

## CAPITULO II.

## DEL EFECTO DE LA CAUCION.

SECCION I.—*Del efecto de la caución entre el acreedor y el caucionante.*

## § I.—DEL BENEFICIO DE EXCUSION.

Núm. 1. *¿Qué es el beneficio de excusión?*

203. El art. 2021 dice: "El caucionante no está obligado para con el acreedor á pagarle sino á falta de pago del deudor, quien debe previamente ser excutido en sus bienes." Es necesario ligar esta disposición á la del art. 2011, según la cual el caucionante se somete hacia el acreedor á la obligación principal si el deudor no la satisface él mismo. Si se atiende uno á la letra de estos artículos se pudiera creer que el caucionante no está obligado directamente; que el acreedor debe primero dirigirse al deudor principal y que sólo cuando éste no paga es cuando el caucionante puede ser demandado. Esta interpretación conduciría á la consecuencia de que el acreedor debe constituir al deudor en apremio antes de poder promover contra el caucionante. Esta es la opinión de Delvincourt seguida por Durantón y por Zachariæ. (1)

1 Durantón la desarrolla largamente (t. XVIII, p. 341, núm. 331). Todos

los traductores de Zachariæ se han pronunciado contra él. Aubry y Rau, t. IV, p. 681, nota 6, pío. 426; Massé y Vergé sobre Zachariæ, t. V, p. 67, nota 3.

Esta opinión no encontró eco. (1) Se le hace decir á la ley lo que no dice. El art. 2011 dispone que el caucionante se obliga á satisfacer la obligación si el deudor no la cumple, y esto significa que hay un deudor principal cuyo caucionante garantiza la obligación; en otros términos, que la caución es una obligación accesoria. Ordinariamente el acreedor se dirige al deudor principal y sólo ocurre al caucionante cuando el deudor no le paga. Pero el art. 2011 no le hace de ello una obligación, no habla de la acción del acreedor contra el caucionante; es, pues, imposible que la subordine á un apremio. En cuanto al art. 2021 no dice tampoco que el acreedor deba poner en apremio al deudor antes de promover contra el caucionante; define el beneficio de excusión y decide que cuando el acreedor promueve contra el caucionante éste puede oponerle este beneficio; lo que implica que el acreedor tiene el derecho de promover antes de ejercer la excusión en los bienes del deudor y también antes de haberlo apremiado. Todo lo que resulta del art. 2021 es que el caucionante puede obligar al acreedor á ejercer la excusión de los bienes del deudor principal. En este sentido está obligado hacia el acreedor á pagarle solo si no paga el deudor. (2)

Esta interpretación del texto está también en armonía con el espíritu de la ley y con la intención de las partes contratantes. El acreedor que estipula una caución quiere asegurar el pago de su crédito; lo que implica que puede dirigirse al caucionante desde que no paga el deudor. No se le puede obligar á perseguir al deudor ni, por consiguiente, á apremiarlo; desde que al vencimiento el deudor no

1 Se cita en favor de esta opinión una sentencia de la Corte de Bruselas de 18 de Octubre de 1821 (Pasierisia, 1821, p. 476). La sentencia no decide la cuestión de principio, más bien se refiere á la disposición del art. 1912.

2 Pont, t. II, p. 82, núms. 154 y 155 y la mayor parte de los autores.

paga el acreedor debe tener el derecho de demandar al caucionante. Obligarlo á promover contra el deudor es desviarse del objeto que el acreedor tuvo de asegurar su pago al vencimiento, ya contra el deudor, ya contra el caucionante. Diría en vano el caucionante que su obligación sólo es accesoria. Sin duda, pero este sólo prueba una cosa: es que la deuda debe en definitiva ser sufrida por el deudor principal; por esto la ley da al caucionante que paga un recurso contra el deudor; esta subrogación es de esencia de la caución porque es de su esencia que el deudor soporte la deuda y no el caucionante que interviene sólo por amistad ó por complacencia (arts. 2028, 2029 y 2037). Otra es la cuestión de saber cuáles son los derechos del acreedor contra el caucionante. Este debe pagar desde que el deudor no paga; tal es el principio.

