

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).

caución no se compensan de plano; la compensación sólo se opera en este caso desde el día en que fué opuesta por el caucionante. Transladamos á lo dicho acerca de este punto en el capítulo *De la extinción de las obligaciones* (t. XVIII, núms. 224 y 425).

270. La confusión no extingue las obligaciones en general sino por razón de la imposibilidad en que se encuentra el acreedor de pedir su ejecución y, por consecuencia, en los límites de esta imposibilidad. De esto se sigue que los efectos de la obligación resultante de la caución subsisten en tanto que es posible perseguir su ejecución. Si, pues, el caucionante ha constituido una hipoteca la hipoteca subsiste aunque la caución esté relativamente extinguida por confusión, habiéndose vuelto el caucionante heredero del deudor principal ó habiéndose tornado el deudor en heredero del caucionante. Transladamos, en cuanto al principio y en cuanto á las consecuencias que resultan para la caución, á lo dicho acerca de la confusión en el título *De las Obligaciones* (t. XVIII, núm. 502).

El art. 2035 contiene una consecuencia del mismo principio; dice así: «La confusión que se opera en la persona del deudor principal y de su caucionante cuando se vuelven herederos uno de otro no extingue la acción del acreedor contra aquel que hizo caución del caucionante.» Cuando el deudor se hace heredero del caucionante la caución se extingue por confusión en este sentido: que el acreedor no tiene ya dos acciones, puesto que el deudor y el caucionante no son más que una misma persona y que el deudor no puede ser caucionante de sí mismo; es esta imposibilidad de perseguir al caucionante la que arrastra la extinción de la caución por confusión. Pero la imposibilidad no existe más que con relación al caucionante; no existe para con aquel que caucionó al caucionante; de esto se sigue que la obligación del certificador no se extingue.

271. Según el art. 2250 la interpelación hecha al deudor principal ó su reconocimiento interrumpe la prescripción contra el caucionante. Síguese de esto que la caución subsiste aunque la prescripción se haya cumplido sin interrupción para con el caucionante. Volveremos á la disposición del art. 2250 que no se concilia mucho con el principio establecido por el art. 2034.

## § II.—DE LA EXTINCIÓN DE LA CAUCIÓN POR LA EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL.

272. La caución es una obligación accesoria, y como lo accesorio no puede subsistir sin lo principal se sigue que la extinción de la obligación principal arrastra la extinción de la caución. La aplicación del principio suscita dificultades que vamos á examinar recorriendo los diversos modos de extinción de las obligaciones.

### Núm. 1. Del pago.

273. Que el pago de la obligación extinga la caución esto es evidente. ¿Sucede lo mismo con los efectos de pago acompañados de depósito? El deudor que hizo el depósito puede retirarlo mientras no ha sido aceptado por el acreedor (art. 1201). Las ofertas reales sólo equivalen al pago cuando han sido aceptadas; en este caso la caución está extinguida porque la deuda principal está definitivamente extinguida. Hay también pago definitivo cuando el deudor obtuvo una sentencia pasada á autoridad de cosa juzgada que declaró sus ofertas y su depósito buenos y válidos; aunque retirase las cosas depositadas con el consentimiento del acreedor los caucionantes quedarían liberados (arts. 1261 y 1262). Transladamos, acerca del principio y consecuencias

que de él resultan, al título *De las Obligaciones* (t. XVIII, núm. 210).

274. El pago con subrogación extingue la deuda para con el acreedor, pero subsiste para con el tercero subrogado por una ficción que la establece en su favor, y esta ficción tiene precisamente por objeto mantener las garantías accesorias que aseguran el pago de la deuda; de modo que los privilegios ó hipotecas subsisten, así como la caución (art. 1252). Ya hemos explicado esta materia difícil en el título *De las Obligaciones*.

