

ejecución provisional podrá ser ordenada con ó sin caución.

¿Los tribunales pueden condenar al deudor á dar caución? Presentamos la cuestión sin resolverla, puesto que no entra en nuestro trabajo. La Corte de Lieja ha confirmado una sentencia del Tribunal de Tongres, la que, declarando al demandado deudor de 7000 francos, lo había condenado á dar caución, y á falta de hacerlo al pago de dicha suma. El hermano de la demandada caucionó por ella, pero bajo condición de que no estaría obligado á pagar la deuda más que seis meses después de la muerte de su padre común. ¿Era esta una caución judicial? La negativa fué sentenciada, y con razón. En efecto, el hermano se había ofrecido espontáneamente y había estipulado sus condiciones; una convención había intervenido, pues, y, por consiguiente, la caución era convencional. (1)

183. ¿Es judicial la caución cuando el juez la ordena en virtud de la ley ó de la convención? Nó, sólo hay caución judicial cuando la ordena el juez por su propia autoridad. Cuando decide una contestación acerca del punto de saber si la parte en causa está obligada á dar caución, ya sea en virtud de la ley, ya en virtud de una convención, no es el juez quien ordena la caución, decide sólo que la parte debe darla, ya por la ley ó ya por el contrato. La caución será, pues, legal ó convencional.

El Código de Procedimientos prescribe las formas en las cuales las cauciones judiciales deben ser recibidas. No basta para que una caución sea judicial que se reciba en estas formas; si fué ordenado por la ley es legal, aunque la ley dispusiese que debe decidir en justicia (art. 2185 y Código de Procedimientos, arts. 832, 518). Asimismo las partes que estipulan una caución pueden convenir que se recibirá en

1 Lieja, 22 de Abril de 1863 (Pasierisia, 1863, 2, 181).

formas judiciales; esto no impide que la caución sea convencional. (1)

184. ¿Cuándo es convencional la caución? La cuestión parece implicar la respuesta; sin embargo, exige una palabra de explicación. Los arts. 2018 y 2019 determinan las cualidades que debe reunir el caucionante cuando el deudor está obligado á dar uno. ¿Estas disposiciones se aplican á la caución convencional? Nó y sí: nó, si la convención dice que tal persona es caucionante del deudor y esta persona se obliga con este título. De ordinario el caucionante interviene en el acta misma en que accede. En este caso no hay lugar á aplicar los arts. 2018 y 2019; el acreedor acepta al caucionante que presenta el deudor y este concurso de consentimientos forma el contrato; el acreedor no puede ya pretender que el caucionante no tiene las cualidades exigidas por la ley; le tocaba no aceptarlo si no tenía las cualidades legales; pero una vez que lo aceptó todo está consumado. Los arts. 2018 y 2019 no reciben su aplicación sino cuando la convención dice que el deudor dará caución; en este caso el deudor debe presentar un caucionante reuniendo las condiciones legales, si no el acreedor podrá desecharlo. (2)

Núm. 2. De las cualidades que deben tener los caucionantes.

### I. Condiciones generales.

185. El art. 2018 dice que el deudor obligado á dar caución debe presentar un caucionante que tenga las cualidades enumeradas. ¿A qué caucionantes se aplica esta disposición? Está concebida en los más generales términos; es, por consiguiente, aplicable á todos los casos en que hay

1 Aubry y Rau, t. IV, p. 678, notas 3 y 4, pfo. 425. Pont, t. II, p. 213, número 434.

2 Durantón, t. XVIII, p. 329, núm. 324 y todos los autores.

obligación de dar caución; luego á la caución legal, judicial ó convencional. El art. 2040 lo dice de las cauciones legales y judiciales: "Todas las veces que una persona está obligada por la ley ó por una sentencia á dar caución el caucionante ofrecido debe tener las condiciones prescriptas por los arts. 2018 y 2019." Queda la caución convencional que está sometida á las mismas condiciones; esto resulta implícitamente del art. 2040 (núm. 184). Hay, pues, un derecho común que rige todas las cauciones en lo que se refiere á las cualidades que deben tener los caucionantes; lo que es muy lógico. Aunque haya diversas clases de caucionantes sólo hay una caución en este sentido: que todas tienen por objeto garantizar al acreedor; luego todos los caucionantes deben tener las condiciones que la ley prescribe con el fin de que el acreedor encuentre en ellos la garantía que busca. Hay, además, otras cauciones legales y judiciales; las expondremos más adelante.

186. La primera condición requerida por el art. 2018 es que el caucionante tenga capacidad para contratar; era inútil indicar esta condición, puesto que es común á todos los contratos, luego á la caución. Tal como la formula la ley la condición es inexacta, pues no basta la capacidad de contraer para ser capaz de caucionar, es necesario ser capaz de disponer (núm. 160).

