



*Real Academia  
de Ciencias Económicas y Financieras*

*Antichresis o Contrarium Mutuum  
(Breve ensayo de una solución jurídica  
para un problema económico)*

La realización de esta publicación  
ha sido posible gracias a



con la colaboración de



**Obra Social "la Caixa"**

Barcelona 2014

## Publicaciones de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras

### **Hernández-Moreno, Alfonso**

Antichresis o Contrarium mutuum / discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras... Alfonso Hernández-Moreno y contestación... José Juan Pintó Ruiz.

#### Bibliografía

I. Título    II. Alfonso Hernández-Moreno    III. Colección

1. Discursos académicos

La Academia no se hace responsable  
de las opiniones expuestas en sus propias  
publicaciones.

(Art. 41 del Reglamento)

---

---

Editora: © Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras, Barcelona, 2014

ISBN-13: 978-84-695-9532-9

Depósito legal: B-2216-2014

Nº registro: 2014/14000180

---

Esta publicación no puede ser reproducida, ni total ni parcialmente, sin permiso previo, por escrito de la editora. Reservados todos los derechos.

---

Imprime: Ediciones Gráficas Rey, S.L.—c/Albert Einstein, 54 C/B, Nave 12-14-15  
Cornellà de Llobregat—Barcelona

Publicaciones de la Real Academia de Ciencias  
Económicas y Financieras

*Antichresis* o *Contrarium mutuum*  
(*Breve ensayo de una solución jurídica*  
*para un problema económico*)

Discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras  
como académico correspondiente para Cataluña, el 23 de Enero de 2014  
por el

EXCMO. SR. DR. D. ALFONSO HERNÁNDEZ-MORENO

Y contestación del académico de número

EXCMO. SR. DR. D. JOSÉ JUAN PINTÓ RUIZ

Barcelona, Enero 2014



## Sumario

Discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Económicas  
y Financieras leído el 23 de Enero de 2014  
por el académico correspondiente para Cataluña

EXCMO. SR. DR. D. ALFONSO HERNÁNDEZ-MORENO

*Antichresis* o *Contrarium Mutuum* ..... 9

Discurso de contestación por el académico de número

EXCMO. SR. DR. D. JOSÉ JUAN PINTÓ RUIZ

Discurso ..... 215

Publicaciones de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras .. 239





EXCMO. SR. DR. D. ALFONSO HERNÁNDEZ-MORENO



## ***ANTICHRESIS O CONTRARIUM MUTUUM***

### **ABSTRACT**

From article 1.881 and following of the 1889 Spanish Civil Code, we take the institution known as the “antichresis” from a historical, doctrinal and legislative point of view.

Indeed, against what the great majority believes, the current regulation of antichresis rules makes it possible to hold a contract that isn’t designed to ensure the fulfillment of a principal obligation with the possibility of promoting judicial or extrajudicial execution against the property, given to that effect by the debtor, in case of default by the debtor of the secured obligation which usually consists on the repayment of a sum of money.

Rather, the contract offers to the creditor, any creditor, not a guarantee but a mean of payment. So, a creditor, who may be entitled to any benefit, would settle the outstanding debt through the collection of the civil fruits produced by either urban or rural property. The management of the real property would be under the creditor control (the property would remain in debtor’s hands) as long as needed to settle the outstanding debt. Therefore, the aforementioned management would require a permanent and necessary accountability in order to apply, if that’s the case, the sums collected to the interests of the principal debt and then to the capital, specifying so the amount of the debit balance.

Leaving, out of simplicity, the hypothesis of a very old meaning of the term “antichresis” in so far as “contrarium mutuum” aside, for this would imply the

use of someone else's capital in exchange of the use of someone else's property so, in due time, the two parties would make restitution of capital and property. The fact is that, in critical times, the previously indicated right of antichresis could be used as a mean of payment in order to avoid a hard and "settled" foreclosure in those cases in which a mortgagor is being evicted for its incapability of meeting its outstanding repayments .

In short, what is suggested, is to "convert" a mortgage credit or a mortgage loan, every time "the justice" requires so in "an antichresis contract / means of payment". Thus, on one hand, the debtor would keep the ownership of the property and, on the other, the creditor, in terms agreed by the parties or "suggested" by the law itself, would continue collecting receivables as long as necessary in order to settle the debt. In addition to this, there would be no need for banks and financial institutions to become holders of real estate properties whose management should, in principle, be alien to their social object and their interests

For this purpose, it is essential judicial intervention, applying current legislation and resources that the law requires and justice demands, as well as the intervention of the legislative authority that, in short, will provide regulatory clarity that the world demands.

## **RESUM**

A partir del text dels articles 1.881 i seg. del Codi Civil espanyol de 1889, es parteix d'una interpretació de la institució coneguda amb el nom d'"anticresi" que enllaça amb els precedents històrics, doctrinals i legislatius de la figura.

En efecte, la regulació actual de les normes que regulen l'anticresi en el citat Codi Civil permet entendre que, en contra de la "communis opinio" i llevat de rares excepcions, s'està fent possible la celebració d'un contracte que no té per finalitat garantir el compliment d'una obligació principal amb la possibilitat conseqüent de promoure l'execució processal o extrajudicial sobre l'immoble lliurat a aquest efecte, per al cas d'incompliment del deutor de l'obligació principal garantida, normalment la devolució d'una suma de diners.

Per això, abans al contrari, s'està oferint al creditor, a tot creditor, no una garantia real sinó un mitjà de pagament. De tal manera que un creditor, a qui es deu una prestació qualsevol, es cobra el deute pendent mitjançant la percepció dels fruits que vagi produint un immoble, rústic o urbà, l'administració i explotació econòmiques del qual estan sota el seu control (no el domini, que és del deutor propietari) durant el temps necessari per saldar el deute pendent. Això exigirà, consegüentment, una permanent i necessària rendició de comptes, que apliqui l'import d'allò cobrat als interessos del deute principal, si els produís, i després al capital, concretant així l'import del saldo deutor.

Deixant de banda, ara, per simplificar, la hipòtesi d'un molt antic sentit del terme "anticresi", considerat com "contrarium mutuum", que implicaria només l'ús de capital aliè a canvi d'ús d'immoble aliè, amb restitució, al final del termini concertat, de capital i finca, el cert és que, èpoques crítiques, podria utilitzar-se aquest dret real de gaudi indicat en primer terme, o sigui, com a mitjà de pagament, a fi d'evitar una "pactada" i dura execució hipotecària en tots aquells casos en què, en efecte, s'estigui procedint al llançament d'un deutor hipotecari que no pot satisfer les quotes pendents del seu préstec.

El que es suggereix, en fi, és "convertir" (jurídic-dogmàticament) un contracte de préstec o crèdit amb garantia hipotecària, en tots aquells casos en què la "justícia" així ho exigeixi, en un contracte d'anticresi/mitjà de pagament: això permetria, en primer lloc, que el deutor no perdés la propietat de l'immoble; i en segon lloc, en condicions pactades o "suggerides" per la pròpia llei, que el creditor seguís cobrant durant el temps que fos necessari fins a la completa liquidació del deute, això, a més, sense necessitat que les Entitats bancàries i financeres es transformin en tenidores d'un parc immobiliari la gestió del qual hauria de ser, en principi, aliena als seus interessos i objecte social primari.

Amb aquest efecte, és primordial la intervenció judicial, aplicant les lleis vigents i els recursos que el Dret postula i la Justícia exigeix, tant com la intervenció del poder legislatiu que, en suma, faciliti la claredat normativa que l'actualitat exigeix.



## ÍNDICE

### INTRODUCCIÓN.

- 1.- LOS INTERESES EN JUEGO.
- 2.- LA PRAXIS.
- 3.- EL DOGMA.
- 4.- LA SOLUCION.

### CAPÍTULO I

**Presentación legal de la anticresis y consideraciones generales.**

1. Presentación legal de la anticresis.
2. La anticresis como derecho real de garantía.
3. Los inmediatos precedentes legislativos de la institución.
4. La anticresis según el Derecho Romano.

### CAPÍTULO II

**El marco normativo. (Aproximación general al concepto de anticresis).**

1. Consideraciones generales.
2. La noción legal de la anticresis en el Código Civil español de 1889: el artículo 1.881 del Código civil.
3. La imputación o aplicación de frutos como contraprestación.
4. La integración del tipo. La remisión del artículo 1.886 del Código civil a las reglas de la prenda y de la hipoteca.
5. Las terceras personas extrañas a la obligación principal pueden asegurar ésta Pignorando o hipotecando sus propios bienes.
6. Recapitulación. Las reglas generales y la naturaleza de la anticresis.
7. Las reglas “especiales” de la anticresis en el Código civil: los artículos 1.882 a 1.885.
8. La anticresis en otras legislaciones españolas. La legislación catalana: el Código de Derecho Civil catalán. La normativa Navarra.

### **CAPÍTULO III.**

**Los precedentes legales de la anticresis.**

- 1. Los precedentes legales españoles. En especial, el Proyecto de Código civil español de 1.851.**
- 2. Los precedentes legales franceses. El Code Napoléon.**
- 3. Otros precedentes legales: Los Códigos Civiles de Chile y de Argentina.**
- 4. El BGB.**

### **CAPÍTULO IV.**

**Los precedentes doctrinales de la anticresis.**

- 1. Doctrina española anterior al Código civil.**
- 2. La doctrina francesa anterior al Code Napoléon: R.J. POTHIER.**
- 3. Arnoldo VINNIO.**
- 4. Claudius SALMASIUS**
- 5. La anticresis en la doctrina alemana.**

### **CAPITULO V.**

**La anticresis según el Código civil. Una propuesta de entendimiento.**

- 1. Consideraciones generales.**
- 2. Naturaleza jurídica de la anticresis.**
- 3. Objeto del contrato de anticresis.**
- 4. El contenido del contrato de anticresis.**
- 5. Diferencias de la anticresis con otras figuras afines.**

### **CAPÍTULO VI.**

**Conclusiones críticas.**

### **NOTAS BIBLIOGRÁFICAS.**

### **BIBLIOGRAFÍA.**

Excmo. Sr. Presidente de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras,  
Autoridades,  
Excmos. e Ilmos. Sres. Académicos,  
Sras. y Sres:

Querría expresar, en primer lugar, mi profundo agradecimiento a esta Real Academia por el gran honor que me confiere al haberme nombrado miembro de la misma.

En tan señalada ocasión quiero, asimismo, recordar a mis padres, a mi familia, a mis hijos, a mis mentores, a mis discípulos, a mis socios y compañeros y a todos mis amigos.

Permítanme una mención especial a la persona más excepcional que he conocido: mi esposa Inma, sin la cual, con toda probabilidad, ni “sería” ni “estaría”.

Muchas, muchísimas gracias.



## **INTRODUCCIÓN.**

### **1.- LOS INTERESES EN JUEGO.**

El Título XV del Libro IV del Código civil de 1889, bajo la rúbrica “De los contratos de prenda, hipoteca y anticresis” regula, en su Capítulo IV y del artículo 1.881 a 1.886 -ambos inclusive- una muy antigua figura del Derecho civil, apenas tratada empero por la doctrina y de muy escasa (por no decir nula) trascendencia socio-económica hoy por hoy: la anticresis.

Desconocida en la práctica como contrato, discutida su naturaleza como derecho real, perdidos, quizá, su sentido y función originales y poco estudiada, en fin, es una institución cuya importación formal por el legislador del 89 a duras penas ha merecido la atención científica de algún ilustre hipotecarista (1), fuera de las obligadas referencias académicas en Tratados y Manuales al uso.

Sin embargo, la elección del tema de referencia para un estudio frontal más o menos pormenorizado obedece a dos razones principales. En primer lugar, porque, en el marco del escasísimo tratamiento al que se ha hecho alusión la anticresis sigue planteando interrogantes de consideración, ya en cuanto a su naturaleza propia, ya en cuanto a su contenido y efectos. Pero, en segundo lugar, porque los precedentes legislativos de la institución, en general, sus muy pocos empero ilustres fundamentos doctrinales y sus fuentes de conocimiento, en particular, son lo suficientemente expresivos para justificar este acercamiento preliminar. Al final, la función del instituto puede ser verdaderamente notable.

Figura tradicionalmente asociada al derecho real de prenda, acaso haya que acabar por decir que no tiene nada que ver con ésta. Algo de ello percibió -creemos- el íntimo sentido racionalista del legislador francés del siglo XIX, al cual hay que abonar, como mínimo, el haber sentado las bases de un estudio independiente de la institución que nos ocupa.

En cuanto, finalmente, a la estructura del trabajo a que se refiere este Discurso, tras presentar los datos en juego o, lo que es lo mismo, las normas que el Código civil español dedica a la anticresis, se abordará, con ellas, un primer intento: a saber, construir un posible sentido cerrado y unitario del instituto. En cualquier

caso, la alcurnia de la figura obligará a recurrir a las fuentes o, mejor, al sentido histórico de la anticresis y, desde esa perspectiva, ensayar a la postre una construcción dogmática de carácter integrador.

Es, precisamente, la idea ya preconcebida de que la figura de la anticresis podría ayudar, decididamente, a paliar la crisis económico-financiero-normativa que padecemos, la que ha llevado a este autor a indagar la probable naturaleza o el verdadero íntimo ser de la figura en cuestión. En el convencimiento de que, una vez analizados los problemas, visto el Ordenamiento jurídico y debidamente aplicadas las normas, acaso no tendríamos que lamentar la suerte de la, al final, ineficiencia del propio sistema financiero cuanto, no menos, la penosa situación de infinidad de prestatarios o acreditados, atrapados patrimonial y personalmente en difícil situación.

El iter que se propone, en suma, es el siguiente: Veamos la “praxis”, o, si se quiere, qué sucede en la actualidad. Cuáles son los actores en liza: Los prestamistas, en general, titulares de los medios de crédito, de un lado, y los prestatarios o consumidores de productos financieros, de otro. La finalidad principal de nuestra historia es la financiación externa para la adquisición de una vivienda, para cuya instrumentación surge el derecho real de hipoteca, en tanto que instrumento que garantice una posible insolvencia del deudor. Es vital, en este punto, dar cuenta de cuáles son las condiciones de libertad y seguridad en las que se conciertan tales transacciones.

Cosa distinta es el dogma (2). Empleamos aquí el fonema “dogma” no en el sentido de verdad incuestionable, irrefutable y única, sino como significante del concepto “parecer” o “decisión”, de donde decreto u “orden”. Vendría a ser más una sede de argumentación que otra cosa. Esto es, el conjunto de decisiones o pareceres que, en definitiva, inspiraron las prácticas y la vida social de los ciudadanos romanos y que conformaron o informaron el Digesto o el Código de Justiniano y que, al fin y a la postre, pues que nada o poco hay nuevo bajo el sol, vienen hoy, reformulados, a regir nuestras vidas y a informar nuestro Ordenamiento jurídico.

Quien esto escribe no puede sustraerse al magnetismo de la Regla quinta, de las Reglas de aplicación de los Ejercicios Espirituales de Iñigo de Loyola, según

la cual, como es sabido, “en tiempo de desolación nunca hacer mudanza, mas estar firme y constante.....” En realidad, tal pensamiento no dista mucho del transcrito lema del encabezamiento del presente opúsculo, esto es “non multa sed multum”, frase atribuida, entre otros, a Plinio el Joven, pues mejor mucho de poco que no poco de mucho. Por ello, el “dogma” vigente, la norma vigente, o sean las reglas fundamentales que componen nuestro Ordenamiento jurídico, hay que mantenerlas a toda costa.

En cuanto al problema a resolver, una vez planteado el dilema que provoca el choque frontal entre el derecho a una vivienda digna, de un lado y la seguridad del crédito y la necesaria pervivencia del sistema financiero, de otro, la propia Ley, a mi criterio, ofrece la solución, a través de instituciones cuyo sentido original y práctico quizá se haya perdido. Y la solución viene a constituir la un contrato solutorio denominado “anticresis”, plenamente aplicable, desde luego “ex novo” a cualquier convenio que persiga ofrecer al acreedor garantías de cobro (no reales de realización del valor en cambio) y al deudor el mantenimiento de su “habitat”. Pero, de igual modo, habría de ser aplicable a toda situación anterior que quepa “revertir” con los medios que el Derecho pone a nuestro alcance, incluso al margen de las demoledoras consecuencias que la aplicación del “dogma” pueda imponer a las situaciones crediticias en juego.

