

que tiene de obligar al deudor á volver al goce de su inmueble. Una cláusula semejante no se concibe, está en oposición con el objeto de la anticresis. Si se encontrara en un contrato de empeño se debería decir que el contrato cambia de naturaleza; no sería ya una garantía accesorio de una obligación principal, sería un contrato innominado sinalagmático, cuyos efectos estarían reglamentados conforme á la intención de las partes contratantes. (1) La renuncia del anticresista puede además ser tácita ó expresa; esto es de derecho común; pero para que se pueda admitir que ha renunciado á una facultad que es de la naturaleza de la anticresis se necesita que no haya ninguna duda en la intención de las partes contratantes. No se podría deducir de la cláusula de compensación de los frutos y de los intereses autorizados por el art. 2089; esta cláusula no es exclusiva de la anticresis, mientras que la renuncia prevista por el art. 2087 desnaturaliza completamente el contrato. (2)

Núm. 2. Del derecho de retención.

552. «El deudor no puede, antes del pago completo de la deuda, reclamar el goce del inmueble que ha dado en anticresis» (art. 2087). Esta es una disposición análoga á la del art. 2082; consagra el derecho de retención en favor del anticresista. Los motivos de este derecho son los mismos que si se tratara del empeño de una cosa inmueble ó de una cosa mueble. Nos trasladamos á lo dicho acerca de la prenda (núm. 500).

Hay, sin embargo, diferencias en los dos textos. El artículo 2082 agrega una restricción al derecho del acreedor prendista; el deudor puede pedir la restitución de la cosa

1 Durantón, t. XVIII, p. 650, núm. 564. Pont, t. II, p. 692, núm. 1248.
2 Compárese Aubry y Rau, t. IV, p. 720, nota 3, pfo. 439. Pont, t. II, p. 693, núm. 1252.

cuando el detentor de la prenda abusa. No hay disposición análoga en el art. 2087. ¿Se debe deducir que el deudor no podrá reclamar la restitución cuando el acreedor abusara? Ciertamente que no. Todos están de acuerdo en decir que en caso de abuso el deudor puede pedir la restitución del inmueble de la anticresis; pero se debe examinar el verdadero motivo de decisión y por qué el art. 2087 no reproduce la disposición del 2082. En nuestro concepto hay una diferencia entre ambas disposiciones. El acreedor prendista abusa de la cosa con sólo que la use, puesto que no tiene el derecho de servirse de ella, la ley sólo lo considera como un simple depositario; mientras que el anticresista tiene el derecho de gozar, siendo éste el objeto de la anticresis. De aquí se sigue que el art. 2087, relativo á la anticresis, no puede reproducir pura y simplemente la disposición del artículo 2082. Para el anticresista hay otro abuso; es el del goce, abusa cuando no goza como un buen padre de familia, cuando agota el fundo sin darle los abonos necesarios. Este es el caso que el art. 618 prevee para el usufructuario; si éste, que tiene un derecho real, puede, no obstante, ser privado del goce, con mayor razón debe suceder lo mismo al anticresista, que sólo tiene derecho á los frutos sin tener derecho al inmueble. Hubiera sido mejor decirlo; sin embargo, el silencio de la ley no es un argumento en favor del anticresista; sería absurdo á la vez que inmoral que el acreedor conservara el goce de lo que abusa.

Ordinariamente se da un motivo que parece perentorio: es la condición resolutoria que el deudor puede invocar cuando el acreedor no cumple con sus obligaciones. (1) En nuestra opinión el art. 1184 no es aplicable á la anticresis, puesto que no subentiende la condición resolutoria más que

1 Delvincourt, t. III, p. 446, nota 1. Pont, t. II, p. 690, núm. 1244.
P. de D. TOMO XXVIII—76

en los contratos sinalagmáticos. Nos trasladamos á lo dicho en el título *De las Obligaciones*.

553. Hay una segunda diferencia en la redacción de los arts. 2082 y 2087. Conforme al primero el derecho de retención del acreedor prendista se extiende á la deuda contraída posteriormente al empeño bajo las condiciones que determina la ley; esto es un empeño tácito. ¿Hay también en iguales condiciones anticresis tácita? La cuestión está controvertida; no titubeamos en decidirla negativamente. En la especie el silencio de la ley es decisivo. En efecto, el derecho de retención del art. 2082 admite sin estipulación, apoyándose en la intención presumida de las partes contratantes y en la equidad; es del todo excepcional y, por tanto, de estricta interpretación. En vano se dice que hay igual razón para decidir; la argumentación analógica debe hacerse á un lado porque no se comprenden, aunque fuese por vía de analogía, las disposiciones excepcionales y sobre todo las que se fundan en una voluntad presumida de las partes y en la equidad. Sólo el legislador puede presumir las convenciones; el solo puede dar efecto jurídico á la equidad; desde luego estas disposiciones deben ser estrictamente encerradas en el texto de la ley; luego por sólo que el legislador no ha reproducido la disposición del segundo inciso del art. 2082 el intérprete no tiene el derecho de admitirlo. Hay una sentencia de la Corte de Caen en este sentido. (1)