187. El art. 2018 exige en segundo lugar que "el caucionante tenga suficientes bienes para responder del objeto de la obligación." ¿Qué se entiende por *responder*? La ley no exige que el caucionante dé una hipoteca, se contenta con la garantía que ofrece el principio del art. 2092: todo deudor que compromete su persona compromete también sus bienes. Esta garantía se considera en general como suficiente aunque no ofrezca una entera seguridad; la prenda que la ley da al acreedor se pierde por la enajenación que haga de sus bienes, á no ser que lo haga en fraude de sus acree-

dores. Si la caución es convencional el acreedor es libre de estipular una garantía real, pero el caucionante judicial ó legal no puede ser obligado á dar hipoteca.

188. El caucionante debe tener *bienes suficientes*. ¿De qué bienes se trata? El art. 2019 contesta que la solvencia de un caucionante no se estima más que en atención á sus propiedades inmuebles, excepto en materia mercantil ó cuando la deuda es módica. Hay, pues, una regla y hay dos excepciones. La regla es que por *bienes suficientes* la ley entiende la *propiedad inmobiliar*. Esto excluye desde luego toda clase de muebles, corporales ó no. Esta es una disposición tradicional. Para juzgar de la solvencia de un caucionante, dice Pothier, y si sus bienes son suficientes para responder de la deuda no se toman ordinariamente en consideración sus bienes muebles, visto que éstos se enajenan fácilmente y que no se pueden hipotecar. (1) Estas razones no son muy decisivas. Los inmuebles también se enajenan con facilidad y dejan con esto de ser prenda del acreedor; se les puede hipotecar, es verdad, pero el acreedor no tiene derecho á exigir una hipoteca cuando la caución es legal ó judicial; y ¿y si se contenta con una garantía personal por qué no bastarían los muebles para establecer la solvencia del caucionante? El verdadero motivo de la ley se liga á la poca importancia que se daba á la riqueza inmobiliar en el derecho antiguo. Las cosas han cambiado mucho en un nuevo estado social; el legislador hubiera debido abandonar la tradición; es absurdo que un aldeano que posea una hectárea de terreno pueda ser caucionante, mientras que el rico banquero ó el comerciante millonario no puedan serlo si no poseen inmuebles. Según la legislación francesa las acciones del Banco de Francia y las rentas del Estado pueden ser vueltas muebles; no obstante, no formarían un bien su-

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 390. Treillard, *Exposición de los motivos*, núm. 8 (Loché, t. VII, p. 417). Pont, t. II, p. 67, núm. 123.

ficiente en el sentido del art. 2018, puesto que no son propiedades inmuebles. (1)

189. La ley se relaja en su severidad para las deudas civiles cuando son módicas. ¿Qué es una deuda módica? ¿Y en qué consiste la garantía en este caso? La ley no define lo que se entiende por deuda módica, y hay que confesar que esto era imposible, puesto que la importancia de una deuda es cosa enteramente relativa; habrá, pues, que dejar al juez un poder discrecional. La ley no dice tampoco cómo se estimará la solvencia del caucionante; todo lo que resulta del art. 2019 es que se considera su fortuna mobiliario. Pothier dice que se admitirán para caucionantes á los *comerciantes* que tienen una casa bien establecida, aunque su fortuna sólo consista en bienes muebles. ¿Por qué no las personas no comerciantes? Es evidente que la calidad de comerciante no puede ser una condición: no hay condición legal; de modo que la cuestión de solvencia se deja á la apreciación de los tribunales.

El art. 2018 agrega que hay también excepción en *materia de comercio*. Esta expresión es muy vaga. ¿Entiende por esto la ley que la deuda sea comercial ó basta que el caucionante sea comerciante? La primera interpretación está más conforme al texto; no se puede decir que la *materia* sea *comercial* cuando la deuda es civil; además, la ley pone las materias comerciales en la misma línea que las deudas módicas; se trata, pues, de la naturaleza de las *deudas*; poco importa que el caucionante sea ó no comerciante. Esta interpretación, conforme á la letra de la ley, conduce á una consecuencia que pugna con la razón. Se trata de apreciar la solvencia del caucionante, y la naturaleza de la deuda es indiferente cuando se trata de apreciar si una caución presenta ó no garantías suficientes. La posición social del caucionante es la que debiera decidir; se concibe

1 Troplong, *De la caución*, núm. 204.

que un rico negociante se admita como caucionante aunque no posea inmuebles, aunque la deuda fuera civil; mientras que no se comprende que una persona no comerciante se admita como caucionante de una deuda mercantil cuando no tiene fortuna inmobiliar. Pero el texto debe prevalecer á estas consideraciones, pues no deja muchas dudas. (1)

