

do del rigor romano que no consideraba en nada la intención de las partes contratantes, y, sin embargo, es este el elemento dominante de la convención. Cuando el acreedor estipula una garantía hipotecaria y que los inmuebles lleguen á perecer ó á deteriorarse por caso fortuito puede reclamar el reembolso de su crédito; sólo que, no teniendo la culpa el deudor, se le admita á ofrecer un suplemento de hipoteca (art. 2131, y Ley Hipotecaria, art. 79). La ley lo decide así porque la hipoteca es la condición bajo la que el acreedor ha prestado los fondos al deudor. Esta misma razón para decidir existe cuando el acreedor ha estipulado una caución; sólo trató bajo condición de caución; debe tener el derecho de romper el contrato si el deudor no ministra un nuevo caucionante.

El art. 2020 añade: «Esta regla recibe excepción sólo en el caso en que la caución sólo fué dada en virtud de una convención por la cual el acreedor exigió tal persona por caucionante.» Pothier hacía otra distinción poco jurídica entre el caso en que el deudor se había obligado á dar caución determinada y el caso en que había contratado bajo la garantía de un caucionante indeterminado; en esta hipótesis admitía que el deudor no estaba obligado á nueva caución. (1) La disposición del Código es más justa. No debe verse lo que ha hecho el deudor sino lo que el acreedor ha exigido. La regla es que el acreedor tiene el derecho de pedir un nuevo caucionante. ¿Cuándo debe esta regla recibir excepción? Cuando es el acreedor quien es responsable de la elección del caucionante; es decir, cuando él ha indicado nominalmente y exigido por convención al caucionante vuelto insolvente. Entouces puede decirse que el deudor ha cumplido la única obligación que le incumbía: la de ministrar el caucionante exigido por el acreedor; á éste toca sufrir la consecuencia de la elección que impuso al deudor.

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 391.

En este caso, dice Chabot, siendo determinado el caucionante la garantía del deudor también está determinada; si la da su obligación está cumplida; en lugar de estipular un caucionante indeterminado sin designarlo, sin hacer que esta sea una condición del contrato, el acreedor entiende estipular una garantía suficiente para toda la duración del contrato. (1)

196. Queda una dificultad en la que hay controversia. El acreedor puede exigir otro caucionante cuando el que dió el deudor se ha vuelto insolvente. ¿Qué se entiende por insolvencia? El art. 2020 es una continuación de los artículos 2018 y 2019 que establecen que el deudor debe dar un caucionante bueno y solvente y que determinan las condiciones requeridas para que un caucionante se repunte insolvente; cuando, pues, una de estas condiciones llega á faltar debe decidirse que hay insolvencia. No es la insolvencia ordinaria la quiebra civil ó mercantil, es la insolvencia legal consecuencia de la solvencia legal. Esta interpretación de la ley está también en armonía con los motivos en los que está fundada la disposición del art. 2020. Es porque la ley del contrato está rota por lo que el deudor tiene que dar otro caucionante; ¿y cuál es la ley del contrato? Que el deudor dé una caución que presente las condiciones de solvencia definidas por el art. 2019; luego si una de estas condiciones llega á faltar el acreedor no tiene ya la garantía que estipuló; por consiguiente, puede pedir que se le den con otro caucionante. Así el caucionante presentado por el deudor poseía una casa cuyo valor era suficiente para responder del objeto de la obligación; esta casa es destruida por un incendio; desde luego el caucionante es legalmente insolvente, aunque poseyera valores muebles más que suficientes para asegurar el pago; pero estos valores no se toman en consideración para estimar la solvencia

1 Pont, t. II, p. 75, núms. 138-143.

del caucionante; éste no es ya solvente desde que no tiene inmuebles; luego el deudor debe dar otro caucionante. (1)

197. Si la solvencia del caucionante sólo ha disminuido hay lugar á ministrar un caucionante suplementario. Se debe decir así por analogía del art. 2131 (Ley Hipotecaria, art. 79). En el caso en que la garantía hipotecaria ha disminuido por un deterioro ó un accidente en los fundos hipotecados el deudor está sometido á ministrar un suplemento de hipoteca. Esto concilia todos los intereses. Es más fácil para el deudor encontrar un caucionante suplementario que un nuevo caucionante que garantice toda la deuda, y ambos caucionantes reunidos presentarán al acreedor una seguridad suficiente. (2)