La Corte de Casación ha pronunciado contra el caucionante una sentencia que todos los autores han criticado, Troplong resuelve los hechos diciendo: El deudor caucionado paga al acreedor sin subrogación; luego en derecho la caución estaba extinguida. Pero queriendo conservarse el medio de contratar otro préstamo transfiriendo al prestado la garantía de la caución el deudor se hizo dar por el acreedor un poder en blanco para traspasar al futuro prestamista el crédito en realidad extinguido con la caución que lo garantizaba. El empréstito se hizo con subrogación. Este era uno de tantos fraudes muy frecuentes en esta materia. Se trataba de saber si el caucionante sería víctima de ella. Sostuvo que estaba liberado por el pago hecho sin subrogación. En cuanto al préstamo contratado con subrogación no podía oponérsele, puesto que la subrogación á un crédito extinguido era imposible. Esta defensa no fué admitida por la Corte de París, y en el recurso intervino una sentencia de denegada; sin embargo, la Sala de Requisiciones había admitido la caución y la Cámara Civil sólo la desechó después de una deliberación en Sala de Consejo y por las conclusiones del Abogado General. (1) Ponsot dijo, en términos algo fuertes, que la sentencia nada valía, y en el fondo to-

1 Denegada, Cámara Civil, 12 de Febrero de 1840 (Daloz, en la palabra *Caución*, núm. 321].

dos los autores son de la misma opinión. (1) Creemos que la crítica es justa.

La Corte comienza por decir que el préstamo hecho con subrogación debe dar al prestamista todas las garantías que el acta le promete. Esto es sentar en principio lo que es el objeto del debate. ¿Podría haber subrogación contra el caucionante cuando la caución estaba extinguida por el pago que el deudor había hecho? Poco importa que el prestamista fuera de buena fe y que no tuviera ningún medio para conocer la extinción de la caución. En el caso había un fraude, el deudor había hecho revivir fraudulentamente un crédito extinguido; la dificultad estaba en saber á quién el fraude debía perjudicar, si al caucionante ó al tercero prestamista. Esto no era una cuestión de buena fe, es decir de hecho, era una cuestión de derecho. La Corte de Casación da en efecto motivos de derecho; estos motivos fueron los que se atacaron tan rudamente.

El caucionante, dice la Corte de Casación, estaba representado en el acta de préstamo por el deudor cuya fe había seguido. ¿En qué se funda esta pretendida representación? La Corte no lo dice. Ya hemos encontrado esta falsa teoría, que considera como representante del caucionante al deudor (t. XX, núm. 119); no resulta seguramente de la naturaleza de la caución. El caucionante obra como mandatario ó como gerente de negocios al caucionar al deudor; ¿cómo podría inducirse de esto que el caucionante da un poder al deudor para representarlo? En el caso esta pretendida representación no tenía sentido. El deudor, á la vez que pagaba, se reservaba el medio de engañar al caucionante haciendo revivir por el fraude una caución que estaba extinguida: ¡y se quiere que el caucionante dé un poder al deudor para defraudarle! ¡Se quiere que el caucionante es-

1 Ponsot, p. 432, núm. 342. Troplong, núm. 499. Pont, .t II, p. 195, número 393.

té representado en una acta que el deudor hace contra él en desprecio de sus derechos! ¿Qué contesta la Corte? «Si el deudor ha disimulado la extinción de la deuda con el fin de reservarse un medio para hacer un nuevo préstamo y comprometer en él de nuevo al caucionante éste debe imputarse no haberse puesto al tanto para con los terceros para comprobar la extinción de la deuda. La Corte olvida que el fraude comenzó cuando el pago que extinguía la deuda principal y la caución: ¿cómo podía el caucionante comprobar un pago que se hacía mediante un poder en blanco destinado á defraudarle? El caucionante no asiste al pago; no figurando en él debe ser admitido á probarlo, aun por testigos y por presunciones, según los arts. 1348 y 1350, puesto que se encontraba en la imposibilidad de procurarse una prueba literal. La Corte de París había desechado la prueba ofrecida por el caucionante por motivo de que el art. 1341 prohíbe alegar la prueba por testigos contra ó además de lo contenido en el acta. ¿Cuál era, en el caso, el acta en el que figurara el caucionante y contra el que no podía ser admitido á la prueba testimonial? El caucionante sólo había intervenido en el acta de caución, y en principio el deudor no prueba contra el acta que comprueba la deuda cuando pide probar que la deuda feneció; esto es elemental. En cuanto al acta de préstamo consentida por el deudor con subrogación en fraude del caucionante ésta no figuraba en ella y no estaba en ella representada; luego el art. 1341 no era aplicable en tanto que prohíbe alegar la prueba testimonial contra las actas. Quedaba por saber si, según el derecho común, el caucionante era de admitirse á probar el hecho del pago por testigos y por presunciones; el art. 1348 contesta á la cuestión: el caucionante se encontraba en la imposibilidad de procurarse una prueba literal, luego debía de ser admitido á la prueba por testigos.

