

tos que la promoción ocasione. La responsabilidad siempre está limitada por el daño que resulta de la inejecución de la obligación; toca al caucionante probar cuál es este daño; es decir, el que la excusión de bienes pudiera producir; queda obligado por el resto, si lo hay. No se necesita decir que el beneficio de excusión no descarga al caucionante. Tronchet hizo la observación, y la cosa es evidente; si los bienes del deudor no bastan á saldar la deuda el caucionante está forzado á completar el pago.

218. La Corte de Casación hizo la aplicación del artículo 2024 en una especie que presentaba una pequeña duda; mejor dicho, las leyes son claras, la mala interpretación que se les dió es lo que hizo llevar el asunto ante la Corte de Casación. En la especie el caucionante había requerido la excusión de una cosa gravada con una hipoteca especial y dos terrenos hipotecados; habiendo restringido el acreedor la excusión de la casa la Corte de Pau lo declaró responsable de la falta de promoción. Ante la Corte de Casación se sostuvo que la sentencia atacada había violado el art. 2209, que dice: «El acreedor no puede promover la venta de los inmuebles que no le fueron hipotecados sino en el caso de insuficiencia de bienes que le fueron hipotecados.» La Corte contesta que la cuestión por resolver era decidida no por el art. 2209 sino por el 2024. En efecto, no se trataba de un acreedor hipotecario que expropia á su deudor y que se pone en conflicto con sus acreedores personales, que es el caso del art. 2209; se trataba de la obligación que la ley impone al acreedor para excusionar los bienes del deudor principal cuando el caucionante pide la excusión, que es el caso del art. 2024; y este artículo quiere que el caucionante señale todos los bienes del deudor, sin distinción de bienes hipotecados y bienes que no lo estén, y el acreedor está obligado á excusionar todos los bienes que ha señalado el caucionante. El recurso, que reprobaba

á la Corte de Apelación haber violado el art. 2209, él mismo hacía una mala aplicación de él.

## § II.—DEL BENEFICIO DE DIVISIÓN.

### *Núm. 1. El principio.*

219. Muchas personas se vuelven caucionantes del mismo deudor por una misma deuda. ¿Se divide la obligación de pagar la deuda entre los fiadores? El art. 2025 dispone que los caucionantes están obligados cada uno á toda la deuda. Sin embargo, dice el art. 2026, cada uno de ellos puede exigir que el acreedor divida de antemano su acción y la reduzca á la parte y porción de cada caucionante. De este modo la división de la obligación entre los fiadores no se hace de pleno derecho, no há lugar sino por demanda del caucionante perseguido del acreedor. El caucionante puede ser accionado por el todo, pero tiene el derecho de exigir que el acreedor divida su acción; esto es lo que se llama beneficio de división.

Las disposiciones de los arts. 2025 y 2026 derogan los principios generales que rigen las obligaciones contraídas por muchas personas. Cuando varios deudores principales se obligan conjuntamente por una deuda no están obligados cada uno de ellos más que por su parte, á menos que haya estipulación de solidaridad. La división entre los deudores de una misma deuda se hace, pues, de pleno derecho, mientras que entre fiadores la división es un beneficio que sólo tiene lugar cuando lo requiere el caucionante. Este es el principio tradicional. Pothier hace constar la diferencia que acabamos de señalar entre los codeudores y los fiadores, y pide la razón. Contesta que es de la naturaleza de la caución que el caucionante se obliga á todo lo que debe el deudor principal; por consecuencia, cada uno de los caucionantes

está considerado como si contrajera este compromiso, á menos que declare expresamente que sólo se obliga por una parte. Nos parece que esto es responder á la cuestión con la cuestión misma. Se pregunta por qué los fiadores están obligados cada uno por el todo cuando los codeudores no lo están más que por su parte, y se contesta que cada caucionante está obligado por el todo porque resulta de la naturaleza de la caución. Sin duda cuando sólo hay un caucionante responde por toda la deuda, del mismo modo que el deudor único debe pagar toda la deuda, pero cuando hay varios caucionantes ¿por qué la obligación de pagar una deuda divisible no se divide entre ellos como se divide entre los deudores principales? Es cierto que la razón que Pothier toma de Vinnius no contesta á la cuestión. Domat también dice que si varios se hacen caucionantes por una misma deuda cada uno responde por el todo, porque cada uno promete la seguridad de toda la deuda; es decir, que cada fiador está obligado por el todo porque cada uno está obligado por el todo. Domat agrega que la obligación de los fiadores es naturalmente *solidaria entre ellos*. (1) Esto es decir demasiado; no hay verdadera solidaridad entre caucionantes, como lo veremos más adelante. Y si se admite la solidaridad resulta una nueva anomalía. El primer efecto de la solidaridad es que el acreedor puede dirigirse al deudor que quiera elegir, *sin que éste pueda oponerle el beneficio de división*. Esto es de la esencia de la solidaridad (art. 1203) mientras que los fiadores tienen el beneficio de admisión. La obligación de los fiadores no es, pues, solidaria; si cada uno de ellos está obligado por el todo cada uno también puede pedir la división. De esta manera la obligación de los fiadores no difiere más que en un punto de la de los codeudores; entre