204. Se dirá que si así es el caucionante no debiera tener el beneficio de excusión, puesto que por efecto de este beneficio se obliga al acreedor á perseguir al deudor y vender sus bienes, lo que es precisamente lo contrario del objeto que se propone el acreedor al estipular la caución. La objeción está muy fundada si se atiende uno al rigor de los principios. En el antiguo derecho romano el caucionante no podía oponer al acreedor la excepción de excusión. Fué Justiniano quien la introdujo, y su innovación se hizo de derecho común en Francia y en Bélgica. (1) Pero la misma palabra de la excepción prueba que esto es una derogación del rigor de los principios; se la llama *beneficio*, es decir favor, porque deroga el derecho estricto del acreedor. Chabot lo confiesa en su informe al Tribünado: "Según el rigor del derecho, dice, el caucionante podía ser demandado por el acreedor desde el momento en que el

1 Había, sin embargo, una costumbre, la de Luxemburgo, que no admitía la excusión. Esto fué sentenciado así por el Consejo de Estado, decreto de 8 de Mayo de 1813 (Daloz, en la palabra *Caución*, núm. 172).

deudor retardase el pago, puesto que se comprometió á ejecutar la obligación del deudor principal en el caso en que el deudor no la ejecutara. " Cuando el legislador deroga el derecho estricto es siempre por consideraciones de equidad. Son, en efecto, razones de equidad las que Chabot alega para justificar el beneficio de excusión. Desde luego el beneficio supone que el deudor presenta medio de solvencia y que sería fácil al acreedor obligarle á la ejecución: ¿por qué en tales circunstancias se impondría esta excusión al caucionante? ¿No es natural y equitativo que el acreedor, único interesado, haga las promociones más bien que el caucionante que no tiene ningún interés en la transacción? La intención de las partes contratantes, se dice, está acorde con la equidad: el caucionante sólo se obliga á pagar en el caso en que el deudor no esté en condición de hacerlo; todo lo que entiende garantizar es el pago. Esto no es enteramente exacto; no sólo se trata de lo que piensa el caucionante, se trata de saber cuál es la intención de ambas partes contratantes; y si su intención fuera realmente que el caucionante no tuviera que pagar sino en el caso en que el deudor principal estuviera fuera de estado de hacerlo el caucionante tendría un derecho contractual y sería inútil hablar de equidad. Por esto Chabot no habla más que de la intención del caucionante y se apresura á añadir una nueva consideración de equidad. ¿No debe, dice, tratarse al caucionante con alguna consideración cuando la caución es un acto de beneficencia, siempre que en definitiva el acreedor se encuentre enteramente asegurado? (1) Tal es también el único motivo que el Orador del Gobierno hace valer contra el rigor romano. "Era un rigor muy grande, dice Treilhard, contra personas que a menudo se veían obligadas sólo por un sentimiento de benefi-

1 Chabot, Informe núm. 12 [Loché, t. VII, p. 424].

cencia y generosidad." (1) En fin; el Orador del Tribunal dice igualmente que es justo venir en auxilio de los que, al obligar al prójimo, no entienden que este acto de beneficencia puede serles nocivo. (2) El motivo de equidad es incontestable, sólo que supone que la caución es gratuita, y la ley no la declaró gratuita por su esencia; puede, pues, hacerse á título oneroso, y en este caso todas las consideraciones que se han invocado en favor del beneficio de excusión llegan á caer; lo que no impide que el caucionante pueda oponerlo. Hay en esto una verdadera anomalía.

205. ¿Hay casos en los que el caucionante goza del beneficio de excusión? Los autores enumeran un número bastante grande. (3) Estas serían tantas excepciones á una regla general, pues el beneficio de excusión es una regla que la ley establece, por muy discutibles que sean los motivos en que se ha fundado. «El caucionante, dice el artículo 2021, sólo está obligado para con el acreedor á falta del deudor, quien debe ser precisamente excusionado en sus bienes.» Luego todo caucionante goza del beneficio de excusión. Si hay excepciones á esta á regla deben también ser establecidas por la ley, pues sólo el legislador puede crear excepciones á las reglas que consagra. De esto se sigue que no puede haber más excepciones que las que resultan de la ley. Ya hemos encontrado una de ellas: el caucionante judicial, dice el art. 2042, no puede pedir la excusión del deudor principal. Esta excepción confirma la regla; de esto se sigue que todo caucionante legal ó convencional puede oponer al acreedor el beneficio de excusión.