554. El art. 2083 dispone que el empeño es indivisible no obstante la división de la deuda entre los herederos del deudor ó del acreedor. Según el art. 2090 esta disposición es aplicable á la anticresis. Se ha dicho que era inútil declarar indivisible la anticresis, puesto que esto resulta de la

1 Caen, 2 de Enero de 1846 [Dalloz, 1847, 4, 335]. En el mismo sentido, Aubry y Rau y los autores que citan (t. IV, p. 720, nota 4, pfo. 439). En sentido contrario Durantón y Troplong.

naturaleza del empeño, así como la hipoteca es indivisible por su naturaleza. (1) Debe concluirse de esto, en nuestro concepto, que el legislador no entiende aplicar de plano á la anticresis los principios que rigen el empeño. La observación es importante no sólo para la cuestión que acabamos de discutir (núm. 553) sino sobre todo para lo que nos queda que tratar en lo relativo á la naturaleza de la anticresis y los derechos que resultan de ella contra los terceros.

555. El anticresista tiene el derecho de retención; posee sin que el deudor pueda quitarle la posesión, excepto en caso de abuso (núm. 552). Sin embargo, posee por el deudor y en su nombre; su posesión es, pues, realmente precaria. Síguese de esto que no puede prescribir el contrato en virtud del cual posee probando que no puede poseer á título de propietario. ¿Puede comenzar á prescribir cuando el deudor ha pagado su deuda enteramente? La anticresis está extinguida en este caso; el acreedor no posee, pues, ya como poseedor precario. Se podría concluir que desde aquel momento el poseedor del inmueble puede comenzar á prescribir. Se decide, no obstante, lo contrario fundándose en el art. 2038 que dice así: «Los poseedores precarios pueden prescribir si el título de su posesión se encuentra invertido, ya sea por una causa procedente de un tercero, ya por la contradicción que han opuesto á los derechos del propietario.» Así la ley no admite la intervención de pleno derecho; lo que es decisivo. (2)

Por su parte el deudor no puede prevalecerse de la prescripción extintiva; el hecho de no promover la restitución y que deja al acreedor gozar de los frutos es un reconocimiento de la deuda, y este reconocimiento impide la prescripción. Se aplica á la anticresis lo que hemos dicho de la prenda (núm. 497).

1 Pont, t. II, p. 700, núm. 1270.

2 Aubry y Rau, t. IV, p. 721, nota 6, pfo. 439. Pont, t. II, p. 691, n. 1247.

Núm. 3. Del derecho de venta.

556. ¿Cuál es el derecho del anticresista cuando el deudor no paga? El art. 2088 contesta que el acreedor no puede perseguir la expropiación de su deudor por las vías legales. Esto es el derecho común; todo acreedor puede perseguir la expropiación de los bienes inmuebles que pertenecen á su deudor. Para el acreedor anticresista, á diferencia del prendista, el derecho de puesta forzada no es una garantía. Cuando el acreedor manda vender en remate público la prenda que le ha dado el deudor se le paga con preferencia á los demás acreedores si cumplió con las formalidades y condiciones requeridas para la adquisición y conservación de su privilegio; la expropiación es, pues, la realización de la garantía que el empeño asegura al acreedor prendista. Pasa distintamente en materia de anticresis. El acreedor anticresista no tiene privilegio, no tiene el derecho de retener el inmueble y percibir sus frutos, y al perseguir la expropiación pierde la posesión de la cosa y, por consiguiente, su goce; como no tiene privilegio se le paga por contribución con los demás acreedores quirografarios. Examinaremos más adelante la cuestión de saber cuáles son los derechos del acreedor para con los terceros.

557. Hay todavía otra diferencia entre el empeño y la anticresis. Según el art. 2078 el acreedor puede hacer ordenar en justicia que la prenda le quede en pago hasta concurrencia de lo que se le debe. El art. 2088 no da este derecho al anticresista. (1) ¿Cuál es la razón de esta diferencia entre dos derechos que parecen ser idénticos, excepto el privilegio? No hay otra más que la importancia que da la ley á los inmuebles. El deudor está interesado en conservar la propiedad de los inmuebles empeñados; y si el acreedor

1 Aubry y Rau, t. IV, p. 718, nota 7, pfo. 438. Pont, t. II, p. 696, número 1239. En sentido contrario, Troplong, Massé y Vergé sobre Zachariae.

hubiera tenido el derecho de hacérselos atribuir mediante avalúo la anticresis hubiera conducido casi necesariamente á despojar al deudor de los bienes empeñados; esto es lo que el legislador quiso evitar con el fin de mantener el inmueble empeñado en el patrimonio del deudor. El acreedor, no teniendo el derecho de apropiárselo y no teniendo ningún interés en hacerlo vender, lo guardará, lo que conducirá á la deliberación del deudor y á la devolución de su fundo. Quizá sea por la misma razón por lo que el legislador no extendió la anticresis á una deuda contraída posteriormente al acta de empeño.

