

solidario, en la opinión general que hemos enseñado, no goza de la excepción del art. 2037 (t. XVII, núm. 342). La Corte de Pau ha contestado á la objeción y no creemos, según las colecciones de jurisprudencia, que haya sido reproducida ante la Corte de Casación. No es exacto decir que el art. 2021 identifica al caucionante solidario y al deudor solidario; la ley, como lo hemos dicho y repetido, sólo entiende negar al caucionante solidario el beneficio de excusión fundándose en el compromiso que tomó. Otra es la cuestión de saber si el caucionante solidario tiene la excepción de subrogación, puesto que en esta excepción, en la doctrina que la jurisprudencia ha consagrado, no tiene nada de común el beneficio de excusión; y en principio nada hay incompatible entre el compromiso solidario que toma el caucionante y la excepción de subrogación, pues el caucionante solidario está subrogado tanto como el caucionante simple. Luego el art. 2021 no limita la disposición general del artículo 2037.

306. El art. 2037 dice que el caucionante está descargado cuando por el hecho del acreedor la subrogación á los derechos de éste, hipotecas y privilegios, no se puede operar. ¿Debe concluirse de esto que el descargo sea completo, es decir, que el caucionante quede libertado? El descargo puede ser absoluto, puede ser parcial, esto depende del perjuicio que el hecho del acreedor ha causado al caucionante. En efecto, el derecho que el art. 2037 concede al caucionante es una excepción que éste puede oponer á la acción del acreedor; la excepción está fundada en que el acreedor ha destruido, en todo ó en parte, las garantías que aseguraban el pago del crédito; si las garantías aseguraban el pago de toda la deuda y si perecieron por culpa del acreedor el caucionante estará completamente descargado; si sólo perecieron en parte el descargo será proporcional al perjuicio sufrido por el caucionante. Pothier lo dice del caso

en que la deuda está caucionada por varios fiadores; el acreedor remite la caución á uno de ellos, los demás quedarán descargados por la parte que el caucionante liberado debía sufrir en la deuda; el descargo no es total porque el hecho del acreedor no privó á los caucionantes más que de su recurso por una parte de la deuda, la que el fiador hubiera tenido que soportar; esto es el perjuicio que el acreedor les causa y la reparación no puede exceder el perjuicio. (1) Lo mismo sucede cuando la deuda está garantizada por hipotecas ó privilegios. Si para una deuda de 100,000 francos se hipotecan dos casas, cada una por valor de 50,000 francos, y si una de estas hipotecas perece por el hecho del acreedor, el caucionante estará descargado por la mitad; no puede serlo por el total, puesto que conserva la subrogación á una de las hipotecas, lo que le asegura el pago de la mitad de la deuda; no siendo su perjuicio más que por la mitad el descargo no puede ser por más. El cálculo no siempre es tan sencillo; se han prevalecido de estas dificultades de hecho para concluir que el descargo debía ser completo como lo quiere el texto de la ley. Desde luego ésta no dice que el descargo tiene necesariamente lugar por el todo; en vano se dice que el texto está concebido en términos generales; hay que distinguir, puesto que la necesidad de la distinción resulta del principio mismo que la ley establece; sería absurdo que la separación pasase del perjuicio. ¿Qué importan después de esto las dificultades de hecho? Estas dificultades existen siempre cuando se trata de valuar un daño que la culpa de una de las partes causa á la otra, y seguramente no se puede prevalecerse de ello para sostener que los daños y perjuicios deben siempre comprender el monto total del derecho. La Corte de Tolosa lo sentenció así en un caso en que el dador, después de haber embargado, en virtud de su privilegio, los muebles de la casa, levantó el embar-

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 557.

go. ¿Cómo calcular exactamente el perjuicio causado por esta remesa y el descargo parcial que tenía que resultar de ella? ¿Cuál era el valor de los muebles gravados por el privilegio? ¿A qué precio hubieran podido venderse? Estas dificultades son reales, pero las dificultades de hecho no pueden hacer ilimitado un derecho que por su naturaleza es limitado. (1)

