

caución, es decir, que el *contrato*, debe ser expreso. Pero esta interpretación sería contraria al espíritu bien evidente de la ley. Esta quiere garantizar el caucionante contra una promesa irreflexiva; en cuanto al acreedor no contrae ninguna obligación; no hay, pues, ninguna razón para derogar en lo que á esto se refiere los principios generales de derecho. El texto no es contrario; cuando la ley dice que la *caución* debe ser expresa entiende por esto la obligación del caucionante, puesto que éste solo se obliga. Síguese de esto que la aceptación del acreedor puede ser tácita. (1).

La Corte de Casación lo sentenció así confirmando por una sentencia de denegada una resolución que, de hecho, nos parece dudosa. Un negociante escribe á un banquero para que adelante una suma de 5000 francos á tal casa, agregando: "Ofrezco mi garantía personal si os puede ser agradable." La suma fué entregada y el tomador quebró. De esto una acción contra el negociante á cuyo pedimento fué hecho el anticipo de 5000 francos. ¿Había caución? El primer juez decidió que la carta no implicaba caución alguna. Esta no era la cuestión; se trataba de saber si la oferta de caución había sido aceptada por el banquero. La Corte de Rennes sentenció que el ofrecimiento había sido aceptado por la misma entrega de los 5000 francos entregada al tomador y la subscripción de un vale por igual suma. El recurso, admitido por la Sala de Requisiciones, fué desechado por la Sala Civil sobre conclusiones del Abogado General. (2) Había duda; los hechos alegados por el demandante no probaban con certeza que el banquero había entendido entregar los fondos sólo bajo la condición de la caución que se le ofrecía. ¿Si tal fué su pensamiento no lo hubiera dicho al corresponsal?

158. La ley no dice en qué forma debe expresarse el

1 Massé y Vergé sobre Zachariæ, t. V, p. 69, nota 6.

2 Denegada, Cámara Civil, 28 de Agosto de 1872 [Dalloz, 1872, 1, 396].

consentimiento. Resulta que mantiene los principios generales establecidos en el título *De las Obligaciones*. (1) La caución puede, pues, constar por acta auténtica ó por acta privada, y hasta verbalmente, como lo dice del mandato el art. 1985. Este artículo agrega que el mandato puede ser dado *aun por carta*. Fué sentenciado que la caución puede ser establecida por la correspondencia de las partes y que entra exclusivamente en las atribuciones de las cortes de apelación el apreciarlo. (2) Esto es demasiado absoluto. Si se trata de una caución mercantil la decisión es justa, pero en materia civil es muy contestable. Sólo hay una sola disposición del Código que mencione las cartas como pruebas: es el art. 1985; y el modo con que está redactado prueba que es una excepción; en efecto, las cartas no son *actas*, y sólo las *actas* son pruebas. Sin embargo, no prescribiendo la ley ninguna forma especial para los escritos jurídicos, fuera de los casos previstos por los arts. 1325 y 1326, se puede sostener que una carta basta para probar la promesa de caución y la aceptación del acreedor. Pero la cuestión de saber si la caución permanece bajo el imperio de la regla general ó si debe aplicársele el artículo 1326 está muy controvertida. Traducimos á lo dicho en el título *De las Obligaciones* (t. XIX, núm. 224) y al título *Del Mandato* (t. XXVII, núm. 447).

Quando la caución se recibe por acta auténtica hay que aplicar la ley de 25 Ventoso, año XI, acerca del notariado. Un notario recibe una acta de préstamo declarando estipular por el prestamista ausente. En esta misma acta interviene un tercero como caucionante del tomador y constituye una hipoteca para asegurar la caución. El acta de préstamo era nula como auténtica en virtud de la ley de Ventosa (art. 8) que prohíbe á los notarios, bajo pena de nulidad