206. La ley permite al caucionante renunciar este beneficio (art. 2021). Esto es la aplicación de un principio general: cada cual puede renunciar un derecho que sólo fué

1 Treilhard, Exposición de los motivos, núm. 11 (Loché, t. VII, p. 417).  
2 Lahary, Discurso núm. 16 [Loché, t. VII, p. 441].  
3 Troplong, *De la Caución*, núms. 233 y 239.

establecido en su favor; y la excusión del deudor principal es esencialmente un favor que el legislador concedió al caucionante (núm. 204). La renuncia puede ser expresa; se ha hecho de estilo que el caucionante renuncie el beneficio de excusión en la misma acta en que se obliga; de modo que las partes contratantes restablecen el derecho estricto, el que el legislador había derogado por motivo de equidad. (1) La renuncia puede también ser tácita; esto es el derecho común, el que la ley no deroga. ¿Cuándo es tácita la renuncia? Esto es una cuestión de hecho cuya solución depende de la intención de las partes contratantes, intención que se manifiesta por hechos en lugar de manifestarse por palabras. Pothier discute los ejemplos en los que la voluntad del caucionante es más ó menos dudosa. (2) Creemos inútil entrar en este debate dependiendo todo de los términos de la convención y de las circunstancias de la causa; es decir, de elementos que varían de un caso á otro; y es difícil discutir y criticar decisiones de hecho, puesto que todo depende de la impresión que hacen en el espíritu del juez las circunstancias, que está en medida de apreciar mejor que el intérprete, que no tiene á la vista más que una colección de sentencias. (3)

El art. 2021 da como ejemplo de renuncia tácita: «Cuando el caucionante se obliga solidariamente con el deudor el efecto de su compromiso se fija por los principios que han sido establecidos acerca de las deudas solidarias.» Estos últimos términos son demasiado absolutos; el caucionante solidario no se resuelve en todo un deudor solidario, hay diferencias á las que volveremos. Un punto es seguro: es que el caucionante solidario renuncia el beneficio de excusión, pues el efecto esencial del compromiso solidario contraído

1 Pont, *De los pequeños contratos*, t. II, p. 87, núm. 160.  
2 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 408.  
3 Compárese denegada, 16 de Marzo de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 102).

por el caucionante es el de hacerlo considerar como deudor principal para con el acreedor, en este sentido: que éste puede perseguir al caucionante como si estuviera solo obligado al pago de la deuda (art. 1200). (1)

207. La solidaridad ha dado lugar á una dificultad. Un comerciante subscribe vales á la orden bajo caución solidaria con su padre. Un tercero garantiza la solvencia del caucionante y pone al efecto su endose en los vales. Este, demandado por pago de los vales, pretendió que era simple certificador del caucionante y con este título opuso la excepción de excusión. El demandante sostuvo que el endosante era deudor solidario y que, como tal, no podía prevalecerse del beneficio de excusión. Fué sentenciado por la Corte de París que la excepción de excusión podía ser invocada por el endosante cuando sólo certifica al caucionante. Recurso de casación. La Cámara de Requisiciones decidió que esto era una cuestión de intención: ¿aquel que endosó entendió obligarse no sólo como certificador del caucionante sino como deudor solidario? La Corte de Apelación se había limitado á reconocer la intención del endosante de no ser más que el certificador del caucionante, interpretando los términos del acta por el subscripto, y esta interpretación es soberana.

Quedaba por saber si el certificador del caucionante había renunciado el beneficio de excusión dando un endose que vuelve al deudor solidario. La Corte de Casación dijo que aquel que ofrece la solvencia del caucionante se compromete á pagar si éste no es solvente; es decir, que estipula virtualmente y necesariamente que el caucionante será perseguido antes que él. (2)

208. Hay caso en que en virtud de los principios generales de derecho el caucionante no puede ya oponer el be-

1 Massé y Vergé sobre Zachariæ, t. V, p. 70, nota 14.  
2 Denegada, 4 de Marzo de 1851 (Daloz, 1851, I, 123).

neficio de excusión. (1) Si sucede al deudor principal y si es demandado por el acreedor no goza ya de los beneficios de caucionante, pues la caución se extinguió por la confusión de las cualidades de deudor y caucionante en una misma persona; vuelto deudor principal como heredero el caucionante deja de serlo, puesto que el deudor no puede caucionarse á sí mismo.

El caucionante de un vendedor forma contra el comprador una acción de reivindicación; el comprador lo rechaza por la excepción de garantía, no pudiendo ser vencido aquel que debe garantizar. ¿Es que en este caso el caucionante podía invocar el beneficio de excusión y obligar al comprador á ejercer su recurso ante todo contra el vendedor? No, dice Pothier, pues la excepción de excusión implica que el deudor principal puede pagar la deuda, y en el caso el vendedor no podría satisfacer la garantía defendiendo al comprador contra la reivindicación del caucionante; éste sólo puede defender al comprador, lo debe como garante; luego no hay lugar á excusión en los bienes del deudor principal. (2)