En última instancia, por lo tanto, el propio Ordenamiento jurídico, de una parte, y aun la propia dogmática jurídico-doctrinal de carácter civilista, de otra, han de permitir al poder correspondiente del Estado suministrar los instrumentos técnicos adecuados. Impar ejemplo de esa íntima dualidad Derecho/Economía fue la directa intervención de los poderes públicos de entonces, en la Francia del siglo XVI, asolada y endeudada sin límite por interminables guerras de religión y aun otras, que, apoyándose en la fuerza y en la razón del Derecho romano obligó a los acreedores a ceder sus créditos a terceros prestamistas y a menor interés, una vez que los mercados empezaron a aflorar capitales al sistema financiero de la época (3)

Presupuesto ineludible, empero, de toda solución satisfactoria es, sin duda, aplicar las leyes posibles y adecuadas, casi siempre semi anécdotas de las instituciones reguladas por las mismas, que vendrían a ser las categorías dogmáticas. Las líneas que siguen responden a la idea de que hay reglas suficientes, poderes bastantes y legítimos para aplicarlas debidamente e instrumentos eficaces para de-

fender el “status” social, con la vista puesta en el bien común y el orden público. Y un último cabal objetivo: procurar información veraz y exacta.

Recogiendo ideas anteriormente expuestas, y en cuanto se refiere a la denominada “praxis”, podríamos comenzar “more retórico-mayéutico” (y con alguna esperanza de obtener ciertas respuestas) por preguntar aquí y hoy:

A) Por qué los medios televisivos, en particular, no siempre a través de ciudadanos de escasa formación, hablan, repetidamente, de que las leyes no pueden tener efecto retroactivo, ello de manera reiterada, por ejemplo, al respecto de las situaciones creadas por las ejecuciones hipotecarias de nuestros días....?

B) Por qué hemos de creernos (o aun permitir el dicitio de) que la “ley hipotecaria” de nuestro país es una ley injusta, que permite echar a la calle a los conciudadanos de un alto dignatario, dicho ello en presencia del Presidente del Gobierno español...?

C) Por qué los medios de comunicación más y mejor presuntamente ilustrados del país llegan a hablar de la “derogación” o “anulación” de la Ley Hipotecaria española, puesto que, según ciertas instancias judiciales europeas, dicen, esta (antigua, que no vieja) norma contiene “cláusulas abusivas...” (sic)..?

D) Por qué, según los mismos medios, es, siempre, la Ley Hipotecaria, la norma derogada o derogable (y no la LEC)....? Por qué se sigue hablando de “desahucios” para referirse al lanzamiento del deudor hipotecario....?

E) Por qué, en fin, no se exige una preceptiva intervención letrada, respecto del comprador, para todos casos en que un “consumidor” se dispone a adquirir una vivienda en ciertas condiciones de financiación...?

Pues bien, ninguna de las afirmaciones o interrogantes contenidos en los interrogantes anteriores es cierto u ocioso. En concreto, la Ley Hipotecaria española ni está en juego ni debe estarlo. No ha sido derogada (desde el año 2000, en el que la ejecución sumaria pasa a ser competencia de la LEC). por razón alguna relativa a situaciones creadas en virtud de las ejecuciones hipotecarias en curso o por venir. No hace falta que lo sea y ha prestado impagables efectos a la historia, al derecho y a la economía españolas desde su publicación en 1861. Ha sido y es una

Ley absolutamente vital para la Economía y los mercados, asegurando el crédito territorial y garantizando una publicidad inmobiliaria en el marco de un sistema único en el mundo entero, junto a alguno como el alemán y otros. Por cierto, esas mismas diversas e “ilustradas” voces no se han referido nunca, a salvo opinión mejor informada, a que es precisamente dicha Ley la que permite la limitación de la responsabilidad hipotecaria contraída por el deudor justamente al valor en cambio del objeto dado en garantía, excluyéndose así, por pacto, la responsabilidad patrimonial universal. Las modificaciones que tal posibilidad determinarían sobre el alza de los tipos de interés no deben ser, en absoluto, dificultades, fuera de las técnicas, para resolver el problema. Estamos aquí ante una materia intervenible, derogable, regulable.

Y en cuanto al ámbito temporal de aplicación de las leyes, por terminar con el punto, naturalmente que pueden ser éstas retroactivas, respetando las excepciones constitucionalmente previstas respecto de normas sancionadoras o desfavorables.

## **2.- LA PRAXIS.**

Puede acontecer, en la práctica, que las Entidades financieras, en general, y algunos acreedores, muy en particular, concierten operaciones financieras, conducentes a la adquisición de un inmueble tan fundamental como la vivienda, ciertamente cuestionables. El caso es que, dada la preeminencia habitual de la posición del acreedor, dando por sentados, por demás, el interés y la necesidad del deudor, la distancia entre uno y otro es rigurosamente insalvable. Por no hablar del consabido e imprescindible ritual litúrgico, el comprador prestatario-acreditado suele comparecer solo, sin asistencia letrada, ante el acreedor o la Entidad de que se trate, sus asesores, el vendedor y su letrado y, naturalmente, el funcionario público competente para tal menester.

Vistas así las cosas, la desproporción es insostenible. Pueden plantearse por menores determinados, como, por ejemplo, el interés pactado, el plazo de amortización, los intereses de demora, las causas de resolución anticipada por impago de cuotas, u otras más eventualmente exorbitantes. Pero analicemos el supuesto desde la mayor, es decir, desde el negocio jurídico que se está concertando: la concesión de un préstamo (en su caso, un crédito) con garantía hipotecaria que no es otra que la vivienda que la que allí se adquiere. Dejando aparte la previa

compraventa de cosa que luego se hipoteca, estamos, en suma, en presencia de un contrato de préstamo hipotecario llevado a cabo entre el acreedor y el deudor hipotecante. Un negocio jurídico bilateral y oneroso que, en el marco del ejercicio de la autonomía de la voluntad, dos partes libremente conciertan y consienten.

Coloquialmente, empero, podríamos todavía preguntar: pero de verdad el comprador está **consintiendo**...? De veras podemos afirmar que sabe lo que consiente....? Con qué información acude a la firma de la operación....? Debemos partir de la base de que no hablamos de personas que, como dice el Código Civil, hubiesen debido conocer, en razón de su oficio o profesión, los entresijos de tal operación. Quizá podamos aventurar que el comprador nada conoce de técnica crediticia, de normas jurídicas, de las consecuencias de la operación en situaciones desfavorables, etc. En otras palabras (“id quod plerumque accidit”), el adquirente lo sabe casi todo de la venta, pero casi nada del préstamo.

### 3. EL DOGMA.

Sin embargo, podría plantearse, con la debida cautela, mas con toda claridad, que tales operaciones, así descritas, podrían calificarse, con cargo a las normas jurídicas hoy plenamente vigentes, de operaciones **nulas**. No me refiero aquí a determinadas cláusulas denominadas abusivas o a cláusulas concretas del contrato convenido, sino a la total operación, al contrato mismo, íntegramente considerado y, por tanto, al préstamo y a su garantía accesoria la, hipoteca.

En efecto, los Jueces, admitida la sana crítica, podrían llegar a declarar la nulidad del préstamo con garantía hipotecaria, a través de los cauces procesales oportunos, en razón de dos posibilidades que el Derecho Civil les ofrece, si no es que les obliga a aplicar.

En primer lugar, se podría decretar la nulidad de tal acto jurídico en virtud de la apreciación, debidamente alegada, de un vicio de la voluntad que viciaría el consentimiento prestado. El caso es que, en alguna de las condiciones en las que se manifiesta dicho consentimiento por adquirentes de viviendas, podría, perfectamente, entenderse que faltan las mínimas esenciales condiciones para que la libertad y la autonomía de voluntad de uno de los contratantes se desenvuelvan con normalidad. Por ello, bien por error, bien por dolo activo u omisivo (dejamos

aparte los casos de violencia e intimidación), podría impetrarse ante los Tribunales que se sancionara el préstamo y, consiguientemente, su garantía, con un tipo de nulidad, alegada, siempre y en todo caso por la parte interesada, durante el plazo de cuatro años de caducidad que el Código Civil permite, desde la consumación del contrato y únicamente constitutiva desde el momento en que la proclama el Juez en una sentencia firme. Estamos, aquí, así pues, en los terrenos de la llamada “anulabilidad”.

Sin embargo, aún cabría, de acuerdo con la dogmática y con la Ley, tomar partido por una salida más dura y ejemplar: la declaración de la nulidad “ipso iure”. Es decir, podría el Juez, a su arbitrio y en cualquier momento de la sustanciación de cualquier procedimiento relativo al negocio jurídico en cuestión, declarar la **nulidad** del mismo, en virtud de la simple autorización o autoridad que la ley le confiere, radicalmente, absolutamente, imprescriptiblemente, declarativamente. Y lo que es más, podría hacerlo “de oficio”: esto es, sin que ninguna parte lo solicite, antes bien por su convicción moral y por la inmediata aplicación de las normas jurídicas vigentes.

De entrada y “a priori” valga decir, por ejemplo, que la norma contenida en el artículo 1.255 del Código Civil español establece que “los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, **siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público**”. Inmediatamente, hay que acudir al artículo 6,3, del mismo Código Civil citado para leer que “los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas **son nulos de pleno derecho**, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.

Convendría señalar de inmediato que la vivienda, según el artículo 47 de nuestra Carta fundamental, es un bien constitucionalmente protegido, y así, se establece en la norma citada que “todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. **Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho...**”

No se trata aquí solamente de una solemne y formal y programática de un derecho fundamental necesitado de desarrollo por las leyes ordinarias, pues dicho

camino ya fue transitado tiempo ha (vid., por ejemplo la propia Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, o el RD de 1989 sobre protección a los consumidores en la venta de viviendas, o la propia ley catalana de 28 de Diciembre de 2007 sobre derecho a la vivienda o aun otras mucho más recientes destinadas a aliviar la situación de los deudores hipotecarios en trance de ejecución).

Mención especial merece la noción de orden público y sus corolarios, los llamados **“principios del orden público económico”**, entre los cuales merecen destacarse los de la propiedad privada, buena fe, conmutatividad o correspectividad de intereses, etc. Sobre el tema, puede verse el gran trabajo del Profesor Díez-Picazo, desde la 1ª edición de sus Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Fiel reflejo de tales principios son, entre otros, además de los citados inmediatamente “supra”, los arts. 1.258 (la buena fe como fuente de obligaciones) o el art. 1.289 (relativo al mayor posible y deseable intercambio de intereses en los contratos onerosos) ambos también del Código Civil español. Ello sin olvidar aspectos absolutamente presupuestarios, cuales los principios de libertad y de seguridad en el tráfico.

No hay, salvo mejor criterio, una norma específica que permita o imponga a los Jueces y Tribunales declarar la nulidad “de oficio”, sin petición o formulación de parte, excepción hecha de la revisión de oficio de los actos de la Administración (art. 102 de la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común). Pero también es obvio que pueden hacerlo, de acuerdo con las propias normas que, vía art. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, hoy recogen las propias normas civiles. Y así, debería bastar, dicho todo lo anterior, lo que dispone el art. 1,7 del Título Preliminar del Código Civil, pues reza terminantemente así: “Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, **ateniéndose al sistema de fuentes establecido**. Y por consiguiente, sin atender ahora a posibles vicios del consentimiento que anularían, previa petición de parte, posteriormente, el contrato, podría el Juez “declarar” nulo un negocio cuya celebración atenta directa y frontalmente contra los principios del orden público o, si se quiere, contra una evidente o eventual falta sustancial de libertad en la situación generada al amparo de la convención estipulada. Tal decisión acarrearía muy relevantes consecuencias, seguramente no todas deseables.

Siguiendo aún con el “dogma” y una hipotética decisión judicial sobre el particular que aquí tratamos, todavía puede precisarse lo siguiente. Supuesto que los Jueces o Tribunales llegaren a declarar la nulidad absoluta o “ipso iure” de un préstamo hipotecario en el curso de un determinado procedimiento, sumario o no, podría, asimismo, apreciarse la concurrencia de “causa torpe”, entendida, según el Código civil como causa que se opone a las leyes o a la moral. Para dicho supuesto, la propia ley civil distingue si la causa ilícita es delito o falta, sancionados penalmente. Y para el caso de que no lo fuere, distingue asimismo, entre la hipótesis de que fuera común a ambas partes o no.

Pues bien: para la última de las hipótesis citadas, esto es, para el caso de que la causa ilícita pudiera ser apreciada por el Juzgador de turno en un solo de los dos contratantes, cabe aventurar que se pudiere entender torpe o ilícita la intención y aun la preeminente posición contractual de un prestamista determinado. Para dicha posibilidad, la ley reserva una medida absolutamente excepcional con la que sancionar el posible abuso especulativo: el art. 1.306 del Código Civil establece que, una vez declarada la nulidad de la obligación y eventualmente apreciada la causa de nulidad misma, el acreedor-prestamista debería devolver cuanto recibió y no acreditaría nada de cuanto se le debía.....!

#### **4. LA SOLUCIÓN.**

Como es natural, la resolución técnico-legal propuesta, si bien a mi juicio es posible, teórica y dogmáticamente impecable y, en alguna práctica, deseable, es, también, sin embargo extremadamente dura, perniciosa en fin para el propio sistema financiero, el orden crediticio y los mismísimos deudores hipotecarios. Para estos últimos, en especial, en todos los casos en los que, como consecuencia de una nulidad decretada por virtud de la anulabilidad derivada de la presencia de algún vicio del consentimiento, se vieran en la necesidad de haber de devolver todo cuanto recibieron en razón del préstamo suscrito, eso sí sin acción real ya para ser perseguido por el acreedor hipotecario de turno.

Pero en los casos en que dicha nulidad fuera de la especie ya señalada de “absoluta”, “ipso iure”, imprescriptible, de gran alcance en materia de legitimación activa y declarable de oficio por los Tribunales, el arbitrio judicial y su sana crítica

podrían incluir en su declaración la concurrencia de una causa torpe del lado de la parte acreedora. Ello comportaría devastadores efectos para el buen orden financiero y para todo el sistema.

El problema concreto que, aquí, se le plantea al jurista es qué sucede a partir del momento en el que, declarada, en esos términos, la nulidad de una obligación (o de un negocio), viene a imponerse, podría decirse, “la nada”. Puesto que si todo el proceso fue nulo e ineficaz, de raíz, desde el momento del negocio mismo de constitución de la garantía hipotecaria en el contrato de préstamo de que se tratara, hay que devolver las cosas, contable, patrimonial y jurídicamente, al estado exacto de que disfrutaban los interesados, un momento anterior del contrato mismo. Claro es que, a partir, de la nada, nada puede hacerse. Y habría que, hecha la extremadamente dificultosa reposición de que se habla, comenzar de nuevo.

A pesar de todo, quiero pensar que la dogmática se posterga, las normas no se aplican, y alguna institución se desaprovecha, puesto que las leyes se desconocen. Es este un país de amplia disposición para el juicio, pero de escasa atención a la sanción.

Desde el punto de vista civilista de la dogmática jurídica, sin apartarnos por ello de lo que la propia Ley civil regula y destila, hemos de traer a colación aquí una figura como la de la “conversión”. Ciertamente es que el negocio jurídico nulo de pleno derecho no es confirmable ni convalidable, pero sí es **convertible**. Esto es, en materia de Derecho civil, en el ámbito del llamado negocio jurídico, se habla de la posibilidad de la conversión de un negocio nulo radicalmente en un negocio eficaz del mismo género o especie (con otra forma) u otro de diverso género o especie, siempre y cuando la ley no prohíba el supuesto, convenga a los interesados y se atienda al bien común. Dicho procedimiento de “conversión” puede, en suma, constituir un expediente dictado o previsto por la propia Ley. Podríamos hablar, por consiguiente, bien de una conversión legal jurídico-formal, como cuando se cambia la forma (nula) de un cierto negocio por otra forma distinta (pero eficaz) (testamento cerrado nulo que vale como testamento ológrafo, hipótesis del art. 715 C.C. o 422-6 del Código Civil de Cataluña), bien de una conversión jurídico-material, cuando lo que sucede es que se procede a cambiar, no la forma sino el negocio mismo considerado (caso del art. 1.768 C.C., en el que un depósito se convierte en préstamo o comodato). En todo caso, lo que parece imprescindible es contar siempre con la presumible voluntad de los interesados, pues que estamos en plenos dominios de la autonomía de la voluntad, sin cuyo concurso libre y pleno no hay efecto jurídico posible.

Ello atendido, no debería ser difícil, estudiados los intereses en juego, aplicar a nuestro caso aquí en estudio el referido instrumento técnico de la conversión. Y para que no albergáramos duda alguna de que el interés general pasa por tal decisión, debería ser una norma legal la que “impusiera” dicha suerte de transformación de un supuesto hipotético inicial, radical, imprescriptiblemente nulo de pleno derecho, cual sería un contrato de préstamo o crédito con garantía hipotecaria en otro negocio distinto válido y eficaz. Dicha hipótesis podría conciliar intereses presuntamente contrapuestos, pero atendibles respectivamente. Con ello, por ende, podría facilitarse la continuación de la distribución de bienes y servicios y no se colapsaría el mercado, haciéndolo no sólo eficaz y eficiente.

