

debe contener esta acta. Si la ley hubiera entendido dar efecto á la anticresis contra los terceros habría organizado un sistema cualquiera de garantías en su favor, y el escrito solo no es una garantía. El argumento se vuelve, pues, contra aquellos que lo invocan.

573. La Corte de Casación se pronunció por la opinión que hemos creído deber combatir; la sentencia, pronunciada en el informe de Labori, fué redactada con mayor cuidado. (1) Sin embargo, no hace más que reproducir, casi textualmente, la argumentación de Proudhon que ya hemos contestado.

*Núm. 3. Consecuencias.*

574. Hay un punto que no es dudoso: que el acreedor anticresista no puede oponer su derecho á los terceros que antes del acta de empeño habían adquirido un derecho en el inmueble, ya á título de adquirentes, ya con el de acreedores hipotecarios. El art. 2091 lo dice, y el Orador del Gobierno, así como el Relator del Tribunal, formulan este principio con gran energía: esto sería, dicen, trastornar las relaciones sociales, el atacar derechos adquiridos en los inmuebles. Aquí es el caso de invocar la máxima tan amenudo citada en este debate: que el propietario que ha enajenado el fundo ó que lo ha hipotecado ó gravado con cualquier otro derecho real no puede ya consentir á un tercero en el inmueble un derecho que destruya ó altere las concesiones ya consentidas. La ha enajenado, no tiene ningún derecho en la cosa y, por consiguiente, no puede ya hacer ningún acto de disposición, ni aun de administración, relativos á la cosa; es el adquirente el que ha adquirido el poder absoluto de disponer y de gozar de ella. La ha hipotecado, el inmueble se halla desmembrado y no puede dispo-

1 Casación, 31 de Marzo de 1851 [Daloz, 1851, 1, 65].

ner de ella en provecho del acreedor anticresista más que en el estado en que se halla desmembrada por la concesión que ha hecho; (1) no se comprende por qué una corte de apelación pudo descuidar un principio elemental consagrado por el texto del Código.

575. La única dificultad que se puede presentar es la de saber cómo los adquirentes y acreedores hipotecarios probarán la fecha en la que han adquirido sus derechos. En cuanto á los adquirentes la cuestión la zanja la nueva ley que exige la transcripción para que los actos translativos de derechos reales inmuebles puedan ser opuestos á los terceros. La fecha de las hipotecas se establece por la inscripción. Queda la anticresis. La legislación francesa prescribe la transcripción del acta que la establece, de donde se sigue que el anticresista puede oponer su derecho, en la opinión general, á aquellos cuyos derechos no hubieran recibido la publicidad legal cuando la transcripción del acta de empeño. Conforme á nuestra legislación el acta anticrética no debe ser transcripta; la fecha en que fué constituida se establece, pues, conforme al derecho común, por acta auténtica ó privada que tengan fecha cierta. (2)

576. El anticresista puede, pues, perder; mejor dicho, ser desposeído por un adquirente ó un acreedor hipotecario anterior. Se pregunta si debe tener en cuenta á aquellos que le quiten la posesión de los frutos que ha percibido. Se deben distinguir los adquirentes y los acreedores hipotecarios. Aquéllos tienen derecho á los frutos á partir del embargo. Esta es la disposición de la ley belga de 15 de Agosto de 1854 (núm. 23). (3) En cuanto á los adquirentes sus derechos

1 Casación, 11 de Julio de 1855 (Daloz, 1856, 1, 9). Pont, t. II, p. 703, número 1273.

2 Pont, t. II, p. 685, núm. 1230 y p. 703, núm. 1273. Aubry y Rau, t. IV, p. 716, nota 6, pfo. 437.

3 Según la ley francesa, arts. 682 y 685 del Código de Procedimientos modificado, los frutos sólo se vuelven muebles después de la transcripción del embargo por el acreedor.

quedan regidos por el Código Civil. Ordinariamente los frutos les pertenecen desde el acta de venta; si, pues, el vendedor dió el inmueble en anticresis, posteriormente á la venta, dispuso de la cosa ajena y, por consiguiente, es nula la anticresis. La consecuencia es que el anticresista debe restituir todos los bienes que percibió. Se ha escrito que el anticresista puede prevalecerse, contra el adquirente, del art. 549; es decir, que hará suyos los frutos si es de buena fe; esto es equitativo y racional, se dice. (1) Tendría que preverse, ante todo, si esto es jurídico y legal. Y según el artículo 547 los frutos pertenecen al propietario, y el art. 549 no hace excepción á este principio más que para los poseedores de buena fe; es decir, según el art. 550, aquellos que poseen como propietarios en virtud de un título translativo de propiedad cuyos vicios ignoran. ¿Posee el anticresista como propietario? ¿Posee en virtud de un título translativo de propiedad? ¿Puede decirse que ignore los vicios de su título? Nó. Luego no tiene la buena fe legal; por tanto, no puede reclamar los frutos; percibió lo que era del propietario, tiene que restituirlo. Si la equidad está á favor del anticresista el propietario tiene á su favor el derecho, y el derecho prevalece á la equidad.

