

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 podría, 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 argüir del silencio 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 pretenden 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).

transcripción no menciona las anticresis entre los derechos que deben ser registrados. El informe de la comisión que preparó la Ley Hipotecaria da los motivos: es que la anticresis sólo constituye un derecho mueble y no puede perjudicar en ningún caso á los adquirentes de inmuebles ni á los acreedores hipotecarios. (1) Este informe tampoco prejuzga nada; sólo las decisiones legislativas tienen fuerza de ley; pero es cuando menos una autoridad que testifica cuál es la opinión general en Bélgica. (2)

*Núm. 2. ¿Puede el acreedor oponer su derecho á los terceros?*

569. Hay otra disposición acerca de la naturaleza de la anticresis y los derechos del acreedor. Aubry y Rau la formulan claramente. Admiten que el acreedor puede oponer su derecho á los terceros, pero niegan que este derecho sea real: dicen que es comprometer una buena causa con un mal argumento. (3) Por contra los que sostienen la realidad del derecho dicen que los editores de Zachariæ se equivocan. (4) Este profundo disentiimiento que divide la opinión que combatimos no atestigua en su favor. No es decir nada el afirmar que el acreedor anticresista tiene un derecho contra los terceros; todo depende del motivo para decirlo. Y acerca de este punto esencial el desacuerdo es absoluto; lo que unos consideran como una verdad los otros lo llaman error. En nuestro concepto ambas opiniones se destruyen una con otra; unos tienen razón en decir que la anticresis no es un derecho real y los otros tienen razón en decir que el anticresista no puede oponer su derecho á los terceros.

1 Informe en Parent, *Documentos*, p. 15.

2 Compárese Martou, *Comentarios acerca la Ley Hipotecaria*, t. I, p. 51, número 34.

3 Aubry y Rau, t. IV, p. 718, nota 9, pfo. 438.

4 Pont, t. II, p. 704, núm. 1278.

Veamos desde luego en qué sentido se admite que el acreedor puede oponer á los terceros los derechos que le da el empeño. ¿Cuáles son los derechos del acreedor? Tiene el derecho de retención y de goce; este último está subordinado al primero, puesto que el derecho á los frutos no se concede sin posesión. El acreedor, se dice, puede hacer valer los derechos de retención y goce contra el tercero que adquiriera el inmueble posteriormente al acta de anticresis, así como los acreedores hipotecarios cuyas hipotecas no se han vuelto ineficaces sino posteriormente al establecimiento de la anticresis; en fin, puede oponer sus derechos á los acreedores quirografarios. Este es el interés del debate: los acreedores no pueden forzar al acreedor anticresista á abandonar el inmueble antes de haberlo completamente desinteresado, y no pueden embargar los frutos á su perjuicio.

570. Estas consecuencias son muy naturales y muy lógicas cuando se admite la realidad del derecho de anticresis. Pero en la opinión que exponemos el derecho de la anticresis no es real; es, pues, personal; es decir, que tiene un derecho de crédito contra el deudor que le ha entregado el inmueble en anticresis. ¿En virtud de qué principio puede el acreedor oponer un derecho de crédito á los terceros? Se contesta que es una aplicación del principio en virtud del cual no podemos transferir á otra persona más derechos de los que tenemos. Es muy cierto que el principio por sí mismo no basta para explicar y justificar la opinión que autoriza al anticresista á oponer su derecho de crédito á los terceros. El deudor queda propietario después de dar el inmueble en anticresis; puede, pues, venderlo ó gravarlo con hipoteca. Cuando el adquirente ó el acreedor hipotecario ejercieran sus derechos en el inmueble ¿podría el anticresista rechazarlos oponiendo su derecho personal de retención y de goce? El demandado contestaría: «Es precisamente porque nuestro derecho es puramente de crédito por

lo que no podréis oponérmelo, pues que yo no he contraído ninguna obligación para con vosotros, y la que vuestro deudor haya contraído me es extraña; yo estoy ligado en un contrato en el que no figuro. En vano me diríais que soy el legatario de vuestro deudor; sin duda, pero como tal no estoy obligado á lo que mi autor haya contraído, yo sólo estoy obligado á respetar los derechos reales que resultan de los contratos que ha consentido. Y vuestro derecho no es real; luego no me lo podéis oponer, porque sólo tenéis acción contra vuestro deudor.»

Esto es elemental, y los excelentes jurisconsultos que combatimos lo han perfectamente comprendido; por esto tienen cuidado de agregar que invocan la máxima *Nemo plus juris in alium transfere potest quam ipse habet*, en el sentido y extensión que tiene en francés. (1) ¿Qué significa esto y dónde consta que dicha máxima tiene otro sentido en francés que el que siempre ha tenido sin que resulte de la naturaleza misma de la máxima? Nosotros no conocemos más que un solo artículo del Código que, según varios autores, especialmente Aubry y Rau, darían á esta máxima una extensión que no tenía en derecho romano ni en la antigua jurisprudencia francesa: es el art. 1743. El dador vende la cosa arrendada: ¿Está ligado el adquirente por el arrendamiento ó puede expulsar al arrendatario? En el derecho antiguo se decidía que el contrato de arrendamiento no ligaba al adquirente, que sólo resultaba un derecho de crédito del arrendatario contra el dador, derecho que el arrendatario no podía oponer al adquirente extraño en el arrendamiento. ¿Qué importa que el dador esté obligado con el arrendatario? Esta es una obligación personal que no da al arrendatario ningún derecho en la cosa; el dador está obligado por el compromiso que ha contraído, el adquirente no lo está. Estos son los verdaderos principios, como Pothier los establece.