307. Por aplicación del mismo principio hay que decidir que el caucionante no estaría descargado, ni siquiera parcialmente, si las garantías perecieran por el todo por el hecho del acreedor, pero que estas garantías hubieran sido ineficaces, suponiendo que se conservaran. Tal fuera una hipoteca en bienes de 100,000 francos de valor para la seguridad de un crédito de 100,000 francos; la hipoteca perece por el hecho del acreedor, pero sucede que tenía preferencia para créditos anteriores que absorbían todo el valor del inmueble. Hubo culpa del acreedor en este caso, pero no hay perjuicio; desde luego no puede haber indemnización. Esta es la aplicación del principio elemental que rige los daños y perjuicios; sólo hay lugar á daños y perjuicios cuando hubo daño causado. La Corte de Casación lo sentenció así en una sentencia de principio. Si el caucionante queda así descargado esto es por indemnización; luego por razón del perjuicio que el hecho del acreedor causa al caucionante; cuando el daño es nulo no hay lugar á indemnizarlo descargándolo de su obligación. Y en el caso la sentencia atacada comprobaba que la transacción consentida por el acreedor en lugar de privar al caucionante de un recurso útil era, al contrario, de naturaleza á beneficiarlo; desde luego no podía tratarse de indemnización por un perjuicio que el caucionante no había sufrido. Hay, pues, siempre un punto de hecho que apre-

1 Tolosa, 2 de Enero de 1823 (Daloz, en la palabra *Caución*, núm. 357). En el mismo sentido Aubry y Rau, t. IV, p. 696, nota 17, pfo. 429 y los autores que citan.

ciar. ¿El acreedor comprometió las garantías del caucionante? ¿Le causó un perjuicio? Esta apreciación pertenece á los tribunales, los que lo hacen según los elementos de la causa. (1)

La Corte ha aplicado este principio, por una sentencia posterior, al caso en que el acreedor había renunciado á una hipoteca; pero la sentencia atacada comprobaba que la hipoteca no tenía valor ni podía producir ningún efecto porque el precio del inmueble estaba absorbido por créditos anteriores. El acreedor había, pues, renunciado á un derecho puramente nominal; y, dice la Corte, el principio de equidad en que está fundado el art. 2037 no permite su aplicación cuando no hay perjuicio causado, ni siquiera culpa cometida. (2)

308. ¿Qué debe entenderse en el art. 2037 por *derechos, hipotecas y privilegios* del acreedor? ¿Son las garantías que existían cuando el contrato de caución ó deben también comprenderse las que el acreedor adquirió posteriormente? Es acerca de este último punto en el que hay dificultad y controversia. Si se admite el principio tal cual lo hemos formulado según Pothier y según los trabajos preparatorios (núms. 302-304) la solución no es dudosa. Pothier la da él mismo. Supone que uno de los fiadores no accedió á la obligación sino después de los otros: ¿si el acreedor hace remesa á éste de su caución podrán los demás oponerle la excepción *cedendarum actionum*? Nó, pues al obligarse no pudieron contar en un recurso contra este caucionante, puesto que aun no había caucionado la deuda. (3) La mayor parte de los autores modernos se apartan en este punto de la opinión de Pothier, fundándose en los términos generales

1 Casación, 8 de Mayo, de 1850 (Daloz, 1850, 1, 159).

2 Denegada, Cámara Civil, 19 de Enero de 1863 (Daloz, 1863, 1, 86). Compárese denegada, Cámara Civil, 6 de Agosto de 1873 (Daloz, 1873, 1, 402).

3 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 557. Esta era también la opinión de Dumoulin y de Basnage Pont, t. II, p. 136, nota 1).

del art. 2037. La jurisprudencia, al contrario, se ha pronunciado por la aplicación de la excepción, y creemos que tiene razón, contra los autores.

Es verdad que este es un motivo de duda: el que la ley hable en términos generales de los derechos del acreedor; luego de todos sus derechos, sin distinguir si existían cuando se obligó el caucionante ó si nacieron posteriormente. ¿Siendo general la ley está permitido al intérprete distinguir? Muchas veces hemos dicho que el principio que prohíbe al intérprete distinguir cuando la ley no lo hace es de muy delicada aplicación; es verdad en lo general porque introducir distinciones en la ley es modificarla, restringirla, lo que conduce á hacerla, y el intérprete no tiene seguramente este derecho. Pero si la necesidad de distinguir resulta del mismo principio que la ley establece y del motivo en el cual lo funda en este caso el intérprete puede y debe distinguir, pues su derecho y su deber es interpretar la ley ciñéndola en los límites que le puso el legislador; al no distinguir se violaría la ley, puesto que sería extenderla á un caso que el legislador no se propuso. Tal es la disposición del art. 2037. ¿Tiene por objeto derechos que nacen posteriormente al contrato por el que el caucionante accede á la obligación? Nó, pues resulta de las explicaciones dadas por los mismos autores de la ley que han considerado el descargo del caucionante como una aplicación del principio que rige las obligaciones recíprocas de las partes contrayentes; el caucionante se obliga á pagar, pero con la condición de que se le subrogará á los derechos del acreedor contra el deudor; por su parte el acreedor se obliga á conservar estos derechos, puesto que sin esta garantía el caucionante no se hubiera obligado. Luego por derechos del acreedor la ley entiende los derechos que tenía cuando la caución; es por razón de estas garantías por lo que se comprometió el caucionante; son éstas las que debe conservar el acreedor.

