

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 él 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 sobrevvenida 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 descarga 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.