558. El art. 2088 dice que el acreedor no se vuelve propietario del inmueble por la sola falta de pago en el plazo convenido; toda cláusula contraria es nula. Esta es la aplicación á la anticresis del principio que el art. 2078 establece para el empeño; había una razón más para admitirlo en materia de anticresis: es la importancia que la ley liga á la posesión de los inmuebles. La cláusula contraria sería nula, según la ley. ¿Cuál es el carácter de esta nulidad? La cláusula está considerada como ilícita en el sentido del artículo 1033; luego la convención no puede producir ningún efecto, es inexistente. Siguese de esto que no há lugar á la prescripción de diez años (art. 1034), (1) pues esta prescripción es una confirmación tácita, y no se confirman las actas que no tienen existencia legal. El deudor tendría, pues, treinta años para reivindicar el inmueble. (2)

559. La prohibición pronunciada por el art. 2088 parece menos extensa que la del art. 2078. Esta última disposición anuló no sólo la cláusula que autorizaba al acreedor para apropiarse la prenda sino también la que le daba el derecho de disponer de ella sin las formalidades del remate público; mientras que el art. 2088 sólo prohíbe la cláusula de

1 Tolosa, 5 de Marzo de 1831 (Dalloz, en la palabra *Empeño*, núm. 263).

2 Bruselas, 25 de Junio de 1806 (Dalloz, en la palabra *Empeño*, núm. 409).

apropiación. ¿Debe concluirse de esto que se permite estipular que el anticresista podrá, por falta de pago, disponer de la prenda empeñada sin las formalidades de la ley? No, pues la ley dice terminantemente que el único derecho del acreedor es demandar la expropiación del deudor por las vías legales. Esto ha sido siempre admitido en el caso en que la cláusula dice que el acreedor podrá vender amigablemente el inmueble que le fué dado en anticresis. (1) Si la ley prescribe la vía legal del embargo inmobiliario, aunque mucho más trillada, es como garantía para el deudor; y éste no puede renunciar las garantías que el legislador establece en su favor porque la ley supone que no goza de la libertad suficiente para esto; apurado por la necesidad se ve obligado á sufrir la ley del acreedor. La cuestión es más dudosa cuando la cláusula dice que el acreedor puede mandar vender los inmuebles en remate ante el notario. ¿Es válida esta cláusula? Si se admite que la disposición del artículo 2088 contiene una prohibición implícita hay que concluir que toda otra vía que no sea la de la expropiación está prohibida; lo que se comprende, en el sistema de la ley, siendo las formas de la expropiación prescriptas por interés del deudor como garantía de que el inmueble se vendió en su verdadero valor. Sin embargo, la jurisprudencia se inclina en favor de la opinión contraria. (2) La venta en remate recibido por notario presenta las mismas garantías, se dice, y ocasiona menos gastos. Nos parece que el argumento es una crítica de la ley más bien que una aplicación. Hablando legalmente, la expropiación es la vía más favorable; luego las partes no pueden escoger otra. Esta interpretación rigurosa ha sido consagrada por la ley francesa de 2 de Junio de 1841, que excitó muchas críticas. ¿Por qué no dejar á las partes la libertad de escoger las for-

1 Denegada, 28 de Abril 1857 (Dalloz, 1857, 1, 219).

2 Casación, 29 de Mayo de 1840 (Sirey, 1840, 1, 385).

mas que juzguen convenientes? ¿Las ventas voluntarias con publicidad no son más ventajosas que las expropiaciones? Troplong hace bien en criticar este formalismo exagerado. (1) Hay, sin embargo, que hacer una diferencia entre las partes enteramente capaces y las que, como el deudor que da un inmueble en anticresis, no están libres. En definitiva, el vicio está en el procedimiento, que habría que simplificar y, sobre todo, hacer menos temeroso. Diremos en el título *De las Hipotecas* cuál es el sistema de la legislación belga.

560. El art. 2088 prohíbe las cláusulas perjudiciales al deudor porque supone que el deudor no estaba libre cuando las suscribió. Esto implica que las cláusulas han sido estipuladas cuando el empeño. En cuanto á las condiciones posteriores la ley no las prohíbe; luego son válidas, á no ser que hayan sido hechas en fraude de la ley. Fué sentenciado en este sentido que el deudor podía, posteriormente al acta de empeño, vender el inmueble al acreedor ó autorizarle á que lo venda á un tercero, aun sin formas. Tal es la doctrina de los autores. (2)

§ II.—DERECHOS DEL ACREEDOR PARA CON LOS TERCEROS.