Se objeta que el caucionante está subrogado á todos los derechos que pertenecen al acreedor, aun á los que éste adquiere posteriormente al contrato. Esto es seguro; pero de esto no se puede concluir que el acreedor esté obligado á conservar estos derechos. Si el caucionante está subrogado á todos los derechos del acreedor es en virtud de la ley (arts. 2029 y 2051, 3.º); y si el acreedor debe conservar los derechos en vista de los que se comprometió el caucionante no es en virtud de la ley, es en virtud de la convención que interviene entre el acreedor y el fiador; luego hay que apegarse á la convención y ver á lo que se obligó el acreedor al contratar; y nose obligó más que á conservar las garantías por razón de las que el caucionante se comprometió; es decir, las que existían cuando el contrato, pues el caucionante no podía tener en vista seguridades que no existían cuando se ha comprometido. (1)

La cuestión fué siempre decidida en este sentido por la jurisprudencia. Según el Código Civil toda sentencia da al acreedor una hipoteca en los bienes de su deudor. ¿Esta hipoteca está comprendida entre las garantías que debe conservar el acreedor bajo pena de decaimiento? La Corte de Casación se pronunció por la negativa en una resolución pronunciada después de deliberada en Sala de Consejo y sobre las conclusiones contrarias del Abogado General Jaubert. Se trataba de la caución dada para una letra de cambio. La Corte de Caen resolvió que el portador estaba decaído del derecho de hacerse pagar por los endosantes, porque habiendo tomado inscripción de los bienes del girador había después levantado dicha inscripción y por esto había impedido la subrogación del caucionante á la hipoteca judicial. Esta sentencia fué casada. La Corte establece muy bien que la garantía á la que había renunciado el

1 Pont y los autores que cita (t. II, p. 186, nota 3). En sentido contrario, los autores citados, *ibid.*, nota 2.

que supone que las seguridades constituyen para él un derecho cierto definitivamente adquirido y no una simple esperanza que dependa de la parte contratante de realizarlo o desvanecer. En tanto que no hay derecho adquirido del acreedor no puede hacerlo perecer por su hecho: no causa, pues, ningún daño al caucionante y, por lo mismo, éste no puede invocar un beneficio que se funda en el perjuicio. La Corte comprueba después que el privilegio del vendedor no había sido transmitido por vía de subrogación al que había pedido prestado. Venta de un fundo en 4000 francos. El vendedor carga al comprador el pago de sus créditos. Para pagar los 4000 francos el comprador tomó sucesivamente 1000 y 3000 francos prestados, prometiendo al prestamista subrogarlo al privilegio del vendedor. Esta promesa no fue ni aceptada ni verificada; el adquirente en vez de pagar al vendedor dispuso el dinero prestado; el prestamista se encontraba, pues, sin privilegio y, por consiguiente, el caucionante no podía ser subrogado. ¿Estaba descargado por esto de su caución? No, porque el prestamista no había hecho perecer una garantía que existía cuando el contrato había descuidado llenar las condiciones prescritas por la ley para la adquisición del privilegio. Desde luego no se estaba en los términos del art. 2037. (1)

310. ¿Qué se debe entender en el art. 2037 por hechos del acreedor? Es realmente un hecho positivo, tal como la renuncia á la hipoteca, ó también puede ser el simple descuido á consecuencia del cual el acreedor pierde sus derechos? Si se atiende uno al principio tal como lo han explicado los oradores del Gobierno y del Tribunal se debe decir que cualquiera falta del acreedor que tenga por consecuencia hacer perecer total ó parcialmente las garantías que