La insolvencia del deudor principal es notoria: ¿podrá el caucionante oponer al acreedor el beneficio de excusión? No; aunque la ley no lo dice terminantemente esto resulta implícitamente de las condiciones que prescribe para que el caucionante pueda gozar del beneficio de excusión; tiene que indicar los bienes del deudor principal que el acreedor pueda excusionar útilmente, y si el deudor no tiene bienes, ó si sus bienes están embargados por acreedores hipotecarios, toda excusión se hace imposible. (3)

209. ¿Pueden admitirse excepciones al beneficio de excu-

1 Pont, *De los pequeños contratos*, t. II, p. 85, núm. 158.

2 Pothier, *De la venta*, núm. 177.

3 París, 21 de Abril de 1806 [Daloz, en la palabra *Caución*, núm. 370 2.º]

sión que no resulten de los principios generales? Nó (número 205). Tal es la excepción que algunos autores admiten en materia comercial. Las reglas establecidas acerca de la caución por el Código Civil son aplicables en materia comercial, á no ser que el Código de Comercio no las derogue, y ningún texto de este Código habla del beneficio de excusión; no puede, pues, haber derogaciones. Esto es decisivo. (1)

Se sorprende uno de leer en el Comentario de Troplong acerca de la caución que todos los autores están acordes en reconocer que entre comerciante no hay lugar al beneficio de excusión. Y aunque todos los autores lo dijieran habría que ver si tienen razón; ¿tienen derecho de crear una excepción que la ley ignora? Esta es una de esas cuestiones que basta presentar para resolverlas. No hay argumento que pueda dar al intérprete el poder de hacer la ley. Y los que Troplong alega no son seguramente hechos para justificar semejante usurpación. Decir que "en materia mercantil la confianza, el crédito, la buena fe, deben ser exuberantes," es hacer frases. Agregar que, "esta excepción sólo sería un estorbo á la marcha de los negocios que deben llegar á pronta conclusión" es una razón dirigida al legislador, y el intérprete no tiene que ver lo que el legislador debiera haber hecho; tiene que limitarse á ver lo que hizo. Troplong añade de "que en las operaciones mercantiles la caución *no siempre* es gratuita; y ¿cómo podría el fiador abrogarse tras una excepción introducida para aquel que se carga generosamente con la deuda ajena?" Los malos argumentos traicionan las malas causas. ¿De que la caución no siempre es gratuita puede concluirse que el caucionante no goza nunca del beneficio de excusión? Habría cuando menos que limitar la excepción al caso en que la caución es interesada, y, por

1 Maassé y Vergé sobre Zachariæ, t. II, p. 69, nota 13, y los autores que cita Ponté, t. II, p. 85, núm. 158.

consiguiente, habría que admitir la misma excepción en materia civil. ¿Y procediendo así el intérprete no haría la ley? (1)

*Núm. 2. De las condiciones requeridas para el beneficio de excusión.*

210. El Relator del Tribunado establece el principio que el Código sigue en esta materia. La ley prescribe condiciones rigurosas para el ejercicio del derecho que concede al caucionante: ¿por qué se muestra tan severa cuando se trata de un beneficio? La ley quiere, dice Chabot, que la excusión reclamada sea de naturaleza á ser corta y fácil; que no exponga al acreedor á retardos considerables ó á contestaciones penosas, y, en fin, que el acreedor no esté obligado á anticipar los gastos. (2) Estas condiciones han sido criticadas en el seno del Tribunado por Goupil-Préfeln. Considera el beneficio de excusión como un derecho inherente á la caución; y bajo este punto de vista no hace mal en decir que el beneficio debe ser organizado de modo que el rigor de las condiciones á las que se le somete no lo haga ilusorio. ¿Pero es exacto el punto de partida? ¿Es verdad decir que el compromiso del caucionante se reduce á garantizar, en favor del acreedor, el pago de la deuda después que éste había inútilmente excusionado al deudor en sus bienes? (3) Chabot establece los verdaderos principios; transcribimos sus palabras; este es el mejor comentario de la ley.

"La caución tiene por objeto asegurar la ejecución de la obligación principal; pero para que la obligación principal esté ejecutada *como debe serlo* es necesario que la deuda es-

1 Troplong, *De la caución*, núm. 233.

2 El principio está tomado en Pothier, *De las obligaciones*, núm. 412.

3 Discurso de Goupil-Préfeln, en la sesión del 21 Pluvioso, año XII (Loché, t. VII, ps. 429-432).

té pagada á su vencimiento. El caucionante está, pues, obligado no sólo á pagar la deuda cuando el deudor no lo hace él mismo sino también pagarla á su vencimiento fijado por la convención. Resulta que en el momento del vencimiento si el deudor no paga el acreedor debería tener el derecho de obligar al caucionante al pago.»