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 415. Domat, *Leyes civiles*, lib. III, título IV, sec. II, núm. 6.

éstos la dimisión es de derecho y entre aquéllos se hace por demanda del caucionante. Pedimos la razón de esta diferencia.

En el Consejo de Estado se adoptó el principio tradicional sin discusión. El Tribunado, menos inclinado á la tradición, se dividió (1) en el seno de la Sección de Legislación; se pidió que se aplicase á los fiadores el principio que rige á los codeudores; es decir, á la división de la obligación de pleno derecho. En apoyo de esta proposición se dice que los caucionantes no deben tratarse con menos favor que los deudores principales. Y cada responsable se considera haberse comprometido por su parte, salvo estipulación solidaria. ¿No debe suceder lo mismo con cada caucionante? El proyecto admitía esta división si los caucionantes la piden; se la encuentra, pues, justa, y si es justa ¿no es más sencillo establecerla de derecho pleno? Si el caucionante puede obtener la división cuando está pedida no se ve por qué no lo pudiera sin pedirla; si, por el contrario, pugna que la división tenga lugar de plano porque cada caucionante se obligó por el todo está razón debería igualmente impedir que en ningún caso el beneficio de división fuese concedido.

Esta argumentación nos parece irrefutable, y en realidad no se la ha contestado. ¿Qué se dijo en el Tribunado en favor de la opinión que el Código ha consagrado? Que esto es la tradición. Sea, ¿pero el principio tradicional se funda en derecho ó la razón? En derecho se contesta que los fiadores difieren de los deudores; cuando éstos se obligan conjuntamente no se les considera obligarse más que en su parte civil, luego separadamente; mientras que es de naturaleza de la caución que cada fiador se obliga por toda la deuda; lo dice la definición del art. 2011. Nó, la ley no

1 Observaciones del Tribunado (Loché, t. VII, p. 413).

dice lo que se le hace decir; supone que sólo hay un caucionante; si hay varios garantizan también el pago de toda la deuda, pero esta garantía se divide entre ellos. En cuanto al beneficio de división se dice que sólo es una gracia, no puede invocarse contra el principio. Nuestra contestación es siempre la misma: ¿por qué la división sólo es una gracia? Pedimos un motivo jurídico que justifique la tradición, y se nos contesta por la tradición. (1) Puesta la cuestión á votación hubo empate, lo que arrastró el mantenimiento del principio tradicional.

220. Queda una duda acerca de la naturaleza de la obligación de los fiadores: ¿son deudores solidarios? Domat los calificaba así (núm. 219); y el art. 2025 parece reproducir la doctrina tradicional, diciendo que los caucionantes están obligados cada uno á toda la deuda. No obstante, debe decirse que los fiadores no están obligados solidariamente. En efecto, la definición que el art. 1200 da de la solvencia no se aplica á la obligación de los fiadores. Para que haya solidaridad es menester que cada deudor pueda ser apremiado por el todo; y los fiadores no pueden ser apremiados á pagar toda la deuda, puesto que tienen el derecho de exigir que el acreedor divida su acción (art. 2026); mientras que en caso de solidaridad el deudor demandado por el acreedor no le puede oponer el beneficio de división (artículo 1203).

La situación de los fiadores es enteramente anormal. Cada uno está obligado á la deuda y no pueden ser apremiados á pagar toda la deuda. ¿En qué sentido están obligados á pagar toda la deuda? Pothier contesta que cada fiador es verdadero deudor total de la deuda antes que la división haya sido pronunciada por el juez por la excepción opuesta por el caucionante; resulta que si uno de los fiadores ha pagado toda la deuda no tiene ninguna repetición

1 Compárese Delvincourt, t. III, p. 257, nota 2.

contra el acreedor para las partes de sus cofiadores, pues pagó lo que debía. (1)