1 Pau, 25 de Agosto de 1851 (Dalloz, 1851, 2, 245). Pont, t. II, p. 186, número 378.

acreedor no resultaba del contrato formado entre él y los caucionantes; en efecto, el Código de Comercio no obliga al portador de una letra de cambio más que á hacer constar la falta de pago y á notificar el acta de protesta en los plazos fijados al girador y á los endosantes. Mediante estas formalidades conserva todos sus derechos contra ellos. Ninguna ley obliga al portador á perseguir su pago por vía hipotecaria, ni siquiera á hacer promociones contra los dueños. Si, pues, el portador cree apropiado tomar inscripciones en sus bienes contra ellos ó ejercer promociones no habiendo sido ofrecidas por el contrato de cambio las ventajas y seguridades que pudieran resultar de estos actos puede desistirse de ellas sin comprometer ninguno de sus derechos contra los caucionantes; el art. 2037 es inaplicable. (1)

La hipoteca judicial quedó abolida por nuestra Ley Hipotecaria; la dificultad no puede, pues, presentarse sino en el caso en que nuevas seguridades se hubieran estipulado en la convención.

309. No se necesita decir que el art. 2037 es inaplicable cuando el acreedor ha descuidado adquirir las garantías á las que debería estar subrogado el caucionante. La Corte de Pau lo juzgó así en un caso en que el acreedor había prometido emplear los fondos que le habían prestado para reembolsar un precio de venta, lo que habría dado al caucionante el privilegio del vendedor; pero esta promesa no se había aceptado ni realizado. El caucionante se pretenía, sin embargo, descargado. Su pretensión fue desechada por la Corte de Pau. La Corte dice que el art. 2037 no descarga al caucionante más que cuando el acreedor ha descuido perder por su culpa las seguridades que el contrato le confería y que no puede desde luego transmitirse las.

1 Casación, 17 de Febrero de 1831. Denegada, 12 de Mayo de 1835 (Dalloz, en la palabra *Vales de comercio*, núm. 680). Casación, 27 de Diciembre de 1861 (Dalloz, 1861, 1, 470).

BIBLIOTECA
 DE LA CAUCION

aseguran el pago de la deuda atrae el descargo del caucionante. Se supone que éste se compromete bajo la condición de ser subrogado á los derechos del acreedor y que éste se obliga á conservar sus garantías. Desde que el acreedor no llena esta obligación es responsable; y no la llena solamente porque las garantías perecen por una falta que le es imputable; y las faltas se cometen por negligencia tanto como por un hecho positivo.

La jurisprudencia y la mayoría de los autores se han pronunciado en este sentido. (1) Hay, no obstante, un motivo para dudar: la tradición. Pothier dice que el simple descuido no es imputable al acreedor: da dos razones. El acreedor, dice, no está obligado á ceder sus acciones á los fiadores más que por una consideración de equidad; basta, pues, que trate de buena fe; es decir, que no haga nada contrario á esta obligación. Además, añade Pothier, el caucionante puede también, como el acreedor, conservar las garantías que pertenecen al crédito; cuando no vigila no se le recibe para que reproche un descuido del que no es culpable. Dejamos por el momento á un lado esta última razón que da lugar á una nueva dificultad; la primera suscita un punto de principio. Si la excepción del art. 2037 no tiene más fundamento que la equidad el legislador puede restringirla, y aun lo debe, porque si la aplicara con rigor, lastimaría la equidad; mientras que si la excepción es un derecho que el caucionante tiene por su contrato la equidad está fuera de causa, pues que no se la puede invocar contra un derecho contractual. En la opinión que hemos enseñado la cuestión está zanjada de antemano. Los autores del Código no hablan de la equidad (núm. 304); fundan la excepción del art. 2037 en la intención de las partes contrayentes, luego en un derecho, y en este terre-

1 Véanse los autores citados por Aubry y Rau, t. IV, p. 694, nota 12, párrafo 429, y por Pont, t. II, p. 187, núm. 580.

no la solución no es dudosa. Separemos, pues, la tradición porque el legislador á la vez que mantiene la excepción de subrogación le ha dado otro carácter.