275. El pago parcial da lugar á una dificultad de imputación.

Si hay dos deudas de las que una está considerada y la otra no la imputación del pago parcial hecho por el deudor tiene lugar según el derecho común en la deuda más onerosa, luego en la caucionada (art. 1256). Acerca de este punto no hay ninguna duda. No debe confundirse este caso con el en que el caucionante ha caucionado sólo una parte de la deuda; si el deudor paga un abono se debe imputar en la parte no caucionada. Aquí no se aplican las reglas establecidas por el art. 1256; estas reglas suponen deudas diferentes, mientras que en el caso sólo hay una deuda. La cuestión de saber cuál ha sido la intención de las partes contratantes al estipular una caución parcial; en general esta intención no es dudosa; el acreedor no tenía entera confianza en la solvencia del deudor; hace, pues, que le dé caución por la parte de la deuda que no está caucionada con el fin de que el acreedor conserve la garantía entera por la parte de la deuda que fué caucionada. La Corte de Casación lo sentenció así y esto no nos parece dudoso. (1) Hay una sentencia en sentido contrario de la Corte de Caen que aplica la regla de imputación del art. 2056; (2) Hemos ya contestado al argumento que se puede tomar en él.

Hay, sin embargo, una restricción que hacer á la opinión consagrada por la Corte de Casación. La Corte se funda en la intención de las partes contratantes, pero las partes son libres de manifestar una voluntad contraria, puesto que no se trata más que de intereses privados. La Corte de Casación lo sentenció así manteniendo una sentencia de la Corte de Orleans por motivo de que la interpretación de los jueces del hecho era soberana. (3)

1 Casación, 12 de Enero de 1857 (Daloz, 1857, 1, 278). En el mismo sentido, Troplong, núms. 247, 500 y 501; Aubry y Rau, t. IV, p. 692, nota 1, párrafo 429; Pont, t. II, p. 195, núm. 394.

2 Caen, 16 de Julio de 1854 (Daloz, 1854, 5, 98).

3 Denegada, 13 de Noviembre de 1861 (Daloz, 1862, 1, 133).

## Núm. 2. De la novación.

276. «La novación operada para con el deudor principal libera á los caucionantes» (art. 1281), á reserva de que el acreedor exija su acesión; en este caso si acceden quedan obligados á la nueva deuda en virtud de una nueva caución; y si no acceden el antiguo crédito subsiste con la caución que á él se ligaba. Traducimos á lo dicho acerca del artículo 1281 en el título *De las Obligaciones*.

277. ¿Cuándo hay novación? Acerca de este punto hay grandes dificultades que ya hemos examinado en el lugar de la materia. En general la recepción por el acreedor de un pagaré á la orden no opera novación y no libera al caucionante. Se juzgó que también así sucede cuando el pagaré ha sido recibido después del vencimiento del plazo. En el caso no había ninguna duda acerca de la intención del acreedor; no había hecho más que un reconocimiento provisional de la cantidad, salvo á girar un recibo después del pagaré; así la recepción del pagaré no era más que un medio para facilitar el pago; y sucede así ordinariamente, puesto que no se reciben pagarés sino bajo la condición tácita de la entrega.

Una madre se compromete á reembolsar todos los efectos que su hijo pidiera á un banquero en el caso en que dichos efectos se perjudicaran. El monto de los efectos ascendía en 1843 á 83,000 francos comprobados por operaciones que no se habían pagado; el hijo deudor substituyó estas operaciones hechas con deudores ficticios por otras que firmó en provecho del banquero. Los pagarés renovados no habían sido pagados, el banquero persiguió al caucionante. Este pretendía que la renovación de los pagarés implicaba la novación. La Corte de París juzgó que la substitución de los efectos subscriptos directamente á los mandatos ó efectos de correspondencia precedentemente negociados por el deudor

con el banquero no se podían considerar en razón de las circunstancias en las que habían tenido lugar operando novación. La cosa era evidente; el acreedor no podía tener la intención de hacer novación porque hubiera perdido la garantía de la caución recibiendo pagarés que no tenían ningún valor si no estaban garantizados por el caucionante. Luego no es en interés del banquero en el que se firmaron los pagarés y se recibieron; la substitución se había hecho sólo en interés del deudor, á título de prorrogación de cambio. En el recurso recayó una sentencia de denegada. (1)

