

necesita el consentimiento de dos partes contratantes. En cuanto al deudor queda extraño al contrato formado entre el acreedor y el caucionante; el art. 2014 concluye que puede uno hacerse caucionante sin orden de aquel por el cual se responde, y aun sin su consentimiento. Volveremos á esta disposición al tratar de las relaciones que resultan de la caución entre el caucionante y el deudor.

151. Consintiendo el caucionante contrae una obligación personal diferenciando del que da una prenda ó hipoteca por la deuda de un tercero. La prenda y la hipoteca son también contratos que exigen el consentimiento de las partes contratantes; pero si doy prenda ó hipoteca por la deuda de un tercero no me obligo personalmente; de manera que si la prenda ó la hipoteca se extingue por la pérdida de la cosa el acreedor no tendrá acción contra mí, pues yo no me obligué al pago de la deuda; he constituido un derecho real sobre una cosa mobiliario ó inmobiliario; es, pues, la cosa la que únicamente está gravada. (1)

El principio de que no hay caución sin compromiso personal del caucionante tiene consecuencias muy importantes. En los términos del art. 2037 el caucionante está descargado cuando no puede ya operarse la subrogación de los derechos del acreedor en favor del caucionante por el hecho de este acreedor. Esta excepción no la puede invocar más que el caucionante; aquel que sólo ha gravado sus bienes como garantía no se puede prevalecer de ella. La Corte de Casación lo juzgó así, y esto no es dudoso, porque el beneficio del art. 2037, como lo diremos más adelante, se deriva de la naturaleza de la caución; no puede, pues, aprovechar más que al que es responsable como caucionante. (2)

El art. 2032 dice que el caucionante puede promover

1 Durantón, t. XVIII, p. 304, núm. 296.

2 Casación, 25 de Noviembre de 1812 (Daloz, en la palabra *Caución*, número 31.

contra el deudor para que lo indemnice aun antes de haber pagado y que hayan pasado diez años desde que la caución hubiese sido contraída. Se juzgó que esta disposición es aplicable al que ha hipotecado sus bienes para seguridad de una renta constituida por un tercero; la Corte invoca la analogía entre el caucionante y el que constituye una hipoteca como garantía de la deuda de un tercero. (1) La analogía es una mala razón cuando se trata de aplicar una disposición hecha para caucionar una convención que no es una caución; hay, sin duda, analogía entre el caucionante personal y el llamado *real*, pero ambas convenciones no dejan por esto de diferir en su esencia: una engendra una obligación personal, mientras que la otra no la produce. Se ha invocado la equidad, y con este fundamento se ha lanzado esta máxima singular: *A falta de texto terminante que nos ligue* (2) *nuestro derecho es la equidad*. Nó, el derecho no es la equidad sino los principios que, fundados en la ley, están establecidos por la ciencia. Y el más elemental de los principios que presiden la interpretación de las leyes es que las disposiciones excepcionales no se pueden extender aun cuando hubiese analogía; y el art. 2032, al permitir al caucionante promover antes de haber pagado, ciertamente que establece una excepción al derecho común; luego es de estricta interpretación. La equidad aquí está fuera de causa, no es un motivo para decidir más que cuando hay en la ley un vacío que los principios no puedan llenar.

152. El principio de que el caucionante se obliga personalmente no significa que el compromiso del caucionante se adhiera á su persona. En los términos del art. 2017 los compromisos de los caucionantes pasan á sus herederos. Esto

1 Bruselas, 2 de Abril de 1819 (Pasicrisia, 1819, p. 349).

2 Ponsot, *De la caución*, núm. 16. Compárense Troplong y Daloz que abundan en este sentido al mismo tiempo que no admiten la máxima en el sentido absoluto que presents.

es de derecho común (art. 1122); y no se ve por qué los autores del Código Civil han creído deber decirlo del caucionante cuando no lo han dicho de los demás contratos. La historia del derecho nos da la explicación de esta singularidad. En el antiguo derecho romano y en el derecho francés de la Edad Media la caución no pasaba á los herederos, tal vez porque se consideraba un servicio de amistad del mismo modo que el mandato. Hay algo de verdadero en esta doctrina, pero no tiene en cuenta los derechos del acreedor que no habría contratado sin la caución. El Código ha, pues, hecho bien en mantener el derecho común. (1) Sin embargo, admite una excepción para uno de los efectos que produce la caución: cuando el caucionante está sometido á la prisión esta vía de ejecución no puede ser ejercida contra los herederos. «Esta es una regla general, dice el Relator del Tribunado, que los herederos no pueden ser aprisionados por la ejecución de algunos de los compromisos contraídos por aquellos á los que suceden.» (2) La regla y la excepción no son más que de historia, la prisión está abolida en Francia y en Bélgica.

153. «La caución no se presume debe ser expresa» (artículo 2015). Es obvio decir que la caución no se presume, ninguna obligación se puede presumir. La ley podía conformarse con decir que la caución debe ser expresa, lo que excluye la caución tácita; se necesita una manifestación de voluntad dada por palabras; este es el sentido de la palabra *expresa*, como lo dijimos alguna vez. El art. 2015 deroga en este punto los principios generales de derecho: En regla general el consentimiento se expresa por hechos tanto como por palabras; es un viejo adagio que el consentimiento tácito tiene la misma fuerza que el expreso. ¿Por qué la ley no admite una caución tácita como admite un mandato tácito?