Tal es el derecho estricto. La ley lo deroga concediendo al caucionante el *beneficio* de excusión; es un favor considerable, puesto que el caucionante obtiene un plazo que no tiene el deudor y se encuentra así descargado de una de las obligaciones principales del deudor: el pago al vencimiento del plazo. Puesto que esto es un beneficio la ley que lo concede puede poner en ello las condiciones que juzgue convenientes; debe, sobre todo, cuidar de que la derogación del derecho del acreedor se concilie con la equidad. (1)

211. «El acreedor no está obligado á excusar al deudor principal sino cuando lo requiere el caucionante á las primeras promociones dirigidas contra él» (art. 2022). ¿Quiere esto decir, como lo sentenció la Corte de París, que la excepción de excusión debe ser opuesta desde la entrada de la causa ó, como se dice, *in limine litis*? (2) Se puede citar en apoyo de esta interpretación el informe de Chabot: «El acreedor no está obligado á excusar al deudor principal sino cuando el caucionante lo requiere expresamente; hasta es necesario que lo requiera en las primeras promociones practicadas contra él; no se le admitiría si hubiera defendido en el fondo, es una *excepción moratoria* que debe ser opuesta *in limine litis*. Sería demasiado penoso para el acreedor que el caucionante que lo hubiese fatigado por largas chicanas pudiera alejar el pago de la deu-

1 Respuesta de Chabot, en la sesión del 23 Pluvioso, año XII (Loché, t. VII, ps. 433 y siguientes).

2 París, 21 de Abril de 1810 (Dalloz, en la palabra *Caución*, núm. 370, 2.º)

da pidiendo la excusión del deudor.» Es verdad que la excepción de excusión sólo es *moratoria*, y estas excepciones deben, en general, ser opuestas inmediatamente. Pero el beneficio de excusión es una excepción enteramente especial, y es por motivos especiales por lo que el legislador quiso que fuera opuesta en las primeras promociones. En el derecho antiguo había controversia acerca de la naturaleza de la excepción de excusión. Muchos autores sostenían que era *perentoria*, y concluían de esto que podía ser opuesta en cualquier estado de la causa; una sentencia del Parlamento de Tolosa lo había resuelto así. Pothier, al contrario, enseñaba que la excepción era *moratoria*, puesto que tendía á diferir la acción del acreedor contra el caucionante y no á excluirla enteramente. En esta opinión se aplicaba la regla general que quiere que toda excepción *moratoria* se oponga antes de la contestación de la demanda. (1)

El proyecto de Código Civil decía simplemente que el acreedor sólo está obligado á excusar al deudor cuando lo requiere el caucionante, lo que parecía permitir al caucionante oponer la excepción en cualquier estado de la causa. Esta redacción ha sido combatida por proposición del Tribunalado; importa hacer constar cuál fué el objeto del cambio. Se lee en las Observaciones de la Sección de Legislación: «La Sección propone agregar estas palabras: *en las primeras promociones dirigidas contra él*. Si, en efecto, varias promociones han tenido lugar contra el caucionante sin que haya requerido la excusión de los bienes del deudor *se le considera haber renunciado* la facultad que le da la ley. El acreedor no debe ser juguete del capricho del caucionante, debe poder continuar el camino que le dejó perseguir el silencio del caucionante.» (2) El Tribunalado no

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Caución*, pfo. IV, núm. 1 (t. III, página 470). Pothier, *De las obligaciones*, núm. 410. Pont, t. II, p. 89, núm. 167.

2 Observaciones del Tribunalado, núm. 5 (Loché, t. VII, p. 412).

dice que el beneficio de excusión es una excepción moratoria; si el caucionante no puede ya oponerla después de las primeras promociones es porque su silencio implica una renuncia; debe, pues, verse si realmente el silencio del caucionante tiene este significado; por tanto, la cuestión se resuelve en una dificultad de hecho. Esta es la observación de Merlin: "No resulta, dice, de la adición propuesta por el Tribunal que el Código Civil niegue la excusión al fiador cuando no la opuso desde luego; sólo debe concluirse que no puede ya usarla cuando intervinieron discusiones propias para presumir que renunció dicha excepción." Merlin añade que el texto del Código no implica que el beneficio de excusión deba ser opuesto *in limine litis*; las palabras *en las primeras promociones* no son sinónimos de la expresión *entrada de causa*. Esto es, pues, una cuestión de hecho. Generalmente habrá renuncia del beneficio de excusión si el caucionante interesado en oponerlo luego no lo hace. Sin embargo, puede suceder que no haya entendido renunciar un beneficio que, en las circunstancias de la causa, ni siquiera podía hacer valer. Merlin da un ejemplo. El caucionante pretende que la caución es nula; litiga y sucumbe. ¿Puede todavía oponer la excepción de excusión? Merlin contesta que esto no es dudoso. En efecto, el caucionante que sostiene que la caución es nula se encuentra en la imposibilidad de oponer el beneficio de excusión, puesto que oponiéndolo reconocería que es caucionante, mientras que pretende que no lo es. (1)