278. El art. 2039 contiene una aplicación de estos principios; dice que «la prórroga del plazo concedida por el acreedor al deudor principal no descarga al caucionante que puede, en este caso, perseguir al deudor para obligarlo á pagar.» Prorrogar un plazo no es novarlo. Hay, sin embargo, una consideración que se podría hacer valer en favor del caucionante: es que el deudor puede volverse insolvente durante la prórroga del plazo; sería contrario, si no al derecho estricto al menos á la equidad, el hacer recaer esta insolvencia en el caucionante cuando no ha consentido la prórroga. Fué, sin duda, por este motivo por el cual las costumbres de Bruselas habían dispuesto en contra al derecho romano que «cuando cualquiera se constituye fiador para pagar en un día fijado ó en plazo limitado y que el acreedor prorogue dicho día ó plazo el fiador estará liberado.» La Corte de Bruselas juzgó que esta disposición de costumbre que derogaba los principios era de estricta interpretación. (2) El Código Civil mantuvo la equidad al mismo tiempo que el derecho del acreedor; conforme al artículo 2039 el caucionante tiene, en caso de prórroga del plazo, el derecho de perseguir al deudor para forzarlo al pago; tiene, pues, un medio para impedir que la prorrogación le

1 Denegada, 16 de Junio de de 1846 (Daloz, 1846, 1, 284).

2 Bruselas, 8 de Agosto de 1814 (Pasicrisia, 1814, p. 169).

sea perjudicial. Esta es una consecuencia del art. 2032; desde que la deuda se hace exigible el caucionante puede promover contra el deudor para que lo indemnice. (1) Es verdad que la prórroga del plazo, interpretada de este modo, sería inútil al deudor, pues que si no puede ser perseguido por el acreedor puede serlo por el caucionante. Pero puede ponerse al abrigo de estas promociones arreglándose con el caucionante, cuyo único interés es el de obtener seguridades contra el peligro de la insolvencia del deudor.

279. «La aceptación voluntaria que el acreedor ha hecho de un inmueble ó de un efecto cualquiera en pago de la deuda principal descarga al caucionante aunque el acreedor salga vencido (art. 2038). Se cita esta disposición como un ejemplo de novación; (2) es más bien un pago, puesto que la donación en pago extingue la deuda vieja sin crear una obligación nueva. Habría novación si el acreedor consintiese en extender la primera deuda mediante la promesa del deudor de dar un inmueble ú otro efecto en pago; esta promesa sería una deuda nueva que quedaría en lugar de la antigua.

280. ¿Pueden los caucionantes solidarios invocar la disposición del art. 2038? Sí, y sin ninguna duda; la aceptación de un inmueble en pago que constituya un pago propiamente dicho ó una novación extingue la deuda; y cuando la deuda está extinguida no puede tratarse de caucionarla. Se ha sostenido lo contrario ante la Corte de Casación con muy malas razones. El caucionante solidario, se dice, es un deudor solidario y éste no puede invocar una disposición excepcional que sólo se hizo para el caucionante. Se ha respondido que no es exacto decir que el caucionante que se obliga solidariamente se convierte en deudor solidario. Tampoco es más exacto decir que el art. 2038

1 Lahary, Discurso núm. 31 (Loaré, t. VII, p. 444).  
2 Pont, t. II, p. 107, núm. 398.

contiene una disposición excepcional; no hace más que aplicar los principios elementales que rigen la caución. (1)