Núm. 1. ¿Puede el acreedor oponer su derecho á los terceros?

561. La cuestión de saber si el acreedor anticresista puede oponer su derecho á los terceros está muy controvertida. Hay autores que atribuyen al anticresista un derecho real; otros, á la vez que contestan que el anticresista tenga un derecho en el inmueble admiten que puede oponer á los terceros su derecho de frutos y su derecho de retención.

1 Troplong, *Del Empeño*, núm. 563.

2 Durantón, t. XVIII, p. 652, núm. 568; Pont, t. II, p. 697, núm. 1262 y las sentencias que cita. Véase la jurisprudencia en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Empeño*, núm. 265.

En fin, en una tercera opinión el acreedor sólo tiene un derecho personal contra el acreedor; no lo puede, pues, oponer á los terceros; sin embargo, Tromplong, que defiende esta opinión, reconoce al anticresista un derecho contra el acreedor quirografario. La solución de estas dificultades depende del punto de saber si el acreedor tiene un derecho real ó si sólo lo tiene personal; si su derecho es personal no lo puede oponer á ningún tercero, ni siquiera á los acreedores quirografarios. En nuestro concepto el anticresista no tiene derecho real.

562. El empeño es un derecho real. Esto no se dice en nuestros textos porque el Código no es un manual que proceda por definiciones científicas. Sin embargo, la realidad del derecho resulta de las disposiciones del Código. Esto es un punto esencial. Si los textos de donde resulta que el empeño es un derecho real son especiales al empeño de muebles debe concluirse que el empeño de los inmuebles no es un derecho real. ¿Cuáles son las disposiciones que establecen implícitamente la realidad del derecho de empeño? El art. 2073, que define el derecho de empeño, tiene como consecuencia necesaria que este derecho es real. En efecto, da al acreedor el derecho de hacer que le paguen en la cosa empeñada *por privilegio y de preferencia á los demás acreedores*. El privilegio es un derecho real, el privilegio mueble tanto como el inmobiliario; luego el empeño es un derecho real. Es porque el acreedor tiene un derecho en la cosa por lo que puede oponerlo á los terceros. Y es porque el empeño puede ser opuesto á los terceros por lo que la ley prescribe condiciones muy rigurosas en interés de estos últimos: la redacción de una acta, el registro cuando el escrito es privado, la notificación del acta al deudor cuando se trata de un crédito, las menciones que debe contener el acta; en fin, la puesta en posesión del acreedor prendista (arts. 1274 y 1276).

Confrontemos estas disposiciones con el artículo que determina los derechos del acreedor anticresista: «El acreedor no adquiere por el contrato más que la facultad de percibir los frutos del inmueble, con cargo de imputarlos anualmente en los intereses y en el capital.» La disposición está concebida en términos restrictivos. Es como si dijera la ley: El acreedor anticresista no tiene los derechos que el artículo 2078 concede directa ó implícitamente al acreedor prendista; su derecho único consiste en pagarse con los frutos. Y el pago se hace entre acreedor y deudor; luego la anticresis no da al acreedor un derecho en los frutos sólo para con el deudor. Pero este modo de pago nada cambia en la naturaleza del crédito que el deudor pague en frutos; si fuera quirografaria permanecería quirografaria. Lo que prueba que el acreedor no tiene ningún derecho en la cosa que pueda oponer á los terceros es que la ley no prescribe ninguna medida en interés de los terceros, ni acta, ni registro, ni declaraciones que tengan por objeto impedir el fraude en su perjuicio. Si el legislador hubiera querido conceder al acreedor anticresista un derecho en la cosa, derecho oponible á los terceros, este derecho hubiera sido un privilegio análogo al del acreedor prendista; desde luego este privilegio hubiera debido hacerse público, como todos los privilegios inmuebles, ó cuando menos el legislador lo hubiera sometido á formas y á garantías en interés de los terceros. Es seguro que el anticresista no tiene privilegio. ¿En qué versaría su derecho real? ¿En los frutos? Sería un derecho real en objetos muebles, derecho oponible á terceros, derecho asegurando al anticresista una preferencia á los demás acreedores que tuvieran un derecho en los frutos. Este derecho, análogo al empeño, no se entendería en el sistema del Código sino mediante garantías; si éstas son necesarias para el empeño también lo serán para la anticresis. Y la ley no

prescribe ninguna forma, ninguna condición en interés de los terceros. Prueba de que no entendió que el derecho del anticresista pudiera serles opuesto.