1 Durantón, t. XVIII, p. 307, núm. 298, y todos los autores.

2 Denegada, 14 de Marzo de 1811 [Dalloz, en la palabra *Caución*, núm. 158].

dad, recibir actas en las que sean partes; pero podía valer como escritura privada, puesto que estuvo formada por las partes. Lo mismo pasaba con la caución; pero la hipoteca, siendo una acta solemne, era radicalmente nula. El primer juez había declarado el acta válida en cuanto á la caución, puesto que el notario no estipulaba por el caucionante, quien estaba presente en el contrato. La sentencia fué casada. Si la caución hubiera sido recibida por acta distinta la decisión fuera justa, pero en el caso la caución era una condición del acta de préstamo; luego una cláusula del acta con el que sólo era una; desde luego la nulidad del acta principal arrastraba la nulidad de la cláusula accesoria; esto es, dice la Corte, una consecuencia de la unidad ó individualidad del acta. (1) Nos queda una duda. Una acta puede contener convenciones distintas, y el préstamo y la caución son contratos diferentes aunque la obligación del caucionante sea accesoria á la del tomador; en cuanto á la prueba especialmente había en el caso tres convenciones diversas: un préstamo, una caución y una hipoteca; y sólo el préstamo era nulo, puesto que el notario lo había estipulado sólo por el prestamista como tal y no por éste como interviniendo en una acta de caución y en otra de hipoteca.

159. Cuando la caución se da verbalmente la prueba testimonial sólo se admite conforme á las reglas establecidas en el título *De las Obligaciones*. Es el derecho común; luego la prueba por testigos no se admitirá si el monto de la caución pasa de 150 francos, á no ser que exista un principio de prueba por escrito. (2) Si la caución fuera comercial la prueba por testigos sería admisible indefinidamente. El principio no es dudoso, pero la aplicación suscita algunas dificultades; ¿cuándo es mercantil la caución? Cuando

1 Casación, 11 de Julio de 1859 (Daloz, 1859, 1, 401).

2 Denegada, Cámara Civil. 1.º de Febrero de 1836 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4099, 2.º)

el caucionante hace un acto de comercio al caucionar la decisión no es dudosa. Pero por sí misma la caución es un contrato civil, como lo diremos más adelante; luego está sometida á las reglas acerca de las pruebas en materia civil. La jurisprudencia va más allá: una sentencia de la Corte de Casación admite las pruebas del Código de Comercio por sólo que la *materia del proceso* sea mercantil; y en el caso la obligación principal era en verdad comercial, pero la caución era civil. (1) La Corte de Limoges ha sentenciado en términos generales que la caución como accesorio de un contrato mercantil puede prestarse por testigos. (2) En nuestro concepto esto es llevar demasiado lejos las consecuencias del principio de que la caución es un contrato accesorio. Aunque accesorio tiene particular naturaleza: es un contrato de beneficencia; luego esencialmente civil; y permanece civil aun cuando la obligación principal es mercantil; bajo este punto de vista la calidad de contrato accesorio no puede tener influencia alguna en la prueba; la caución se prueba según las reglas del derecho civil, y el contrato principal según las reglas del Código de Comercio.

Núm. 5. De la capacidad.

160. Es necesario ante todo, dice Pothier, que el caucionante sea capaz de contratar y de obligarse como tal. Treilhard reproduce este principio que es evidente: ¿De qué serviría, dice, el compromiso de un hombre que no pudiera comprometerse? (3) Los autores enseñan generalmente que, en cuanto á la capacidad del caucionante, se siguen las reglas generales acerca de la capacidad de obligarse. (4) Se

1 Denegada, 17 de Marzo de 1868 (Daloz, 1868, 1, 293).

2 Limoges, 9 de Febrero de 1839 (Daloz, en la palabra *Acta de comercio*, número 314).

3 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 387. Treilhard, *Exposición de los motivos*, núm. 7 (Loché, t. VII, p. 417).

4 Durantón, t. XVIII, p. 315, núm. 309.

ha objetado que la capacidad de obligarse no basta: siendo la caución un contrato de beneficencia, se dice, es necesario que el caucionante esté capaz para disponer á título gratuito. (1) ¿No podría contestarse que la caución se contrata entre el caucionante y el acreedor y que para con el acreedor el acta no es una liberalidad? (núm. 122) Además, la caución no es gratuita por esencia; no se puede, pues, tomar lo gratuito como punto de partida para inducir que el caucionante debe ser capaz de dar. Es más exacto decir que la caución es un acto de disposición; en efecto, el caucionante se obliga á pagar sin obtener nada en compensación de los riesgos que corre, ni del deudor ni del acreedor; dispone de lo que se obliga á dar al acreedor, pues pagar es disponer. El principio es, pues, que los que no son capaces de disponer no pueden ser caucionantes. Tal es el tutor; es capaz para obligarse en los límites de su poder de administración, pero no puede caucionar en nombre del menor, porque caucionar no es administrar, es disponer: el que cauciona paga. Por la misma razón el menor emancipado no puede caucionar, porque no puede hacer ningún acto que no sea de pura administración sin observar las formalidades prescriptas para el menor no emancipado (art. 484); y caucionar no es seguramente un acto de pura administración. En cuanto á los interdictos tiene absoluta incapacidad, cuando menos para lo que se refiere á actas pecuniarias.