281. El art. 2038, sin embargo, deroga los principios; esto es que la liberación del caucionante subsiste aun cuando el acreedor pierda la cosa que recibió en pago de la deuda principal. El que recibe una cosa en pago de lo que se le debe no libera al deudor de un modo definitivo, no lo libera sino bajo la condición de que el deudor le transmita la propiedad de la cosa; si el acreedor sale vencido la dación en pago es nula y, por consecuencia, el deudor no está liberado, y si subsiste la deuda principal la caución también debería subsistir. La ley mantiene la extinción de la caución en favor del caucionante, pero por favorable que sea la caución no se debe olvidar que el acreedor ha tratado en fe de esta garantía. El Orador del Tribunado dice que el caucionante no garantiza más que la primera obligación. Sin duda, pero esta primera obligación se considera como no extinguida aunque el acreedor salga vencido. (2) No se hace valer en favor del caucionante más que una sola consideración: cuando el acreedor recibe una cosa en pago de lo que se le debe la deuda está vencida y, por tanto, el caucionante tendría el derecho de perseguir al deudor para ser indemnizado; si no lo hace es que está lo más amenudo liberado por la donación en pago; sería, pues, contrario á la equidad exponer indefinidamente al recurso del acreedor en caso de evicción. (3) Siendo el art. 2038 una derogación de los principios se debe restringir la disposición al caso terminante previsto por la ley. No se le puede extender al caso en que se anula un pago; este pago se considera como

1 Denegada, 10 de Mayo de 1858 (Daloz, 1858, 1, 283). Pont, t. II, p. 199 núm. 401.

2 Moulón, *Repeticiones*, t. III, p. 467, núm. 1162. Lahary, Discurso número 30 (Loaré, t. VII, p. 444).

3 Orleans, 30 de Abril de 1850 [Daloz, 1851, 2, 29].

si no hubiera sido hecho; luego subsiste la deuda lo mismo que la caución. No se está en los términos del art. 2038 y no se puede extender una excepción. (1)

282. ¿Puede el acreedor reservarse sus derechos contra el caucionante en caso de que perdiera la cosa que recibe en pago? Esto sería una donación en pago condicional, y faltando la condición no habría pago; por lo mismo, no habría tampoco caución. Se objeta que la reserva del acreedor no impide que la acción del caucionante contra el deudor haya sido paralizada; esto nos parece dudoso. El caucionante puede promover contra el deudor desde que la deuda está vencida, y el deudor no puede rechazarla más que probando que la deuda está extinguida, y una donación en pago subordinada á una condición no atrae la extinción de la deuda en el sentido de que no da al caucionante la seguridad á la que tiene derecho. (2)

Los términos del art. 2038 confirman nuestra opinión. Toda aceptación de un inmueble en pago de la deuda no basta para la extinción de la deuda y de la caución; se necesita, dice la ley, que la aceptación sea *voluntaria*. ¿Qué se entiende por aceptación *voluntaria*? Ya hemos muchas veces encontrado esta palabra; indica siempre que se ha hecho un acto jurídico con determinada intención. Así el artículo 1338 dice que la ejecución *voluntaria* de la obligación vale por confirmación, lo que quiere decir que la ejecución debe implicar la intención ó la voluntad de confirmar el acto nulo. En el art. 1235 la palabra *voluntariamente* tiene una significación análoga. Del mismo modo la aceptación de una cosa en pago de la deuda no es voluntaria cuando el acreedor no tiene voluntad de descargar al deudor; lo que implica una reserva ó una condición; mientras

1 Douai, 7 de Julio de 1875 (Daloz, 6, 187 2, 30).

2 Véanse, en diverso sentido, Troplong, núm. 583; Durantón, t. XVIII, página 485, núm. 383, y Ponsot, p. 424, núm. 337.

que la aceptación sin reserva ni condición marca la voluntad de liberar al deudor y, por consiguiente, al caucionante.