212. "El caucionante que requiere la excusión debe adelantar el dinero suficiente para hacerla" (art. 2023). Esta condición es una de las que han sido muy atacadas en el seno del Tribunal; obligar al caucionante, decía el tribu-

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Caución*, pfo. IV, núm. 1. Durantón, tomo XVIII, pfo. 347, núm. 334. La opinión de Merlin es seguida por todos los autores.

no Goupil-Préflein, á hacer el anticipo de los gastos que exigiera la excusión es concederle por una parte un beneficio y por la otra quitárselo implícitamente. Chabot le contestó, y la respuesta es perentoria: "¿En favor de quién se hace la excusión de los bienes del deudor? No es en favor del acreedor, puesto que lo obliga á promociones desagradables y que alejan el pago de la deuda cuando podía desde luego apremiar al caucionante al pago. La excusión sólo se hace, pues, para el fiador; no tiene más objeto que aceptar lo del pago; sólo á él aprovecha, puesto que procura su descargo y, cuando menos, le da un plazo. ¿No es justo que anticipe los fondos necesarios para una excusión que sólo se admite en interés suyo?"

¿Se pregunta si el caucionante debe ofrecer de antemano los gastos en el momento en que requiere la excusión? La Corte de Casación se pronunció por la negativa, y creemos que hizo bien. No pertenece al intérprete crear formalidades ni condiciones; y las que prescribe la ley no pueden ser extendidas ni agravadas. Y el art. 2023 sólo habla de la oferta de gastos; esto es decisivo. Tal es también la tradición. Hay una sentencia contraria de la Corte de Burdeos, y se pretende que dicha decisión está en el espíritu de la ley. (1) Esto es confesar que el texto guarda silencio; y el espíritu de la ley no basta para prescribir condiciones que el caucionante estaría obligado á cumplir bajo pena de decaimiento.

213. "El caucionante que requiere la excusión debe indicar al acreedor los bienes del deudor principal" (artículo 2023). ¿De qué bienes se trata? Puesto que la ley habla de bienes en general hay que concluir que el caucionante puede indicar bienes muebles. Esta es la opinión general, y

1 Véanse las autoridades, en diverso sentido, en Pont, t. II, p. 94, número 175.

tiene una base inquebrantable, la del texto. (1) Sin embargo, Zachariæ dice que el caucionante, según la naturaleza de los casos, no puede ordinariamente indicar al acreedor más que inmuebles, pues para los demás bienes siempre hay duda de que basten al pago. El motivo nos parece tan erróneo como la opinión en apoyo de la que se invoca. ¿Dónde se dice que los bienes que indique el caucionante deban ser suficientes para el íntegro pago de la deuda? Esta es una condición que la ley ignora y que el intérprete no tiene el derecho de prescribir. Por esto Zachariæ fué abandonado por sus traductores en este punto. (2) Se podría objetar que en la opinión general el acreedor recibirá un pago parcial y que tiene derecho al íntegro. Nuestra contestación está en el texto de la ley. Al dar el beneficio de excusión al caucionante la ley autoriza implícitamente el pago hasta concurrencia de los bienes del deudor; luego un pago parcial si los bienes no bastan para pagar al acreedor. Pero este pago sólo es parcial en apariencia, pues desde el momento en que el acreedor lo recibe puede pedir que el caucionante lo complete. (3)

214. El art. 2023 dice que el caucionante debe señalar al acreedor los bienes del deudor principal; luego *todos* los bienes. Esta es la doctrina de Pothier: el señalamiento de bienes, dice, se debe hacer en una sola vez; el caucionante debe comprender en él todos los bienes que quiera que el acreedor discuta; no se le admitiría á señalar otros después de la discusión de los ya señalados. Esta opinión está admitida por los autores modernos. Sin embargo, se debe hacer una restricción. El caucionante no puede estar obligado á lo imposible; cuando la ley dice que debe señalar los bienes del deudor supone que los conoce; si no fuera así ó si

1 Durantón, t. XVIII, p. 374, núm. 352, y todos los autores.  
2 Massé y Vergé sobre Zachariæ, t. V, p. 68, nota 7.  
3 Durantón, t. XVIII, p. 355, núm. 338.