563. Los principios conducen á la misma consecuencia. ¿Qué es un derecho real? ¿Cuáles son sus consecuencias? Es un derecho en la cosa que está gravada. ¿Tiene el anticresista un derecho en el fundo de que percibe los frutos? Según el art. 2085 no adquiere por este contrato más que la facultad de percibir los frutos del inmueble con cargo de imputarlos en los intereses y en el capital de su crédito. Decir que el anticresista sólo tiene el derecho de percibir los frutos del inmueble es decir que no tiene derecho en el inmueble; no es éste el que está afectado á su crédito como la prenda para el acreedor prendista (art. 2078), como el inmueble hipotecado está afecto al pago de una obligación (art. 2114). No teniendo el anticresista más que un derecho en los frutos su derecho es mueble, mientras que si tuviera un derecho en la cosa su derecho fuera inmueble, puesto que se ejercería en un inmueble. Y si el derecho del anticresista fuera real, y por tanto inmueble, podría ser hipotecado, y es bien seguro que no lo puede ser; luego el derecho no es real. En fin, el derecho real da el derecho de promoción, afecta la cosa en cualquier poder que esté. ¿Tiene el anticresista un derecho de persecución? Nó; luego no tiene derecho real. Este es un punto capital y hay que insistir en él. Todos los derechos reales que reconoce el Código como tales dan derecho de promoción: tal es el usufructo, tales las servidumbres inmobiliarias (art. 543), tales son las hipotecas y el privilegio inmobiliario. Este carácter del derecho real es de su esencia cuando grava un inmueble, pues tiene por objeto desmembrar el inmueble, y éste, desmembrado, permanece en poder de cualquier poseedor. ¿Sucede lo mismo con la anticresis? Nó; acerca de este punto todos están acordes; el anticresista lejos de poder perseguir el in-

mueble en manos de un tercero poseedor pierde su derecho al perder la posesión del inmueble; percibe los frutos mientras que posee la cosa y deja de percibirlos cuando deja de poseerla. Destituido del derecho de perseguir el derecho del anticresista no puede ser un derecho real. Se objeta que el acreedor prendista tampoco tiene el derecho de promoción, lo que no impide que su derecho sea real. Contestaremos que esto procede del principio del art. 2270. El mismo propietario no tiene el derecho de perseguir la cosa cuando es mobiliario. ¿Se dirá que su derecho no es un derecho de propiedad porque no tiene el de reivindicarla? A decir verdad puede reivindicar; sólo que el poseedor de buena fe puede rechazar la acción oponiéndole su posesión. Lo mismo pasa con todos aquellos que tienen un derecho real en una cosa mueble; el usufructuario, cuando su goce versa en muebles, puede ejercer su derecho en ellos cuando los posee un tercero; pero si el poseedor es de buena fe puede rechazar su acción por la excepción de posesión. Lo mismo pasa con el acreedor prendista. El derecho real mobiliario tiene, pues, el derecho de persecución; sólo que éste se hace ineficaz cuando el poseedor es de buena fe. Volveremos ahora al anticresista y se verá que la objeción se vuelve en contra de aquellos que la presentan. ¿Puede perseguir el inmueble empeñado en manos de un tercer poseedor? Nó. ¿Lo puede cuando el poseedor es de mala fe? Nó, nunca tiene el derecho de persecución, mientras que el acreedor prendista lo tiene por esencia, á reserva de la excepción que resulta de la buena fe del poseedor. Luego el derecho del anticresista difiere fundamentalmente del derecho de empeño; este es real, el otro no lo es. (1)

564. Hay objeciones y serias. Se opone la tradición. Pothier dice terminantemente que el derecho de anticresis es un derecho de la cosa, lo mismo que el derecho de hi-

1 Proudhon, *Del usufructo*, t. I, p. 91, núm. 85 y p. 99, núm. 94.

poteca; concluyéndose que cuando un acreedor ha adquirido el derecho de anticresis sobre una herencia el deudor no puede enajenar la herencia á nadie, ni hipotecarla á un segundo acreedor del derecho de anticresis del acreedor á quien la concedió. (1) Podríamos contestar que la doctrina de Pothier en esta materia no deja de tener opositores; Duparc-Poulláin dice lo contrario. La cuestión estaba, pues, controvertida en el derecho antiguo y se trataba de saber cuál de las dos opiniones los autores del Código entendieron consagrar. Pero esta respuesta no es satisfactoria; para los autores del Código la tradición se resume, en general, en la doctrina de Pothier; ¿conocen el disentimiento de Duparc-Poulláin? Se puede dudar. Sin embargo, sería exagerar la autoridad de Pothier pretender que su opinión se deba admitir como una interpretación oficial del Código Civil. Cuando se trata de la tradición se debe ver ante todo si los autores del Código la han consagrado. Y basta comparar el art. 2085 con las palabras de Pothier para convencerse de que hay una diferencia radical entre la ley y el derecho antiguo, suponiendo que la doctrina de Pothier fuese la del derecho antiguo. El Código no dice que la anticresis es un derecho en la cosa, un derecho real, lo dice de la hipoteca, y, si como Pothier, hubiera colocado ambos derechos en igual línea, habría sabido decir de la anticresis lo que dice de la hipoteca, y los términos restrictivos del art. 2085 no permiten identificar la anticresis con la hipoteca. Cuando se compara este artículo con el 2114 se ve que hay una diferencia entre ambos derechos; por una parte la ley dice que la hipoteca es un derecho real sobre los inmuebles afectados al pago de una obligación y que los persigue en poder de quien estén, por otra parte dice que el acreedor anticresista sólo adquiere el derecho de per-

