

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 Tribunado; 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 Tribunado 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 Tribunado, 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 Tribunalado 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 Tribunalado; 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-Préfein, 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 define 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 posean 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 (Daloz, en la palabra *Caución*, núm. 196), Compárese sentencia del Tribunal de Bruges, 2 de Agosto de 1875 (Pasicrisia. 1875, 2, 299).

2 Durantón, 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 Vergé, Taulier y Daloz. En sentido contrario, Bougnét, 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 con 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 (Loché, t. VII, p. 408.)

dor 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-