283. La Corte de Casación dedujo aún otra consecuencia de la palabra *voluntario*. Se hipoteca un inmueble en seguridad de la deuda caucionada; el acreedor se hace adjudicatario; ¿se puede decir que acepta *voluntariamente* el inmueble en pago del crédito. Nó, dice la Corte. El acreedor no puede tener en tal caso la intención de liberar al caucionante, pues no sabe si llegará á orden útil para que le paguen; no es más que cuando el pago cuando se extinguirá la deuda y cuando estará liberado el caucionante. (1)

La Corte de Casación juzgó igualmente que el art. 2038 no es aplicable cuando el acreedor ha recibido efectos en pago en virtud de la convención y que después haya sido vencido por consecuencia de la declaración de quiebra del deudor. Citaremos los términos de la sentencia porque se acercan á la opinión que acabamos de emitir acerca del sentido de la palabra *voluntario*. Si, dice la Corte, el caucionante está descargado por la aceptación voluntaria que el acreedor hace de un inmueble en pago de la deuda principal, aun cuando el acreedor llegue á ser vencido, este decaimiento tiende á la *renuncia presumida* del acreedor á sus derechos contra el caucionante. Esto supone que posteriormente al contrato el acreedor recibe un valor cualquiera en descargo de su crédito; cambia en este caso la situación creada por el contrato de la caución; opera una novación que anula ó modifica esencialmente la primera convención en lo relativo á la caución. Si los efectos recibidos por el acreedor le han sido entregados en virtud de la convención misma no hay ningún cambio, ninguna renuncia; luego los derechos quedan iguales. (2)

1 Denegada, 19 de Enero de 1863 (Daloz, 1863, 1, 86).

2 Denegada, 23 de Noviembre de 1857 (Daloz, 1857, 1, 84).

*Núm. 3. De la entrega de la deuda.*

284. Los arts. 1287 y 1288 contienen las disposiciones siguientes acerca de la entrega de la deuda en lo referente á la caución:

«La entrega ó *descargo convencional* concedido al deudor principal libera á los caucionantes.»

«Esto que se concede al caucionante no libera al deudor principal.»

«Esta concesión hecha á uno de los caucionantes no libera á los demás.»

«Lo que el acreedor ha recibido de un caucionante para descargarlo de su caución debe imputarse á la deuda y volver á descargar al deudor principal y á los demás caucionantes.»

Estas disposiciones han sido explicadas en el título *De las Obligaciones*. También examinamos al tratar de la entrega de la deuda la cuestión de saber cuál es el efecto de la entrega *tácita* en lo relativo á la caución (t. XVIII, números 370, 373, 377 y 378).

285. El art. 1287 supone que el acreedor ha hecho *entrega voluntaria* de la deuda al deudor principal; este es el nombre que el art. 1234 da á este modo de extinción de las obligaciones. Renunciando á la deuda principal el acreedor renuncia por eso mismo á la obligación accesoria del caucionante. Distinta es la cuestión de saber si el deudor á quien se hizo la remesa tiene acción contra el caucionante; nos trasladamos á lo dicho más atrás (núm. 237).

Hay entregas que no son voluntarias: tal es la que los acreedores conceden al deudor quebrado consintiendo un concordato. Los acreedores están obligados á consentir esta entrega para sacar el mejor partido de sus réditos; hé aquí por qué la opinión de la mayoría liga á la minoría; deben, pues, conservar su derecho completo contra el caucionante,

te, pues que han estipulado la garantía de la caución para el caso de insolvencia y es ésta la que los obliga á conformarse con un pago parcial. Pothier y los demás autores modernos dan otra razón: el concordato sólo extingue la deuda civil para la parte á quien se hizo la remesa, pero subsiste una obligación natural, la que es un fundamento suficiente para la obligación de los fiadores. Esto supone que las deudas naturales pueden ser caucionadas; lo que es muy dudoso. La razón que generalmente se da levanta todavía una dificultad. Si la deuda natural que sobrevive al concordato puede ser caucionada el acreedor que no ha sido pagado más que en parte promoverá contra el caucionante, y éste, después de haber pagado, tendrá un recurso contra el deudor principal; de manera que la entrega concedida al deudor será inútil. Pothier contesta á la objeción que el caucionante que paga todo está en calidad de acreedor de esta cantidad para su indemnización, obligado tanto como los demás acreedores á acceder al concordato y á sufrir la remesa que el concordato ha hecho al deudor. (1) Hay un modo más simple de explicar la situación del caucionante; ha caucionado al deudor para el caso en que fuera insolvente; debe, pues, soportar la pérdida que resulta de la insolvencia; pero si paga la deuda debe también tener el derecho de reclamar el reembolso de sus adelantos contra el deudor. ¿Está limitado este recurso por el concordato? Este asunto pertenece al derecho comercial.