Pero la obligación de los cofiadores no produce los verdaderos efectos de la solidaridad. El art. 1203, que no permite á los deudores solidarios oponer el beneficio de división, no es aplicable á los fiadores, puesto que gozan del beneficio de división. En consecuencia los arts. 1205, 1206 y 1207 no son aplicables ya á los cofiadores, pues estas disposiciones suponen que cada deudor es realmente obligado á toda la deuda, mientras que los caucionantes no pueden ser apremiados más que al pago de su parte civil. Esta es la opinión general. (2) Troplong enseña que los cofiadores están obligados *in solidum*; la palabra, dice, es legal. ¿Y cuál es la ley que declara solidarios á los cofiadores? Son las institutas. Creemos que el Código Civil es nuestra única ley. Después de esto Troplong confiesa que los cofiadores no son verdaderos deudores solidarios y que el beneficio de división les da algo de mixto y anormal. Luego añade que pertenecen á la clase de los deudores solidarios más bien que á la clase de los deudores ordinarios. (3) ¿Qué son, pues, en definitiva? No se sabe. Hay que añadir que el legislador es el verdadero culpable.

221. El art. 2026 define el beneficio de división: cada cofiador puede exigir que el acreedor divida su acción, y la división se hace, como entre los codeudores, por parte y porción de cada caucionante. ¿Cómo conciliar este beneficio con el principio establecido por el art. 2025, según el cual cada caucionante está obligado por toda la deuda? Los oradores encargados de explicar los motivos de la ley están embarazados cuando se trata de justificar el beneficio de división. Treilhard dice en la Exposición de los Motivos: «Los

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 426.

2 Aubry y Rau, t. IV, p. 685, nota 20, pfo. 426, y los autores que citan.

3 Troplong, *De la caución*, núm. 290.

caucionantes sin contradicción están obligados á toda la deuda. Bien se sigue de esto que si entre ellos sólo uno es solvente éste soportará la totalidad de la deuda; pero si varios caucionantes se encuentran en condición de pagar ¿por qué el acreedor no pediría su parte á cada uno? Quiso asegurar su pago, no corre ningún riesgo cuando varios caucionantes son solventes; la división de la acción no le procura en este caso ningún perjuicio, y se pudo admitirla sin herir el objeto de la caución." (1) El Crador del Gobierno se coloca en el terreno del interés para explicar una regla de derecho; esto no es lógico. Toca á las partes contratantes vigilar sus intereses; la ley debe determinar las consecuencias que resultan de la naturaleza de las convenciones. Bajo este punto de vista la división de la obligación entre los fiadores es más que un beneficio, es el derecho común. Así considerada la división se explica por si misma, mientras que, en el sistema del Código, la división es una excepción y la excepción es una anomalía inexplicable. Chabot se limita á decir en su informe al Tribunalado que el beneficio de división no causa ningún perjuicio al acreedor. Esto es verdad, pero la consecuencia lógica debía ser la de consagrarla como derecho común, á reserva de que el acreedor estipule la solidaridad si el derecho común no le ofreciera suficiente garantía.

*Núm. 2. Condiciones del beneficio de división.*

222. La división es un beneficio, luego una excepción que el caucionante debe oponer al acreedor. Este tiene el derecho de promover por el todo contra cada caucionante en virtud del principio de que los caucionantes están obligados cada uno á toda la deuda (art. 2025), á reserva de que el caucionante demandado oponga la excepción de división.

1 Treilhard, Exposición de los motivos, núm. 15 (Loché, t. VII, p. 418).

Mientras que el acreedor no promueve los caucionantes quedan bajo el imperio de este principio. Luego antes de la acción y antes de la excepción opuesta á la acción cada caucionante es deudor de toda la deuda. El Relator del Tribunalado lo dice y esto es evidente. Siguese de esto que el caucionante no sería admitido, antes de toda promoción judicial, á ofrecer el pago de su parte en la deuda; el acreedor podría negarse á recibir ofrecimientos parciales; en efecto, el que hace la oferta debe ofrecer lo que debe (artículo 1258, 3.º) y el caucionante debe toda la deuda. (1) Siguese del mismo principio que si uno de los caucionantes se vuelve insolvente antes que el beneficio de división haya sido opuesto la pérdida resultante de la insolvencia recae en los caucionantes solventes; esto es lo que dice el segundo inciso del art. 2026; no sucede lo mismo si la insolvencia sobreviene después de la división, pues la división tiene por efecto que el caucionante no es ya deudor más que de su parte viril en la deuda.