1 Pothier, *De la hipoteca*, núms. 231 y 232. Compárese Pont, t. II, p. 705, núm. 1279.

cibir los frutos del inmueble; no se trata ni de derecho real ni de derecho de persecución. Lo cual nos parece decisivo.

565. Los trabajos preparatorios dejan indecisa la cuestión. Berlier trata extensamente las diferencias que existen entre la anticresis y el empeño. Comienza por decir que «la anticresis es al inmueble lo que el empeño es al mueble, lo que parece identificar ambos derechos; pero agrega inmediatamente que hay diferencias entre ambos empeños. En el empeño propiamente dicho es la cosa misma la que responde de la deuda; en la anticresis es en la percepción de los frutos en la que se ejerce el derecho del acreedor. Esta diferencia es característica: la cosa empeñada está gravada, el inmueble dado en anticresis no lo está. El derecho del anticresista no puede, pues, ser un derecho real en el inmueble; sólo pudiera serlo en los frutos. Berlier no pronunció la palabra *derecho real*; su lenguaje es restrictivo, como el del Código. «El derecho de percibir los frutos, dice, combinado con el de perseguir la expropiación del fundo en caso de falta de pago da al acreedor todo lo que puede atribuirle el contrato que no le confiere derecho de propiedad (pues el fundo no está enajenado) ni *derecho hipotecario*, puesto que tal derecho sólo puede adquirirse según las formas generales establecidas por las leyes y por una inscripción regular.» Es seguro que el anticresista no tiene hipoteca, pero Berlier parece ir más allá diciendo que el acreedor no tiene *ni derecho de propiedad ni derecho hipotecario*. ¿No es esto decir que tiene ningún derecho real, ni propiedad desmembrada, ni propiedad? Sin embargo, no nos atrevemos á afirmar que tal sea la mente del Orador del Gobierno. En lo que agrega sólo insiste en este punto: es que el anticresista no puede oponer su derecho á los acreedores hipotecarios anteriores. (1) Nada dice del conflicto entre los acreedores posteriores y el anticresista, y esta es la verdadera dificultad.

1 Berlier, Exposición de los motivos, núm. 9 [Loché, t. VIII, p. 100].

El Relator del Tribunado establece también una comparación entre el empeño y la anticresis. Según él el acreedor prendista tiene un privilegio en la misma cosa, mientras que el anticresista sólo lo tiene en los frutos. Esto es exacto en lo que se refiere al empeño; pero en cuanto al anticresista Gary hace decir á la ley lo que ésta no dice. (1) El artículo 2085 dice que el acreedor sólo tiene el derecho de percibir los frutos, no dice que tenga un privilegio en los frutos; y los privilegios sólo existen en virtud de la ley; donde no hay texto no hay privilegio. Debe, pues, concluirse del texto que el anticresista no tiene privilegio en los frutos y no tiene derecho en el inmueble; desde luego no puede tratarse de derecho real.

566. La opinión contraria invoca también los textos y, ante todo, los artículos que definen la anticresis. Según el art. 2072 la anticresis es el *empeño* de una cosa inmueble. ¿Y qué es el empeño? Es un contrato por el que el deudor entrega una cosa á su acreedor *para la seguridad de la deuda*. La anticresis, así como el empeño, tiene, pues, por objeto dar al acreedor una seguridad para el pago de lo que se le debe. ¿En qué consiste esta seguridad? En una garantía real; y el inmueble entregado en empeño no da al acreedor más seguridad que el derecho que tiene en el inmueble, derecho que puede oponer á los terceros; luego un derecho real. ¿Cuál sería la seguridad del acreedor si después de haberle dado un inmueble en anticresis el deudor pudiera hipotecarlo y enajenarlo con este efecto: que el comprador ó acreedor hipotecario tendrían el derecho de juntar al anticresista la posesión de la cosa y, por consiguiente, la facultad de percibir los frutos? Para que el anticresista encuentre una seguridad es necesario que pueda oponer su derecho á los terceros y que éstos se vean obligados á respetarlo. (2)

