tienen excepciones que oponer al codeudor caucionado estas excepciones pueden también ser opuestas al caucionante, mientras que si el recurso de éste procede del acreedor ninguna excepción puede serle opuesta por parte de los deudores solidarios. Asimismo si hay codeudores solidarios que sean extraños á la deuda el caucionante no puede promover contra ellos porque el codeudor á quien está subrogado no hubiera tenido acción, siempre en el sistema de la primera sentencia; en el sistema de la segunda, al contrario, el caucionante tendría una acción, pues el acreedor á quien está subrogado puede obrar solidariamente contra todos los que están obligados hacia él como deudores solidarios, sin distinguir si están personalmente interesados ó no en la deuda. (1).

251. Si el caucionante estipula la subrogación del acreedor á quien paga hay nuevas dificultades. En principio la subrogación convencional no tiene más efecto que la subrogación legal; así el deudor solidario que se hace subrogar á los derechos del acreedor sólo tiene un recurso dividido contra sus codeudores, como lo tiene en virtud de la ley. Traducimos á lo dicho en el título *De las Obligaciones* acerca del art. 1215. ¿Sucede lo mismo con la subrogación que estipula el caucionante? Si se admite, como lo hemos dicho (núm. 249), que el caucionante está subrogado al acreedor en virtud de la ley, pero bajo la modificación del art. 2030, hay que aplicar el principio que acabamos de recordar; la subrogación convencional no tendrá más efecto que la subrogación legal modificada. Si, al contrario, se deci-

1 Compárese Aubry y Rau, t. IV, ps. 687 y siguiente, nota 6, pfo. 427.

de que los derechos del caucionante no proceden del acreedor entonces no hay subrogación legal; de donde hay que concluir que nada le impide estipular la subrogación, y la subrogación convencional tendrá, en este caso, los efectos que la ley liga á la subrogación en general. (1)

§ III.—DE LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN DEL ART. 2032.

252. Hay casos en que la ley da una acción al caucionante contra el deudor antes que haya pagado para que éste le indemnice. El art. 2032 enumera estos casos. Desde luego el caucionante tiene una acción cuando está demandada en principio por el pago de la deuda. Chabot, en su informe al Tribunado, da como razón que el caucionante no está obligado hacia el deudor á pagar por él, ni á sufrir gastos, ni á administrar los fondos necesarios para la excusión; el caucionante no se ha obligado más que para con el acreedor; cuando, pues, está amenazado de tener que pagar, de sufrir gastos ó administrar los gastos necesarios para la excusión de los bienes del deudor, el caucionante le causa un perjuicio actual, aunque aun no haya pagado; y es de principio que el caucionante no puede nunca perder; de aquí la acción de indemnización que la ley le concede. El caucionante tiene otro medio de ponerse á cubierto del perjuicio que le amenaza por la promoción del acreedor: es el de llamar al deudor en causa (Código de Procedimientos, art. 175). Esta es una excepción moratoria que tiene la ventaja de suspender las promociones; y una vez que el deudor está presente en causa se le condenará inmediatamente á indemnizar al caucionante. (2)

1 Véanse, en sentido diverso, Aubry y Rau, t. IV, p. 688, nota 7, pfo. 427, y Pont, t. II, p. 144, núm. 279.

2 Chabot, Informe núm. 22 [Loché, t. VII, p. 426. Pont, t. II, p. 147, números 283 y 285].

253. En segundo lugar el caucionante puede promover la indemnización contra el deudor cuando éste quebró civil ó mercantilmente. Se supone que el acreedor, encontrando plena garantía en la caución, no se presenta á la quiebra para ser pagado ó no persigue al deudor quebrado para ser colocado entre los demás acreedores. Si el acreedor se presenta se entiende que el caucionante no puede presentarse, pues el concurso no puede admitir dos veces el mismo crédito; esto sería querer que el deudor pagara dos veces, lo que es absurdo. La Corte de Montepellier lo sentenció así en el caso siguiente. Una mujer se obliga solidariamente con su marido; según los términos del art. 1431 se la considera como caucionante para con su marido; con este título puede invocar el beneficio del art. 2032; habiendo quebrado el marido se presenta á la orden abierta en los inmuebles que pertenecen á éste y se hace colocar; pero los acreedores, hacia los que había obligado solidariamente, se presentaron también. Fué sentenciado que la mujer no podía ser pagada juntamente con los acreedores. No es este el caso previsto por el art. 2032, no pudiendo nunca el caucionante reclamar indemnización cuando el acreedor demanda el pago de lo que se le debe. (1) Esta es la opinión general. (2)

En este segundo caso el caucionante tiene derecho de promover en su nombre para prescribir la parte del acreedor en la distribución del dinero. Decimos que el caucionante será colocado á falta del acreedor. Según el derecho común habría un motivo de duda. El crédito del caucionante es eventual, puesto que está subordinado al pago que hace de la deuda. ¿Puede percibir lo que se debe al acreedor antes de haberle pagado? Esta duda arrastró á la Corte de Grenoble, la que sentenció que el caucionante no pudo reclamar una colocación actual en una orden contra el

1 París, 2 de Junio de 1853 (Dalloz, 1856, 2, 145).

2 Durantón, t. XVIII, p. 383, núm 360 y todos los autores.

deudor. Esto es desconocer la disposición del art. 2032 que al dar al caucionante el derecho de *promover* le concede por esto mismo una acción eficaz y, por consiguiente, el derecho de ser colocado. Esta derogación del derecho común se concibe perfectamente. Cuando el deudor cae en quiebra civil ó mercantil es seguro que el caucionante tendrá que pagar, y no tendrá recurso más que el que el ofrece la colocación en el pasivo de la masa; es, pues, justo abrirle este recurso inmediatamente. (1)