223. ¿Cuáles son las condiciones requeridas para que el caucionante goce del beneficio de división? El art. 2026 no prescribe más que una: es que el caucionante exija que el acreedor divida su acción. La ley no dice, como lo hace para el beneficio de excusión, que el caucionante debe oponer el beneficio en las primeras promociones dirigidas contra ella. Pothier da la razón de esta diferencia; la excepción de división, dice, se relaciona más con las excepciones perentorias que con las moratorias, puesto que tiende á excluir enteramente la acción del acreedor contra el que la opone por las partes de sus cofiadores. El caucionante puede pedir la división hasta que sea condenada. Pero ya no puede exigirla una vez pronunciada la sentencia. Dejándose condenar por el todo sin prevalecerse del beneficio de división

1 Chabot, Informe núm. 4 [Loché, t. VII, p. 425. Pont, t. II, p. 105, número 195].

el caucionante la renuncia implícitamente; en efecto, debe exigir la división para gozar del beneficio; si no la exige permanece siendo lo que era en derecho: deudor del total, y condenado en tal calidad tiene que pagar. Esto supone que la sentencia ha pasado á autoridad de cosa juzgada. Si el caucionante interpone apelación la sentencia está nulificada y, por consiguiente, los derechos del caucionante permanecen enteros; podrá, pues, en apelación oponer el beneficio de división, como puede oponer toda excepción perentoria. Esta es la opinión común. (1)

¿Qué debe decidirse si el acreedor promueve contra el caucionante en virtud de un título ejecutivo sin ocurrir á la justicia? Hay alguna incertidumbre en este punto en la doctrina. Unos dicen que el caucionante puede prevalecerse del beneficio de división mientras no pagó toda la deuda. Otros agregan una restricción: según ellos el caucionante no podía ya oponer la división después de la venta de los bienes. (2) Nos parece que ambas decisiones son muy absolutas. ¿Por qué se admite que el caucionante perseguido por el acreedor puede oponer el beneficio de división hasta sentencia del juez? Es porque se supone que el caucionante mantiene todos sus derechos defendiéndose contra el acreedor. Pero el caucionante puede renunciar un derecho que sólo es un favor; puede renunciar en principio hasta que haya pagado ó haya sido condenado al pago; sin embargo, con una restricción: es que su defensa no implique una renuncia. En este sentido la cuestión de renuncia es de hecho más bien que de derecho; el juez decidirá según las promociones del caucionante. Sólo que hay un límite en el que la renuncia se hace imposible: es el del pago ó de la condena pasada á autoridad de cosa juzgada.

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 425. Durantón, t. XVIII, p. 367, número 348. Pont, t. II, p. 106, núms. 198 y 200.

2 Véase, en diverso sentido, Ponsot, p. 244, núm. 222. Durantón, t. XVIII, p. 368, núm. 348. y Pont, t. II, p. 108, núm. 201.

224. La ley no exige que el caucionante que opone el beneficio de división haga el anticipo de los gastos que el acreedor tendrá que hacer al promover contra los demás fiadores. ¿Cuál es la razón de esta diferencia que la ley hace á este respecto entre la excepción de división y la de excusión? Procede de la naturaleza de ambas excepciones. La última es una excepción moratoria; tiene lugar únicamente en el interés del caucionante y deroga el derecho estricto del acreedor; es, pues, justo que el caucionante haga el anticipo de los gastos. La excepción de división, al contrario, es perentoria; el acreedor no tiene ya acción contra el fiador que la opone más que por su parte civil; á decir verdad, es un derecho para el caucionante más bien que un beneficio; hubiera sido injusto obligar al caucionante á anticipar los gastos de una promoción que le es enteramente extraña. (1)

225. El art. 2025 dice que el caucionante puede oponer el beneficio de división á no ser que haya renunciado á este beneficio. Puede renunciarlo, puesto que es un favor que la ley le concede. La renuncia expresa es normal en las actas de caución. Puede también ser tácita. Este es el derecho común (núm. 206). Cuando los caucionantes se obligan solidariamente renuncian por esto mismo el beneficio de división (art. 1203). Esto prueba que los fiadores no son solidarios por el solo hecho de la caución.

