

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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, I, 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 presta un 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.