190. Tal es la regla con las modificaciones que la ley le ha hecho. La aplicación de la regla presenta dificultades que el art. 2019 prevee. Desde luego decide que no se considera los inmuebles litigiosos. Se debe, pues, admitir que le toca al juez apreciar si la propiedad del inmueble que presenta el caucionante es litigiosa; es decir, hay duda en el punto de saber si este inmueble pertenece al caucionante. La duda existirá si hay pleito acerca de la propiedad, pero la ley no exige que lo haya, como consta en el artículo 1700; la definición que da este artículo no puede aplicarse al art. 2019, puesto que no hay ninguna relación entre la cesión de derecho litigioso de que habla el art. 1700 y las garantías que debe prestar el caucionante. Un derecho puede ser litigioso sin que sea objeto de un proceso, que es lo que supone el art. 1597. No estando el juez ligado por ninguna definición goza del mismo poder de apreciación. (2) Encontramos dicho poder á cada paso en esta materia; lo que es bastante natural, puesto que se trata de saber si un caucionante es solvente, y la solvencia es una cuestión de hecho más que de derecho; solamente la ley no ha querido conceder al juez un poder del todo discrecional porque este arbitrio estaría en pugna con nuestro derecho público; ha, pues, determinado las bases conforme á las que el juez estimará la solvencia; pero el poder de apreciación del juez reaparece en la apreciación de estas bases.

1 Véase, en diverso sentido, Pont, t. II, p. 66, núms. 120 y 121 y los autores que cita.

2 Aubry y Rau, t. IV, p. 678, nota 7, pfo. 425.

191. El inmueble, aunque no sea litigioso, pudo no ofrecer garantía al acreedor; tal es el caso en que estuviera gravado con hipotecas que absorbieran su valor. Es cierto que el juez no admitiría semejante garantía porque era ilusoria. Cuando la ley habla de *bienes bastantes* y de las propiedades inmobiliarias (arts. 2018 y 2019) entiende un bien que sea propiedad del caucionante, un inmueble hipotecado por todo su valor pertenece á los acreedores inscriptos más que al deudor. Si las hipotecas no absorben el valor del inmueble se deducirá el monto de los créditos hipotecarios para valuar la seguridad que ofrece al acreedor. Sucedería lo mismo con los derechos reales que gravan el inmueble, tales como servidumbres reales ó personales, derecho de enfiteusis ó de superficie. (1)

192. El art. 2019 agrega que no se consideran los inmuebles cuya discusión fuera muy difícil por la distancia de su situación. No se trata de una dificultad de derecho, pues que la discusión de los bienes situados en Francia se hace en todas partes conforme á las mismas reglas; y no se puede decir que ley entendió hablar de bienes situados en el extranjero, puesto que la ley no limita sus disposiciones á estos bienes. El art. 2019 entendió, pues, hablar de dificultad de hecho, de viajes por hacer, de relaciones con los abogados ú oficiales ministeriales. Esto tal vez sea llevar muy lejos las exigencias. (2) Hoy, sobre todo, no hay distancias debido á los maravillosos inventos del vapor y de la electricidad.

El Orador del Gobierno ha querido limitar esta condición que realmente es muy vaga. "Hemos establecido por regla, dice, que el caucionante debe presentar bienes en jurisdicción del tribunal de apelación en que se deba dar." (3) El

1 Durantón, t. XVIII, p. 334, núms. 327 y todos los autores.

2 Durantón, t. XVIII, p. 335, y todos los autores.

3 Treilhard, Exposición de los motivos, núm. 7 (Loché, t. VII, p. 417).

error de Treilhard es evidente, ha aplicado á la situación de los inmuebles lo que el art. 2018 dice del domicilio del caucionante. Si hacemos notar este error no es con objeto de criticar; no hay un autor, por exacto que sea, que no se el puedan señalar inexactitudes: *errare humanum est*. Pero es bueno demostrar que no se debe tener una confianza muy grande en los trabajos preparatorios de que los autores modernos abusan muy amenudo para hacer decir á la ley otra cosa de lo que dice. Si los intérpretes en vez de buscar el sentido de la ley en la tradición ó en los trabajos preparatorios tuvieran más respeto á los textos el número de las controversias disminuiría mucho.

193. El art. 2018 exige aún otra condición para que una persona pueda presentarse como caucionante. "Se necesita que su domicilio esté en jurisdicción de la corte de apelación en que se deba dar." La facilidad de promover, dice la Exposición de los Motivos, forma parte en la solvencia. Aquí la ley ha precisado; quiso conciliar el interés del deudor obligado á ministrar un caucionante y el del acreedor. El primero está interesado en encontrar un caucionante que satisfaga todas las condiciones de la ley; se debía, pues, dejarle cierta latitud en lo relativo al domicilio. En cuanto al acreedor la ley tuvo presente su interés en todas las condiciones que ella prescribió; lo resguarda aun obligando al deudor á presentar un caucionante domiciliado en jurisdicción de la corte á la que se lleven todas las contestaciones que puedan surgir en esta materia.