226. El acreedor por su parte puede renunciar á la acción por el todo que tiene contra los caucionantes. Esta renuncia, como todas, puede ser expresa ó tácita. El art. 2027 prevee un caso de renuncia tácita: "Si el acreedor dividió él mismo y voluntariamente su acción no puede revocar esta división." El acreedor tenía el derecho de promover por el todo; si promueve contra el cofiador por su parte civil por esto mismo renuncia á su acción por el total. No

1 Pont, t. II, p. 106, núm. 197, y los autores que cita.

debe confundirse el caso previsto por el art. 2027 con la renuncia á la solidaridad prevista por el art. 1211. Cuando hay solidaridad la ley no se contenta con una acción dividida para admitir la renuncia, exige un consentimiento del deudor ó una sentencia de condenación. Mientras que para con los fiadores la acción dividida del acreedor basta para implicar la renuncia. La razón de esta diferencia procede de que los cofiadores no son deudores solidarios; y no siéndolo deberían seguir el derecho común: ser deudores divididos; al dividir su acción el acreedor vuelve, pues, á la división de derecho que debiera existir entre los cofiadores; no hace más que evitar la excepción que el fiador no hubiera dejado de oponerle. El legislador debía admitir fácilmente la renuncia del acreedor á un derecho que en realidad no lo es, puesto que el caucionante puede nulificarlo oponiendo su beneficio. Pasa enteramente de otro modo cuando el acreedor ha estipulado la solidaridad; no la estipula para renunciarla; la ley tenía, pues, que admitir difícilmente su renuncia á un derecho que es un elemento esencial del contrato.

Si los fiadores fueran realmente deudores solidarios como lo dice Damat, v con él Troplong (núm. 220), el art. 2027 sería una anomalía inexplicable. En la opinión común la aparente contradicción desaparece; previendo hipótesis diferentes el art. 2027 y el 1211 es natural que la solución sea distinta. Si los caucionantes se obligaron solidariamente ya no podría prevalecerse del art. 2027; el art. 1211 les sería aplicable, puesto que, según el art. 2021, el compromiso solidario de los caucionantes se fija por los principios que el Código tiene establecidos para las deudas solidarias. El acreedor no sería, pues, considerado como renunciando á su acción solidaria por sólo que hubiese formado una demanda contra uno de los fiadores *por su parte*; se necesitaría, además, que el demandado hubiera consentido la de-

manda ó que hubiera intervenido una sentencia de condena. (1)

*Núm. 3. Efecto de la división.*

227. Pothier determina el efecto de la excepción de división en los siguientes términos: «El juez dividirá la deuda entre los fiadores que son solventes y restringirá á la parte del fiador que opuso la división la demanda que fué dada contra él.» El beneficio de división tiene, pues, una gran importancia en lo que se refiere al riesgo de insolvencia. Antes que haya sido opuesta la excepción cada fiador es deudor del total de la deuda; si uno de ellos se vuelve insolvente los otros quedan obligados por la insolvencia. El art. 2026 reproduce la doctrina de Pothier. Importa, pues, fijar el momento preciso hasta el cual los caucionantes soportan el riesgo de la insolvencia de uno de ellos. El artículo 2026 lo dice: es el momento en que la división está *pronunciada* por el juez. Así hasta la sentencia los caucionantes solventes son responsables de la insolvencia. A partir de la sentencia los caucionantes no pueden ya ser buscados por razón de la insolvencia sobrevenida desde la división. Esto es una consecuencia del principio que rige la excepción de división. La división no existe de derecho; de esto se sigue que hasta la sentencia que la pronuncia los caucionantes están obligados cada uno por el todo. Esta es la ventaja que resulta para el acreedor del principio establecido por el art. 2025. A partir de la sentencia que divide la deuda el caucionante no es ya deudor más que por su parte viril, y si hay lugar por la parte que debe sufrir en las insolvencias anteriores; en cuanto á las que sobrevinie-

1 Durantón, t. XXVIII, p. 365, núm. 347. Aubry y Rau, t. IV, p. 685, nota 12, pfo. 426. Pont, t. II, p. 115, núms. 218-220.

ran el acreedor las soporta, puesto que tiene tantos deudores distintos como caucionantes hay. (1)

228. Cuando es el acreedor quien divide voluntariamente su acción el art. 2027 dispone que no puede revocar esta división aunque hubiere, aun anteriormente al tiempo en que la consintió, caucionantes insolventes. Resulta de esto que hay una diferencia importante entre el efecto del beneficio de división opuesto por el caucionante y el efecto de la división que resulta de la voluntad del acreedor. El beneficio de división no descargará á los caucionantes del riesgo de la insolvencia sino á partir de la sentencia que la pronunció, mientras que la división voluntaria pone todas las insolvencias, aun anteriores á la demanda, á cargo del acreedor. ¿Cuál es la razón de esta diferencia? El acreedor que divide su acción espontáneamente cuando hay un caucionante insolvente renuncia el derecho que le da esta insolvencia. Es en este sentido en el que el art. 2027 dice: "Si el acreedor ha dividido voluntariamente su acción." La palabra voluntariamente implica que el acreedor que promueve en conocimiento de causa sabe que hay insolvencia; desde luego no se puede dar otro sentido á su acción dividida si no es la intención de renunciar á su acción por el todo que le pertenece; los caucionantes no son ya más que deudores divididos, obligados cada uno por su parte viril. (2) Si el acreedor no tenía conocimiento de la insolvencia habría que decir que conserva su derecho de reclamar contra los caucionantes la parte del insolvente, pues no hay renuncia sin voluntad de renunciar, y esta voluntad no se comprende más que si el acreedor sabe que hay insolventes.

