

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. Siguese 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 1259. 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. Síguese 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 subscribió. 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