Pues bien: falta por precisar, como es obvio, el negocio jurídico o el contrato en que quedaría convertido nuestro préstamo hipotecario: Ni que decir tiene que la figura que propongo como solución y salida de tal problema es.....**la anticresis.....!**

Quiero advertir, precisamente ahora, que el remedio que se propugna y que es objeto de la atención principal que a dicha institución se dedica en el cuerpo del texto íntegro del presente Discurso de ingreso en la Academia, concierne a un determinado sentido y una precisa naturaleza jurídica del instituto de la anticresis, como ya se dijo anteriormente, figura confusa y, a mi parecer, desusada y mal interpretada.

Tras el análisis de los diversos precedentes históricos en general, doctrinales y legislativos, que se describen con alguna profusión en el texto íntegro de este escrito, mas teniendo en cuenta, sobre todo, los textos legales integrados en el Código Civil español de 1889, recta y debidamente interpretados, no menos que entendidos según **la realidad social del tiempo en que hayan de ser aplicados**, que es lo que exige nuestra primera Ley Civil, cabría hablar de tres conceptos de anticresis:

*1. La anticresis como un pacto añadido al propio de constitución del derecho real de prenda o del derecho real de hipoteca: el “pacto anticrético”.*

Se trata aquí de un pacto ancilar y accesorio, añadido a la constitución de un derecho real de prenda, dependiente, por tanto, de tal negocio previo de constitución de dicho derecho real de garantía, plenamente disponible a la voluntad de las partes para regular sus relaciones crediticias. En consecuencia, se trata de un

pacto sin autonomía propia, y está al servicio de la principal función pignoratícia. No es ningún derecho real y es, tan sólo, un medio de control **de las utilidades percibidas por el acreedor mientras éste disfruta del poder y posesión que** mantiene sobre la cosa misma objeto de la prenda. Tal situación necesitará, sin duda, del auxilio de la rendición de cuentas que se deberá al deudor, para que éste impute y compute los frutos efectivamente percibidos, que deberán contabilizarse como pago de los intereses del derecho de crédito convenido, si es que se pactaron, y, después, al del propio capital nominal del préstamo, si es que excedieron de los intereses realmente debidos.

El ejemplo-tipo del pacto que comentamos viene regulado en el art- 1.868 del Código Civil español, con arreglo al cual “si la prenda produce intereses, compensará el acreedor los que perciba con los que se deben; y si no se le deben –cfr. Art. 1.755 C.C.-, o **en cuanto excedan de los legítimamente debidos**, los imputará al capital”. No habría que descartar que la cosa (siempre mueble) dada en prenda no produjera, exactamente, intereses, es decir, que no fuera un crédito, sino frutos o utilidades en general, en cuyos casos la solución debería ser la misma en virtud de los principios que, por analogía, aplicaríamos esto es, aquéllos que asimismo informan el precepto que acaba de citarse.

Es particularmente relevante que la ley civil ordene la imputación de los intereses (o utilidades) al capital, una vez deducidos del mismo los efectivamente cobrados, todo cuanto interés o renta exceda de lo que **legítimamente** fuese debido. Aflora aquí, de una manera u otra, la relevante cuestión histórica que cuestionaba el cobro de intereses o usuras, posiblemente percibidos o excesivamente percibidos (según el estado de la prohibición o el mercado local en cuestión) al amparo del pacto de autoapropiación de rendimientos. Hoy, el problema se reduce, admitida la tasa del interés, a que no se cobrasen frutos por encima de los tipos de interés “legalmente” aplicables.

En suma, hablamos de un simple pacto o, si se quiere, de una necesidad legal (que admite variedad de contenidos, con los límites que impone la norma citada), al servicio, en su momento, si cupiere, de un procedimiento “ad hoc” de ejecución singular de realización del valor de la cosa dada en prenda o hipoteca.

## *2. La anticresis como un derecho real de garantía o de realización del valor en cambio.*

Puede enfocarse ahora, en cambio, en el marco de las reglas generales de la figura, la constitución de un derecho real de garantía inmobiliaria y, por tanto, de un derecho real que nace para el aseguramiento de una obligación principal, en términos de exigencia, según impone el art. 1.857 C.C., sea una deuda de capital numerario o no. Naturalmente, tal derecho real de garantía, esta vez sobre inmueble fructífero, es plenamente negociable según las mismas leyes civiles citadas y, en particular, la Ley Hipotecaria española, que permite, dentro de la llamada teoría del “*numerus apertus*” crear cuantos derechos reales puedan acceder al Registro de la Propiedad.

Sería éste un derecho real de garantía de realización de valor denominado “derecho real de garantía anticrética” o derecho real de anticresis (expresión más equívoca), por medio del cual, el acreedor no sólo entraría en posesión del inmueble de su deudor para gestionar sus utilidades, sino que, además, según las reglas generales de los derechos reales de garantía, llegado el caso del impago, podría instar la venta del inmueble para satisfacer su crédito. Esta ha sido la opción, clara y terminante del legislador catalán, el cual, en el Libro Quinto del Código de civil de Catalunya, dedica la Subsección 3ª (Sección 2ª) del Capítulo IX, “Derechos reales de garantía”, arts. 569-23 a 26, al derecho de anticresis, que regula, sin más ambages, como un derecho de garantía de realización del valor del bien inmueble.

Admitido, “*a limine*”, que, al amparo de las competencias existentes al efecto y de la libertad negocial, puede constituirse un tipo de garantía como el que comentamos, dicho expediente, en nuestro caso, aquí y ahora, tiene dos graves inconvenientes. El primero es que, constituida de tal modo la anticresis, estaríamos ante una figura prácticamente irrelevante, como la realidad negocial y registral demuestran, puesto que sus funciones ya las cumple, sin discusión y con creces, la propia hipoteca inmobiliaria. Pero es que, sobre todo, y en segundo término, la remisión de la Ley civil catalana a las reglas del derecho de retención, de un lado, confirma la discutible competencia concreta para dictar reglas en materia procesal de ejecución singular sobre bienes inmuebles; y aun de otro, la dicha remisión, al margen de una eventual cuestión competencial, brinda innecesarias e inadmisibles posibilidades de puesta en práctica de cierto “*pacto comisorio*”, lo que podría aca-

bar por dejar en manos del acreedor el quedarse con un bien cuyo valor superase, con mucho, el importe de la deuda.

Al margen de los argumentos anteriores, es obvio que los particulares también aquí pueden optar tanto por constituir una anticresis no de garantía como de convenir la anticresis del tipo legal catalán: en este caso, es palmario, empero, que no podrán los acreedores valerse del procedimiento especial de ejecución sumaria, regulado hoy, en La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, específicamente reservados para “la ejecución sobre bienes **hipotecados o pignorados**”.

### 3. La anticresis como un contrato.

El contrato de anticresis es un convenio entre el deudor y su acreedor, suscrito con la finalidad de que el último se cobre la deuda del primero, incluidos los intereses, si es que los hay, por tiempo indefinido o término final pactado, mediante la percepción de los frutos naturales, industriales o civiles que un inmueble del deudor mismo, susceptible de producir tales utilidades, rente en el tiempo. Se trata, en definitiva, de que el acreedor mantenga el control económico de dicho inmueble por durante el tiempo necesario para enjugar la deuda pendiente. Puede interesar al acreedor percibir por sí mismo tales frutos o gestionar la explotación o la finca a través de un tercero, y aun “arrendar” la finca incluso al deudor-propietario del inmueble, quien pagaría el precio convenido.

Este contrato no genera ningún derecho real de garantía a favor del acreedor sobre el citado inmueble. Por lo que, en caso de impago, habría que ir a las reglas generales aplicables al caso y nunca a las de ejecución singular sobre bienes inmuebles.

Dicho contrato, en fin, que el Código Civil español permite y casi auspicia, de duración tendencialmente ilimitada, permitiría al deudor ceder sus facultades de disfrute, generando en un tercero-acreedor, acaso un prestamista, un derecho real limitado, ya que dicho derecho real versaría sobre determinadas facultades de goce y disfrute, pero no de la propiedad, que conservaría nuestro deudor anticrético, junto al poder de disposición sobre la misma. Dicho esquema permitiría al acreedor cobrarse, del deudor o de un tercero arrendatario, a través del ejercicio de las facultades de gestión que la titularidad sobre el derecho real adquirido le confieren, por durante el tiempo necesario, sin necesidad de adquirir (para casos

de impago) activos inconvenientes o tóxicos, mientras que al propio deudor se le conserva la propiedad, quizá sobre su vivienda. Por consiguiente, contrato de carácter solutorio, cuya finalidad esencial no es la garantía sino el pago de la deuda con las utilidades de un inmueble fructífero. El tiempo necesario para que éste rente lo que el acreedor sea capaz de gestionar y cobrar su crédito.

A dicho esquema convencional o entramado de intereses puede llegarse por dos vías y razones diferentes. Por la vía de lo por venir y por razones financieras, puede pactarse por las partes, con debida claridad, al amparo de la libertad contractual y dentro de los principios generales que, como ya se ha dicho, limitan la actividad negocial.

Hacia el pasado y por razones financieras, pero también económicas y sociales, puede y aun debe legislarse para todos aquellos casos en los que, por los motivos que fuesen, se dictaran o debieren dictarse resoluciones de nulidad de pleno derecho de los préstamos o créditos concedidos en determinadas condiciones y circunstancias. La conversión jurídico-material de origen legal (siempre en la línea del art. 140 del Código Civil alemán) debería hacer posible que todo deudor hipotecario en trance de ejecución, ), llegado y analizado el caso, quedara “convertido” en deudor anticrético, en la posición que le confiera, junto con la que se exija al acreedor, la normativa jurídica que habría de desarrollar el supuesto, incluyendo, claro está, las disposiciones procesales y tributarias que se tercier. Ni dación en pago, ni ejecución sumaria, ni lanzamiento, ni pérdida de la vivienda, ni inflación indebida e ineficiente de balances: **contrato de anticresis**.

Una variante, a recuperar, de esta última especie de la institución que se comenta, sería, en fin, el “*contrarium mutuum*” de las fuentes: puro intercambio temporal de un capital en dinero por inmueble fructífero, acaso una doble y recíproca inversión en la explotación de bienes ajenos por durante el tiempo pactado.

Permítanme una cita de Mateo, 23, 23: la verdadera finalidad de la ley no es la de pagar el diezmo de la menta, el eneldo o el comino, sino la justicia, la misericordia y la fe.



# CAPÍTULO I

## Presentación legal de la anticresis y consideraciones generales

### 1. Presentación legal de la anticresis.

La confusa regulación legal de la anticresis (4) ocupa, como ya se ha dicho los artículos 1.881 a 1.886 del Código civil español. Integran el último Capítulo del Título XV del Libro IV del mismo Cuerpo legal citado, tras un Capítulo dedicado exclusivamente a las “Disposiciones comunes a la prenda y a la hipoteca” y otros tantos a la prenda y a la hipoteca en particular.

No es inconveniente recordar que así, la anticresis, en una primera toma de contacto por el legislador, aparece en el Libro dedicado a las Obligaciones y a los Contratos. Claro que eso mismo sucede con otras instituciones de cuya naturaleza de derechos reales no es lícito dudar, como las mismas prenda e hipoteca ya citadas o los censos. No obstante, eso no quita que el censo, la prenda o la hipoteca puedan ser constituidos por medio de la convención -usualmente lo son- ni tampoco que, en nuestro caso, la anticresis pudiese constituir, precisamente y con carácter exclusivo, un contrato.

En ese terreno, hay que poner de relieve que no existen -en la regulación legal del Código civil- disposiciones comunes también (junto con las que hay para la prenda y para la hipoteca) para la anticresis. De manera que los rasgos típicos distintivos de la anticresis aparecen en el Código civil unitaria e independientemente agrupados. Si seguimos con el razonamiento -o, mejor, con la imagen-, puede decirse que no existen rasgos peculiares de la anticresis que oponer a los de la prenda o a los de la hipoteca, porque ella misma es la peculiar o inclasificable respecto de una categoría -la que aborda el citado Título XV del Libro IV del Código civil- : la de los contratos de garantía (garantía real.....? y para todos los supuestos.....?).

Demuestra esta aparente e inoportuna inclasificabilidad de la anticresis la tediosa y fragmentaria remisión aquí y allá de una norma como la del artículo 1.886 del C. c., que distribuye -per relationem- rasgos típicos (comunes o no a la prenda y a la hipoteca) sin aparente conexión (5).

El primer problema que plantea la institución de la anticresis es, ciertamente, el de su naturaleza. La doctrina española, aun escasa, es unánime a la hora de considerar la anticresis como un derecho real. En efecto, el derecho del acreedor anticresista de percibir los frutos de un inmueble de su deudor para aplicarlos al pago de intereses o de capital se configura como un derecho real, puesto que el acreedor ejerce su derecho de manera directa, exclusiva y frente a terceros sobre un bien susceptible de dominación inmediata.

Sin embargo, ya se ha puesto de relieve que la presentación normativa de la anticresis parece sugerir que el acento, esta vez, se ha puesto más en el título de constitución que en el resultado mismo. Se ha dicho también que nuestro Código civil, regulando la anticresis entre otras indubitadas clases de derechos reales, en el Libro dedicado a las Obligaciones y Contratos, piensa, antes que nada, en la forma habitual de constitución de determinados derechos, cuales el censo, la prenda o la hipoteca misma, sin que por ello se comprometa la verdadera naturaleza de tales institutos. Institutos a los que en definitiva, se puede llegar, entre otras vías, por medio del contrato (6).

Pero llama la atención el hecho de que el artículo 1.881 del Código civil parezca ligar la existencia de ese citado derecho real de disfrute de un inmueble del deudor por su acreedor a la previa existencia de un acuerdo entre ambos, pues que, por definición, se necesita del pacto entre uno y otro para llegar a un acuerdo que no tiene por qué ser ni secundario ni accesorio: en suma, el contenido del artículo 1.881 C.c. puede ser directa, principal y únicamente querido y pactado por las partes interesadas.

Es cierto que de otras normas del Código civil, como la del artículo 1.884, parece deducirse claramente la naturaleza “exclusiva” de la anticresis como derecho real, cuando se permite al acreedor solicitar, en la forma en que ello se previene en la Ley de Enjuiciamiento Civil, la venta del inmueble poseído en concepto de acreedor anticrético. Esto, más que forzar la consideración de derecho de naturaleza real de la anticresis (obvio, por otra parte, a nuestro juicio), pondría de manifiesto que se trata de un derecho real de los llamados de garantía, que estando subordinados a la realización de una prestación principal garantizada, no son necesariamente una derivación del pacto y pueden provenir de otros modos o medios de constitución.

Pero para llegar a esta conclusión es imprescindible comprobar la premisa de la cual se ha partido: a saber, que el Código civil en el artículo 1.884, está regulando un genuino “ius distrahendi” que de carta de naturaleza a la anticresis como un derecho real de garantía.

## **2. La anticresis como derecho real de garantía.**

Quiere decirse que está por demostrar si la anticresis es, verdaderamente, un derecho real de garantía que, junto con la prenda y la hipoteca, esté orientado a responder del cumplimiento de una obligación principal, sin cuyo previo concurso no tendría sentido y para cuyo cumplimiento precisamente se constituye.

A) En primer lugar, hay que destacar que dicha función de garantía que, inexcusablemente, han de prestar los derechos reales de prenda y de hipoteca, no queda suficientemente puesta de relieve para el caso particular de la anticresis.

Aun contando con la letra del ya citado artículo 1.884,2 del Código civil (de redacción confusa), creo que puede mantenerse que el tipo legal de la anticresis del Código civil no exige que la anticresis esté subordinada, en funciones de garantía, al cumplimiento de una obligación principal.

Es significativo que el Capítulo primero del Título XV ya mencionado del Libro IV del Código civil, dedicado a las Disposiciones comunes a la prenda y a la hipoteca, no incluya, precisamente ahí, el instituto de la anticresis. Claro está que ello podría deberse a la inclusión que el legislador español del siglo XIX hizo, a última hora, de la institución que nos ocupa, cuestión sobre la que más adelante volveremos (7). Pero no es menos singular, aun teniendo en cuenta esta sobreveniencia normativa, que el artículo 1.886 del Código civil venga a establecer que son aplicables a este contrato el último párrafo del artículo 1.857, el párrafo segundo del artículo 1.866, los artículos 1.860 y 1.861.

Se integran (son aplicables), por tanto, al “contrato” de anticresis: la prestación de garantía (...?) por terceros (artículo 1.857, último párrafo), el llamado “pignus Gordianum” (8) (párrafo segundo del artículo 1.866), la indivisibilidad propia de la cobertura que prestan los derechos reales de prenda e hipoteca (artículo 1.860) y el aseguramiento de toda clase de obligaciones, puras o condicionales (artículo 1.861) (9).