229. ¿Se hace la división entre todos los que son caucionantes? En principio sí, siempre que, como lo dice el artículo 2025, sean caucionantes del mismo deudor y de la

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 426. Pont, t. II, p. 113, núm. 211.  
2 Pont, t. II, p. 116, núm. 222.

misma deuda. De esto se sigue que la división no tiene lugar más que entre los caucionantes principales. El fiador perseguido por el acreedor no podría pedir que la acción fuera dividida entre él y su certificador, pues él mismo es deudor principal para con su certificador; éste es caucionante del caucionante, no es caucionante del deudor principal. (1)

Dos deudores de una deuda solidaria dan cada uno un caucionante diferente; el caucionante de uno no puede pedir que la acción se divida entre él y el caucionante del otro deudor solidario. (2) Los dos caucionantes han, en verdad, caucionado la misma deuda, puesto que la deuda de uno de los codeudores solidarios es la deuda del otro; pero no han caucionado el mismo deudor, puesto que los dos deudores solidarios son personas distintas y obligadas en virtud de una liga diferente. Se dice en vano que todos los deudores solidarios no son considerados más que como un solo y mismo deudor; esto es verdad, en cierto sentido, para con el acreedor, pero no lo es en lo relativo á las relaciones de los codeudores entre sí ni en lo relativo á las relaciones de los caucionantes.

230. ¿Se hace la división para con el caucionante cuya caución es nula? Hay que distinguir si la caución es nula, es decir, anulable, ó si es nula de plano, es decir inexistente. En esta última hipótesis no hay ninguna dificultad. Cuando la caución no existe para la ley por falta de consentimiento, por ejemplo, no hay caucionante y no puede tratarse de dividir la acción para con aquel que no caucionó ninguna deuda. La caución nula, por el contrario, existe; la división puede, pues, hacerse, pero si por la acción del acreedor el caucionante opusiera la nulidad de su compro-

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 418

2 Pont, t. II, p. 111, núm. 209, según Pothier, *De las obligaciones*, número 419. En sentido contrario, Troplong, núms. 306 y 307.

miso el acreedor tendría un recurso contra los demás caucionantes; en efecto, la caución anulada se considera como si no hubiera existido nunca, y la división no tiene lugar más que entre caucionantes que responden cada uno de la deuda. Luego no se puede tener en cuenta al caucionante cuyo compromiso fué anulado. (1)

SECCION II.—*Del efecto de la caución entre el deudor y el caucionante.*

§ I.—DE LA ACCION PERSONAL DEL CAUCIONANTE  
CONTRA EL DEUDOR.

231. Según el art. 2028 «el caucionante que pagó tiene su recurso contra el deudor principal, ya que la caución haya sido dada á conciencia del deudor ó á excusas suyas.» Cuando sabe el deudor que el fiador lo caucionó el consentimiento del deudor y del caucionante han formado contrato de mandato, sea que el consentimiento sea tácito ó expreso. Esta es la aplicación de los principios que rigen el mandato; puede ser tácito, y lo es cuando, en el momento en que el caucionante se compromete por el deudor, éste sabe que se comprometió y no se opone á ello; el Código dice á *sabiendas* del deudor; Pothier dice á *sabiendas y con gusto*, lo que es más exacto; es la traducción de la ley romana: *Semper qui non prohibet pro intervenire, mandare creditur.*

Si el caucionante se compromete á excusas del deudor no hay mandato, puesto que no hay concurso de consentimientos. Se forma en este caso un cuasicontrato de gerencia de negocios; el caucionante gira voluntariamente el negocio del deudor; debe, pues, tener contra él la gerencia de negocios. (2) Hay diferencia entre el mandato y la gerencia

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 424. Pont, t. II, p. 109, núm. 208.