el deudor adquiere nuevos bienes no se puede tratar de obligar al caucionante á indicarlos; á lo imposible nadie está obligado. (1) Aún más, nos parece difícil decidir, como lo hace Pothier, que el caucionante debe señalar todos los bienes que conocía, bajo pena de decaimiento; la ley no pronuncia el decaimiento, ni siquiera dice en términos positivos que el señalamiento debe comprender todos los bienes. Luego lo que se pudiera deducir de un señalamiento incompleto es que el caucionante sería, en verdad, admitido á señalar los bienes que se habían omitido, pero no estaría obligado á los daños y perjuicios si este señalamiento tardío causara un daño al acreedor. Esto se halla fundado también en la razón, en el sistema del beneficio de discusión; no se comprende que el acreedor promueva contra el deudor, aunque éste posea bienes bastantes para satisfacer la obligación del acreedor; se necesita que la discusión agote su patrimonio; solamente que esta discusión se debe conciliar con el interés del acreedor. (2)

215. El art. 2023 enumera los bienes del deudor que el caucionante no puede indicar. Desde luego no puede señalar los bienes situados fuera de la jurisdicción de la corte de apelación del lugar en que se hizo el pago. El legislador quiere, como lo dice el Relator del Tribunado, que la discusión sea corta y fácil; luego debió excluir la discusión de bienes cuya situación la hiciera de difícil realización.

La ley no permite que el caucionante señale bienes litigiosos; Chabot da la razón: el acreedor no puede ser forzado á sostener pleitos que puedan ser largos é inciertos cuando debió contar con la ejecución que le prometió el caucionante. No se debería concluir de esto que los bienes no son litigiosos más que cuando ya han sido objeto de un pleito

1 Durantón, t. XVIII, p. 355, núm. 338.

2 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 411.



(art. 1701); la ley no definió lo que en el art. 2023 entiende por bienes litigiosos, se atiende por esto mismo á la apreciación de los tribunales (núm. 190). Se juzgó que los bienes vencidos por sucesión al deudor, pero aún indivisos, eran bienes litigiosos en el sentido del art. 2023; (1) en efecto, los bienes indivisos no pueden ser expropiados; es necesario, ante todo, pedir la partición, lo que puede conducir á una instancia judicial (art. 2025).

En fin, la ley no admite á discusión los bienes hipotecados que ya no se hallan en posesión del deudor. Chabot da por motivo que podía haber un largo debate con los detentores de estos bienes y con los acreedores. Esta condición se había criticado en el Tribunado. El Relator se limita á contestar que la equidad exige que la discusión no sea larga ni difícil. Se puede agregar que la posesión del tercero adquirente es tan favorable como el ejercicio del beneficio de discusión; hé aquí por qué el Código Civil concede al tercero detentor el beneficio de discusión que suspende la venta de la heredad (art. 2170). (2) La Ley Hipotecaria belga no ha mantenido este beneficio.

216. Pothier pregunta si el que ha caucionado á uno de los deudores puede exigir que el acreedor discuta los bienes que posee los demás codeudores. Decide la cuestión afirmativamente en razón de equidad y por motivo de derecho. Pothier insiste en la razón humanitaria, como dice. Es equitativo que una deuda sea pagada por los que son verdaderos deudores y que aprovechen el contrato más que los que son deudores por otro; el beneficio de discusión no tiene otro fundamento. Es porque es humanitario que el acreedor, cuando él es poco menos que indiferente, evite estas molestias al

1 Tolosa, 9 de Marzo de 1819 (Dalloz, en la palabra *Caución*, núm. 196). Compárese sentencia del Tribunal de Bruges, 2 de Agosto de 1875 (Pasierian, 1875, 2, 299).

2 Duranton, t. XVIII, p. 356, núm. 338.

caucionante y se haga pagar por el verdadero deudor. Esta argumentación da una idea del modo de ser de Pothier; le gusta decidir en equidad más que con el rigor del derecho. Pero lo que Pothier podía hacer á falta de ley los intérpretes del Código Civil no pueden. Hemos hecho más de una vez la observación; las cuestiones de derecho no se deciden por equidad sino por los textos y principios que de ellos se desprenden. Se trata de saber no si es equitativo que el acreedor discuta los bienes de los codeudores solidarios que no están caucionados sino que si el caucionante puede obligarlo á ello. Pothier mismo no se conforma con la equidad, busca apoyarse en derecho. Se puede también decir, agrega, que el que se hace caucionante por uno de los deudores solidarios es también *en algún modo* caucionante de los demás (1) Hé aquí un argumento poco digno de Pothier; no se atreve á decidir que el caucionante de uno de los solidarios es caucionante de los demás, se conforma con decir *en algún modo*. Es esto confesar que el caucionante de uno no es de los otros, ¿y cómo lo sería? ¿Es que la caución no es un contrato formado entre el acreedor caucionado y el fiador? ¿Y el fiador se puede prevalecer de que el deudor que ha caucionado tiene codeudores que quedan fuera de la convención? ¿Una convención puede tener un efecto cualquiera con respecto á los que han sido partes? Sin duda la obligación, de todos los codeudores es más que una y sola obligación, ¿pero en qué sentido y con relación á quién? Con relación al acreedor y para el pago de la deuda principal; esto no impide que haya tantas ligas particulares como deudores, y que cada uno de los codeudores puede estar diferentemente obligado que otro (art. 1201); con mayor razón el acreedor puede estipular para uno garantías que no esti-