1 Gary, Informe núm. 24 (Locré, t. VIII, p. 106).
2 Mourlón, Repeticiones, t. III, p. 487, núm. 1229.

Es verdad que la ley califica de empeño la anticresis que dice que el empeño tiene por objeto dar una *seguridad* al acreedor. Pero el art. 2011 no dice en qué consiste esta *seguridad*. Puede haber garantías más ó menos fuertes. Toda garantía real da al acreedor un derecho de preferencia, pero hay varios grados de preferencia. El privilegio inmobiliario da al acreedor el derecho de ser preferido á los demás acreedores, aun los hipotecarios. El acreedor privilegiado tiene, pues, un doble grado de preferencia en los quirografarios y en los hipotecarios. La hipoteca, al contrario, sólo da al acreedor un solo grado de preferencia para con los acreedores quirografarios; lo mismo pasa con los privilegios muebles que, por razón de su objeto, no pueden dar al acreedor un derecho en los inmuebles ni una preferencia para con los acreedores hipotecarios. El art. 2071, al decir que el empeño da una seguridad al acreedor, no decide la cuestión de saber en qué consiste esta seguridad; no identifica la seguridad que da la prenda con la seguridad que da la anticresis. Para saber en qué consiste la seguridad del prendista y del anticresista hay que ocurrir á los textos, y los textos establecen una diferencia considerable entre ambos derechos. El art. 2073 concede al acreedor prendista un privilegio y una preferencia para con los terceros, mientras que el art. 2085 no habla de preferencia ni de privilegio. Cuando el deudor no paga el acreedor en posesión de una prenda puede hacer que se ordene en justicia que la prenda se le quede hasta concurrencia de lo que se le debe; el acreedor anticresista no tiene este derecho. El prendista puede también mandar vender la cosa en remate y se le pagará de preferencia á los demás acreedores con el precio procedente de la venta. El anticresista, al contrario, tiene que perseguir la expropiación de su deudor en las formas legales, y en el orden que se abrirá se le colocará como simple acreedor quirografario. Estas son las diferencias consi-

derables consagradas por el texto; luego de que la anticresis es un empeño como la prenda y de que el empeño es una seguridad para la deuda no se puede inducir que la anticresis confiere un derecho real.

Se dice que el art. 2071 prueba, cuando menos, una cosa: es que la anticresis es una seguridad; y se dice en nuestra opinión que esta pretendida seguridad es decisoria, puesto que pertenece al deudor nulificarla vendiendo ó hipotecando el inmueble dado en anticresis. Sin duda la seguridad no es una seguridad eficaz como la del acreedor prendista; pero no se puede decir que la anticresis no dé ninguna seguridad al acreedor. ¿Cuál es su objeto? El deudor no tiene con qué pagar los intereses y el capital de la deuda; entrega á su acreedor un inmueble en anticresis y con éste le da un medio de pagarse con los frutos. Esta es la seguridad que las partes se proponen; el deudor da al acreedor un medio para que se pague con la percepción de frutos. ¿Esta seguridad debe extenderse más allá? ¿El acreedor anticresista puede oponer su derecho á los adquirentes y acreedores hipotecarios? Esto sería un derecho de preferencia; y el art. 2085 no da ningún derecho de preferencia al anticresista. Es, pues, una seguridad limitada que sólo tiene efecto entre las partes contratantes. Seguridad imperfecta, sin duda; pero el acreedor está libre para estipular una seguridad más eficaz haciendo que se le dé una hipoteca y, por consiguiente, un derecho de preferencia.

567. Esto es lo que el art. 2051 parece decir: "Todo cuanto está estatuido en el presente capítulo no perjudica los derechos que los terceros podrían tener en el fundo del inmueble entregado á título de anticresis. Si el acreedor con tal título tiene además en el fundo privilegios ó hipotecas legalmente establecidas y conservadas lo ejercerá en su orden y como cualquier otro acreedor." Parece resultar de esta disposición que el acreedor anticresista, como tal,

no puede oponer su derecho á los terceros en este sentido: que les sea preferido; sólo tiene preferencia si tiene una hipoteca ó un privilegio. ¿No debe concluirse de esto que el anticresista sólo es un acreedor quirografario; es decir, que sólo tiene un derecho personal con su deudor?

Es en este sentido en el que el art. 2091 está interpretado por los partidarios de la opinión que sostenemos. Delvincourt dice que esta disposición significa que la anticresis no impide el ejercicio de los derechos reales constituidos aun posteriormente. Si sólo tuviera por objeto, se dice, decidir que la anticresis no perjudica los derechos que los terceros podrían haber adquirido en el inmueble no tendría sentido, pues se entiende que la anticresis no puede quitar un derecho adquirido á los acuerdos anteriores, teniendo el anticresista que tomar el inmueble en el estado en que se encuentra: desmembrado por las hipotecas. Para dar un sentido al art. 2091 es necesario aplicarlo aun á las hipotecas que los terceros adquieran en el inmueble después de la constitución de la anticresis. Lo que conduce á decir que el anticresista no puede oponer su derecho á los acreedores anteriores ni á los posteriores; por tanto, no tiene derecho real, sólo tiene un derecho contra la persona de su deudor. (1)