2 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 429.

de negocios; ya la hemos señalado (t. XX, núms. 310-319). En lo relativo al recurso del caucionante contra el deudor no hay diferencia entre la acción de mandato y la acción de gerencia de negocios; el art. 2028 coloca ambas acciones en la misma línea; producen, pues, el mismo efecto. Chabot hace la observación en su informe al Tribunado. La caución, dice, es por parte del caucionante hacia el deudor un acto de beneficencia; luego el deudor debe completa indemnización al caucionante, aunque se haya dado la caución á sus excusas. (1) Se debería decir que la gerencia de negocios es más favorable aún que el mandato; en el caso de mandato el caucionante interviene en la demanda y á solicitud del deudor, mientras que toma la iniciativa al promover espontáneamente; siendo mayor el servicio es justo que el deudor lo tenga en cuenta, indemnizándolo completamente como si se hubiera formado un contrato entre las partes. Es verdad que la caución puede no ser gratuita; el deudor puede pagar el servicio prestado, lo que supone un contrato: el mandato asalariado; en cuanto á la gerencia de negocios es ordinariamente gratuita. El art. 2028 no distingue la caución gratuita de la que se da á título oneroso. Se debe, pues, decidir que en toda hipótesis el caucionante tiene derecho á una indemnización completa.

232. ¿Cuál es el efecto del recurso que pertenece al caucionante contra el deudor? El recurso tiene lugar desde luego para el principal (art. 2029); es decir, para todo lo que el caucionante ha debido pagar al acreedor; si debió pagar intereses éstos forman en su respecto una suma principal tanto como el principal de la deuda; esto es solamente con relación al deudor que se distingue entre el capital y los intereses; respecto al caucionante todo lo que debe pagar es una deuda principal. Si el recurso se extiende á todo lo que

1 Chabot, Informe núm. 19 (Loché, t. VII, p. 426). Pont, t. II, p. 119, número 227.

el caucionante ha pagado está también limitado al pago de lo que ha desembolsado. El recurso es una acción de indemnización; el caucionante tiene derecho á una indemnización completa (núm. 231), pero no tiene derecho más que á una indemnización; si paga en papel moneda no puede reclamar más que el valor real que tenía el papel moneda en el momento del pago. (1)

233. El art. 2029 dice que el caucionante tiene un recurso tanto para el principal como para los intereses. Si por *principal* se entiende lo que el caucionante ha desembolsado por el deudor se debe entender por intereses los de los adelantos hechos. Cuando, pues, el deudor debía una suma capital é intereses el caucionante tiene derecho á éstos no sólo del capital é intereses, el caucionante á estos no sólo del capital sino de los intereses mismos. La Corte de Tolosa lo juzgó así y no tiene duda. Se objetaba que los intereses no pueden producir interés más que con la condición determinada por el art. 1154. La objeción confundía la obligación del deudor y la del caucionante; con respecto al deudor se distinguen los intereses del capital y se aplica, si há lugar, el art. 154; pero con relación al caucionante no se puede distinguir; todo lo que está obligado á pagar por el deudor forma en su respecto una deuda capital y tiene derecho á los intereses de esta deuda. (2)

Hay una pequeña dificultad en lo referente al momento á partir del que se deben los intereses al caucionante. Conforme al derecho común los intereses no corren sino á partir del día de la demanda judicial. ¿Se aplica esta regla al caucionante? La negativa es segura cuando el caucionante se obliga en virtud de un mandato; se le aplica en este caso el art. 2001, según el cual "el interés de los anticipos he-

1 Ponsot, *De la caución*, p. 263, núm. 234.

2 Tolosa, 4 de Febrero de 1829 (Daloz, en la palabra *Caución*, núm. 241) Duranton, t. XVIII, p. 374, núm. 352, y todos los autores.

chos por el mandatario le es debido por el mandante desde el día en que los anticipos están comprobados." ¿Sucede lo mismo cuando el caucionante se compromete como gerente de negocios? Si se atuviera uno al art. 2011 la cuestión sería, cuando menos, dudosa; hemos enseñado que el gerente de negocios no puede prevalecerse de la disposición excepcional del art. 2001 (t. XX, núm. 330); si, pues, la dificultad debiera decidirse por este artículo habría que pronunciarse contra el caucionante. En nuestro concepto el art. 2028 quita toda duda. Diciendo que el caucionante tiene derecho á los intereses la ley entiende los intereses de sus anticipos, puesto que la ley se les atribuye; se debe concluir de esto que corren de pleno derecho. El informe de Chabot que hemos ya citado (núm. 231) confirma la interpretación que damos al texto. Sienta en principio que el deudor debe *entera* indemnización al caucionante aunque la caución haya sido dada sin su conocimiento; luego la intención del legislador ha sido poner la gestión de negocios en la misma línea que el mandato; es en este sentido en el que el art. 2028 dice que el recurso del caucionante tiene lugar tanto para los intereses como para lo principal. Esta es la opinión generalmente seguida. (1)