Las mujeres casadas no son incapaces más que en este sentido: que no pueden hacer ningún acto jurídico sin autorización marital; autorizadas pueden disponer y, por consiguiente, caucionar. Cuando la mujer está separada de bienes está libertada de la potestad marital en lo que se refiere á los actos de administración; esto decide la cuestión de la caución; no es un acto de administración, y fuera de estos actos la mujer es incapaz. La Corte de Poitiers lo resolvió

1 Pont, *De los pequeños contratos*, p. 32, núm. 57.

así, calificando de acto de debilidad la caución dada por la mujer sin ningún provecho para ella. (1) Esto no es un motivo jurídico; la mujer separada de bienes puede también hacer actos de administración que le sean provechosos; esto no impide que esté ligada por estas actas.

Las personas colocadas bajo consejo judicial no se cuentan entre los incapaces; su incapacidad sólo es especial y queda cubierta por la asistencia del consejo; como les está prohibido enajenar hay que concluir que no pueden caucionar.

§ III.—EXTENSIÓN DE LA CAUCIÓN.

161. La caución es una obligación accesoria. ¿Debe concluirse de ello que es idéntica á la obligación principal en cuanto á su extensión? El art. 2013 distingue: «La caución no puede exceder lo que debe el deudor ni ser contratada bajo condición más onerosa.» Siendo la caución un contrato accesorio no se concibe que la obligación del caucionante sobrepase la del deudor principal; esto fuera contrario á la esencia de la caución tal cual la define el art. 2011. El caucionante se obliga á satisfacer la obligación del deudor si éste no la cumple; el caucionante no responde, pues, por la obligación del deudor. ¿Quiere esto decir que esté necesariamente responsable de cualquiera obligación? Nó, pues la garantía de una deuda puede ser parcial; las partes son libres de estipular como lo quieran. Esto está también fundado en razón. El acreedor puede tener confianza en la solvencia del deudor por cierta parte de la deuda; basta, en tal caso, que el caucionante le garantice el pago en tanto que la deuda excede la solvencia del deudor.

Lo que decimos del monto de la deuda se aplica también á las condiciones, pues éstas hacen parte de la deuda, la

1 Poitiers, 3 de Febrero de 1858. (Daloz, 1859, 2, 72). Compárese Maest y Vergé sobre Zachariae, t. IV, p. 145, nota 36.

agravan ó disminuyen su carga; es más oneroso pagar una deuda inmediatamente que hacerlo con plazos, y una obligación condicional es menos onerosa que una obligación pura y simple. El lugar en que es pagadera una deuda puede ocasionar gastos al caucionante ó dispensarlo de hacerlo; esta circunstancia debe también tomarse en consideración para decidir si la deuda es más ó menos onerosa. En fin, las cláusulas de la convención, una pena estipulada, un modo de ejecución, pueden volverse un cargo. Las condiciones bajo las cuales el caucionante se obliga no pueden ser más onerosas porque sería exceder la deuda; pueden ser menos onerosas: esto depende del interés del acreedor y sólo él es juez de ello. (1)

Hay poca jurisprudencia en esta materia que desempeña un gran papel en la teoría. No entra en nuestras costumbres que el caucionante se comprometa á más, y el acreedor tiene siempre interés en que este compromiso del caucionante no sea menor que la deuda principal. La Corte de Douai aplicó el art. 2013 en un caso en que ni siquiera había lugar á esta aplicación. Un banquero abre un crédito de 12,000 francos á un negociante; interviene un tercero para caucionarle. Quiebra del acreditado. El caucionante paga los 12,000 francos por haberle asegurado el banquero que esta era la suma que se le debía. Pero sucedió que el banquero sólo fué admitido por 6010 francos. El caucionante promovió la restitución de lo que había pagado de más. Fué sentenciado que no pudiendo la caución exceder lo debido por el deudor el caucionante en el caso sólo estaba obligado por 6010 francos, y que, por consiguiente, podía repetir lo que había pagado indebidamente. (2) En realidad no se trataba de una caución excediendo la deuda principal, pues el caucionante sólo se había obligada á esta deuda, pero era

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 370.

2 Douai, 9 de Enero de 1841 (Dalloz, en la palabra *Caución*, núm. 76).

una deuda futura cuyo monto dependía de los anticipos hechos por el banquero; siendo los créditos sólo por 6010 francos se entiende que el caucionante no podía estar obligado más allá de lo que debía el banquero.