1 Compárese Durantón, t. XVIII, p. 642, núm. 560.

El Código los ha derogado. La disposición del art. 1743 es, pues, una excepción, una verdadera anomalía. ¿Cuál es el motivo para que el legislador haya dado efecto al contrato de arrendamiento contra el adquirente? Ya lo hemos dicho en el título *Del Arrendamiento*: es el interés general, y más que todo el interés agrícola. Hay otra explicación: se pretende que la ley ha aplicado al derecho de arrendamiento la máxima que no nos permite transferir á otro más derechos que los que tenemos. Esta explicación es muy contestable. Pero aun cuando se admitiera todo lo que se podría deducir es que por excepción el legislador extendió á un derecho de crédito un principio que sólo se había aplicado á los derechos reales. Luego sería siempre una extensión excepcional de la máxima. Lo que es decisivo contra los que la invocan, puesto que las excepciones no se extienden. En ninguna parte del Código se dice que la máxima tradicional tenga en derecho francés un sentido diferente que el que tenía en derecho romano y en nuestro antiguo derecho. Si el art. 1743 le ha dado una extensión excepcional ¿se deducirá que esta excepción, verdadera anomalía, llegará á ser regla? Esto sería razonar mal. Sólo el legislador puede cambiar la naturaleza de los principios; el intérprete debe mantenerlos, salvo respetar las derogaciones que hace la ley; no tiene el derecho de transformar la excepción en regla.

571. Se insiste en decir que si el anticresista no puede oponer su derecho á aquellos que posteriormente al acta compraron el inmueble ó estipularon en derecho real de penderá del deudor nulificar el efecto de la anticresis. Y, se dice, conforme á los términos del art. 2087 el deudor no puede, antes de pagar completamente su deuda, reclamar el goce del inmueble que ha dado en anticresis; esto es decir que el deudor no puede desposeer al acreedor, si no lo puede directamente menos lo podrá vendiendo ó hipotecando el in-

mueble. En virtud del contrato de empeño el deudor está privado del goce de la cosa que ha dado en pago á su acreedor; no puede volver á ella sin ofrecerle otra en pago. Puede, sin duda, enajenar el fundo de la anticresis y gravarlo con hipoteca, pero sólo bajo la misma condición; es decir, que el adquirente y el acreedor hipotecario no podrán desposeer al acreedor más que pagándole todo. Proudhón, que extensamente desenvuelve esta argumentación, termina diciendo que el derecho de retención de que goza el acreedor anticresista da un *privilegio* tan eficaz como el que resulta de la hipoteca, aunque no se opere del mismo modo. (1)

En el fondo esta argumentación no es más que una paráfrasis de la máxima tradicional, base de la opinión que combatimos. Proudhón, tan sagaz como sutil, no se apercibió de que su razonamiento supuso lo que faltaba demostrar; es decir, que el adquirente y el acreedor hipotecario debían respetar un derecho de crédito. La conclusión á que llega atestigua contra el principio de que se desprende. Se quiere que el acreedor anticresista tenga un *privilegio*; es decir, un derecho de preferencia tan eficaz como el derecho hipotecario y, sin embargo, el derecho de retención sólo se concede, en materia de prenda, contra el deudor, no contra los terceros. Nos trasladamos á lo dicho acerca del empeño (núms. 501 y 502). Cuando la ley concede un privilegio en materia de empeño tiene cuidado de prescribir condiciones y formalidades para resguardar los intereses de los terceros. El derecho de retención del prendista no está sometido á estas condiciones y sus formas porque el acreedor sólo lo puede oponer al deudor, los terceros están fuera de causa. Por esto es por lo que la ley, con la misma mente, concede el derecho de retención al acreedor anticresista. Tampoco prescribe

1 Proudhón, *Del usufructo*, t. I, p. 95, núm. 90; p. 97, núms. 92 y 93; p. 101, núm. 96.

ninguna condición, ninguna formalidad en interés de los terceros. ¡Y, no obstante, este derecho de retención conferiría un privilegio al anticresista! Esta doctrina es un tejido de contradicciones. Asimila la anticresis al empeño y da al anticresista un derecho del que no goza el prendista: el derecho de retención contra los terceros. Da al anticresista un privilegio ó una preferencia bajo el nombre de derecho de retención, cuando el art. 2085 niega implícitamente al anticresista toda preferencia y privilegio. El prendista sólo goza de su privilegio llenando las formalidades y condiciones prescritas por la ley; y el anticresista que no tiene ningún derecho tendría un privilegio sin ninguna condición. Se objeta que nuestra opinión sacrifica el derecho del anticresista á los terceros. Invertimos el reproche; la opinión que combatimos sacrifica el derecho de los terceros al del anticresista, y esto es más grave, pues el interés de los terceros es el interés general, y en el interés de todos está el interés de uno solo. Mejor dicho, son derechos en oposición con el interés del anticresista, pues éste no tiene derecho en la cosa, no tiene más que un crédito contra el deudor, mientras que los terceros tienen un derecho en la cosa como adquirentes ó como acreedores hipotecarios. Esto es decisivo; el derecho de los terceros vence el del anticresista, que no tiene derecho para con ellos.

572. Durantón hace valer aún otro argumento. El artículo 2085 quiere que la anticresis sea establecida por escrito. La razón no puede ser más que porque el acreedor puede oponer su derecho á los terceros. (1) Preguntaremos qué garantías ofrece el escrito á los terceros. Cuando se trata del privilegio del acreedor prendista la ley no se conforma con un escrito, quiere una acta auténtica ó una privada, pero registrada, prescribiendo las declaraciones que

1 Durantón, t. XVIII, p. 647, núm. 560.