

Diciendo que el caucionante puede *promover* antes de pagar el art. 2032 indica cuál es el objeto de la acción. Cuando haya pagado el caucionante tiene un recurso cuyo objeto es indemnizar completamente. La acción anticipada que el caucionante puede ejercer en el caso previsto por la ley es una indemnización de igual naturaleza; solamente que como el caucionante aun no ha pagado el monto de la indemnización debe ser depositado. (1)

259. Se pregunta si el caucionante podría proceder por vía de embargo. La Corte de Burdeos juzgó muy bien que el caucionante no tenía este derecho. Conforme al artículo 2032 el caucionante puede promover para que lo *indemnicen*. Promover significa intentar una acción en justicia, y la acción es el derecho de perseguir ante los tribunales lo que se nos debe ó la reparación de un mal que se nos haga. Y no se debe nada al caucionante en tanto que no pague; todo lo que puede pedir es una indemnización que lo pone al abrigo de las promociones del acreedor y del peligro de la insolvencia del deudor. Sólo el juez puede determinar en qué consiste esta indemnización y cuál será su monto. Luego conforme al texto como al espíritu de la ley se necesita una acción judicial. El embargo no puede practicarse en los términos del Código de Procedimientos (art. 551) más que en virtud de una providencia ejecutoria y por cosas líquidas y ciertas. Y el caucionante no puede obtener una providencia precautoria, ni su derecho es líquido y cierto. (2)

260. ¿El caucionante que tiene derecho en virtud del artículo 2032 puede en vez de reclamar una indemnización reembolsar la deuda y ejercer en seguida su recurso contra el deudor? Hay alguna incertidumbre acerca de este punto

1 Durantón, t. XVIII, p. 380, núm. 359. En sentido contrario, Pont, t. II, p. 154, núm. 300; Aubry y Rau, t. IV, p. 691, nota 21, pfo. 427. Compárese Troplong, núm. 394, y Massé y Vergé sobre Zachariæ, t. V, p. 76, nota 13.

2 Burdeos, 22 de Febrero de 1832 (Dalloz, en la palabra *Caución*, núm. 261).

en la doctrina. Para que haya lugar á la deuda se debe suponer que la deuda no es exigible, porque si lo es el caucionante tiene el derecho de pagar, y pagando tiene la acción personal y la subrogatoria. Si la deuda no es exigible como una renta constituida el caucionante puede, después de diez años, promover contra el deudor si éste no le procura su descargo: es en este caso en el que el caucionante podrá reembolsar el capital de la renta y ejercer después su recurso contra el deudor. En nuestro concepto el texto decide la cuestión; el art. 2032 dice que el caucionante puede promover contra el deudor antes de haber pagado, con el fin de que se le indemnice; el caucionante tiene, pues, dos derechos: puede pagar, que es el derecho común, y puede, en ciertos casos, promover antes de haber pagado. Y nosotros suponemos que el caucionante no puede pagar, puesto que la deuda no es exigible; el único derecho que tuviera en este caso sería el de promover en indemnización.

Se objeta que el caucionante, teniendo el derecho de exigir que se le descargue, puede por esto mismo reembolsar la deuda, puesto que no hace más que lo que el deudor estaría obligado á hacer para obtener el descargo del caucionante. La objeción supone que el deudor no tiene otro medio de obtener su descargo más que el de pagar; esto no es exacto; el acreedor rentista le puede conceder el descargo del caucionante si el deudor le ministra nuevas garantías, y el deudor rentista puede estar interesado en dar seguridades en vez de reembolsar el capital, porque la mayoría de los rentas antiguas se constituyen á un tipo muy bajo. Esto prueba que el caucionante no tiene el derecho de reembolsar apesar del deudor, pues que reembolsando promovería contra el interés del deudor, de quien es mandatario ó gerente, lo que es contrario al principio del mandato y de la gerencia de negocios. Al caucionante, si no pue-

de pagar, no le queda más que su acción de indemnización. (1)

261. Se ha sostenido que el caucionante tenía el derecho, en virtud del art. 2032, de ejercer las acciones de acreedor contra el deudor. Esta es una de esas opiniones extrañas que tienden á hacer un nuevo Código Civil. No ha encontrado eco; la Corte de Casación responde, y su respuesta es perentoria, que no existe en derecho francés subrogación anticipada, ni total ni parcial, siendo siempre el pago anticipado la primera condición de una subrogación cualquiera. Tampoco hay en el art. 2032 ninguna palabra que trate de una acción subrogatoria. La ley solamente da al caucionante el derecho de promover contra el deudor para ser indemnizado; el caucionante ejerce este recurso en su nombre propio en virtud de un derecho que le es propio y de ningún modo por cuenta del acreedor, ni en virtud de una acción que tomara por anticipado á éste. En definitiva, no hay nada de subrogación en la especie. (2)