162. ¿Puede el caucionante dar á la deuda principal una seguridad real, tal como una prenda ó una hipoteca? Sí, y sin ninguna duda. Esto no es agravar su condición; en efecto, la hipoteca sólo toca á las relaciones del acreedor hipotecario con los acreedores quirografarios, le da una colocación de preferencia, pero no agrava la situación del deudor; que éste haya ó no hipotecado el acreedor puede expropiar al caucionante; que lo haga en virtud de una hipoteca ó en virtud del derecho de prenda del art. 2092 esto importa poco al caucionante. Es en este sentido en el que Pothier dice que el caucionante puede estar más estrechamente obligado en cuanto á la *calidad de la liga*. Da como ejemplo que el fiador puede ser obligado por encarcelamiento mientras que el deudor principal no. El caucionante que da una hipoteca está obligado en virtud de una doble liga: una personal, la otra real; pero no por esto está obligado más duramente, puesto que en virtud de la liga personal el acreedor tenía también acción en sus bienes. (1)

163. Se pregunta si el caucionante aprovecha del plazo de gracia que el juez concede al deudor principal. Esta cuestión es, en realidad, extraña al art. 2013, pues no se trata de un plazo estipulado por el caucionante. Es seguro que el caucionante puede estipular un plazo aunque no lo tenga el deudor principal; esta es una de las condiciones menos onerosas que permite la ley. No es tampoco el caso de aplicar el art. 2036 relativo á las excepciones que el caucionante puede oponer al acreedor, pues estas excepciones resultan de la convención, mientras que el plazo de gracia es

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 376. Aubry y Rau, t. IV, p. 673, nota 4, pfo. 423.

tá, al contrario, concedido apesar de la convención. La cuestión es, pues, enteramente distinta. Cuando el juez concede un plazo al deudor resulta que se suspenden las promociones; el acreedor no puede, pues, discutir los bienes del deudor. El caucionante tiene el beneficio de excusión; es decir, que debe pagar sólo después de que el acreedor haya embargado y vendido los bienes del deudor principal. Si estos bienes no pueden ser discutidos la promoción del caucionante se hace imposible hasta que el plazo de gracia haya expirado. El juez que concede un plazo al deudor no puede quitar al caucionante un derecho que le pertenece; estando suspendida la excusión lo mismo debe suceder con la promoción del acreedor contra el caucionante. La doctrina y la jurisprudencia son asaz confusas en esta materia. Esto es porque parten de un principio que no es exacto colocándose en el terreno de los arts. 2003 y 2036. (1) Creemos inútil insistir porque los principios están seguros.

164. ¿Qué debe decidirse si el caucionante excede la deuda ó si se contrató bajo condiciones más onerosas? El artículo 2013 contesta que la caución no es nula, que sólo es reducible en relación de la obligación principal. Los autores del Código han seguido en este punto la opinión de Pothier, contraria á la doctrina romana. Se dice en favor de esta doctrina que siendo la caución esencialmente una obligación accesoria de la obligación principal el compromiso del caucionante está viciado en su esencia cuando el accesorio sobrepasa lo principal. Este es un argumento lógico: bueno en ciencias exactas, malo en ciencias morales. Pothier dice que el argumento es más sutil que sólido. Todo lo que puede concluirse del carácter accesorio de la caución es que el caucionante que se obligó á más que el deudor principal no está obligado por esta demasía; pero nada impide que res-

1 Pont, t. II, p. 401, núm. 73. Compárense las sentencias colectadas por Dehez, en la palabra *Caución*, núm. 79.

por da por la obligación del deudor, pues al quererse obligar por mayor suma quiso cuando menos obligarse por la que el deudor tiene ofrecida. Esto equivale á decir que la cuestión no es una cuestión de lógica, que debe ser decidida según la intención de las partes contratantes, y bajo este punto de vista la decisión no es dudosa. Pothier añade que siguiéndose las leyes romanas en las provincias de costumbres sólo porque se les considera conformes á la equidad debe uno apartarse de ellas en lo que se refiere á la obligación excesiva del caucionante y decidir que queda obligado como lo está el deudor principal, menos en lo excedente y en las condiciones más rigurosas. (1) Estas palabras de Pothier merecen toda nuestra atención; determinan la verdadera utilidad que el derecho romano tenía en los países de costumbres y las que los autores le han reconocido, pues su guía exclusiva es Pothier: no habla más de Domat, quien también escribía en un país de costumbres. Debemos, pues, abandonar al Digesto para atenernos al derecho tal cual lo había modificado la equidad de las costumbres.