Quiere esto decir que, en línea de principio, no le son aplicables al “contrato” de anticresis disposiciones tales como la contenida en el artículo 1.857 (excepción hecha de su último párrafo), en el que, de una manera clarísima, cobra un especial relieve la función de garantía que necesariamente han de prestar los contratos accesorios de la prenda y de la hipoteca (10).

Es decir, que aunque la anticresis pueda “asegurar” toda clase de obligaciones, ya sean puras o condicionales, o de otro tenor, o que terceras personas extrañas a la obligación “principal” puedan “asegurar” ésta prestando la garantía anticrética de sus propios bienes, o que el derecho del acreedor anticrético permanezca indivisible y aun pueda cubrirla exigencia de otra deuda exigible del deudor sin haberse pactado nada acerca de la seguridad de aquélla, ello no obstante, la anticresis no es consustancial a la idea del aseguramiento.

Dispone, en efecto, el citado artículo 1.857 del Código civil que son requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca (y, en consecuencia no lo son del contrato de anticresis:

- 1º. Que se constituyan para asegurar el cumplimiento de una obligación principal.
- 2º. Que la cosa pignorada o hipotecada (luego no la que se da en anticresis) pertenezca en propiedad al que la empeña o hipoteca.
- 3º. Que las personas que constituyan la prenda o hipoteca tengan la libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizadas al efecto.

Por consiguiente, no es de esencia al contrato de anticresis que se constituya, en calidad de contrato accesorio, para asegurar el cumplimiento de obligación alguna. (11). Así las cosas, cabe preguntarse si, aun no siendo de esencia que la anticresis se constituya para garantizar el cumplimiento de una deuda conexas, pueden las partes asignarle dicha función no primordial. O si, sencillamente, la exclusión de la remisión hecha por el artículo 1.886 del Código civil significa que la anticresis no es un derecho real de garantía y, en consecuencia, no estamos en presencia de un derecho real de realización de valor. Y si esto último fuera cierto, qué valor hay que dar o qué significa el ya citado artículo 1.884 del Código civil, que, en su segundo párrafo permite instar al acreedor el pago de la deuda o la venta del inmueble....? (12).

B) En segundo lugar, si lo que establece el artículo 1.884,2 no es un “ius distrahendi” específico de la anticresis y para el caso particular del incumplimiento de la presunta obligación principal garantizada y, en consecuencia, no se está en la naturaleza ni en la mecánica de los derechos reales de realización de valor, qué clase de derecho real constituye la anticresis.....?

La anticresis es figura de origen oscuro y discutido. Pero del manejo de algunos precedentes legales y doctrinales se puede deducir que no estamos es presencia de un verdadero derecho real de garantía y aunque, sin llegar a la negación de su “realidad”, se trata de un derecho real de goce o disfrute cuya constitución y función propias únicamente cabe obtenerlas, en principio, a través del marco de la convención. Se trataría, por lo tanto, de un derecho real de origen contractual, de un derecho real cuyo único modo de constitución es el contrato, en el bien entendido de que no se quiere decir, con ello, que haya de dejarse de lado la teoría del título y del modo, de general aplicación en nuestro derecho. La anticresis sería, así pues y a la vez, un contrato y un derecho real (13), pero, ante todo, un contrato con un contenido ciertamente peculiar.

A guisa de propuesta puede adelantarse que la anticresis es un contrato de carácter bilateral, y real “quoad constitutionem”, que genera un derecho real de goce o disfrute temporal, mas tendencialmente indefinido, a cambio de una deuda de capital y, en su caso, de intereses (de ordinario, en el tipo legal, deudas de dinero) cuyo pago o extinción se produce con los frutos del inmueble sobre el que se constituyó aquél derecho real (14).

### **3. Los inmediatos precedentes legislativos de la institución. (15)**

Por lo que hace referencia al origen próximo de los artículos que el Código civil dedica a nuestro instituto, cabe señalar que no aparecen en el Anteproyecto del Código civil español de 1882-1888 (16). Dichas normas aparecen, de improviso, en la publicación del Código civil que se lleva a cabo en la Gaceta de Madrid, de acuerdo con el Real Decreto de 6 de Octubre de 1888, entre el 9 de Octubre y el 8 de Diciembre del mismo año (17), así como también en el texto de la primitiva edición del Código civil hecha por el Ministerio de Justicia, en 1888.

La razón histórica de la introducción, en última instancia, de los artículos a los que hacemos referencia, puede estar, según pone de relieve LASSO GAITE (18)

en que la decisiva Ley de Bases de 11 de Mayo de 1.888 fue una Ley de “larga gestación”. Ello hizo posible que, una vez aprobada aquélla definitivamente, y redactado ya de manera íntegra entonces el Anteproyecto de Código civil, la Sección de lo Civil de la Comisión General de Codificación aún se reuniera, desde la publicación de la Ley de Bases y hasta el 6 de Octubre, hasta 37 veces.

De ahí que la inclusión de los artículos relativos al contrato de anticresis (que como se ha dicho no figuran en la redacción del citado Anteproyecto) bien pudiera haberse producido (junto a la reordenación consiguiente del Título XV del Libro IV, que ahora consta de cuatro Capítulos, el primero de ellos con las ya mencionadas Disposiciones comunes a la prenda y a la hipoteca y el último, ahora, dedicado justamente a la anticresis) entre el 12 de Mayo de 1888 y el 6 de Octubre del mismo año y en alguna de las reuniones de la Comisión (19).

Sea como fuere, de tal inclusión no parece existir rastro alguno perceptible, si bien y por lo que hace referencia al cuaderno respectivo del Libro IV del Anteproyecto, la carpeta que lleva el título de la prenda lleva el título de “Ponencia del Secretario de la Comisión” con letra manuscrita del mismo, que no era otro que ANTEQUERA (20).

Tampoco recoge la institución de la anticresis el Proyecto isabelino de 1.851. La razón expresa, que parte de una determinada y previa concepción de la figura, consiste en que no cabe la prenda de inmuebles, prohibición que encarna en el artículo 1.772 del citado Proyecto: “Solamente pueden darse en prenda los bienes muebles”. Y como la anticresis es, según admite su insigne Comentarista García Goyena, una prenda de inmuebles -se sigue aquí el dictado del Code Napoléon- no cabe su admisión (21).

Sin embargo, el propio García Goyena, de forma harto heterodoxa, bien es cierto, admite el pacto anticrético (única, por lo dicho, anticresis posible) respecto de los frutos que produzca una cosa mueble dada en prenda. Con lo cual, no solamente desnaturaliza la institución (comprometido por su repugnancia a considerar una prenda de inmuebles), sino que a la hora de recoger la posibilidad del pacto anticrético vincula éste al marco exclusivo del contrato de prenda necesariamente previo. Ello significa la pérdida momentánea para el Derecho español de la independencia de la anticresis ganada desde la promulgación del Código civil francés, eso sí, en el indicado sentido de un derecho real de realización del valor de cosa “inmueble” dada en prenda (22).

Por su parte, el Proyecto de Código civil de 1836 siquiera menciona fugazmente la figura, limitándose a establecer en artículo 1.704 que “el acreedor no tiene derecho a los frutos de las cosas dadas en prenda, a no haber estipulado que los perciba en pago de los intereses de la deuda o del mismo capital” (23). Se parte aquí, por lo tanto, de un posible pacto (ancilarmente vinculado, así, al contrato de prenda) establecido sobre bienes muebles y alternativamente compensatorio o extintivo. Pero se huye de la “anticresis tácita”, a diferencia de los argumentos aducidos por García Goyena en sus Comentarios al Proyecto de 1851 (24).

Es la primera vez que, salvo opinión mayor y mejor fundamentada, aparece legislativamente formulada, si bien de manera muy tenue, la posibilidad de una anticresis de signo independiente, que baraje al mismo nivel la prestación de frutos (aunque de una cosa mueble y como pacto accesorio de un contrato de prenda) a cambio de un crédito, situando a las partes en condiciones de igualdad, salvo en lo que concierne al derecho de prenda, al que dicha posibilidad va ligada.

La ausencia de precedentes legislativos españoles anteriores a la formulación del Código civil de 1889 no hay que buscarla en la falta de tipicidad social que, con variantes múltiples, se presenta a menudo en la vida económica del agro nacional, según han puesto de relieve algunos autores (25), sino que más parece encontrarse en una secular prohibición de las usuras (26), (lo que tendría justificación para una anticresis de carácter accesorio y naturaleza compensatoria, pero no, en cambio, para una genuina anticresis principal y de naturaleza extintiva), de una parte, y de la progresiva importancia de la prenda y, sobre todo, de la hipoteca, como instrumentos del crédito territorial (27), de otra.

El Derecho francés, por contra, aprovecha la ocasión que le brinda la codificación para, a petición de algunos Tribunales, incluir en su normativa el instituto de la anticresis (28). Y así, el Título XVII del mencionado Código civil francés, bajo la rúbrica “Du nantissement”, dedica su Capítulo segundo a la anticresis, la cual, según el artículo 2.072, no es sino la prenda de una cosa inmueble.

Con muy pocas variantes, los artículos 1.881 a 1.886 de nuestro Código civil proceden de los artículos 2.085 a 2.091 inclusive del Code Napoléon, que viene a erigirse, casi en solitario, en el introductor legal de la figura.

#### 4. La anticresis según el Derecho Romano (29)

Es opinión seriamente discutida el origen helenístico, la formulación romana y las interpolaciones del texto justiniano acerca del instituto del que se aquí se trata. Nociones tan diversas, pero importantes, cuales el “Interdictum Salvianum”, el pignus, la propia hipoteca, la actio Serviana, el interés del dinero o las usuras mismas se entremezclan y, seguramente, determinan, al par de las necesidades económicas que van surgiendo así como , sobre todo, la circulación del crédito y el aseguramiento progresivo de la titularidad de la propiedad territorial, la evolución de la figura, a la par que va desapareciendo alguna de sus funciones primitivas, acaso menos empeñadas en la inmovilización de los fundos cuanto en la cooperación para un debido cumplimiento de las obligaciones de los deudores. De por medio, como ya es sabido, las diversas prohibiciones acerca del interés del dinero complican progresivamente la cuestión, puesto que la institución es poco menos que sempiternamente sospechosa de encubrir tasas prohibidas para el crédito.

Es un hecho indiscutible, en cualquier caso, o eso nos parece, que a medida que se incrementa la protección del crédito territorial mediante la provisión de medios directos de agresión patrimonial, al margen de pactos de toda suerte que pudieren acompañar a la convención primitiva y principal (“pacta adiecta”), pierden peso otras funciones u otros medios de satisfacción del crédito mismo que bien podrían haber tenido su propia autonomía. Acaso sólo se produjo una desatención normativa sin que los interesados o las partes pudieran de convenir lo que a su interés se refiriera.

Según el Derecho Romano **clásico**, en opinión de Fritz SCHULZ (30), célebre Profesor alemán enseñante en Oxford, el término “anticresis” no pertenece al lenguaje jurídico clásico, puesto que la única vez que aparece en el Digesto no se refiere a un supuesto en el que predio mismo concernido sea un predio hipotecado. Y, en cambio, sólo se refiere al uso o disfrute de una cosa (“chresis”) como recompensa de algo y **no necesariamente “antí toon tocón”** (esto es, a cambio, por el contrario o en vez de) o en compensación del interés.

Un incuestionable argumento de autoridad para sostener tal tajante y primera afirmación de fondo proviene, al respecto, del propio Dionisio Gothofredo, creador de la expresión misma “Corpus Iuris Civilis” que, en el año 1583, publica su

Corpus Iuris Civilis Romani, esto es el conjunto de las Instituciones, el Digesto, el Codex y las Novelas, o si se quiere, todo el Derecho romano compilado en el siglo VI de nuestra era (31).

En efecto, a propósito del mismo texto compilado de MARCIANUS en el Digesto, Libro XX, Título XI, Ley XI, I, abundando, ya entonces, en la idea del anteriormente citado SCHULZ, y añadiendo, de forma aclaratoria y “señalada” sobre el propio texto de Marciano que la anticresis es “*mutuus pignoris usus pro credito*”, concluye en sus propias glosas (vid. la nota 4 al texto D. XX,I,XI,I) que “es evidente (“*nimirum*”) que la anticresis no es, en realidad, una hipoteca”, pues que el acreedor que hubiere dejado la finca no suele usar una acción real, sino tan sólo personal. A su vez, cita “*ibidem*” la autoridad de CUJACIUS. Vid., sin embargo CUJACIUS, J. , por ejemplo, el Cap. XXV del Libro III de las Observaciones. En Opera Omnia Iurisconsultorum nostri saeculi Principis. Sumptibus Ioannis Pillehotte. Lugdunum, MDVI. Tomo IV. Pág. 1.419.

A partir de esta previa y técnica apreciación general o este artículo de previo pronunciamiento, la práctica totalidad de los tratadistas de Derecho Romano, y en obras de carácter general y no escrupulosamente especializado, entienden la anticresis, a lo sumo, como una posibilidad de pacto, en virtud del cual acreedor y deudor convienen, a propósito del “*pignus*” (y, por tanto, respecto tanto de la prenda cuanto de lo que hoy llamamos hipoteca) que los frutos que produzca la cosa pignorada se compensen con los intereses de la deuda en cuestión. O como dice D’ORS, una recíproca renuncia de ambas partes a reclamar, de un lado, los frutos producidos por la cosa durante el tiempo de su retención, y, de otro, los intereses de la deuda (32).

En todos los casos, es denominador común del tratamiento de la anticresis de una notable ausencia de de tratamiento, no menos que de una inquietante parquedad en las dudas que se suscitan.



## CAPITULO II.

### **El marco normativo. (Aproximación general al concepto de anticresis).**

#### **1. Consideraciones generales.**

Para un intento de aproximación dogmática a la figura de la anticresis, al objeto de dar con el verdadero sentido de la institución, vamos a referirnos, a partir de ahora, y dentro de la deficiente estructura que a la misma dedica nuestro Código civil, de un lado, al conjunto de reglas generales que presiden su normativa legal: se incluyen, aquí, de manera muy principal y exclusiva las normas de los artículos 1.881 y 1.886. En el primero de ellos, y desde la óptica independizadora que se propugna, se intenta construir un “tipo” anticresis separado tanto de las nociones de prenda como de la hipoteca. En el artículo 1.886, en cambio, como ya se ha dicho, se utiliza por el legislador la fórmula de la remisión, bien a las reglas generales comunes, a la prenda y a la hipoteca mismas, bien a alguna disposición particularmente aplicable a la primera de ellas (a saber, la retención posesoria por la contracción de una segunda deuda).

De otro lado, se abordará el análisis de las que podemos denominar reglas “especiales”, con las que el tipo completa y que son las que, en definitiva, prestan al instituto su peculiar razón de ser.

#### **2. La noción legal de la anticresis en el Código Civil español de 1889: el artículo 1.881 del Código civil.**

La que podemos dar por regla general más importante en tema de definición de la anticresis está contenida en el citado artículo 1.881 del C.c. En efecto, establece dicha norma que:

*“Por la anticresis el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un inmueble de su deudor, con la obligación de aplicados al pago de los intereses, si se debieren, y después al del capital de su crédito”.*

Ha de notarse, en primer lugar, que a diferencia de lo que sucede con la prenda y con la hipoteca, no se califica la anticresis, por lo menos de entrada, como un contrato.

Así, el artículo 1.857 C.c. comienza diciendo que son requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca... O el artículo 1.863, dedicado ya a la regulación específica de la prenda, al hablar de que además de los requisitos exigidos en el artículo 1.857, se necesita para constituir el contrato de prenda... Finalmente, y ahora respecto de la hipoteca, dispone el artículo 1.874 C.C. que sólo podrán ser objeto del contrato de hipoteca...etc.

Parece claro, sin embargo, que no debe ser esto un obstáculo a la hora de considerar que, en principio, las mismas razones que aconsejaron al legislador el regular la prenda y la hipoteca exclusivamente como contratos (razones de frecuencia en la estimación del medio creador), aconsejan también decidir lo mismo para el caso concreto de la anticresis.

Entre otras razones, fuera de las puramente formales de carácter estructural, porque el propio artículo 1.885 del Código civil, acaso con la misma hipotética inexactitud con la que mentó y reguló la prenda y la hipoteca, también menciona y considera la anticresis como un contrato. Y en ese sentido, se deduce de la norma últimamente citada que los contratantes pueden estipular... No menos que la norma remisiva del artículo 1.886 del mismo Código civil, que manda aplicar otros tantos preceptos al contrato de anticresis... Por último, el propio encabezamiento del Título XV del Libro IV del Código civil, que es, en fin de cuentas, el que regula nuestro instituto, deja bien a las claras que se habla de los contratos de prenda, hipoteca y anticresis.