262. El art. 2032 dice que el *caucionante*, aun antes de haber pagado, puede promover contra el deudor. ¿Se debe concluir de los términos generales de la ley que todo caucionante puede usar del derecho que consagra este artículo? La cuestión está controvertida. Desde luego en lo relativo al caucionante que se comprometió á excusas del deudor. Creemos, con la mayoría de los autores, que el artículo 2032 es aplicable al caucionante que se compromete como gerente de negocios, tanto como al que ha contratado en virtud de un mandato del deudor. En nuestro concepto el texto del Código no deja ninguna duda. El art. 2032 es una consecuencia del 2028. La ley determina los derechos que tiene el caucionante aun contra el deudor; distingue, en

1 Véanse, en diverso sentido, Merlin, *Cuestión de derecho*, en la palabra *Caución*, pfo. IV; Ponsot, p. 314, núm. 272; Pont, t. II, p. 154, núm. 301.

2 Casación, 19 de Diciembre de 1872 (Daloz, 1873, 1, 38).

efecto, el caso en que el caucionante ha pagado y el caso en que no la hecho. Ha pagado, tiene un recurso contra el deudor principal, *sea que la caución haya sido dada á excusas ó á sabiendas del deudor*. No ha pagado, tiene una acción en indemnización en los casos determinados por el artículo 2032. ¿De qué caucionante se trata en este artículo? Del que habla el art. 2028; es decir, del caucionante mandatario ó gerente de negocios. El espíritu de la ley está en armonía con el texto. Es por motivos de equidad y de favoritismo por lo que el art. 2032 deroga el derecho común; ¿y quién merece más favor: el caucionante que prest aun servicio espontáneo, sin ser solicitado, ó el que se compromete á ruegos del deudor? (1)

Otro tanto diremos del caucionante solidario; está comprometido por una liga más estricta y más anerosa; merece, pues, más el favor que el simple caucionante. Se objeta que conforme al art. 2021 el compromiso del caucionante solidario se rige por los principios establecidos para las deudas solidarias. Ya hemos observado que se da á esta disposición un sentido que no tiene. La ley no entendió asimilar el caucionante solidario á un codeudor solidario, quiso solamente decidir que el caucionante solidario no goce del beneficio de excusión. Obligándose solidariamente el caucionante puede ser perseguido por toda la deuda como si fuera deudor principal; hé aquí lo que dice el art. 2021. Pero en la especie no se trata de las relaciones que existen entre el caucionante solidario y el acreedor sino de los derechos de aquél contra el deudor; el caucionante, aunque solidario, queda caucionante. Luego debe tener todos los derechos que la ley concede al caucionante. (2)

1 Aubry y Rau, t. IV, p. 691, nota 20, pfo. 427, y los autores citados. En sentido contrario, Pont, t. II, p. 155, núm. 303.

2 Ponsot, p. 320, núm. 276, y todos los autores.

## SECCION III.—Del efecto de la caución entre los fiadores

263. «Cuando varias personas han caucionado á un mismo deudor por una misma deuda el caucionante que ha pagado la deuda tiene recurso contra los demás caucionantes, cada uno por su parte y porción» (art. 2033). Este principio lo tomaron de Pothier, que lo explica como sigue: ¿Tiene un caucionante acción contra sus fiadores? En derecho estricto no, á menos que pagando la deuda no se haya hecho subrogar á los derechos del acreedor. Tal era la doctrina romana: los caucionantes, decían los jurisconsultos, que caucionan á un mismo deudor no contraen entre ellos ninguna obligación, cada uno no tiene otra intención que la de prestar un servicio al deudor principal, cada uno sólo se propone hacer el negocio del deudor y no el de los fiadores. Este principio es evidente, dice Pothier, pero la consecuencia que los jurisconsultos romanos han sacado es muy dura. Pothier no dice que sea ilógica; lastima la equidad, que es el alma del derecho de costumbre, por lo que la jurisprudencia francesa jamás admitió la doctrina romana en este punto; siempre concedió al caucionante un recurso contra sus fiadores para repetir á cada uno de ellos su parte viril en la deuda. Esta acción, dice Pothier, no nace de la caución, puesto que el hecho de caucionar la misma deuda no era ninguna obligación entre los caucionantes; nace del pago que el caucionante ha hecho de toda la deuda y de la equidad que no permite que los fiadores obligados con la deuda, lo mismo que el caucionante que la ha pagado, se aprovechen á sus costas del pago que ha hecho. Pothier se toma el trabajo de calificar esta acción; no hay mandato, no hay gerencia de negocios, pues el fiador que ha pagado la deuda ha pagado lo que debía; pagó, pues, su obligación propia sin hacer el negocio de sus fiadores. Pothier llama á la acción que las costumbres dan al caucio-