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 412, seguido por Troplong, Massé y Verger, Taulier y Dalloz. En sentido contrario, Bougné, sobre Pothier, y Pont, t. II, p. 97, núm. 183.

pula para los otros. El caucionante no está, pues, ligado más que con respecto al codeudor que ha caucionado; los demás le son extraños, ¡y se quiere que pueda mandar á los acreedores, á excusionar sus bienes! Lo que nos sorprende más que la opinión de Pothier es que haya encontrado partidarios bajo el imperio del Código Civil cuando el art. 2030 exige que el fiador haya caucionado á todos los deudores solidarios para tener recursos solidarios contra cada uno en su totalidad. Luego el caucionante no tiene recurso solidario contra los que no han caucionado. Hé aquí el verdadero principio, que es elemental; las convenciones no tienen efecto más que entre las partes contrayentes.

217. ¿Qué sucedería si el caucionante hubiese señalado los bienes del deudor principal y que el acreedor no los excusione? ¿El acreedor tendrá derecho contra el caucionante si el deudor llega á hacerse insolvente? El art. 2024 decide la dificultad en estos términos: «Toda vez que el caucionante haya señalado los bienes por el artículo precedente, y que haya ministrado el dinero suficiente para la excusión, el acreedor es, hasta concurrencia de los bienes señalados, responsable, con relación al caucionante, de la insolvencia del deudor principal convertido por la falta de promociones.» Hubo acerca de este punto una larga discusión en el Consejo de Estado; creemos inútil analizar el debate; el principio que ha consagrado el Código fué expuesto de una manera clara y precisa por Tronchet; basta transcribir su explicación, es el comentario auténtico de la ley. (1)

El caucionante debe pagar por el deudor. Tal es la regla general. El beneficio de excusión solamente le da la facultad de probar que el deudor puede pagar, y entonces la equidad exige que el acreedor excusione los bienes del deudor.

1 Sesión del Consejo de Estado de 23 Frimario, año XII, núm. 5 (Locré, t. VII, p. 408).

por principal. Para el ejercicio de este derecho la ley quiere que el caucionante señale los bienes y que anticipe los gastos. Cuando se llenan estas condiciones el acreedor debe hacer las promociones necesarias. Tronchet dice que en este caso el acreedor se hace mandatario del caucionante y que, por consecuencia, es responsable de la inejecución de su mandato. ¿No sería más verdadero decir que la obligación de excusionar es una obligación legal? Siendo la excusión un derecho para el caucionante resulta una obligación para el acreedor, y el derecho, del mismo modo que la obligación correlativa, tiene su principio en la ley. Si el acreedor no promueve falta á su obligación y debe ser responsable. Quedan por precisar las condiciones bajo las que esta obligación le incumbe, y cuáles son las consecuencias de su inejecución.

Las condiciones son las que la ley exige en el beneficio de excusión; es decir, el señalamiento de bienes á excusionar y el adelanto de los gastos. Acerca de este último punto se debe observar que el caucionante no está obligado á hacer el ofrecimiento de los gastos; pero si no está obligado á hacerlo se quiere que tenga gran interés en ofrecer espontáneamente el adelanto. En efecto, el acreedor no está legalmente obligado á excusionar los bienes sino cuando los gastos le han sido adelantados, y no es responsable de la falta de promociones sino también bajo esta condición. Cuando el caucionante ha satisfecho la ley el acreedor está obligado á excusionar los bienes que se le han señalado. Si hay bienes no señalados no es responsable de no haberlos excusionado; de modo que el caucionante tiene también interés en señalar todos los bienes del deudor.

En cuanto á la responsabilidad que el acreedor contrae si no promueve el art. 2024 dice que es responsable hasta concurrencia de los bienes señalados, bien entendido del valor líquido de dichos bienes y deducción hecha de los gas-