Los oradores del Gobierno y del Tribunado abundan en este orden de ideas. Treilhard dice en la Exposición de los Motivos: "El reino de las sutilezas ha pasado." Esto es significativo, puesto que se trataba de una doctrina romana. Lahary pregunta si la caución que excede la deuda principal es nula. Nó, responde el Orador del Tribunado, sólo será reducible en proporción á la obligación del deudor: *nada más racional que esta disposición*. (2) Esto es decir que las sutilezas romanas no eran muy racionales; el derecho no es una lógica, es una faz de la vida real; es, pues, la voluntad del hombre la que domina en él; el hombre no está hecho para los principios, éstos son los que se hicieron para los hombres.

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 375.

2 Treilhard, *Exposición de los motivos*, núm. 5 (Leocré, t. VII, p. 417).

165. En principio, y salvo convención contraria, la obligación del caucionante tiene la misma extensión que la del deudor. Lo que no quiere decir que tenga en todo los mismos efectos. Ambas obligaciones nacen de convenciones diferentes; pueden, pues, tener efectos difereptes. Si la obligación principal resulta de un compromiso comercial las partes pedirán justicia á los tribunales de comercio. ¿Quiere decir esto que el que cauciona esta convención debe también ventilarla en jurisdicción consular? En principio no, pues la caución es un acto civil por su naturaleza, puesto que es un contrato de beneficencia; é igualmente para el acreedor; no se puede decir que la caución sea una convención comercial aunque en lo que á él se refiere no haya liberalidad; es un compromiso por el cual el caucionante se obliga á pagar si el deudor no cumple con su obligación; no hay nada de comercial en este compromiso, es puramente civil; luego no hay competencia de jueces consulares que sólo están establecidos para conocer las contestaciones relativas á actos de comercio y las relativas á transacciones mercantiles (Código de Comercio, art. 631). En vano se diría que la caución es la accesoria de una convención mercantil; esto es verdad en el sentido de que no hay caución sin deuda principal y que la extensión de la obligación accesoria no puede sobrepasar la de la obligación principal; pero esto no significa que la obligación del caucionante se confunda con la del deudor hasta el punto de perder su naturaleza. Semejante consecuencia sería contraria al principio de orden público que determina la competencia de jurisdicciones excepcionales.

No insistimos porque la cuestión es de derecho mercantil. Importa, sin embargo, hacer constar la jurisprudencia, puesto que toca al derecho civil. La Corte de Casación formula el principio en los términos más absolutos y lo aplica al caso en que el caucionante fuese comerciante: "El

contrato de caución, aun cuando la obligación que tiene por objeto garantizar es comercial, es un contrato puramente civil aunque también el que la consienta sea comerciante, á menos que el acta de caución no haya sido dada en una forma mercantil ó tenga un hecho mercantil por su naturaleza." (1) Se ve que la Corte no se ha tomado el trabajo de motivar el principio aunque haya casado la sentencia atacada por haberla violado.

Se presenta una duda cuando el caucionante se obliga solidariamente. ¿No se debe, en este caso, aplicar el principio de que los codeudores solidarios se consideran como un solo y mismo deudor? Se contesta que los caucionantes no se asimilan en todo á los deudores solidarios aunque se obliguen solidariamente. Volveremos á este punto. Además, es muy absoluto decir que los codeudores se consideran como un sólo y mismo deudor: el art. 1201 establece una diferencia entre los diversos codeudores solidarios: pueden estar obligados diferentemente aunque por la misma cosa; se concibe, pues, que el deudor contrae un compromiso mercantil mientras que el caucionante solidario contrae una deuda puramente civil. La Corte de Casación lo juzgó así en una especie en que la caución estaba demandada accesoriamente al mismo tiempo que el deudor principal ante el Tribunal de Comercio. "La caución, dice la Corte, aunque solidaria y dada por una obligación mercantil que nacía de un comerciante no deja de conservar su carácter de compromiso distinto y puramente civil; por consiguiente, los tribunales de comercio son incompetentes en razón de la materia. Poco importa, pues, que el caucionante se obligue solidariamente, como también que el acreedor actúe al mismo tiempo que el deudor; éste debería actuar

1 Casación, 21 de Noviembre de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 459). Compárese Pont, t. II, p. 46, núm. 81.