nante útil para gerencia de negocios; aunque el caucionante, considerando su intención, haya hecho al pagar la deuda más bien su propio negocio que el de sus fiadores; sin embargo, de hecho hizo el negocio de éstos, puesto que los ha liberado de una deuda que era común á todos; la equidad exige, pues, que todos tengan su parte en un pago que les ha aprovechado. (1)

El Relator del Tribunado reproduce literalmente estas consideraciones y concluye, como Pothier, que es equitativo que los fiadores que aprovechan todos del pago tengan cada uno su parte en la deuda. Lahary, Orador del Tribunado, va más allá: dice que la doctrina de los jurisconsultos romanos era una de esas sutilezas que se sienten encontrar tanto en las leyes de Roma. (2) Bajo el punto de vista legislativo el reproche estaba fundado: más vale la equidad que el rigor del derecho, pero también se debe hacer justicia á los jurisconsultos que fueron nuestros maestros; lo que se llama sutileza no es más que el rigor lógico de la razón; es un dón precioso cuando se trata de interpretar leyes. Otra es la misión del legislador; se debe inspirar más bien en la equidad: es el espíritu de las costumbres, es el carácter que distingue á las naciones germanas.

264. Los autores modernos consideran la disposición del art. 2033 como una extensión del principio de la subrogación legal. (3) Esto no nos parece exacto; el texto mismo del Código prueba que el caucionante que paga la deuda no está subrogado en los derechos del acreedor contra sus fiadores. Si tomara el lugar del acreedor ejercería todos sus derechos; por consiguiente, siempre tendría una acción contra sus fiadores y por toda la deuda, deducción hecha de la parte que debe corresponderle. Y no es este el siste-

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 445.

2 Chabot, Informe núm. 23 [Loché, t. VII, p. 426]. Lahary, Discurso número 25, p. 443.

3 Durantón, t. XVIII, p. 398, núm. 366. Pont, t. II, p. 158, núm. 309.

ma de la ley; en los términos del art. 2033 el recurso del caucionante contra sus fiadores no tiene lugar sino cuando ha pagado en uno de los casos enunciados en el artículo predicho; es decir, como lo explica Chabot, que el caucionante no tiene recurso más que cuando ha pagado por promoción del acreedor ó cuando el deudor quiebre civil ó comercialmente, ó cuando el deudor se hubiese obligado á entregarle su descargo en cierto tiempo, ó cuando la deuda se hiciera exigible por el vencimiento del plazo; en fin, si ha pagado después de diez años una deuda sin vencimiento fijo. Fuera de estos casos el caucionante no tiene recurso, aunque haya pagado; no sucede, pues, á los derechos del acreedor; si tiene un recurso contra sus fiadores es que ha pagado en circunstancias en que aquellos tenían una acción de indemnización contra el deudor; por consecuencia, en casos en que tuvieran el mayor interés en que el pago se hiciera; es en razón del interés que los fiadores tenían en el pago por lo que debían soportar una parte de la deuda: cuestión de equidad. Cuando ésta no está en en causa la ley no concede más recursos. Por esto paga el caucionante sin haber sido promovido una deuda no vencida; no tendrá más recursos. No los tendrá tampoco, aun al vencer la deuda, suponiendo que el deudor no haya pagado, pues que no puede tener recurso sino cuando paga en uno de los casos previstos por el art. 2032. La ley supone que si el caucionante no se apurara mucho á pagar el deudor lo habría hecho; lo que hubiera liberado á los demás fiadores.

265. Algunos autores restringen el recurso del caucionante en los casos previstos por los núms. 1, 2 y 4 del art. 2032; niegan el recurso en los demás casos. ¿Con qué derecho derogan así el texto terminante? Confiesan que su interpretación se separa un poco del texto de la ley; se debe decir más, mutilan la ley. No reconocemos este derecho á los intérpretes, y en la especie no se puede ni aun invocar el es-

piritu contra el texto, puesto que el espíritu de la ley es igualmente cierto; el Relator del Tribunal lo explicó como acabamos de hacerlo. Es inútil insistir. (1)