254. En tercer lugar el caucionante puede promover contra el deudor "cuando éste se obligó á darle su descargo en cierto tiempo." Si este tiempo feneció el caucionante tiene derecho de promover porque sólo se obligó bajo la condición de obtener su descargo en el tiempo fijado por el contrato, y esta convención, como cualquiera otra, tiene que ser ejecutada. (2)

255. En cuarto lugar el caucionante puede promover contra el deudor "cuando la deuda se ha hecho exigible por el vencimiento del plazo para el que fué contraída." Cuando la deuda se ha hecho exigible el acreedor tiene el derecho de demandar al caucionante si lo demanda; éste podrá promover contra el deudor en virtud del núm. 1 del art. 2032. Aunque el acreedor no haga promociones la ley autoriza al caucionante á que promueva porque el caucionante está interesado en evitarlas y el deudor puede volverse insolvente.

256. En quinto lugar el caucionante puede promover contra el deudor "al cabo de diez años, cuando la obligación principal no tiene plazo fijo, á no ser que la obligación principal, tal como una tutela, no sea de naturaleza á extinguirse antes de determinado tiempo." La ley permite al

1 Grenoble, 3 de Agosto de 1853 (Dalloz, 1855, 2, 70). En sentido contrario, todos los autores (Pont, t. II, p. 148, nota 4).

2 Chabot, Informe núm. 22 (Loché, t. VII, p. 426).

caucionante promover después de un plazo que fija en diez años porque es preciso que el caucionante no quede indefinidamente comprometido. Este es el motivo dado por el Relator del Tribunado; dice *perpetuamente*, lo que no existe más que en las ventas perpetuas; (1) y aun éstas no son ya perpetuas, puesto que son rescatables. Si la obligación principal puede ser perpetua en este sentido ¿por qué no permite la ley que la caución tenga la misma duración? Esta es también una de esas disposiciones que suponen que el caucionante se obligó á título gratuito; y la equidad exige que aquel que sigue un servicio no esté durante toda su vida ligado por un compromiso oneroso para él. Aun así limitada la facultad que la ley da al caucionante es contraria á los principios, puesto que pudo desprenderse de su obligación por su sola voluntad. El legislador trató de corregir lo que esta disposición tiene de anormal agregando como condición que el caucionante no puede promover después de dos años sino cuando la obligación principal no tiene vencimiento fijo; si fué consentida por largo plazo el caucionante supo al comprometerse cuál sería la duración del compromiso; es, pues, necesario que lo cumpla.

Hay obligaciones, como la del tutor, que aunque no tengan plazo fijo son de naturaleza á no extinguirse antes de determinado tiempo, el que para el tutor es ordinariamente el de la mayor edad de su pupilo; ¿podría el caucionante en este caso pedir su descargo pasados diez años? No, pues conoció al contratar la naturaleza y duración de la obligación que caucionaba; cuando se trata de obligación de tutor debió saber que su administración no puede concluir sino con la misma tutela. Por la misma razón, dice Pothier, aquel que prestó caución por el marido por la restitución del dote de la mujer no puede pedir al marido, mientras dura el matrimonio, que lo descargue de su cau-

1 Bruselas, 1.º de Febrero de 1827 (Pasicrisia, 1827, p. 44).

ción, porque la obligación de restitución de dote es de naturaleza á no poderse pagar sino después de la disolución del matrimonio. (1) Lo mismo sucedería con una caución de una renta vitalicia ó de un derecho usufructuario.

257. Tales son los casos en los que, conforme al artículo 2032, el caucionante promueve contra el deudor antes de haber pagado. Se pregunta si esta disposición puede extenderse á casos análogos. No debería sentarse la pregunta. Todos reconocían que es por derogación de los principios y por consideración de equidad por lo que la ley permite al caucionante promover cuando aun no ha pagado; y las disposiciones excepcionales no se extienden ni aun por vía de analogía. Lo que es decisivo. (2)

258. ¿Cuál es el objeto de la acción que la ley concede al caucionante. El art. 2032 dice que el caucionante puede *promover*; es decir, demandar judicialmente al deudor para que lo *indemnice*. ¿A qué tiende esta acción de indemnización? Generalmente á descargar al caucionante de su compromiso, pero el deudor se puede hallar en la imposibilidad de dar esta descarga, pues el acreedor no la consentirá sino cuando pague el deudor ó dé nuevas garantías. Si el deudor no procura descargar al caucionante éste puede reclamar una indemnización. La ley no dice en qué consistirá ésta. No hay más que un medio de dar al caucionante una indemnización real consignarle una cantidad de dinero igual al monto de la obligación caucionada. Se ha dicho que el juez podría conformarse con dar en garantía al caucionante una prueba, una hipoteca ó una nueva caución. Nos parece que esto es alejarse de la ley, así como de su espíritu. La ley quiere que el caucionante sea *indemnizado*, y una garantía no es una indemnización.

1 Chabot, Informe núm. 22 (Loché, t. VII, p. 426). Pothier, *De las obligaciones*, núm. 442. Durantón, t. XVIII, p. 393, núm. 364.

2 Pont, t. II, p. 152, núm. 297, y los autores que cita.