La cuestión no es, a nuestro juicio, puramente especulativa, por cuanto se trata de la posible independencia del tipo recogido por las normas del Código civil. No tiene sentido alguno mantener que la anticresis es un derecho real autónomo e independiente de sus más cercanos competidores, pues que ello es obvio. Y que, naturalmente, en el marco que acoge el propio Código civil, ese derecho real puede ser constituido por cuantos medios sean posibles, atendida la naturaleza de la anticresis misma, entre los que se halla el contrato.

Pero puede ser realmente decisivo entender que, por esta vez, el Código civil (que, no se olvide, no recogía la institución en el inmediato antecedente legislativo del Anteproyecto de 1.882-1.888) (33) ha acogido, ciertamente, una figura cercana a la prenda y a la hipoteca, pero sólo cercana. De manera que la anticresis pueda constituir, sí, un instituto autónomo pero de carácter contractual. Entiéndase bien, que la anticresis es, efectivamente, un derecho real, pero un derecho real que

(si lo anterior puede confirmarse) nace del contrato del mismo nombre. Es claro, entonces, que el Código civil adquiriera una extrema importancia en el momento en que menciona el carácter contractual de la anticresis. En ese caso, es más importante la autonomía del “tipo” contractual que la del derecho real.

Ahora bien, si puede demostrarse que la anticresis es, antes que otra cosa, un contrato, un tipo contractual tan independiente como otro cualquiera, sus zonas de contactos con institutos próximos, como la prenda o la hipoteca, se difuminan, ya que habría que dejar de lado la tradicional accesoriedad y, consiguientemente, otras características adosadas a la cualidad de accesorio. La función en suma, del tipo contractual se orienta a un campo que no es el propio ni el esencial del de los derechos reales de garantía.

Sin entrar, por el momento, en mayores precisiones bien podría afirmarse que, de acuerdo con lo establecido por la norma del citado artículo 1.881 del Código civil, el “contrato” de anticresis es un convenio por el cual un acreedor, supuesta, por tanto, una determinada relación obligatoria, tiene un derecho de percepción de frutos sobre un inmueble de su deudor.

Qué función se le asigna a este derecho de disfrute de un inmueble por parte del acreedor anticrético....? La de hacerse pago de los intereses (para el caso de que la deuda los produzca), en un caso, y del capital mismo, en todos. Por consiguiente, los índices de la tipicidad que podemos considerar como esenciales lo constituyen: una relación obligatoria, un inmueble fructífero y el destino de los frutos de éste aplicados a la extinción de aquélla. De donde resulta que, a primera vista, el papel del inmueble despliega más una función de carácter liquidador que una función de garantía, si en lo que piensa es en una relación obligatoria contra una relación de goce o disfrute.

De este concepto legal así expuesto puede deducirse, así pues, que el deudor de la norma establecida por el artículo 1.881 del Código civil es, sencillamente, y a primera vista, un prestatario. En efecto, en línea de principio, y sin más que atenernos a la dicción literal del precepto viene a existir un deudor que recibió un capital prestado cuya “devolución” puede haberse pactado que incluya los intereses que pueda generar.

No es preciso decir, sin embargo, que de acuerdo con lo que establece el artículo 1.755 del Código civil no se deberán intereses sino cuando expresamente

se hubieran pactado (34). Puede, entonces, preguntarse qué sentido cabe aplicarle a la anticresis del artículo 1.881 C.c., cuando, no habiéndose pactado intereses (y, en consecuencia, no siendo debidos, los contratantes de nuestra norma hayan convenido, no obstante, en la aplicación de los frutos de un inmueble del deudor al pago del capital prestado por el acreedor. Porque pudiera parecer que, en ese supuesto, ambas partes hayan convenido tan sólo en que los rendimientos del inmueble sirvan para que el acreedor anticrético poseedor del inmueble se haga pago, por su propia mano, de lo adeudado por el dueño del mismo. Préstamo de dinero. Cuya devolución se hace no en dinero, sino en unidades de otra especie.....?

El supuesto de hecho hipotético del que parte la norma puede obedecer a una de estas dos posibilidades:

A) En primer lugar, y para el caso de que el préstamo del capital sea de carácter oneroso, el derecho de percepción de frutos del acreedor anticrético tendría como objeto, en un primer momento, los frutos equivalentes a los intereses devengados y, después, los correspondientes (....?) (35) al capital prestado (....?) (36). Se aplicaría aquí, por consiguiente, la regla del artículo 1.173 del Código civil, según el cual, si la deuda produce interés (que es el caso del que tratamos ahora) no podrá estimarse el pago hecho por cuenta del capital mientras no estén cubiertos los intereses. En suma, la obligación impuesta por el artículo 1.881 C.c. al acreedor anticrético de aplicar los frutos percibidos no es sino una manifestación clara del principio de salvaguarda de los derechos del acreedor mismo, ya que éste no ha de ver perjudicado su derecho de crédito a los intereses legítimamente pactados (en mérito del artículo 1.740.3 del Código civil) a causa de una extinción prematura e injustificada de su principal derecho de crédito a la “devolución” del capital prestado.

B) Y en segundo lugar, y para el supuesto de que el “préstamo” del capital no constituya un caso de préstamo oneroso, sino gratuito, el derecho de percepción de frutos que tenga el acreedor sobre el inmueble de su deudor, acaso lo haya obtenido, precisamente, a cambio del capital que prestó.

En este caso, no hay prestación accesorio, y no habiendo, por lo tanto, intereses que devolver, la percepción de los frutos habrá de versar, única y exclusivamente, sobre el principal, que no es otra cosa que el capital.

Ha de notarse, en efecto, que no estamos, al menos literalmente, en el caso de tener que imputar al capital el exceso de los frutos de la cosa dada en prenda, y una vez percibidos los frutos por un importe global compensatorio del total de los intereses debidos, hipótesis clásica del tratamiento doctrinal de la anticresis que se cierra con el pago y devolución del saldo final de la operación, es decir, con la devolución del resto del capital líquido aún no extinguido a causa de la percepción de frutos en cuestión y cuya devolución, además, queda garantizada por la posesión, en concepto de prenda, del inmueble disfrutado hasta entonces.

En efecto, en la hipótesis que se baraja, aquí y ahora, se trata de un supuesto “préstamo” gratuito, en la medida en que el acreedor tan solo tiene derecho a la devolución del capital, pero no de intereses que no fueron pactados y, por lo tanto, no son debidos.

En este caso, así pues, el artículo 1.881 del Código civil hay que leerlo de la manera que sigue: *Por la anticresis el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un inmueble de su deudor, con la obligación de aplicarlos al pago... del capital de su crédito.* Pero los interrogantes que plantea, entonces, la dicha norma, son varios y harto curiosos.

1º: Qué clase de contrato de préstamo es éste que, a diferencia del contrato de préstamo regulado por el artículo 1.740 del Código civil no obliga al prestatario (el poseedor anticrético del inmueble) a devolver otro tanto de la misma especie y calidad...? Pues que la obligación del prestatario no se reduce sino a aplicar los frutos percibidos a la extinción de la deuda de capital y aun ello se lleva a la práctica teniendo que soportar la efectiva imputación de frutos a su propia deuda, hecha por el acreedor, es claro que ni ha de pagar él mismo (aunque, como es obvio, pueda controlar el ejercicio de ese derecho por parte del acreedor poseedor del fundo) ni “paga” con un tanto de la misma especie y calidad, fuera del caso (que no será el más común) de que capital “prestado” y frutos percibidos sean de la misma naturaleza.

2º: Es, realmente, este un caso de préstamo “gratuito” o préstamo sin contraprestación a cargo del prestatario...? No parece, sin embargo, que un convenio de esta naturaleza beneficie tan solamente a una de las partes, porque si bien es cierto que el prestatario, o sea el deudor propietario del inmueble dado en anticresis del

artículo 1.881 del Código civil debe “devolver” un capital prestado por su acreedor prestamista o mutuante, también lo es que éste, a cambio, no solamente obtiene por sí los rendimientos del inmueble fructífero a través de la percepción de aquéllos, lo que no supone, en puridad, un “pago”, sino que, en la línea de equivalencia de las prestaciones, obtiene una posición jurídico-real sobre el inmueble que le permite disfrutar y gozar del mismo mientras no resulte cobrada la deuda por completo. En resumen, no hay aquí gratuidad, sino, a nuestro juicio, todo lo contrario.

En otras palabras, si el préstamo se ha pactado en términos de gratuidad, el derecho de percepción de frutos que tenga el acreedor sobre el inmueble de su deudor lo habrá obtenido aquél, acaso, a cambio, del mismo capital prestado. Pero habida cuenta de que, en la especie, no puede mantenerse que el préstamo sea, en realidad, gratuito, como justificar entonces la posibilidad que la misma norma nos brinda de poder percibir frutos a cargo o a cambio del capital si, por definición, no habiéndose pactado intereses, no existe el derecho de reclamarlos...?

Qué papel, en definitiva, hay que asignarle al “ius fruendi” del artículo 1.881 C.c. tantas veces citado...? El de contraprestación...? En ese caso no puede existir préstamo gratuito alguno...! El de simple derecho real que otorga un “ius fruendi” al titular...? En ese caso no tiene por qué haber contrato de préstamo...!

En realidad, lo verdaderamente significativo y característico del artículo 1.881 y su concepto legal de la anticresis es que el derecho del acreedor a percibir los frutos de un inmueble de su deudor, su derecho de fruición, puede sencillamente obtenerse A CAMBIO de un préstamo de dinero que, justamente, por estimarse un contravalor de aquél, puede NO DEVOLVERSE, puesto que el ejercicio de ese mismo derecho de fruición agota la finalidad de satisfacción-extinción de la deuda contemplada.

Y así, la verdadera función de la norma en estudio no residiría tanto en el uso de un capital-inmueble obtenido por el acreedor para hacerse pago de los intereses y contra el uso de un capital-dinero, que es la hipótesis sobre la que la doctrina construye habitualmente la institución de la anticresis, cuanto, muy al contrario, la de permitir el uso y el disfrute de un inmueble a manera o modo de compensación y contra el capital “prestado” por el acreedor, capital que el deudor no está obligado a devolver.

En la especie, pues, de que se habla, si el préstamo fue un préstamo simple y gratuito, dicha compensación operará por imputación directamente aplicada a la deuda de capital, hasta la extinción por concurrencia del valor de los frutos percibidos. Si, en cambio, se trata de un préstamo interés, la compensación operará mediante la imputación directa y primeramente aplicada a los intereses de la deuda y, después, al capital, según el principio de salvaguarda al que ya hemos hecho referencia, establecido, para las deudas de dinero, por el artículo 1.173 del Código civil, pero que tiene otras sanciones, por aplicación del mismo principio en que se inspira éste último, en distintas normas del mismo Cuerpo legal citado (37).

Todavía, empero, cabría argumentar que, asumiendo el derecho de fruición otorgado por la norma al acreedor anticrético la naturaleza de un derecho real, siendo su función una suerte de contravalor o contraprestación y constituyendo un modo de extinción, técnicamente hablando, de deudas u obligaciones, su ámbito va mucho más allá de las deudas procedentes de posibles contratos de préstamo, pues que el deudor del que nos habla el artículo 1.881 del Código civil no ha de ser con carácter necesario un prestatario. Primero, porque el precepto en cuestión no menciona pero ni tan siquiera regula contrato de préstamo alguno. Segundo, porque la función que cabe asignarle a la anticresis no es, en modo alguno, tan sólo predicable de las deudas procedentes del mutuo. Tercero y último, porque por esa misma razón, el deudor de nuestra norma, puede serlo antes de proceder al contrato de anticresis regulado en la misma, y, por ello, la finalidad de la anticresis puede abarcar supuestos liquidatorios que no se ve porqué tengan que ir ligados al contrato de préstamo.

De ahí nuestra afirmación hecha en líneas anteriores de que, siendo la anticresis un (permítasenos decir) un valor en cambio su función y su utilidad juegan en los terrenos de la convención.

### **3. La imputación o aplicación de frutos como contraprestación.**

Según se ha puesto ya de relieve, el acreedor ha de asumir, a cambio del derecho de fruición estipulado, la obligación de aplicar los frutos efectivamente percibidos al “pago” de los intereses, primero, y del capital, después.

No se trata, en consecuencia de una carga del acreedor, cuya actividad está vinculada o sea imprescindible llevar a cabo para el ejercicio de un derecho, puesto que aquí no es el ejercicio de ese derecho lo que está subordinado al despliegue de una determinada actividad, sino, antes al contrario, es la propia actividad del titular de un poder la que está condicionada por la existencia de un derecho subjetivo cuyo ejercicio consiste, precisamente, en una determinada por el sujeto acreedor anticrético poseedor del inmueble fructífero dado en anticresis.

De ahí que el acreedor está vinculado por una propia y verdadera obligación, que le sujeta a una previa y concreta destinación de los frutos o rendimientos percibidos, que ha de aplicar a la extinción de su crédito. En este sentido, el derecho de fruición del acreedor anticrético está vinculado a una función puramente extintiva. Y así, ya se ha dicho también, la naturaleza del derecho del acreedor es la de un derecho real, pero su ejercicio está preordenado al pago de una obligación, y de ahí también, consecuentemente, que cuando se haya “pagado” la deuda, el derecho real deja de tener razón de ser y se extingue. El ámbito temporal, por lo tanto, del derecho real de fruición tiene como límite la extinción de la deuda para cuya satisfacción se crea.

El mecanismo a través del cual juega o se pone en práctica la aplicación de los frutos percibidos no puede ser otro que el de la imputación o referencia, según se vayan percibiendo, al importe de la deuda a extinguir, sea principal o sean intereses y principal. Pero la misma idea de aplicación de frutos o imputación impuesta por el artículo 1.881 del Código civil al acreedor excluiría, inicialmente, según creemos, toda noción de aleatoriedad cuanto de compensación.

Si de lo que se trata, en definitiva, es de una imputación de pagos (38) de carácter cuantitativo más que cualitativo (puesto que no estamos, aquí, en presencia de varias deudas, ni de la misma especie, ni frente a un solo acreedor de aquéllas, hipótesis de las que parte el supuesto institucional del artículo 1.172 del Código civil), la declaración, al tiempo de hacer el pago, de qué es lo que debe darse por extinguido, debe realizarse por el acreedor, que es el que debe imprimir un destino ya prefijado de antemano por la norma (o, si se prefiere, por la convención), pero de acuerdo con parámetros cuantitativos o, si se quiere, con la necesaria valoración del total importe (por equivalencia) de los frutos percibidos y cada vez que son percibidos.

Ese mecanismo de percepción, valoración, imputación y extinción aparece, más o menos implícitamente en el apartado tercero del artículo 1.882 del Código civil, en el que se puede leer que “se deducirán de los frutos las cantidades que emplee (el acreedor poseedor del inmueble)...en pagar contribuciones y cargas y en gastos de conservación y reparación”. Se está pensando, así pues, en operaciones de carácter contable y practicadas regularmente. Esta obligación accesoria, como otras, forma parte del contenido esencial del acuerdo. Cfr., por ejemplo, los arts. 1.091, 1094, 1.258, y relativos concordantes del Código civil español.

Por todo ello, parece que dicha imputación ha de excluir, como decíamos más arriba, las nociones de aleatoriedad y de compensación propiamente dicha.

Decimos que la imputación o aplicación de frutos al pago de intereses (si los hay) y del capital excluye, en primer término, una posible aleatoriedad relativa al juego de prestaciones objeto del acuerdo anticrético, y en efecto, en el caso presente ninguna de las partes implicadas en el convenio se obliga -por utilizar los términos que emplea el artículo 1.790 del Código civil- a dar o hacer cosa alguna en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado.

La precisión de excluir aquí la aleatoriedad tiene, en razón de nuestro estudio, una capital importancia, sobre todo en lo relativo a la prestación debida por el deudor y que versa sobre los frutos del inmueble a percibir por su acreedor. Y así, ni el primero puede especular con una posible ganancia a costa del acreedor anticrético, ya que se exige que el inmueble sea o pueda ser fructífero (39), ni puede tampoco el segundo percibir más frutos del inmueble que aquéllos que basten para producir el deseado y necesario equilibrio de prestaciones, es decir, que aquéllos que basten para la extinción de la obligación del deudor y por su exacto importe.

El hecho, en suma, de que sea el propio acreedor el encargado de proceder al pago de su propio crédito, no obsta, antes bien exige una perfecta diligencia en el cálculo de la operación y consiguiente extinción de la obligación.

En éste último sentido, el límite cuantitativo (y, por lo mismo, temporal) del derecho de fruición del acreedor viene impuesto por el artículo 1.885 del Código civil, según el cual cabe la estipulación de compensar los intereses que produzca la deuda con los frutos que produzca la finca dada en anticresis.