198. ¿Debe aplicarse al domicilio del comerciante lo que el art. 2020 dice de la insolvencia? El comerciante tenía su domicilio en la jurisdicción de la corte de apelación en que debía ser dada la caución. Posteriormente al contrato cambia de domicilio, estableciéndose en la jurisdicción de otra corte de apelación. ¿Podía el acreedor pedir que el deudor le dé otro caucionante? La afirmativa está enseñada, y aunque esta opinión sea rigurosa nos parece segura. Es la aplicación del principio en el que se funda la disposición del art. 2020. El domicilio es una de las cualidades que la ley exige para el caucionante que debe dar el deudor; si no tiene ya el domicilio que debía tener y tenía la ley del contrato está rota y, por consiguiente, el acreedor puede forzar al deudor á ministrar un nuevo caucionante. (3)

199. El deudor obligado á ministrar un caucionante no encuentra uno que tenga las cualidades requeridas por la ley. ¿Se le admitirá á reemplazarlo por una garantía real?

1 Pont, t. II, p. 77, núm. 144. En sentido contrario Ponsot, p. 181, número 166.

2 Ponsot, p. 189, núm. 169, y todos los autores.

3 Durantón, t. XVIII, p. 330, núm. 325, y todos los autores.

En nuestro concepto la negativa es segura; no depende del deudor cambiar la ley del contrato; y el acreedor estipuló y el deudor ofreció un caucionante; es de principio que el acreedor no puede ser forzado á recibir otra cosa de la que se le debe, aunque el valor de la cosa ofrecida sea igual ó aun más grande (art. 1243). Pothier, que prevee este argumento, decide, no obstante, lo contrario. Se debe permitir fácilmente, dice, á aquel que está obligado á dar un caucionante dar prendas en lugar de caución, porque no teniendo aquel á quien se debe la caución más *interés* que el de procurarse seguridad, y encontrándola en la prenda tanto y aun más, fuera por su parte un *mal humor* negarse á la seguridad real. Pothier subordina el derecho á la equidad; esto es sobrepasar el poder del intérprete: la convención es la ley y no pertenece al juez modificarla. No se trata de un *interés* como lo dice Pothier, se trata de un *derecho contractual*; no se puede reprochar al acreedor poner en ello *mal humor*; contestaría que usa de su derecho. (1) El art. 2041 viene en apoyo de la opinión general; dice que aquel que, obligado por la ley ó por *sentencia* á ministrar un caucionante no encuentra uno está recibido á dar en su lugar una prenda que responda bastante. Luego cuando la ley quiere permitir que el deudor reemplace una garantía personal por una garantía real lo dice; cuando no lo dice es que no quiere ni puede permitirlo. Se concibe que la ley que ordena una caución la reemplace por una prenda; lo mismo sucede cuando el juez obliga á una de las partes á dar caución, pues lo hace en virtud de la ley. Pero el legislador no puede autorizar que el juez viole la ley del contrato substituyendo una garantía real á la garantía personal que el acreedor estipuló. Se diría en vano con Pothier que la prenda es una garantía más segura que la caución; el legislador no admite

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 332. En sentido contrario, Pont, t. II, p. 79, núm. 250, y todos los autores.

esta objeción cuando se trata de un derecho convencional. El deudor que ofrece á su acreedor un pedazo de tierra que vale los mil francos que le debe también podría decir que un inmueble es un valor más seguro que una suma de dinero; el art. 1243 rechaza, sin embargo, esta pretensión, y por identidad de razón se debe rechazar al deudor que ofrece una prenda cuando debe una caución.

II. De la caución legal y de la judicial.

200. Según el art. 2040 los caucionantes legales y judiciales deben primero llenar las condiciones pre-criptas por los arts. 2018 y 2019; la ley añade que el caucionante judicial debe además no tener fuero; y según el art. 2060, núm. 5, el encarcelamiento por deuda tenía lugar contra los caucionantes judiciales que se sometían á ello. «Se necesitan más fuertes ligas, dice la Exposición de los Motivos, y mayores seguridades para las obligaciones que se contraen en justicia.» Esta es una frase de las que se encuentran muchas en los oradores del Gobierno; nunca se contrata en justicia. ¿Acaso la justicia estipula ó promete? Esto no tiene sentido. La caución no cambia de naturaleza según que es convencional ó judicial; siempre es una garantía, y ésta debe ser la misma, sea el juez quien la ordene ó las partes que la estipulen. Es inútil insistir en esta crítica, puesto que el art. 2040 sólo es historia ya, habiendo sido abolida en Francia y en Bélgica la prisión por deuda.