La interpretación que se da al art. 2091 nos parece dudosa. Conduce á decir que esta disposición sería inútil si se la limitase al derecho real establecido acerca del inmueble antes de la constitución de la anticresis. Esto no es un argumento decisivo. Hay muchas disposiciones en el Código que son inútiles en este sentido: que sólo aplican principios y que estas aplicaciones eran claras. Hay, pues, que ver lo que quiso el legislador. Y el Orador del Gobierno y el Relator del Tribunado están acordes en este punto: uno y otro,

1 Delvincourt, t. III, p. 444, notas 2 y 3. Troplong, *Del Empeño*, núm. 178. Bastia, 9 de Mayo de 1838 (Daloz, en la palabra *Empeño*, núm. 241).

al exponer los motivos del art. 2091, suponen que el anticresista se encuentra en conflicto con los acreedores anteriores al acta de empeño. Berlier compara al prendista con el anticresista: el primero, dice, es preferido á *todos los demás* aun más antiguos que él, porque el inmueble ha salido de la posesión del deudor y que los inmuebles no se persiguen por hipoteca en derecho francés: «En la anticresis, al contrario, si la expropiación está perseguida, ya por el detentor del inmueble, ya por cualquier otro acreedor, el empeño del inmueble no establecerá privilegio ni hipoteca. Esto es un poco vago, pero lo que sigue precisa el sentido de lo que quiso decir Berlier: «El acreedor simplemente poseído de anticresis no podría razonablemente pretender que tal acta borrarse los títulos de los terceros y le diera sobre ellos una preeminencia que se volvería subversiva al orden social.» ¿En qué sentido está en causa el orden social? En este sentido: que los derechos adquiridos deben ser mantenidos, si no ya no habría seguridad en las relaciones civiles. Esto es lo que dice el Orador del Gobierno: «La anticresis no podía, pues, prevalecer á los derechos hipotecarios *adquiridos* por los terceros, ni concurrir con ellos; pero si el acreedor poseído es también acreedor hipotecario inscripto ejercerá sus derechos en su orden y como cualquier otro acreedor.» Así, según la Exposición de los Motivos, el art. 2091 dice precisamente lo que es por demás decir, como dicen Delvincour y Troplong; no decide nuestra cuestión. El Relator del Tribunado da la misma explicación. ¿Se deducirá de ella que el anticresista puede oponer su derecho á los acreedores posteriores al acta de empeño? Los oradores del Gobierno y del Tribunado no dicen esto, para que lo digan habría que argüirdelsilencio que guardan en cuanto á los derechos posteriores. Y si el argumento *a contrario* es azarosa cuando se trate de interpretar un texto de la ley lo es mucho más cuando se trata de interpretar ó explicar uno de esos dis-

curso oficiales que sólo son paráfrasis de los textos. La cuestión que discutimos suscita unas dificultades serias cuando hay conflicto entre el acreedor anticresista y los acreedores hipotecarios posteriores. Si los autores del Código hubieran entendido que el acreedor anticresista fuera preferido á los acreedores posteriores hubieran discutido la cuestión y contestado las objeciones; ¿puede decirse que han decidido un punto tan difícil guardando silencio? Esto no es admisible. Volveremos más adelante á estas dificultades.

568. La legislación francesa ministra un argumento especioso á la doctrina que combatimos. Según la ley de 25 de Mayo de 1855 el acta de anticresis debe ser registrada. Y si el derecho que confiere la anticresis no pudiera oponerse á los terceros que preteñen derechos en el inmueble empeñado ¿con qué objeto se le hubiera sometido al registro? Queriendo la ley que la anticresis sea hecha pública es tiene que admitir que ésta engendra un derecho real. (1) Este argumento, que se considera como decisivo, no convenció á la Corte de París. La ley, dice, al ordenar la publicidad de ciertas convenciones cuyo conocimiento puede interesar á los terceros no entendió alterar los efectos legales de estas convenciones, y especialmente de la anticresis, por lo que prescribió el registro en interés de los terceros. Esta ley no la deroga el Código Civil; y bajo el imperio del Código había controversia acerca del punto de saber si el anticresista podía oponer su derecho á los acreedores posteriores; convenía, pues, hacer público este derecho suponiendo que el acreedor pudiera oponerlo á los que tratarían con el propietario del inmueble. (2)

Muchas cosas más podrían contestarse todavía á la objeción; sólo insistimos en ello porque la ley belga acerca de la

1 Moulón, *Repeticiones*, t. III, p. 488, núm. 1230.

2 París, 2 de Agosto de 1871 (Dalloz, 1871, 2, 193).