Pero mucho dudamos de que en el supuesto establecido por la norma citada en último lugar estemos ante un genuino caso de anticresis convencional. Porque si los frutos que produce la finca, globalmente, sirven para “compensar” los intereses de una deuda cualquiera, agotada la función de la percepción de aquéllos en el pago de éstos, quid acerca del capital...? Cómo se pagará éste?... Porque si no se cancela la deuda de capital, con los frutos del inmueble, habrá que devolverlo por otra vía. La función de la anticresis, en este supuesto, es doble: por un lado, y respecto de los frutos cumple la función que de ordinario creemos que debe cumplir la genuina anticresis, o sea la de constituir un derecho de fruición con finalidades liquidatorias o de pago. De otro, Y por lo que hace referencia a la deuda de capital, que no se devuelve con cargo a los frutos, la posesión del inmueble viene a actuar en funciones de garantía del crédito del principal. Pero esto encaja ya más con el pacto anticrético agregado, a la vieja usanza, a un contrato de prenda, que no a la genuina anticresis, noción que repugna, hoy, la idea prendaria (40).

Asimismo decimos que la imputación por aplicación de los frutos percibidos, en el artículo 1.881 C.c., excluye toda idea de compensación propiamente dicha. Si, en efecto, atendemos a la idea legal de la compensación regulada por el artículo 1.195 y sgs. del Código civil, su noción no puede ser, en absoluto, aplicable a la especie de la que tratamos.

Desde un punto de vista técnico, es obvio que no estamos aquí en presencia de dos deudas consistentes en una cantidad de dinero o en cosas fungibles que sean de la misma especie y calidad, ni de dos deudas vencidas, etc. Estos requisitos y algunos otros son, como es sabido, vienen exigidos por la normativa del Código civil para la llamada compensación legal. Podría pensarse, por lo mismo, que dichos inconvenientes, en nuestro caso, quedarían eliminados si optamos por una compensación de carácter convencional establecida por y en favor de las partes para estimar que, en dicho supuesto, hay dos personas que, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra, tal y como exige el artículo 1.195 C.c.

Prescindiendo entonces del posible carácter real de nuestro contrato de anticresis, podría decirse que el deudor (el deudor del artículo 1.881 C.c.) es deudor de la finca que da en anticresis y acreedor del capital que, con o sin intereses, le es prestado, mientras que el acreedor anticrético debe el capital y es, al tiempo, acreedor del derecho real.

Si, por el contrario, partimos de la realidad del contrato de anticresis (41), puesto que según la doctrina comúnmente aceptada, las obligaciones no pueden surgir sino una vez entregada la cosa o cosas objeto de la futura devolución, podríamos aún entender que el deudor anticrético es efectivamente deudor del capital prestado, que ha de devolver, por más que tal devolución se haga a través de la persona del acreedor (que es quien se paga con los frutos), y al tiempo, es acreedor a la devolución del inmueble, mientras que el acreedor anticrético es, a la vez, deudor de la finca y acreedor del capital (que él mismo procede a pagarse y a extinguir). Podría decirse, si, en este sentido, que la deuda de capital se compensa con los frutos percibidos, hayan de incluir éstos o no intereses devengados.

Resulta, empero, que esto es lo que precisamente han pactado, a priori, las partes deudora y acreedora! Esto es, sencillamente, un contrato, una convención!... La compensación, aquí, no sería un medio de pago o una manera de extinguir las obligaciones, sino, todo lo contrario, un medio destinado a crearlas: obligaciones que, nacidas de una convención particular, se unen en torno al tipo anticresis...!

La función, en fin, que persigue la anticresis prohíbe cualquier idea de compensación porque, además, ni siquiera en la compensación propiamente dicha cabe la extinción recíproca en globo, sino que el efecto extintivo se produce con exactitud, en la cantidad concurrente, lo que impide no ya la compensación de frutos in genere con dinero, sino que se compensen todos los frutos percibidos (durante cuánto tiempo.....?) con el capital o con el capital y con los intereses. La aplicación de los frutos es una obligación del poseedor del inmueble en concepto de anticresis, lo que significa que cada vez que aquél perciba frutos debe, previa su valoración, descontarlos del capital prestado.

La aplicación de los frutos al pago del capital o de los intereses, o de ambos, impide, en definitiva operaciones usurarias prohibidas por la Ley de manera terminante (42).

La aplicación susodicha es, ciertamente, un deber, pero también es un derecho: el derecho del acreedor anticrético de hacerse pago de aquello que se le adeuda. Resta por saber, en última instancia, de qué naturaleza es dicho derecho de aplicación de frutos directamente conectado a la percepción de los mismos. Si el objeto

sobre el que se ejerce son solamente los frutos del inmueble en cuestión, hablaremos de un derecho real de goce y disfrute sobre el mismo inmueble, condición indispensable (aunque no la tenencia) para el ejercicio del derecho a percibir los frutos (43).

Pero si se habla de un derecho real de garantía, el exceso de la función de éste sobre la finalidad de la percepción de frutos, aparte de recaer sobre el inmueble mismo y no sobre los frutos (pues es obvio que el perceptor de éstos adquiere la propiedad) (44), deberá ser justificado con holgura, pues, en línea de principio, no parece que es esa la voluntad de las partes contratantes.

#### **4. La integración del tipo. La remisión del artículo 1.886 del Código civil a las reglas de la prenda y de la hipoteca.**

Junto a la regla general del artículo 1.881 del Código civil existen otras reglas que también podemos considerar como generales de la institución de la anticresis, a las que se remite la norma del artículo 1.886 del mismo Código, según ya vimos.

Establece el artículo 1.886 citado que “son aplicables a este contrato el último párrafo del artículo 1.857, el párrafo segundo del artículo 1.866, y los artículos 1.860 Y 1.861”.

Hablamos de reglas generales en un doble sentido, formal y material. Se trata de reglas generales en sentido formal porque, primeramente, la remisión del artículo 1.886 del Código civil se dirige a formar, junto con la regla ya analizada del artículo 1.881 C.c., una serie de características definitorias de la anticresis y que integran su esencia.

Pero se trata asimismo de reglas generales en un sentido material porque la regulación de la institución se integra, a través de la figura de la remisión, con normas reguladoras de características comunes a la prenda y a la hipoteca y, que por tanto, afectan igualmente a la anticresis.

Se trata, en resumen, de un conjunto de reglas aplicables formalmente a la anticresis por vía de remisión que, desde un punto de vista material se incorporan al tipo considerado por la ley.

Entre esas reglas destaca, en primer lugar, la contenida en el párrafo segundo del artículo 1.866 del Código civil. Y dice así: “Si mientras el acreedor retiene la prenda el deudor contrajese con él otra deuda exigible antes de haberse pagado la primera, podrá aquél prorrogar la retención hasta que se le satisfagan ambos créditos, aunque no se hubiese estipulado la sujeción de la prenda a la seguridad de la segunda deuda”.

Dicha norma tiene la particularidad de que no es (como sí lo son las otras a las que se remite el artículo 1886 C.c.) común a la prenda y a la hipoteca conjuntamente, sino que es regla específica de la prenda y ahora, por tanto, común de prenda y anticresis.

La interpretación de esta norma, aplicada a la anticresis en función de “pignus Gordianum”, plantea varios problemas de interés. Una vez más, el problema de la verdadera naturaleza de la anticresis se va a erigir en el auténtico condicionante del acierto o desacierto en la regulación del instituto. Esta vez, en relación a la posible aplicación a la figura en estudio de la retención posesoria.

En el mismo orden de cosas sobre el que se ha venido argumentando anteriormente, cabría, en primera instancia, calificar la anticresis como un derecho real de garantía. Y si la anticresis consiste, en efecto, en un derecho real de garantía que cubre y asegura el cumplimiento de una obligación cualquiera, por ejemplo, una obligación derivada de un préstamo de consumo, con intereses o sin ellos” oneroso o gratuito.

Sin más que recurrir, en ese sentido, a la norma del artículo 1.861 del Código civil, con arreglo al cual el contrato de anticresis (recordemos que el artículo 1.886 C.c. se remite también a la citada norma)....”puede asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén subordinadas a condición suspensiva o resolutoria”, podría entenderse que, siendo el acreedor anticrético titular de un “ius in re”, cabe, sin duda, que el “ius possidendi” del acreedor pignoraticio (que se deriva de los artículos 1.863. 1.866 y 1.871, todos del mismo Código civil) pueda ser aplicable por analogía al titular del derecho de anticresis, ya que, en ese caso, la prolongación en el tiempo de retención (un derecho que le correspondería en tanto que titular de un derecho real de garantía) cumple, elásticamente, y de manera perfecta, la misma finalidad que se le asigna al derecho de retención en materia de prenda (45).

Mas si, por el contrario, cupiese entender, que la anticresis, lejos de atender a la finalidad propia de los derechos reales de garantía, es un convenio o contrato típicamente organizado y nacido fuera de la dependencia de derechos que atienden a la sujeción a la obligación que ellos garantizan, entonces, la disposición que comentamos resultaría, cuando menos, dudosamente justificable.

Aparte de otras razones, cómo entender que lo expresamente pactado por las partes, en los términos del artículo 1.881 del Código civil, a saber (y por ejemplo), préstamo de consumo contra uso y disfrute de un inmueble, puede, sin más, extenderse a algo más que a un simple derecho de disfrute o de percepción de frutos por parte del acreedor....?

Si, en otras palabras, la intención de las partes ha sido, sencillamente, la de crear, del lado del acreedor anticrético, un derecho real que no persigue reforzar ni asegurar el cumplimiento de la obligación del deudor, sino tan sólo la de crear un derecho real de disfrute en funciones de pago y contra el capital prestado, no supone la concesión de un derecho de retención el ir en contra de lo dispuesto con carácter general por el artículo 1.258 del Código civil, a tenor del cual los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo a lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley?...

La verdad es que puede muy bien cuestionarse, para empezar, que sea de la naturaleza de la anticresis la función de garantía, que parece ser la base en la que se apoya la remisión del artículo 1.886 al artículo 1.866,2 del Código civil para aplicar a la anticresis una peculiar característica del derecho real de prenda.

A nuestro juicio, el párrafo segundo del artículo 1.866 C.c. tiene su apoyo y su fundamento en el primer párrafo del mismo artículo, que es en el que se establece el derecho de retención posesoria en favor del acreedor pignoraticio. Ahora bien, dicho derecho de retención juega, a no dudar, en el marco de funcionamiento de un derecho real de prenda, que si es un derecho real consustancial a la idea de garantía. El derecho de retención es, así pues, una consecuencia del derecho real de prenda que potencia la realización del valor de las cosas pignoradas.

Sin embargo, la idea de garantía no es, por el contrario, una noción indisolublemente a la figura de la anticresis. Porque si bien, como se dijo antes, algunas normas parten, indiciariamente, de ese punto inicial, como la norma ya citada del artículo 1.861 C.c., que permite (a la anticresis) asegurar el cumplimiento de toda clase de obligaciones, lo cierto es que no es, en absoluto, imprescindible que la anticresis nazca para asegurar obligación alguna. Lo señala claramente el artículo 1.857 del Código civil, en su número primero, que exige como esencial a la constitución de los contratos de prenda e hipoteca el asegurar el cumplimiento de una obligación principal. Así pues, esta función de garantía no es esencial al contrato de anticresis, de acuerdo con la general remisión del artículo 1.886, que no incluye dicha nota esencial para el caso particular de la anticresis. De haberse considerado esencial dicha característica, el artículo 1.886 se habría remitido con precisión (como hace otras veces) al segundo párrafo o al número primero del artículo 1.857.

No siendo, por lo tanto, la anticresis, al modo de derecho real de garantía, al menos con carácter necesario, es lícito, pues, preguntarse por la justificación o el fundamento de la aplicación a nuestro instituto del derecho de retención del artículo 1.866,2 del Código civil (46). Porque, una vez más, no parece esencial a la naturaleza de la anticresis la noción de garantía.

Pero claro es que tampoco el uso o la ley adjudican ese papel a la figura en estudio. En concreto, por lo que hace referencia a la ley (artículo 1.258 C.c. citado), puede argumentarse que es precisamente la ley del párrafo segundo del mencionado artículo 1.866 del Código civil el que impone el derecho de retención, por vía de la remisión, al derecho de anticresis. No obstante, a nuestro juicio, sería preciso que la ley impusiera expresamente tal derecho de retención al contrato de anticresis, pues que la remisión sólo parece referirse, de acuerdo con lo dicho, a un hipotético derecho real de garantía anticrético.

En ese sentido, bien está que el legislador establezca un derecho de retención para el particular caso de la anticresis, como lo hace en otros casos heterogéneos, en los que, a pesar de la heterogeneidad, siempre se da una situación posesoria fundamento de la retención (47), tales como el usufructo (art. 522 C.c.), arrendamiento de obra (art. 1.600 C.c.), mandato (art. 1.730 C.c.) o depósito (art. 1.780

C.c.), supuestos en todos los cuales, además, la retención se ofrece como una garantía de cobro de obligaciones nacidas en el seno de la única relación obligatoria de que se trate en cada caso y nunca de obligaciones ajenas al usufructo, arrendamiento de obra, mandato o depósito. Razón por la cual, la facultad concedida al acreedor por el artículo 1.866 del Código civil nos parece exorbitante y excepcional, por lo que aplicada a la anticresis debe de tratarse, única y exclusivamente, de un derecho de retención referente al derecho real de prenda.

Creemos, por ello, incorrecto, fundamentar la remisión (que, por otra parte, no se concede esta vez de una forma expresa y directa, sino formal e indirectamente) en una subyacente y pretendida relación de analogía entre el derecho real de prenda y un (posible) contrato de anticresis. Máxime si se tiene en cuenta que el párrafo primero artículo 1.866 del Código civil (que es la norma remitida) establece claramente que el contrato de prenda da derecho al acreedor para retener la cosa en su poder o en el de la tercera persona a quien hubiese sido entregada, hasta que se le pague el crédito.

Habida cuenta de lo dicho anteriormente, resulta curioso observar que la norma del artículo 1.886 del Código civil (que es la norma remitente) se remite, en efecto, al párrafo segundo del artículo 1.866, pero no al primero, que es el que, justamente, debería darnos el apoyo para fundamentar la retención posesoria.

Como decíamos supra, al iniciar el análisis de las remisiones del art. 1.886 C.c., fuera ya de la peculiar retención posesoria que tiene a su favor el acreedor pignoraticio, hay una serie de reglas comunes a la prenda y a la hipoteca, recogidas en las Disposiciones del Capítulo primero del Título XV del Libro cuarto del Código civil que han de aplicarse a la anticresis en virtud de la citada remisión.

Entre ellas está la norma del artículo 1.860 del Código civil. Según este artículo tanto la prenda como la hipoteca son indivisibles, en tanto que derechos reales de garantía, ya para los herederos del deudor, ya para los del acreedor. La garantía, así pues, resta íntegra mientras exista parte de deuda por pagar.

En consecuencia, tal y como establece el apartado segundo del artículo citado, no podrá el heredero del deudor que haya pagado parte de la deuda pedir que se extinga proporcionalmente la prenda o la hipoteca mientras la deuda no haya sido

satisfecha por completo. Hay que tener en cuenta que, a tenor de lo dispuesto por el artículo 1.084 del Código civil, y antes de efectuada la partición, (a sen su contrario) que los acreedores podrían o, mejor, tendrían que solicitar de los herederos de su deudor el pago de sus créditos en proporción a las cuotas de aquéllos, no respondiendo, por tanto, los herederos sino de acuerdo con la norma de la mancomunidad simple del artículo 1.138 C.c. y según el viejo principio “nomina ipso iure divisa sunt” (48). Ello no obstante, la garantía pignoraticia o hipotecaria (o anticrética, en nuestro caso) permanece idéntica, única e indivisible, en beneficio del acreedor.

De la misma manera, y con base en el mismo punto de partida de la indivisibilidad, no podrá el heredero del acreedor que recibió su parte de la deuda devolver la prenda ni cancelar la hipoteca en perjuicio de los demás acreedores herederos que no hubieren sido satisfechos, puesto que cada uno de éstos tiene derecho a la integridad de la garantía.

Lo mismo dispone, para la hipoteca en particular, el artículo 122 de la Ley Hipotecaria: “La hipoteca subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada, y sobre cualquiera parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido...”

Con todo, según pone de relieve ROCA SASTRE (49), la indivisibilidad no es una característica esencial o institucionalmente ligada a la hipoteca, sino que siendo una elección del legislador en aras del refuerzo del crédito territorial, lo que se pretende fomentar, puede ser renunciada por las partes interesadas.

La remisión del artículo 1.886 a la indivisibilidad de la prenda y de la hipoteca establecida en el artículo 1.860 C.c., hace, en principio, aplicable a la anticresis ese, podríamos decir, elemento natural de la intangibilidad de la garantía. Pero a cuestras no nuestra reiteración en el tema en estudio, cómo puede plantearse el principio de la indivisibilidad de la anticresis si construimos el derecho real anticrético como algo distinto a un derecho real de garantía....? Qué sentido podrá tener la mentada indivisibilidad de un derecho real que puede muy bien no garantizar al acreedor el cumplimiento de obligación alguna ni atender, por consiguiente, a la realización del valor en cambio de la cosa (inmueble) dada en anticresis...?