Es más difícil justificar la doctrina consagrada por la jurisprudencia; ésta, fiel á la tradición en cuanto al fundamento de la excepción, no deja nunca de invocar la equidad; desde luego parece que debiera haber debido también aceptar la consecuencia que Pothier deduce de ella y limitar la excepción á actos positivos que hicieron perecer el derecho del acreedor. ¿No será una inconsecuencia el admitir el principio y desechar su consecuencia? Se invoca el art. 1383 según el cual cada cual es responsable del daño que causó no sólo por su hecho sino también por su negligencia ó su imprudencia. El argumento está lejos de ser decisivo; el art. 1383 no habla de los cuasidelitos, mientras que, en el caso, se trata, según la jurisprudencia, de una obligación de equidad derivada del contrato. En nuestra opinión podemos prevalecernos del art. 1383 como de una razón de analogía, pues fundamos la excepción en una culpa, luego en la inejecución de una obligación, y el artículo 1383 habla también de una culpa; y en lo que se refiere á la cuestión de saber si hay culpa en *omitir* como la hay en *cometer* no hay diferencia entre el cuasicontrato y los contratos. En la opinión general al contrario, hay contradicción en invocar una disposición que supone la violación de un derecho cuando se niega que el caucionante tenga un verdadero derecho.

311. Quizá se deban atribuir á esta inconsecuencia las hesitaciones que se notan en la jurisprudencia cuando se trata de apreciar si hay negligencia ó no por parte del acreedor. Este no persigue al deudor, no continúa las promociones comenzadas; el deudor se vuelve insolvente; se pregunta si el caucionante demandado por el acreedor puede oponer á éste la excepción del art. 2037. En nuestro concepto

no lo puede si se admite el principio que la doctrina y la jurisprudencia han admitido generalmente. Se supone que cuando el vencimiento de la deuda el deudor era solvente; el acreedor hubiera podido ser pagado si lo hubiera exigido; si no lo hizo resultará que la subrogación operada por el pago no podrá ya hacerse útilmente en favor del caucionante, puesto que no tendrá recurso más que contra un insolvente; se está, pues, en el texto así como en el espíritu del art. 2037. Hay sentencias en este sentido.

El fisco tiene un privilegio para con sus créditos; el deudor muere, la sucesión es aceptada beneficiariamente; los bienes son vendidos, el fisco descuida de presentarse para ejercer su privilegio; se comienzan unas promociones y se interrumpen desde 1817 hasta 1833. Entonces la administración demanda al caucionante; éste contesta con la excepción del art. 2037; desechada la excepción en primera instancia la acoge la Corte de Apelación. Recurso de casación; la Cámara de Requisiciones la admite, la Cámara Civil la desecha. La sentencia de denegada comprueba el hecho de negligencia tal como lo había establecido la decisión atacada; y concluye que el art. 2037 era aplicable. Se objetaba en interés del fisco que el acreedor que no demanda al deudor ó que suspende sus promociones le concede por esto una prórroga de plazo, el que, según el art. 2039, no descarga al caucionante. La Corte contesta que no se trataba, en el caso, de una simple prórroga de plazo sino de una suspensión indefinida de las promociones concedidas por la administración, por la sola reclamación del deudor principal, y de la que nada comprobaba que el caucionante hubiera sido avisado; y es durante esta suspensión en la que todos los valores mobiliarios de la sucesión habían completamente desaparecido, sin que se hubiera intentado ninguna gestión, ningún acto conservatorio de los derechos y privilegios ligados al crédito del fisco, cuando aun podía haber

alguna esperanza de un cobro parcial. La Corte concluye de esto que juzgando según el conjunto y la apreciación de los hechos y circunstancias de la causa que fué por el descuido de la administración por lo que la subrogación á los derechos del tesoro no podía ya operarse en favor del caucionante y que, por consiguiente, éste quedaba descargado, y que en esto la sentencia atacada se había conformado á los principios del art. 2037. (1)

312. La defensa tomada en el art. 2039 que la Corte de Casación ha negado admitir en el caso que acabamos de citar fué acogida por ella en otros casos que tenemos que relatar con el fin de comprobar el verdadero estado de la jurisprudencia y poderla apreciar. Unos arrendatarios de aduana se obligan á pagar anticipadamente mes por mes. A falta de dicho pago así hecho la ciudad se reservaba el derecho de mandar entregar directamente á su caja municipal, por los receptores de aduana, los fondos procedentes de sus entradas. El padre de los adjudicatarios caucionó por cuenta justa el precio anual de la adjudicación. Los arrendatarios desapacieron debiendo cuarenta días de rentas, de los que el receptor municipal no había exigido el pago anticipado. Acción de la ciudad contra el caucionante. Este opuso la excepción del art. 2037 admitida por el primer juez; fué desechada en apelación. La Corte se atiene á la letra del art. 2037 que no pronuncia el decaimiento del acreedor por falta de promociones al vencimiento; si además no resulta ninguna perención de derechos á los que el caucionante podrá ser subrogado; y, dice la Corte, la acción del caucionante, en el caso, quedaba entera. La Corte invoca también el art. 2039, según el cual la simple prórroga de plazo no descarga al caucionante. Recurso de casación por vio-

