

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 mueble. ¿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 mueble 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 Proudhón, *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 leal; 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 (Loché, 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 Tribunalado 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).
P. de D. TOMO XXVIII—78