266. El caucionante que paga tiene un recurso contra sus fiadores porque pagando hace su negocio. Esto supone que el pago los ha liberado; y para que los caucionantes estén liberados se necesita que se extinga la deuda. De aquí se sigue que el recurso está subordinado á una condición: que el pago sea válido. El Orador del Gobierno lo dice y resulta de la naturaleza misma de las cosas. Treilhard parte de un principio: que no es exacto decir que el caucionante que paga está subrogado á los derechos del acreedor y que puede, por consecuencia, ejercer contra los fiadores, cada uno por su parte, los derechos que el acreedor ejercería él mismo si no se le pagara. La consecuencia atestigua contra el pretendido principio; en efecto, el acreedor subrogante tiene una acción por el todo, mientras que el caucionante subrogado sólo tiene un recurso dividido. Lo que el Orador del Gobierno agrega es más exacto: "Es sin duda inútil repetir que se supone un pago válida por parte del caucionante; si había pagado sin liberar al deudor ó cuando éste no debía nada debería sufrir sólo la pena de su imprudencia." Su recurso está fundado en una especie de gerencia de negocios (núm. 264), lo que implica un pago útil; es decir, liberatorio para los fiadores; si el pago no les aprovecha el caucionante no puede tener acción contra ellos. (2)

267. El caucionante que ha pagado toda la deuda no tiene más que un recurso dividido contra sus cofiadores. Esto es una disposición análoga á la del art. 1214. Los co-

1 Véase la refutación de Durantón y de Ponsot, en Pont, t. II, p. 157, número 308, y compárense los autores que cita.

2 Exposición de los motivos, núm. 20 [Loaré, t. VII, p. 418]. Aubry y Rau, t. IV, p. 692, pfo. 428.

fiadores no son codeudores solidarios, pero hay esta analogía: que están obligados cada uno por toda la deuda (artículo 2025) ; Debe inducirse de esta analogía que se debe aplicar á los cofiadores el principio que rige las relaciones de los codeudores solidarios entre sí? Este es el interés de la cuestión. El codeudor solidario que paga toda la deuda no tiene más que un recurso dividido contra sus codeudores, aunque se hiciera subrogar convencionalmente, no teniendo la subrogación convencional más efecto que la subrogación legal. Transladamos en cuanto al principio al título *De las Obligaciones* (t. XVIII, núm. 360). Los autores aplican el mismo principio á la acción recursoria del caucionante contra sus cofiadores. (1) Esto es muy dudoso. Primero, los cofiadores no son codeudores solidarios. En seguida, el caucionante que paga la deuda no está subrogado al acreedor, no tiene más que una acción útil de gestión de negocio contra sus cofiadores (núm. 263). No hay, pues, en verdad, ninguna analogía entre los cofiadores y los codeudores solidarios. Por esto falta la base de la aplicación analógica. Suponiendo aún que el caucionante esté subrogado al acreedor todavía quedaría un motivo de duda; el art. 1214 deroga los efectos de la subrogación legal: ¿es permitido extender una disposición excepcional? En nuestro concepto el caucionante que paga permanece bajo el imperio del derecho común; puede estipular la subrogación, y ésta está regida por los principios generales.

1 Durantón, t. XXVIII, p. 401, núm. 368. Aubry y Rau, t. IV, p. 692, nota 2, pfo. 423. Massé y Vergé sobre Zachariæ, t. V, p. 78, nota 3. Pont, t. II, p. 262, núms. 321 y 323.

### CAPITULO III.

#### DE LA EXTINCIÓN DE LA CAUCIÓN.

##### § I.—DE LA EXTINCIÓN DIRECTA DE LA CAUCIÓN.

268. «La obligación que resulta de la caución se extingue por las mismas causas que las demás obligaciones» (art. 2034). Aquel que cauciona se obliga; síguese de esto que las causas que extinguen las obligaciones en general deben también extinguir la suya. (1) Deben, pues, aplicarse á la caución los principios que hemos expuesto en el título *De las Obligaciones* acerca de las causas que extinguen las obligaciones convencionales. Las reglas generales reciben, sin embargo, algunas modificaciones en su aplicación á la caución; las vamos á señalar.

269. La compensación se opera de plano por la sola fuerza de la ley, aun á excusas de los deudores. Pero para que así sea es preciso que cada deudor lo sea principal y directamente de aquel de quien es acreedor directo y principal. Y el caucionante, aunque deudor, sólo lo es accesoriamente; cuando se le demanda no puede ser apremiado al pago, puesto que goza del beneficio de excusión. Síguese de esto que si se hace acreedor del acreedor de la obligación principal el crédito del caucionante y la deuda resultante de la

1 Treilhard, Exposición de los motivos, núm. 21 (Loché, t. VII, p. 419).