La jurisprudencia se ha pronunciado por la opinión que conserva al acreedor su acción contra los caucionantes del quebrado concordatario (t. XVIII, núm. 371), y fué consagrada en Francia por la ley de 1838 relativa á las quiebras civiles (art. 545 del Código de Comercio) y en Bélgica por la ley de 18 de Abril de 1851 (art. 541.).

286. Las disposiciones de los nuevos códigos de comer-

<sup>1</sup> Pothier, *De las obligaciones*, núm. 380.

cio han levantado otra dificultad. Muy amenudo pasa que el deudor se arregle con sus acreedores sin observar las formalidades prescriptas por la ley para las quiebras y el concordato. Se pregunta si se debe aplicar á los concordatos hechos amigablemente el principio que rige los concordatos judiciales en lo relativo al derecho de los acreedores contra los caucionantes. La Corte de Casación se pronunció por la negativa, y creemos que hizo bien. En regla general, dice la Corte, la entrega hecha al deudor principal libera al caucionante; la ley sobre quiebras deroga esta regla cuando la entrega ha sido concedida por el concordato. Esta derogación debe ser restringida al caso en que se haya formado un concordato por la reunión de las condiciones exigidas por el Código de Comercio después del cumplimiento de las formalidades prescriptas en materia de quiebra. Pero los caracteres y efectos de un concordato no podrían pertenecer á un arreglo intermedio cuando no ha habido ni declaración de quiebra, ni verificación de crédito, ni vigilancia de un juez comisario, ni promulgación del tribunal. A falta de estas condiciones y de las garantías legales no hay concordato, sólo hay una convención ordinaria, obligatoria sólo para aquellos que han sido partes en virtud del consentimiento de cada uno de ellos. ¿Cuál es la ley que rige estos arreglos en cuanto á los caucionantes? Este es el art. 1287: la entrega hecha al deudor aprovecha al caucionante. (1)

287. En el mismo negocio se presentó otra dificultad que ha dado lugar á un nuevo recurso. El demandante admitía, con la sentencia que acabamos de analizar, que la entrega que resultaba de un concordato amigable libera á los caucionantes, pero sostenía que este principio no recibía aplicación al caso en que los acreedores no hubieran con-

1 Casación, 17 de Junio de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 219). Compárese nuestro tomo XVIII, núm. 371.

sentido la entrega más que bajo la reserva de sus derechos contra el caucionante. De aquí la cuestión de saber si una reserva de esta naturaleza es válida. El art. 1285 la permite á los responsables solidarios, ¿por qué no permitirle á los caucionantes? La Corte de Casación no admitió esta doctrina; juzgó que el art. 1285 no se aplica más que á los deudores solidarios; la caución queda bajo el principio de que lo accesoria sigue á lo principal; implica, pues, contradicción que el acreedor renuncia á una parte de su derecho contra el deudor principal reservándolo contra el caucionante; esto sería hacer remesa con una mano y quitarla con la otra, puesto que el caucionante obligado á pagar tendría un recurso contra el deudor principal. (1)

La opinión consagrada por la Corte de Casación está en armonía con la tradición. Cuando, dice Pothier, el acreedor concede por *liberalidad* un plazo á su deudor no puede válidamente excluir al caucionante. En efecto, esta convención transforma una obligación pura y simple en una obligación á plazo: la obligación de los caucionantes recibe necesariamente la misma modificación porque es de la esencia de la caución que la obligación del caucionante no sobrepase á la del deudor principal. Pothier supone que el plazo ha sido concedido por *liberalidad*: trata de distinguir, como él mismo lo explica, la remesa *voluntaria* de la remesa *forzada* que los acreedores hacen por necesidad al deudor insolvente; ésta no aprovecha al caucionante, de modo que sería inútil que el acreedor reservase sus derechos para con él; mientras que la remesa *voluntaria* extingue la deuda principal extinguiendo necesariamente la obligación accesoria del caucionante. (2)

288. Sin embargo, puede suceder que la remesa consentida voluntariamente por un acreedor á su deudor no libe-

1 Denegada, 30 de Marzo de 1869 (Dalloz, 1869, 1, 512).

2 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 380. Pont, t. II, p. 202, núm. 407.