234. El art. 2028 dice que el caucionante tiene también un recurso por los gastos. Puede haber dos clases de gastos: los que el acreedor ha hecho contra el deudor principal y los que ha hecho contra el caucionante. En cuanto á los primeros están comprendidos en la deuda principal que tiene que pagar el caucionante; en efecto, esta deuda comprende desde luego todo cuanto debe el deudor en lo principal y los intereses; luego los gastos que el acreedor estuvo obligado á hacer contra el deudor cuando éste no paga su deuda. Sólo que la ley quiere que el acreedor denuncie la promoción al caucionante y decide, en consecuencia, que

1 Véanse las autoridades en Aubry y Rau, t. IV, p. 689 y nota 12, pfo. 427.

el caucionante debe pagar los gastos de la primera demanda y los gastos posteriores á la denuncia que se hace de ella al caucionante. Transladamos acerca de estos gastos á lo dicho acerca del art. 2018. En cuanto á los gastos que el acreedor hace contra el caucionante el art. 2028 dice: «El caucionante no tiene recurso *más que* por los gastos hechos por él desde que denunció al deudor principal las promociones dirigidas contra él.» Delvincourt hizo notar, el primero, que hay un descuido de redacción en esta disposición; en lugar de decir que el caucionante no tiene recurso *más que* por los gastos que hizo desde que denunció las promociones debe decirse que el caucionante no tiene recurso por los gastos que hizo *más que* desde que denunció las promociones. La redacción del Código parece decir que el caucionante no tiene recurso por los gastos hechos por el acreedor contra el deudor principal; lo que es un error evidente, puesto que el art. 2016 dice lo contrario. La ley quiere que el caucionante denuncie al deudor principal las promociones dirigidas contra él porque el deudor está interesado en detenerlas pagando la deuda con el fin de evitar gastos inútiles. Si el caucionante no hizo esta denuncia tiene la culpa y, por consiguiente, no podrá reclamar los gastos contra el deudor, menos los de la primera demanda formada contra él y los gastos de la denuncia tardía; estos son gastos necesarios que deben por esto mismo estar á cargo del deudor. (1)

235. El art. 2028 agrega que «el caucionante también tiene recurso por los daños y perjuicios, si hay lugar.» La ley dice *si hay lugar* porque es de principio elemental que sólo hay lugar á daños y perjuicios cuando hay un daño causado; y puede suceder que el caucionante no haya sufrido ningún daño; no tiene entonces derecho más que á ser indemnizado completamente por sus anticipos. Si sufrió un

1 Pont, *De los pequeños contratos*, t. II, p. 123, núms. 239 y 240, y los autores que cita.

perjuicio tiene derecho á una reparación; por ejemplo: tuvo que procurarse á tipo muy crecido el dinero para pagar la deuda: el interés legal al que tiene derecho en virtud del art. 2028 no lo indemnizaría enteramente y tiene que indemnizársele completamente.

El art. 1153 prevee el caso en que los intereses legales no bastan para indemnizar al caucionante del perjuicio que sufre; después de haber establecido como regla que en las obligaciones que se limitan al pago de cierta suma los perjuicios y los intereses que resultan del retardo en la ejecución no consisten *nunca* más que en la condena á los intereses fijados por la ley el artículo añade: «excepto las reglas particulares al comercio y á la caución.» Es por aplicación de esta reserva por lo que el art. 2028 da derecho al caucionante, primero, á los intereses de sus anticipos, y luego, á los daños y perjuicios. (1) A decir verdad estos daños y perjuicios no son intereses moratorios, son intereses que compensan el daño que el caucionante sufre por la caución; no hay, pues, excepción á la regla establecida por el art. 1153, es más bien una causa diferente de indemnización.

236. ¿Tiene el caucionante el recurso determinado por el art. 2028 cuando caucionó al deudor apesar suyo? Se tuvo razón en decir que la cuestión es ociosa. Ya hay imprudencia en caucionar á ruego del deudor, pues quien cauciona paga; no se encontrarán muchas personas bastante imprudentes para prestar este servicio al deudor apesar suyo. Sin embargo, los autores descubren toda la cuestión, y hay que decir algo de ella. En nuestro concepto el caucionante no tendría ningún recurso. El art. 2028, que concede una acción al caucionante, supone que hay mandato ó gestión de negocios; es decir, que existe un lazo jurídico entre el deudor y el caucionante; cuando éste no es garen-

1 Durantón, t. XVIII, p. 372, núm. 351, y todos los autores.