1 Denegada, Cámara Civil, 17 de Agosto de 1836 (Daloz, en la palabra *Caución*, núm. 344). En el mismo sentido, Limoges, 28 de Marzo de 1844 [Daloz, 1845, 2, 56].

lación del art. 2037 y falsa aplicación del art. 2039. El recurso fué desechado.

La Cámara de Requisiciones comienza por establecer en derecho que la ciudad podía conceder á los arrendatarios un plazo y suspender durante dicho plazo todas sus promociones, así como el ejercicio de los derechos que se tenía reservado, lo que hubiera hecho el art. 2039 aplicable. Y, dice la Corte, el plazo concedido por la ciudad á los arrendatarios de la aduana durante cuarenta días para el pago de lo que debían no difiere en nada de la prórroga de plazo estipulado en la convencion; los efectos deben, pues, ser los mismos. Según el art. 2039 el caucionante tenía derecho de demandar al deudor principal para obligarlo al pago; si no lo había hecho no podía hacer recaer en la ciudad la responsabilidad del daño que resultaba de su falta de cuidado (1).

Hay una sentencia en el mismo sentido de la Sala Civil. El acreedor había durado nueve años sin intentar promociones contra el deudor, muerto insolvente. El Tribunal de Primera Instancia aplicó el art. 2037; en el recurso intervino una sentencia de casación fundada en el art. 2039. «En presencia del derecho para promover dado al caucionante contra el descuido del acreedor, dijo la Corte, no se puede ver en el retardo, por prolongado que sea, en hacer promociones y en cualquiera época que sea acerca de la insolvencia del deudor, una causa impidiendo la subrogación del caucionante en los derechos del acreedor y dando lugar á la aplicación del art. 2037 sino sólo una prórroga de plazo que según el art. 2039 no produce este efecto.» (2)

Esta jurisprudencia nos deja alguna duda. No preguntaremos cómo se concilian las últimas sentencias con la prime-

1 Denegada, 17 de Agosto de 1859 (Daloz, 1859, 1, 359).

2 Casación, 8 de Mayo de 1861 (Daloz, 1861, 1, 269). En el mismo sentido, Nancy, 13 de Abril de 1867 (Daloz, 1867, 2, 104).

ra resolución de la Corte de Casación que admite la aplicación del art. 2037 en el caso en que el acreedor pone en perseguir al deudor una negligencia que se vuelve perjudicial al caucionante (núm. 311). En nuestro concepto es esta primer jurisprudencia la que es mejor; aparta el art. 2039 y considera la aplicación del art. 2037 como una cuestión de hecho. ¿Es verdad, como lo dicen las últimas sentencias de la Corte de Casación, que el hecho de no promover contra el deudor equivalga á una prórroga del plazo? Nó. (1) El art. 2039 decide la cuestión de saber si la prórroga de plazo implica novación y, por consiguiente, descargo del caucionante (núm. 278). Esto no tiene nada de común con el artículo 2037 que supone una culpa por parte del acreedor. Prorrogar un plazo no es una culpa, puede ser un acto útil al acreedor y al caucionante; en todo caso el caucionante tiene el derecho de promoción contra el deudor para obligarle á pagar, lo que supone que tiene aviso del convenio intervenido entre el acreedor y el caucionante; la ley concilia así los intereses de todas las partes.