577. El art. 2091 agrega que si el acreedor anticresista tiene una hipoteca la ejerce en su orden como cualquier acreedor. Aunque teniendo una hipoteca el acreedor puede tener interés en estipular una anticresis, puesto que esto es un medio de pagarse sin tener que pasar por las formalidades largas y costosas de la expropiación forzada, y se entiende que el derecho nuevo que estipula no le hace perder su derecho real de hipoteca.

El acreedor anticresista puede también, por falta de pago y como acreedor quirografario, perseguir la expropiación de su deudor por las vías legales (art. 2088). Pero el acree-

1 Pont, t. II, p. 703, núm. 1274.

dor, no teniendo privilegio, sólo será colocado en la lista como acreedor quirografario y pagado por contribución si el deudor es insolvente. (1) El acreedor tiene, pues, interés en no provocar la expropiación mientras que él mismo no está perseguido. Puede estarlo por los acreedores hipotecarios anteriores. Queda por saber si puede oponer su derecho á los que adquieren uno en la cosa posteriormente al acta de anticresis.

Hay á este respecto una gran diferencia entre la anticresis y el empeño. El acreedor prendista realiza su derecho haciendo vender la prenda en remate, se le pagará de preferencia á los demás acreedores; mientras que el acreedor anticresista que persigue la expropiación pierde su derecho; renunciando á la posesión y al derecho de retención renuncia por esto mismo al derecho que tiene de percibir los frutos, y este es el único derecho que tenga. (2)

578. El deudor que da una cosa en prenda permanece propietario de ella; la ley lo dice del empeño (art. 2039) y lo mismo sucede con la anticresis, que sólo confiere al acreedor el derecho de percibir los frutos (art. 2085). De esto se sigue que el deudor puede enajenar el fundo empeñado, puede hipotecarlo. ¿Cuáles serán los derechos del adquirente y del acreedor hipotecario? Aquí brota la diversidad de opiniones relativas á la naturaleza de la anticresis. En la doctrina que hemos enseñado el anticresista tiene sólo un derecho de crédito que no puede oponer más que al deudor. No puede prevalecerse de él contra los terceros que tienen un derecho real en la cosa. Por consiguiente, el adquirente podrá vencer al anticresista, sin que éste pueda oponerle su derecho de retención ni su derecho á los frutos. Asimismo los acreedores hipotecarios podrán embar-

1 Mourlón, *Repeticiones*, t. III, p. 488, núm. 1231, 1.º Pont, t. II, p. 702, núm. 1272 y p. 708, núm. 1284.

2 Proudhón, *Del usufructo*, t. I, p. 100, núm. 35.

gar el inmueble empeñado que les fué dado en hipoteca; el anticresista desposeído y que no tiene el goce del fundo sólo tendrá acción más que contra el deudor. Hay sentencias en este sentido. Se objeta que esto es permitir al deudor nulificar el derecho que tiene concedido al acreedor; esto es verdad. Pero si el acreedor pudiera oponer su derecho de goce y retención á los terceros resultaría que el deudor podría engañar á los terceros acreedores y á los acreedores hipotecarios. Esto sería, dice la Corte de Rennes, destruir los efectos del régimen hipotecario, alterar la confianza pública y favorecer á los deudores de mala fe, quienes venderían é hipotecarían como libres fundos cuyos frutos hubieran empeñado á un anticresista para un tiempo que nada limita. (1) En efecto, el derecho de anticresis en el sistema del Código Civil no tiene que publicarse; la ley no prescribe ninguna garantía por interés de los terceros. ¿No prueba esto que en la intención del legislador la anticresis no debe perjudicar á los terceros? El legislador tenía que pronunciarse en favor del anticresista ó en favor de los terceros, y prefirió á éstos porque sus intereses se confunden con el interés general, y el interés social exige que los adquirentes y acreedores hipotecarios puedan contar con la estabilidad de los derechos que se les conceden.

579. En la opinión que reconoce al anticresista un derecho real, ó que cuando menos le permite oponer á los terceros su derecho de retención y de goce, se llega naturalmente á una consecuencia muy distinta. El adquirente tiene que respetar el derecho del anticresista; no puede, pues, desposeerlo, así como no lo puede el deudor. Sólo tiene el derecho que pertenece al deudor, el de reclamar el goce del inmueble pagando enteramente la deuda para cuya seguridad fué empeñado el inmueble. Este sistema sería muy acep-

1 Rennes, 24 de Agosto de 1827 [Dalloz, en la palabra *Empeño*, núm. 241]. En el mismo sentido París, 24 de Julio de 1852 (Dalloz, 1853, 2, 54).

table si el acta de anticresis se hiciera pública. La ley permite al arrendatario oponer su derecho de crédito al adquirente, debiera conceder la misma protección al anticresista. Pero la cuestión no está en saber lo que la ley debiera ó pudiera hacer. ¿Esta dió al anticresista un derecho que prevalece al del propietario? El silencio del Código basta para decidir la cuestión, pues sería preciso un texto para que un derecho de crédito se transformara en derecho real ó produjera, cuando menos, algunos efectos; este texto existe para el arrendatario, no existe para el anticresista, lo que es decisivo.