Pero la ley olvidó decidir cuál es el domicilio en que se debe dar la caución; ¿es el del acreedor ó el del deudor? ¿Es el lugar en que se contrajo la deuda? En esto hay controversia. Como es especialmente en interés del acreedor en el que la ley prescribe las condiciones del art. 2018 nos parece que en caso de duda se debe uno pronunciar en su favor. Esto puede ser inconveniente para el deudor; sucede

lo mismo con todas las condiciones que la ley establece; todas imponen restricciones y toda restricción es molesta. Siempre se necesita un principio, y es incontestable que si la ley establece condiciones es en favor del acreedor; se debe, pues, interpretarlos en su favor. (1)

194. Si hay contestación acerca de una de las condiciones que la ley prescribe en los arts. 2018 y 2019 ¿quién deberá probar que existe ó que no existe? Hay una pequeña duda; en nuestro concepto se deben aplicar los principios generales de la prueba, puesto que la ley no los deroga. ¿Quién es el demandante en el caso? El deudor que presenta el caucionante; está obligado á presentar uno que reúna las condiciones prescriptas por la ley; no puede, pues, presentar á cualquiera persona recargando al acreedor la prueba de que el caucionante presentado no llena las condiciones legales; se necesita que él mismo pruebe que el caucionante presenta bienes bastantes y que está domiciliado en la jurisdicción de la Corte de Apelación; se probará la suficiencia de bienes solamente con que el caucionante posea inmuebles libres hasta concurrencia del monto de la caución. Si el acreedor objeta que los inmuebles son litigiosos ó que sea difícil la discusión debe probar el fundamento de su excepción. Esto resulta de la redacción del Código. El primer inciso del art. 2018 determina las condiciones que el deudor debe probar, puesto que es él quien debe presentar un caucionante que tenga las cualidades legales; pero, dice el segundo inciso, si los inmuebles fuesen litigiosos ó de difícil discusión entonces toca al acreedor establecer que no se le puede considerar; esto implica una excepción cuya prueba incumbe al que la opone. (2)

1 Troplong. *De la caución*, núms. 193 y 194. Massé y Vergé sobre Zacharée, t. V, p. 64, nota 7. En sentido contrario, Ponsot, p. 170, núm. 159, seguido por Pont, t. II, p. 71, núm. 131.

2 Compárese Ponsot, p. 157, núms. 143 y 144; Pont, t. II, p. 69, núm. 128.

195. El caucionante solvente en el momento en que se le recibió puede volverse insolvente. ¿Cuál es, en este caso, el derecho del acreedor? El art. 2020 contesta á la pregunta: "Cuando el caucionante admitido por el acreedor voluntariamente ó en justicia después se vuelve insolvente se debe dar otro." Hubo acerca de este punto una gran discusión en el Consejo de Estado: Treillard, que asistió, la resume en la Exposición de los Motivos. En apoyo del principio, tal como fué formulado por el Código Civil, se decía que si el acreedor exige un caucionante es para asegurar la ejecución de la obligación; por lo que quiere un caucionante siempre solvente y que le ofrezca una garantía real hasta que sea ejecutada la obligación. Chabot, en su informe al Tribunalado, se expresa con más precisión. La caución, dice, es la condición expresa de la obligación; el acreedor no hubiera tratado con el deudor si éste no hubiese ministrado un caucionante bueno y solvente; luego cuando se vuelve insolvente es justo que el acreedor pueda exigir otro, si no ocurriría que no habiendo querido tratar con sólo el deudor se encontraba, sin embargo, reducido á tenerlo como único deudor. En otros términos: el contrato quedaría roto; para mantenerlo como las partes entendieron formularlo el deudor debe dar otro caucionante al acreedor.

Se objetaba contra esta doctrina que en derecho romano el deudor no estaba obligado á dar otro caucionante cuando el que el acreedor había aceptado se había vuelto insolvente. El deudor, se decía, ha satisfecho su obligación ministrando un caucionante aceptado por el acreedor; no es garante de la insolvencia, este es un caso fortuito que el acreedor debe soportar. (1) Pothier se había ya aparta-

1 Sesión del Consejo de Estado, del 16 Frimario, año XII, núm. 8 (Loché, t. VII, p. 402). Treillard, Exposición de los motivos, núm. 9 (Loché, página 417). Chabot, Informe núm. 11 (Loché, p. 424).