1 Durantón, t. XVIII, p. 323, núm. 322. Pont, t. II, p. 61, núm. 110.
2 Chabot, Informe núm. 8 [Locré, t. VII, p. 423].

La caución es un compromiso muy peligroso; hay un proverbio que dice: «El que cauciona paga.» El que cauciona tiene confianza en la solvencia del deudor; muy amenudo esta confianza ya es burlada; el caucionante está obligado á pagar y el recurso que tiene contra el deudor insolvente es derisorio. La ley ha querido garantizar á aquel que sirve de caucionante contra la inclinación á un sentimiento irreflexivo; se deja uno guiar fácilmente de una promesa inspirada por el afecto y por la benevolencia; pero cuando se trata de obligarse seriamente se titubea. Generalmente estos compromisos se hacen por escritos y se promete más difícilmente por escrito que verbalmente. La ley ha querido impedir que se interpretase como una promesa lo que es una recomendación por la que el que recomienda no entiende hacerse garante de la persona recomendada. La diferencia es algunas veces delicada, pues la ley no exige términos sacramentales.

Al juez toca apreciarlo, y la regla del artículo 2015 le servirá de guía: sólo debe considerar como caucionante al que se obligó como tal.

La jurisprudencia está en este sentido. Un notario, al mandar á un compañero el avalúo de inmuebles cuyo valor exacto le había pedido éste, debiendo dichos inmuebles hipotecarse para seguridad de un préstamo, agregó en su carta «que él los compraría en cualquier tiempo por aquel valor.» ¿Era esto portarse garante del valor de los inmuebles valuados por él? Nó, dice la Corte de Nancy. Las palabras que acabamos de transcribir sólo eran una protesta que los valuadores hacen para afirmar la exactitud de su valúo. Interpretar las noticias oficiosas por las palabras que las acompañan como siendo una caución sería poner la desconfianza y la inquietud en los negocios y hasta en las relaciones amigables. Es precisamente para evitar estas falsas interpretaciones por lo que el legislador escribió en la ley es-

ta regla de interpretación: que la caución no se presume y que debe ser expresa. (1)

154. Chabot dice, en su informe al Tribunado, que una simple recomendación ó una invitación á prestar dinero ó administrar mercancías á una persona de la que se certifica la solvencia no es una caución. (2) Esto es una doctrina tradicional que la jurisprudencia antigua había consagrado. Escribo á mi corresponsal: «Fulano tiene que llevar á su hijo al colegio, es un hombre de probidad que os pagará bien.» Fué sentenciado que esta recomendación no forma caución; una cosa es anunciar que se cree un hombre solvente y otra es caucionarle. (3)

La Corte Bruselas lo sentenció así en un negocio en que las recomendaciones y protestas no fallaban. Un comisionista hizo trato con una sociedad carbonera para la entrega de 100,000 hectólitros de carbón, mediante una comisión de 2 p. ∞ El comprador quebró. Acción por pago de la comisión y demanda reconventional contra el comisionista como garante del trato. El demandado invocaba las cartas del comisionista. Este había escrito al representante de la sociedad. «Os doy la seguridad de que no os comprometeré ni perderá la sociedad. Me esfuerzo en procurar buenos negocios á dicha sociedad y nunca perderá con mis recomendaciones.» La correspondencia contenía otras largas protestas. No obstante, el primer juez, así como la Corte de Apelación, rechazaron la demanda de la compañía. La Corte de Bruselas dijo que el demandante sólo había intervenido como como comisionista; es decir, como mandatario; la carta que la sociedad invocaba no contenía una promesa de caución; no decía en términos expresos lo que el art. 2015 exige para que el comisionista fuera garante, ni palabras

1 Nancy, 9 de Abril de 1870 (Dalloz, 1872, 2, 193).

2 Chabot, Informe núm. 9 (Loché, t. VII, p. 423).

3 Merlier, *Repertorio*, en la palabra *Caución*, pfo. IV, núm. 1 (t. III, página 470).

equivalentes. Había en el caso un motivo perentorio para decidirlo así; el comisionista que garantiza la solvencia del comprador estipula ordinariamente una indemnización en favor del acreedor; esta es la convención llamada «*ducroire*» (núm. 124). Y el comisionista no la había estipulado; desde luego era seguro que no entendía intervenir como caución. (1)

155. ¿Quiere esto decir que la recomendación no arrastra nunca una responsabilidad á cargo de quien la hizo? La recomendación, aun de buena fe, puede constituir un cuasidelito y, por consiguiente, comprometer la responsabilidad del que la hizo. Traducimos á lo dicho en el título *De los compromisos que se forman sin convenciones*. (2)

156. Toda garantía no es una caución. Se ha pretendido ante la Corte de Casación que el vendedor garante de la evicción se reputa por esto mismo caucionante. La Corte ha desechado esta extraña pretensión del fisco en materia de registro. Si el vendedor es garante no cauciona, pues ¿á quien caucionaría? El mismo es deudor principal, lo es en virtud de la naturaleza de la venta y aun por su esencia en derecho moderno. Esta garantía, á diferencia de la común, no debe estipularse, existe de derecho. Nada, pues, hay de común entre la garantía del vendedor y la que incumbe al caucionante. (3)

157. Al decir que la *caución* debe ser expresa el artículo 2015 entiende hablar de la obligación contraída por el caucionante. Para que exista esta obligación es necesario que el contrato de caución esté perfecto; lo que implica el concurso de consentimiento del acreedor. ¿Debe ser expreso el consentimiento del acreedor? Se podrá sostener así ateniéndose á la letra de la ley, puesto que dice que la

1 Bruselas, 18 de Julio de 1853 (Pasicrisia, 1854, 2, 356).

2 Compárese Rouen, 30 de Junio de 1851 (Dalloz, 1853, 2, 154).

3 Casación, 23 de Abril de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 161).

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. Transladamos á lo dicho en el título *De las Obligaciones* (t. XIX, núm. 224) y al título *Del Mandato* (t. XXVII, núm. 447).

Cuando 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 nuli-

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 é 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.