201. Por una singular anomalía la disposición excepcional del art. 2040 no se aplicaba á la caución legal; de modo que la justicia gozaba de una autoridad más grande que la ley. Lo mismo sucede con otra disposición excepcional. Según el art. 2042 el caucionante judicial no puede demandar la excusión del deudor principal; y por vía de consecuencia el art. 2043 añade que aquel que caucionó simplemente al

caucionante judicial no puede pedir la excusión del deudor principal ni del caucionante. Esto es una disposición tradicional que es muy difícil justificar. Domat invoca el favor de las deudas por las que el caucionante judicial está exigido; motivo muy vago y que se podría hacer valer para muchas deudas. La única razón que se puede dar es la que Domat agrega: es que la autoridad de la justicia lo pide así, puesto que el deudor contrae con la justicia. A decir verdad el deudor no contrae con la justicia como no contrae con la ley; el legislador ordena y el juez manda, ni uno ni otro contratan. Queda la garantía del acreedor, que debiera ser siempre la misma.

202. El art. 2041 contiene una disposición común al caucionante judicial y al caucionante legal; el deudor se admite á dar en su reemplazo una *prenda en garantía*. En el proyecto sometido al Consejo de Estado se leía: «Siendo suficiente una *prenda*.» Los autores se atienen á la primitiva redacción; (1) Troplong hasta pone la palabra *ó* en lugar de *en*. No reconocemos al intérprete el derecho de cambiar el texto del Código; hay que atenerse al texto. Hay dos garantías: la prenda y la anticresis; la ley sólo habla de la prenda, luego sólo ésta debe admitirse en lugar de la caución. Esto se comprende, la prenda ofrece facilidades de realización que no presenta la anticresis.

El art. 2041 da lugar á otra dificultad. Se pregunta si el deudor se admitiría á dar una hipoteca. La cuestión está controvertida: unos dicen que sí, otros que no. Troplong encontró el medio de decir *sí* y *no*. En nuestro concepto la solución negativa no es dudosa; á la ley, y sólo á ella, toca decidir qué garantía puede reemplazar la que ella prescribe: ¿es la prenda, es la hipoteca ó es la anticresis? ¿Con qué derecho el intérprete diría es la hipoteca cuando la ley dice que es la prenda? La opinión general es que el deudor

1 Pont, t. II, p. 217, núm. 443.

no puede ofrecer una hipoteca. Esta es también la opinión de Troplong; enseña en su *Comentario de las Hipotecas* propósito de la caución del postor, y da de ello una buena razón: es que las incomodidades y las formalidades de la hipoteca hacen de ella una garantía menos segura que la prenda. En su *Comentario Acerca de la Caución* Troplong añade: «No quisiera, sin embargo, decidir de un modo absoluto que la oferta de una hipoteca no es nunca aceptable. El art. 2041 no está redactado de un modo limitativo y la palabra *prenda* puede entenderse *lato sensu* de la hipoteca. El juez debe consultar las circunstancias y decidir según los casos particulares, teniendo en cuenta la moralidad del deudor, su buena fe, su crédito.» (1) Así á la cuestión de derecho Troplong comienza por responder que *no*; luego dice que *sí*, abandonando el asunto al juez. Rechazamos con todas nuestras fuerzas semejante modo de tratar las cuestiones de derecho. Si es una cuestión de derecho hay que hacer un lado las consideraciones de hecho, pues que conducen á dar al juez un poder discrecional. ¿Será para eso que el legislador ha reemplazado el arbitrio de los parlamentos por un código de leyes destinado á encadenar al juez? ¿Y cuáles consideraciones son las que se colocarán en lugar de la ley? El deudor debe una caución: presenta una hipoteca. ¿De qué se trata? ¿De discutir si la hipoteca vale una caución ó una prenda? Nó, al legislador toca pensar estas consideraciones. Y si fuera permitido al intérprete invocarlas, podría decir que el *deudor* presenta garantías para permitirle reemplazarlas por una caución ó una prenda ó por una hipoteca? Es precisamente porque la ley no tiene confianza en la garantía personal del deudor por lo que le obliga á dar caución ó dar prenda. Y se vendría uno á prevalecerse de las garantías que presenta la persona del

1 Véanse, en diverso sentido, los autores citados por Aubry y Rau, t. IV, p. 680, nota 12, pfo. 425.

deudor contra la ley que las declara insuficientes. ¿Qué se dirá de la interpretación que Troplong da al art. 2041? Pretende que la ley no es restrictiva. ¿Acaso no son restrictivas todas las disposiciones que sólo toca al legislador establecer? La palabra *prenda* puede entenderse de la hipoteca. ¡Y qué! Se trata de garantías que tienen todas un nombre técnico: caución, prenda, anticresis, hipoteca; se trata de decidir cuál de esas garantías debe el deudor ofrecer; y el legislador se valdría para decidir el punto de una palabra que comprende todas las garantías reales.