580. En cuanto á los acreedores hipotecarios posteriores al acta de empeño se les reconoce, en verdad, el de ejercer una acción hipotecaria contra el anticresista, puesto que su hipoteca es válida; pero tienen que respetar el derecho de goce y de retención del acreedor anticresista. Esto quiere decir que el embargante tiene que insertar en el cuaderno de cargos las cláusulas de que el inmueble está gravado con anticresis y que el adjudicatario tendrá que entregar el precio en manos del anticresista; sólo bajo esta condición es como puede entrar en posesión. (1)

Hasta hay un caso en que el embargo no puede tener lugar apesar del acreedor anticresista. Se supone que la deuda para cuya garantía fué dada la anticresis no está aún vencida. El anticresista tiene en este caso el derecho de negarse al pago que se le ofrece y conservar la posesión del inmueble imputando los frutos á los intereses. El deudor no podría desposeerlo y tampoco lo podrían sus legatarios. (2)

581. Quedan los acreedores quirografarios. En nuestra opinión el anticresista también es un acreedor personal; por consiguiente, no tiene ningún derecho de preferencia para con los demás acreedores. Estos pueden embargar el in-

1 Pont, t. II, p. 708, núm. 1285.

2 Moulón, *Repeticiones*, t. II, p. 489, núm. 1232.

mueble empeñado, puesto que permanece en el dominio de su deudor; el embargo y la venta ponen fin al derecho anticresista, que sólo tiene su crédito, por el que se le admitirá á contribución con los demás acreedores. Troplong, que enseña nuestro principio, no admite esta consecuencia que de él resulta. La inconsecuencia ha sido notada por todos los autores; (1) es tan evidente que es inútil insistir en ella.

En la opinión que reconoce al anticresista un derecho real, ó cuando menos un derecho que puede oponerse á los terceros, los acreedores quirografarios no tienen ninguna acción contra el anticresista en este sentido: que no tienen ningún derecho en el inmueble empeñado, aunque su crédito fuera anterior al acta de empeño, pues el derecho de prenda que el art. 2093 les concede no es un derecho real; sólo no tienen, pues, más derecho en el inmueble empeñado que el de su deudor desempeñado; y éste no puede reclamar la restitución del inmueble más que cuando pagó toda la deuda; lo mismo pasa con sus acreedores. (2)

582. La dificultad se presentó ante la Corte de París en el caso siguiente. El deudor que había consentido la anticresis cayó en quiebra. Según el Código de Comercio el síndico está obligado á vender los inmuebles del quebrado en nombre de la masa. El anticresista se opuso á ello con fundamento de su derecho real. El Tribunal del Sena, sin negar el derecho de la masa, decidió que el inmueble no podía ser vendido sino con el cargo del derecho de empeño; de donde concluyó que los frutos del inmueble percibidos después de la adjudicación pertenecían al anticresista; la sentencia se funda en que la anticresis somedida al registro es un derecho real que da al acreedor el derecho de persecución. En apelación la decisión fué reformada. La Corte

1 Troplong. *Del Empeño*, núm. 592. En sentido contrario, Martou, *Comentario de la L y Hipotecaria*, t. I, p. 252, núm. 259. Pont, t. II, p. 707, número 1282

2 Pont, t. II, p. 707, núm. 1281.

de París dice que la anticresis no es un desmembramiento de la propiedad, ni la fuente de un privilegio, ni el germen de un cargo hipotecario. Conclúyese de esto que la anticresis no podría quitar á los acreedores del propietario el derecho de mandar vender el inmueble en justicia, porque los bienes del deudor son, sin excepción, la prenda de sus acreedores, y la adjudicación registrada purga todas las hipotecas; los acreedores no tienen ya acción más que en el precio. La Corte aplicó esta regla al anticresista. ¿No es esto decir que el acreedor anticresista sólo tiene un derecho personal? Fuera temerario, en esta materia, proceder por vía de inducción; la sentencia sólo decide una cuestión de venta forzada y de purga. Hay que limitar la sentencia en estos términos. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte de París no es la de la Corte de Casación; mucho menos aún consagra la doctrina que considera la anticresis como un derecho real provisto del derecho de persecución. Se ve cuántas dudas quedan en esta materia. Hay realmente un vacío en la ley; se lo señalamos al legislador.

FIN DEL TOMO VIGÉSIMOCTAVO.



P. de D. TOMO XXVIII—80