Si, en efecto, puede configurarse la anticresis como un derecho real de goce y de fruición, qué garantía es la que ha de considerarse como indivisible....?

Dos soluciones son, a nuestro juicio, posibles. Una, que el artículo 1.886 del Código civil, tantas veces citado, se esté refiriendo, por remisión, a la indivisibilidad de la anticresis para el sólo caso de una anticresis derecho real de garantía, y entonces no habría razón para excluir dicho carácter respecto de las garantías mobiliarias o inmobiliarias, común a todas, o bien, otra, que la indivisibilidad pueda aplicarse a la anticresis con referencia a características distintas de la garantía.

Creemos que vale la pena considerar la segunda de las hipótesis mencionadas, a fuerza de entender que, no siendo esencial al derecho real de anticresis la nota de la garantía ni, por tanto, la de la realización del valor del inmueble (arg. ex arts. 1.886-1.857 C.c.), la indivisibilidad debe orientarse a otro fundamento.

Por otra parte, la indivisibilidad no es una noción patrimonio exclusivo de los derechos reales de garantía. Y así, por ejemplo, el artículo 535 del Código civil establece que las servidumbres son indivisibles. La consecuencia de dicha indivisibilidad está en que, como dice la misma norma citada, si el predio sirviente se divide entre dos o más, la servidumbre no se modifica y cada uno de ellos tiene que tolerarla en la parte que le corresponda. De la misma manera, si el predio dominante es el que se divide entre dos o más, cada porcionero puede usar por entero de la servidumbre, no alterando el lugar de su uso, ni agravándola de otra manera. La utilitas (causa en sentido lato), así pues, de las servidumbres es indivisible.

La misma idea de la indivisibilidad late con fuerza en el derecho real de usufructo (50), en normas tales como la del artículo 521 C.c., o la del artículo 489 C.c., que aplica el principio “salva rerum substantia” al nudo propietario de la misma manera que rige para el propio usufructuario.

Acaso estas manifestaciones de la indivisibilidad, aplicada a derechos reales diversos entre si, como las servidumbres, el usufructo o la prenda y la hipoteca, son, remotamente hablando, consecuencias de la tendencia a la solidaridad del hecho posesorio, cuando se trate de casos de indivisión.

El artículo 445 del Código civil establece, como es sabido que la posesión, como hecho, no puede reconocerse en dos personalidades distintas, fuera de los casos de indivisión, lo que significa, precisamente y a sensu contrario, que la regla general es la indivisibilidad o “solidaridad” de la posesión, considerada como un hecho, para el caso de pluralidad de pluralidad de poseedores y cosa individa, o también, la intangibilidad del hecho posesorio frente a una posible pluralidad de sujetos pasivos. Del hecho, por lo tanto, de la indivisión, a la indivisibilidad de sus efectos.

Así las cosas, puede intentarse leer el artículo 1.860 del Código civil, aplicado a la anticresis, y sustituyendo todos sus términos en lo que convenga al instituto de referencia, de la siguiente manera:

En primer lugar, que la anticresis, derecho real de disfrute, es indivisible, aunque la deuda (relación obligatoria en su conjunto, o deuda contra la cual se crea aquél) se divida entre los causahabientes del deudor o del acreedor.

En consecuencia, (explicación del funcionamiento de la indivisibilidad), no podrá el heredero del deudor que haya pagado parte de la deuda pedir que se extinga proporcionalmente la anticresis o derecho de percibir los frutos del inmueble mientras la deuda no haya sido satisfecha por completo.

De la misma manera, tampoco podrá el heredero del acreedor que recibió su parte de la deuda devolver el inmueble dado en anticresis en perjuicio de los demás acreedores que no hayan sido satisfechos.

Es cierto, y así ha sido puesto de relieve (51), que la norma del artículo 1.860 del Código civil parece partir de la divisibilidad “ipso iure” de las deudas, tras la muerte del causante titular, cuando es tradicional admitir que nuestro Código no admite el principio del Derecho Romano según el cual los créditos y las deudas se dividen automáticamente, entre sus herederos, dando lugar a las reglas de la comunidad simple, por el hecho de la muerte del “decius”. Y que, por tanto, se habrán de aplicar las reglas de la solidaridad que inspiran (expresamente sólo para el caso de que se haya realizado la partición) el artículo 1.084 del Código civil.

Mas, de un lado, la opinión suscrita no es unánime (52) y, de otro, ahí está el artículo 1.860 que comentamos. Sea lo que fuere, es el derecho real de anticresis lo que permanece indivisible pese a las vicisitudes de la relación obligatoria de que se trate en cada caso.

En definitiva, lo que quiere decir el artículo 1.860 C.c., al señalar que no se puede pedir la extinción proporcional a un pago parcial de la deuda, es que el derecho de fruición es un todo indivisible afecto al pago de una determinada obligación. Y que, prescindiendo de si ésta última es mancomunada, indivisible o solidaria, un heredero del deudor, por ejemplo, (ahora quizá copropietario del inmueble dado en anticresis) no puede pretender recuperar su cuota parte de propiedad libre del derecho real de fruición establecido por su causante por el hecho de que haya “pagado” (no se olvide, sin embargo, que el pago lo efectúa el propio acreedor que es quien, en principio, usa y disfruta y, por tanto, percibe y cobra) lo que entiende ser su parte de deuda. Ello, por otra parte, obligaría al acreedor receptor de los frutos a una injustificada aplicación y consiguiente imputación de pagos que, de una manera arbitraria, mejoraría o empeoraría la situación de los deudores.

En materia de cobro por parte del acreedor anticrético y, por consiguiente, de imputación de lo percibido, si la deuda se estima mancomunada simple, regida por la norma del artículo 1.138, el receptor de los frutos deberá usar de la aplicación a la que hace referencia la norma del artículo 1.881 C.c. proporcionalmente a la cuantía debida por los deudores.

Es este un criterio que entendemos aplicable por analogía con lo dispuesto para el caso del socio administrador por el artículo 1.684 C.c. y ya que éste es un caso de imputación de carácter subjetivo (pues que se refiere no solamente a dos deudas, sino, además, a dos deudas de dos deudores distintos), como lo sería también nuestro caso, debe entenderse imperante la misma solución. Sobre todo si tenemos en cuenta que, en puridad, no puede haber, en el supuesto particular de la anticresis, una imputación de pagos propiamente dicha. No pudiendo declarar el deudor, en principio, y en el momento de llevar a cabo el pago, qué deuda es la que debe entenderse afectada por la imputación, puesto que el acreedor es quien controla el pago mismo y practica el cobro, habrá de ser éste el que imprima a la percepción un destino proporcional o igualitariamente prefijado (criterio de

igualdad presumido, “inter vivos”, por el artículo 1138 C.c., “mortis causa” por el artículo 765 C.c.).

Si la deuda se estima solidaria (después de la partición, en todo caso: arg. ex art. 1.084,1 C.c. español) la imputación de haberes podrá hacerse por cuenta total de uno (cualquiera) de los deudores solidarios (arg. ex arts. 1.137 y sgs., 1.684, 1.860 C.c.).

Si, en fin, la organización de la pluralidad de deudores se estima en régimen de indivisibilidad (antes de la partición...?) (53) o se construye como tal (según los casos, arg. ex art. 1.139 y 1.149 y sgs. del Código civil), las consecuencias no serán, en relación a lo dispuesto por el artículo 1.860 C.c., muy distintas a dicho para el caso de la solidaridad.

De acuerdo con todo lo dicho, creemos que la pluralidad, originaria o sobrevenida, de deudores no afecta en nada a la integridad del derecho real de fruición y al uso y disfrute del inmueble por parte del acreedor anticrético.

Por último, y para el caso de que hubiere varios herederos del acreedor titular del derecho de anticresis (o para el caso de que se hubiere constituido tal derecho para varios cotitulares del “ius fruendi”), la divisibilidad, en su caso, de los créditos no habría de alterar el régimen de la indivisibilidad del derecho de percibir frutos. Y así, en palabras del propio artículo 1.860 del Código civil, el heredero (o coacreedor, en general) que recibió su parte de la deuda no podrá devolver inmueble (o parte de él) alegando una extinción parcial de la anticresis.

En definitiva, la indivisibilidad del derecho real de anticresis tiene su asiento en la indivisibilidad del uso y del control que el titular o titulares ejercen sobre el inmueble que se entregó en concepto de anticresis, que permanece incólume, con independencia de las vicisitudes por las que pueda atravesar la relación obligatoria en cuyo ámbito se ejerce. Se trata, por lo tanto de una indivisibilidad calificada por la acción directa del acreedor sobre la finca cuyos frutos se perciben: juega, aquí, más el papel de un cobro fácil, total y directo (de “sus propias manos”, diría POTHIER refiriéndose al acreedor), que no el de una garantía no esencial (ni acaso común) a la anticresis. La indivisibilidad es un medio de asegurar no tanto el pago del deudor, sino el cobro del acreedor.

Finalmente, por lo que a las remisiones del artículo 1.886 se refiere, declara esta norma aplicable al contrato de anticresis el artículo 1.861 C.c.

Establece el artículo últimamente citado que "... la anticresis puede asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria".

A simple vista, la norma parece, en efecto, permitir asegurar con la anticresis toda suerte de obligaciones, puras, o sujetas a término o condición. Ello supondría considerar la anticresis como un contrato accesorio cuya finalidad esencial, siendo la del aseguramiento, no repugna las modalidades accesorias de la obligación asegurada.

Sin embargo, no siendo esencial esa función de garantía en la anticresis, según ya se ha dicho repetidamente, o la norma en cuestión está pensada, exclusivamente, para los casos en los que cupiese construir la anticresis como un derecho real de garantía, o tiene una finalidad y sentido distintos.

La ya también reiterada norma del artículo 1.886 del Código civil remite, entre otros, al último párrafo del artículo 1.857, y no a los demás. Ahora bien lo único que dispone dicho último párrafo es lo siguiente:

##### **5. Las terceras personas extrañas a la obligación principal pueden asegurar ésta ignorando o hipotecando sus propios bienes.**

Hay que resaltar, por lo que hace referencia a éste último párrafo citado, en el que destaca la hipotética cualidad de contrato accesorio de la anticresis (puesto que se destaca su función ancilar y aseguratoria de cualquier tipo de obligación), que corresponde al último párrafo del artículo 2º del Título dedicado a la prenda por el Anteproyecto del Código civil español de 1882-1888 (54), en el que se establece que "también puede un tercero dar la prenda por el deudor, y tenerla en su poder por el acreedor". Es, por tanto, una disposición tan sólo aplicable a la prenda que, más tarde se llevará, definitivamente, al capítulo de las disposiciones comunes a la prenda y a la hipoteca, así como también (vía remisión del artículo 1.886 del Código civil) a la anticresis.

Remotamente, procede del último párrafo del artículo 1.773 del Proyecto de 1851, integrado en el título XVIII del Libro III que se dedica a la prenda: "un

tercero puede constituir y entregar la prenda por el deudor, y aceptarla recibirla y tenerla por el acreedor” (55).

Es de suponer que, reordenadas las disposiciones referentes a la prenda y a la hipoteca, creado un capítulo especialmente dedicado a las disposiciones comunes a ambas instituciones, y creado “ex novo” el capítulo de la anticresis (56), el legislador habrá tenido, necesariamente, en cuenta, la naturaleza de la anticresis, justo en el momento en que se redistribuye la normativa en cuestión.

Por ello, creemos que de haber considerado la Comisión la anticresis como un derecho real de garantía, habría, sin duda, aprovechado la ocasión para remitir su regulación a las normas específicas de la prenda y de la hipoteca que de manera inequívoca, exigen de aquel carácter. En consecuencia, la norma del artículo 1.886 habría tenido que remitirse no (y solamente) al último párrafo del artículo 1.857, sino también, y sobre todo, a los dos primeros del mismo precepto: necesidad de que la... anticresis se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal.

Ergo la finalidad del artículo 1.861 no tiene por qué ser entendida ni explicada en el marco de la exigencia impuesta por el artículo 1.857,19 del Código civil. Y ya que se crean “ad hoc” las Disposiciones comunes y la regulación específica de la anticresis, el entendimiento del artículo 1.861 C.c. debe ser otro.

No existe, en nuestro Código civil, una disposición similar a la del artículo 2.072 del Código civil francés según el cual la pignoración de una cosa inmobiliaria se denomina anticresis, por lo que no hay exigencia legal alguna a propósito de una prenda de inmuebles.

Ahora bien, si la anticresis no es un derecho real de garantía, mal se aviene entonces su naturaleza con la idea de contrato accesorio, si estimamos, en principio, como habitual este medio de constitución. Por lo tanto, el artículo 1.861 no puede determinar la esencia de nuestro instituto.

Las consecuencias de este análisis dan el siguiente resultado:

A) Si la anticresis no es un derecho real de garantía, su propia existencia y efectividad no puede estar condicionada al previo cumplimiento de un término o de una

condición puestas a una obligación previa de aseguramiento o, mejor, que se pretende asegurar, puesto que, por definición, ningún cumplimiento hay por garantizar.

B) Si la anticresis no es un contrato accesorio de otro principal, la misma existencia de dicho contrato accesorio no puede depender, como es obvio, de un previo y principal contrato inexistente, sometido a plazo o condición.

C) Si lo condicionado, en cambio, es un derecho real de percepción de frutos con objeto de aplicarlos al pago de una obligación cualquiera, la existencia de aquél se estará, en realidad, pactando con el deudor: la existencia, pues, de la anticresis, depende de los términos del acuerdo llevado a cabo entre deudor y acreedor. El contrato de anticresis nace, precisamente, dentro de este esquema: si me prestas tanto (por ejemplo), te doy en anticresis tal fundo para que te hagas pago con sus frutos. No hay, aquí, condición en la obligación de pago y luego anticresis, sino bilateralidad en el acuerdo y onerosidad en las prestaciones.

D) En suma, lo único que puede quedar condicionado es el contrato mismo, al que cabrá aponer, bien un modo, bien una condición, suspensivos o resolutorios. Lo cual es una obviedad, pero no mayor que la establecida por la norma sancionada en el artículo 1.861, que, en este sentido, es absolutamente superflua, y que parece provenir del artículo 142 de la Ley Hipotecaria de 1861.

## **6. Recapitulación. Las reglas generales y la naturaleza de la anticresis.**

Del análisis de la norma del artículo 1.881 y de la del artículo 1.886, hecho hasta ahora, puede decirse que la anticresis es un contrato, en virtud del cual el acreedor adquiere un derecho real consistente en un derecho fruición sobre un inmueble, y el deudor un capital que ha de devolver con cargo a los frutos percibidos.

Sus características esenciales que, por el momento, son meramente negativas, son las siguientes:

1ª: No puede considerarse como un contrato accesorio, puesto que no es esencialmente aplicable al tipo el párrafo primero del artículo 1.857 del Código civil, que exige, en cambio, tanto para la prenda cuanto para la hipoteca, que se constituyan para asegurar el cumplimiento de una obligación principal. La anticresis no exige un contrato principal al que referirse.

2ª: La anticresis no es un contrato de garantía. Si, como se ha dicho, la anticresis no ha de constituir garantía alguna, ello es porque siendo la accesoriedad una de características de los contratos de garantía, donde no hay accesoriedad no puede haber garantía.

3ª: Pero si la anticresis no es un derecho real de garantía, en ningún caso, pues, puede generar facultades de realización de un valor en cambio. No es de esencia en la anticresis, como si lo es para la prenda y para la hipoteca, que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en qué consiste (la prenda o la hipoteca) para pagar al acreedor.

Así pues, la norma del artículo 1.858 del Código civil, que impone a prenda e hipoteca la esencialidad de la enajenabilidad de las cosas objeto de la garantía, no se aplica a la anticresis. Y no se aplica no solamente porque la remisión del artículo 1.886 no alcance a la citada del artículo 1.858, sino porque no existe ninguna otra norma que, expresamente, aplique dicha nota esencial al contrato de anticresis. En consecuencia, la anticresis no genera “ius distrahendi” alguno anexo y derivado, constitutivamente, del propio derecho real en estudio. (57).

4ª: Si bien la normativa del Código civil en general, y la remisión del artículo 1.886, en particular, no abonan la tesis inequívoca de que la anticresis constituya un derecho real de garantía, no se excluye, en cambio, que se trate de un derecho real. El artículo 1.881, el último párrafo del artículo 1.857, el artículo 1.860 y hasta el artículo 1.884,2 confirman que se trata de un derecho real. Pero de un derecho real de goce y disfrute (58).

## **7. Las reglas “especiales” de la anticresis en el Código civil: los artículos 1.882 a 1.885.**

Fuera del marco general de la norma definitoria del artículo 1.886 y de la norma general remisiva del artículo 1.886 C.c., las reglas con las que el Código civil regula específicamente la anticresis se reducen apenas a cuatro artículos: los restantes del Capítulo IV del Título XV.

