

cionante 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 debería 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 decidía 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 se tiende á 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 pequeños 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 háya 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 zanzan 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 de-

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

<sup>1</sup> 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 prevee 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-

<sup>1</sup> Denegada, 1.º de Agosto de 1860 (Daloz, 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 (Daloz, 1861, 1, 361). Compárese denegada, 29 de Abril de 1854 (Daloz, 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, nots. 4 y 5, pfo. 427. Pont, t. II, p. 143, núm. 278