No pasa lo mismo con el descuido que el acreedor tiene en no perseguir al deudor; esto es una culpa ó cuando menos puede serlo y perjudicar al caucionante. ¿Si el acreedor permanece largos años sin perseguir al deudor cuando éste es solvente y sin obrar contra el caucionante éste no debe creer que el deudor pagó? Podría, en verdad, promover contra el deudor en virtud del art. 2032, núm. 4, puesto que se supone que la deuda es exigible. ¿Pero cómo pensaría el caucionante en obrar cuando el deudor es solvente? ¿No debe suponer que el acreedor y que la deuda está pagada? Sin duda si no sabe que el acreedor descuida de promover la prudencia exige que use del derecho que le da el art. 2032. Si no lo hace es también culpable de negligencia: hay culpa de una parte y otra en estas circunstancias: ¿habrá lugar

1 Compárese Lieja, 27 de Enero de 1864 (Pasicrisia, 1866, 2, 119).

á declarar responsable al acreedor en virtud del art. 2037 y pronunciar el descargo del caucionante? Volveremos á esta cuestión general de la culpa que puede imputarse al caucionante. En cuanto á la cuestión especial de descuido del acreedor en perseguir al deudor contestamos, con la primera sentencia de la Corte de Casación, que es una cuestión de hecho. ¿Hay culpa por parte del acreedor? ¿Esta culpa causa un perjuicio al caucionante comprometiendo su recurso contra el deudor? Tales son las cuestiones que se presentan en la aplicación del art. 2032. Estas son dificultades de hecho que el juez decidirá según las circunstancias de la causa. No decimos, pues, en derecho que la falta de promociones descarga siempre al caucionante, al juez toca aplicar si esta falta de promociones es un descuido y una culpa y si resulta de ella un perjuicio para el caucionante.

313. ¿Está descargado el caucionante en virtud del artículo 2037 cuando tiene culpa? Contestaremos que la pregunta es más de hecho que de derecho. Se presenta también en la aplicación de los arts. 1382 y 1383. La jurisprudencia lo ha decidido en el sentido de que el autor del hecho perjudicial queda obligado, al menos en cierta medida, desde que hay una falta que reprocharle; el juez tendrá en cuenta la falta de la parte lesionada, disminuyendo los daños y perjuicios (t. XX, núms. 485-492). Se puede aplicar esta jurisprudencia, por analogía, al caso previsto por el art. 2037. La falta del caucionante no impide que el acreedor por su parte tenga culpa; el juez tendrá en cuenta las faltas recíprocas para no fallar más que el descargo parcial del caucionante; la reparación debe ser siempre proporcionada á la falta así como al perjuicio que resulta. El art. 2037 apoya esta doctrina; supone que es por el hecho del acreedor por lo que el caucionante no puede ser útilmente subrogado; si el juez decide que al caucionante se debe imputar este hecho no descargará al caucionante; si halla culpa del acreedor y

del caucionante podrá no descargar al caucionante más que parcialmente. Una decisión absoluta es imposible. (1)

314. La jurisprudencia parece contradictoria en esta materia, pero las decisiones de hecho, aunque contrarias en apariencia, pueden muy bien conciliarse por la diferencia de los hechos. Vamos á dar cuenta de la jurisprudencia; es difícil criticarla cuando la decisión depende de las circunstancias de la causa; solamente las decisiones nos parecen muy absolutas.

Una hipoteca perezca por causa de renovación de inscripción; la Corte de Amiéns dice que la pérdida se debía á la negligencia del caucionante tanto como á la del acreedor y, por consiguiente, decidió que no había lugar á pronunciar el descargo del caucionante. En el recurso la Corte de Casación juzgó que la sentencia atacada no había violado el art. 2037 desechando la excepción de subrogación por motivo de que la pérdida de la hipoteca era menos imputable al caucionante que al acreedor. (2) Nos parece que la consecuencia no está en armonía con las premisas; si había igual falta en una y en otra parte el acreedor debía responder tanto como el caucionante, y, sin embargo, fué solamente en el caucionante en el que la Corte hizo recaer toda la responsabilidad.

La cuestión de renovación de la inscripción hipotecaria se complica con una dificultad de derecho en la que la jurisprudencia se divide: ¿se debe entender por *hecho* en el art. 2037 un hecho positivo, ó un hecho negativo de negligencia es suficiente? La Corte de Bruselas juzgó que al caucionante no se le recibía á reprochar al acreedor no haber

1 Compárese Aubry y Rau, t. IV, p. 694, nota 13, pfo. 429; Post, t. II, página 188, núm. 381.

2 Denegada, 12 de Mayo de 1835 (Daloz, en la palabra *Vales de comercio*, núm. 680). Compárese Agén, 26 de Noviembre de 1836 (Daloz, en la palabra *Caución*, núm. 348).