

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. Treilhard, *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 Zacharæ, 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 Tribunal, 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).

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. Entonces 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 reputé 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 des 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. 392. 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.