En dichas reglas, que denominamos especiales en razón de que parecen merecer una especial regulación por el legislador de determinados aspectos de la figura, se habla de la obligación del acreedor anticrético de pagar cargas y contribuciones, del pacto comisorio y del pacto anticrético.

Dispone el artículo 1.882 del Código civil que el acreedor, salvo pacto en contrario, está obligado a pagar las contribuciones y cargas que pesen sobre la finca, así como a hacer los gastos necesarios para su conservación y reparación. Pero añade la misma norma que se deducirán de los frutos las cantidades que emplee en uno y otro objeto. Lo que es completamente coherente con la naturaleza de la anticresis como derecho real de fruición-medio de pago, ya que de no tener derecho a descontar de lo percibido el importe de lo pagado por aquéllos conceptos, acabaría por soportar obligaciones de naturaleza tributaria que, a fin de cuentas, corresponden técnicamente al deudor propietario.

Es de notar, que el artículo 17,4 de la Ley General Tributaria, ley 58/2003, de 17 de Diciembre, establece, a estos efectos, que los elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares, que no producirán efectos ante la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas.

Puede, por ello, dar lugar a cierta confusión el hecho de que el artículo 1.882 del Código civil permita un pacto que, excepcionalmente, obligue al deudor (que es el propietario del inmueble) a lo que ya viene obligado por las leyes tributarias.

Pero no hay duda en que, siendo el hecho imponible el presupuesto de naturaleza jurídica o económica fijado por la Ley para configurar cada tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria, tal y como sanciona el artículo 28 de la citada Ley General Tributaria, y no mencionando, antes los Textos refundidos de la contribución territorial urbana o de la contribución territorial rústica y pecuaria, ni ahora la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, a guisa de ejemplo, al acreedor anticrético en ningún caso y sí, en cambio, a propietarios, superficiarios, usufructuarios o censatarios, hay que estimar que el único sujeto pasivo de las obligaciones tributarias es el deudor propietario del inmueble y no el acreedor titular del derecho real de anticresis (59).

La deducción es aquí, por otra parte, peculiar de la institución anticrética. Así, en relación al derecho real de usufructo, establece el artículo 504 C.c. que el pago de las contribuciones y cargas anuales y el de las que se consideran gravámenes de los frutos, será de cuenta del usufructuario todo el tiempo que el usufructo dure. No hay, en consecuencia, derecho a deducción alguno, sencillamente porque el usufructo se constituye en beneficio exclusivo del usufructuario, que es quien agota las posibilidades económicas del objeto usufructuado. Justo es pues, que siendo el usufructuario el único receptor de los rendimientos sea también el deudor nato (sujeto pasivo, tributariamente hablando) de cargas y contribuciones.

Otro tanto, de manera similar, ocurre con los censos para los que rige el artículo 1.622 C.c. según el cual el censatario está obligado a pagar las contribuciones y demás impuestos que afecten a la finca acensuada. Sólo que al verificar el pago de la pensión al censalista podrá descontar de la misma aquella parte de los impuestos que corresponda a éste último. La tendencial perpetuidad característica de los censos, de una parte, y la autónoma percepción de los frutos (o la posibilidad de obtenerlos), de otra, hacen del censatario un deudor tributario por excelencia. El único descuento o deducción posible es el referente a impuestos exclusivos del censalista (60).

En cambio, la autonomía del derecho de fruición del acreedor anticrético no existe, si por autonomía entendemos la independencia de dicho “ius fruendi” de relación obligatoria que no haya vinculado el importe de los frutos percibidos a destino previamente fijado. No obstante, ya sabemos que el destino de los frutos del inmueble tiene una dirección prefijada: el pago de una obligación, cumplida, peculiarísimamente en nuestro caso, por el propio acreedor. Dicho acreedor, por lo dicho, no es, tributariamente hablando, un deudor. El contribuyente es el propietario del inmueble dado en anticresis y deudor de una obligación frente a otro. Otra cosa es que el receptor de los frutos actúe en funciones de sustituto del sujeto pasivo, pero el responsable de la imposición tributaria es el dueño del inmueble -y de ahí el derecho a la deducción que la norma consagra-.

La prueba, en fin, de que este es así, nos la suministra el artículo 1.883 C.c., al precisar que el deudor no puede readquirir el goce de la finca sin que haya pagado enteramente al acreedor todo aquello que le adeude. La norma parte de lo que

podría entenderse como hipótesis normal de desenvolvimiento de la anticresis, a saber, que el acreedor lleve personalmente la dirección económica del inmueble y proceda él mismo al goce y disfrute, y consiguiente percepción de los frutos. Añade, no obstante, el mismo precepto que se comenta que el acreedor, para librarse de las obligaciones que le impone el artículo anterior, puede obligar en todo caso al deudor a que entre de nuevo en el goce de la finca, salvo pacto en contrario.

La resignación de la posesión, goce y disfrute por parte del acreedor, procede, por lo tanto, según entendemos, sólo en la medida en la que aquel desee librarse de las obligaciones de pagar cargas y contribuciones y de realizar gastos de conservación y reparación impuestas por el artículo 1.882 y que, en puridad, corren a cargo del dueño del inmueble. Lo que, de otro lado, significa que el derecho de anticresis sigue intacto, por más que la posesión de la finca haya pasado al deudor (61).

En cuanto al pacto anticrético propiamente dicho, dispone el artículo 1.885 del Código civil que “los contratantes pueden estipular que se compensen los intereses de la deuda con los frutos de la finca dada en anticresis”.

La hipótesis del artículo 1.885 parece tener en relación con lo dispuesto en el artículo 1.868, también del C.c. a cuyo tenor “si la prenda produce intereses, compensará el acreedor los que perciba con los que se le deben; y si no se le deben, o en cuanto excedan de los legítimamente debidos, los imputará al capital”.

Sin embargo, entre las dos normas median diferencias notables. En primer lugar, la norma del artículo 1.885 C.c. es rigurosamente nueva en la legislación civil española, ya que, se ha dicho ya, todo el Capítulo IV dedicado por el legislador español a la anticresis, en el que se encuentra la citada norma, aparece de improviso entre la redacción del Anteproyecto del Código civil español de 1882-1888 y la publicación del Código civil vigente en la Gaceta de Madrid (62).

El artículo 1.868, en cambio, procede de su antecedente inmediato del Anteproyecto de 1882-1888, el artículo 8º del Título que el mismo Anteproyecto dedica a la prenda y que dice así: “Si la prenda produce intereses, compensará el acreedor los que perciba con los que se le deben; y si no se le deben, o en cuanto excedan de los legítimamente debidos, los imputará al capital” (63). La norma tie-

ne su remoto precedente en el artículo 1.777 del Proyecto de Código civil español de 1851, de redacción prácticamente idéntica. (64).

De otro lado, como corresponde al contexto dentro del cual se halla inserto el artículo 1.868, en esta norma se está regulando un aspecto del contrato de prenda propiamente dicho, y por lo tanto, el artículo en cuestión no puede ser aplicado sino a las cosas muebles (arg. ex art. 1.864 C. c.).

El artículo 1.885 del Código civil, muy al contrario, se halla dentro de las normas dedicadas al contrato de anticresis, una de cuyas exigencias típicas es, justamente, la de tener que referirse a inmuebles (arg. ex art. 1.881 C.c.).

Además, y por si no bastara, el artículo 1.868 está en la órbita del derecho real de prenda, cuya función esencial reside en la posibilidad de enajenar las cosas en que consista para poder pagar al acreedor (arg. ex art. 1.858 C. c.). Mientras que el artículo 1.885, referido al derecho real de anticresis, que es o genera un derecho real de goce y disfrute, no atiende a la misma finalidad (arg. ex art. 1.881 C.c.).

Empero todos estos argumentos, las dos normas citadas tienen el mismo origen, el mismo fundamento y aun la misma naturaleza, sobre todo si pensamos que en el Derecho Romano, de donde procede la institución, la figura del “pignus” abarcaba tanto los muebles cuanto los inmuebles, y que la anticresis, según opinión unánime de los romanistas, el pacto anticrético, no es otra cosa que un pacto agregado al pignus que busca la compensación (sin imputación) de los frutos con los intereses que pueda producir la deuda. No se da, así pues, anticresis, sin pacto anticrético, y éste, a su vez, no es posible, sin un contrato de prenda (65).

Pero si estamos en lo cierto es el caso, ya reiteradamente puesto de manifiesto, que el Código civil no exige en ninguna parte que la anticresis haya de consistir en una prenda de inmuebles. En consecuencia, el pacto de la compensación a que alude el artículo 1.885 ni tiene porqué presuponer un contrato de prenda ni tiene tampoco por qué constituirlo él mismo.

La letra, en fin, del artículo 1.885 del Código civil no puede determinar la naturaleza de la anticresis. Por el contrario, la compensación (en globo, sin imputación alguna y solamente referida a los intereses) desnaturizaría la institución

contemplada en el artículo 1.881 del Código civil, que exige al acreedor la aplicación de los frutos percibidos, primero a los intereses, y después al capital.

Todo lo más, puede entenderse que cabe un contrato de anticresis celebrado únicamente con referencia a una deuda accesoria de pago de intereses, para cuya satisfacción se entrega al acreedor una finca o un inmueble en anticresis a fin de que aquél se haga pago de dichos intereses, esta vez excepcionalmente, con la totalidad de los frutos percibidos. El ámbito de la anticresis no afectaría, pues, a la deuda de capital, que habría de ser devuelta por la vía ordinaria y no a través de la percepción anticrética de los frutos.

En consecuencia, una vez pagados los intereses con los frutos percibidos (si la operación es usuraria es otra cuestión distinta) la finca o el inmueble no han de prestar función alguna de garantía con respecto a la devolución del capital, y el acreedor deberá entregarlo, cancelada la deuda para la que se constituyó la anticresis, al propietario deudor. Para que el inmueble prestara un servicio de garantía inmobiliaria debería haberse pactado así (aunque irregularmente por tratarse de un inmueble y sin que se haya constituido tampoco una hipoteca), según exige el artículo 1.857,1º, en relación con el artículo 1.858 del C.c.

Finalmente, una regla verdaderamente **peculiar** entre las que el Código civil dedica a la anticresis se contiene en el artículo 1.884:

*El acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido.*

*Todo pacto en contrario será nulo. Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble.*

Hay que advertir, preliminarmente, que la remisión a Ley Procesal a la que se refiere el citado artículo 1.884 del Código civil español de 1889 no puede ser otra que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de Febrero de 1881 (en cuya elaboración tomó parte e intervino decisivamente José M<sup>a</sup> MANRESA), que, a su vez, fue casi un trasunto de la anterior de 1855, y que ha venido siendo, por tanto, la única norma aplicable en la materia y sobre el punto que tratamos hasta la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 2.000.

Siguiendo, así pues, con la remisión que lleva a cabo la Ley civil, es obvio que el primer párrafo del artículo transcrito, en la línea de los artículos 1.859, 1.869 Y 1.870 C.c., prohíbe, de una manera expresa y terminante, todavía de una manera más clara que para la prenda y la hipoteca, el llamado pacto comisorio, en virtud del cual las partes podrían convenir la expropiación pactada del inmueble por falta de pago de la obligación asumida por el deudor y con independencia del verdadero valor de cambio de aquél.

Pero su segundo apartado, después de advertir que en el caso de haber existido un pacto en tal sentido expropiatorio habrá nulidad de pleno derecho, establece que el acreedor, en este caso podrá pedir, bien el pago de lo que se adeuda, bien la venta del inmueble, siempre dentro de las reglas de la Ley procesal civil.

A simple vista, así pues, se está procediendo, en términos de un derecho real de garantía, de un lado, a prohibir la expropiación convencional, mientras, de otro, se encauza una probable “expropiación” legal.

Nótese, sin embargo, la clara diferencia de esta norma con la establecida, para el caso de la prenda, por el artículo 1.872 del Código civil. Pues si la anticresis fuera, en realidad, un derecho real de garantía no debería haberse remitido, en asunto tan principal, nuestro artículo 1.886 al 1.872 C.c.....? Y de no considerar posible una prenda de inmuebles en nuestro derecho, al estilo del Code Napoléon, no debería haberse remitido el Código civil, en aspectos de tan capital importancia, cual los relativos a la realización del valor de las cosas objeto de un derecho real de garantía de carácter inmobiliario a los procedimientos “ad hoc” precisamente previstos por el ordenamiento jurídico en tanto que medios de ejecución singular de signo excepcional....?

Sin embargo, la norma sancionada en el artículo 1884 C.c. es una norma específica de la anticresis, reservada, por lo tanto, a los específicos problemas que la falta de pago genere para el acreedor anticrético, y muy distinta de los procedimientos de ejecución de garantías previstas tanto para la prenda cuanto, no digamos, para la hipoteca.

“Quid” de la elección que la norma concede, entre el pago de la deuda o la venta del inmueble...? Qué significado tiene la frase “en este caso”...? Se refiere al

supuesto de la falta de pago dentro del plazo convenido, o al supuesto de haberse pactado la adquisición del inmueble por falta de pago de la deuda?... (66).

Siendo, precisamente el artículo 1.884, un (digamos) importante bastión de la defensa de la anticresis como derecho real de garantía, agotaremos antes todas las posibilidades de que la figura objeto de nuestro estudio obedezca a otra naturaleza. Sólo entonces podremos abordar el problema de una determinada interpretación del artículo en cuestión, lo que haremos en el último Capítulo del trabajo.

Hasta el presente hemos intentado poner de relieve la dificultad de encontrar un sentido unitario a la institución de la anticresis, sin más que contraponer la regla general del artículo 1.881 del Código civil a las demás. Resulta, así, una figura de perfiles borrosos, a caballo entre un derecho real cuya función principal pudiese residir en ser un medio de reforzar la devolución de un capital prestado y un contrato autónomo de carácter oneroso pensado y pactado en interés principal de ambos contratantes y cuya finalidad pudiese consistir en la de servir de medio-extinción de una obligación (y no principal) que acaso nace del mismo acuerdo.

Intentaremos obtener algunos mayores y mejores datos de los precedentes legales y doctrinales del instituto.

## **8. La anticresis en otras legislaciones españolas. La legislación catalana: el Código de Derecho Civil catalán. La normativa Navarra.**

A) En cuanto a la ley civil catalana, hoy, los artículos 569-23 a 569-26 inclusive, que integran una subsección de las tres secciones que componen el Capítulo IX (referido a los derechos reales de garantía) del Libro V del Código Civil de Cataluña, construyen una anticresis como un supuesto institucional de derecho real de garantía con más, por tanto, el “*ius distrahendi*” propio y peculiar de los derechos reales de tal naturaleza, si bien con la previa exigencia de que la garantía misma debe estar constituida por un inmueble fructífero.

Es obvio, por otra parte, que tal derecho real de garantía sobre bien inmueble no puede hacerse efectivo, en fase de ejecución, a través del procedimiento previsto, al efecto, por la Ley de Enjuiciamiento civil, esto es por medio del procedimiento de ejecución singular típico de los bienes especialmente pignoralados

o hipotecados de los arts. 681 y sgs. de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. Ello no obstante, y en el marco de las competencias correspondientes al legislador catalán, la propia Ley catalana se remite, para dicho supuesto, a lo dispuesto por la propia normativa civil para la regulación que de tal tenor hace del derecho de retención sobre inmuebles, figura asimismo introducida, “ex novo” en el Libro V del Código de Derecho civil catalán, asimismo como una “garantía posesoria” con derecho a la realización del valor en cambio para caso de impago de las obligaciones amparadas por el mismo.

En particular, como se dice, “infra”, en el curso del presente escrito, tal normativa viene a resultar, en mi opinión, poco atractiva y operativa en la práctica, pues que las garantías que se ofrecen al acreedor para asegurar el cobro y la efectividad de su crédito ya se cumplen, paladinamente, con el derecho real de hipoteca, ello al margen, como es natural, de la actual, difícil y confusa situación para los supuestos de ejecución y lanzamiento de los deudores en posición de impago (ello, además, podría pactarse, entre eventuales retenedores y deudores, con limitación de la responsabilidad hipotecaria para el titular del inmueble, como viene siendo posible desde la Reforma Hipotecaria de los años 1944/1946). Por lo demás, las condiciones en que pueden acabar las adjudicaciones en pago, en sede de tal proceso de ejecuciones singulares (y sin entrar en discusiones de cuestiones de inconstitucionalidad), se acercan o pueden acercarse mucho a una suerte de “pacto comisario” poco menos que inducido por la propia Ley, lo cual no debería admitirse en ningún caso (cfr., por ejemplo, el art.569-8,3,h).

En última instancia, y como es también palmario, nada impide que las partes, al amparo de la autonomía de voluntad que el Ordenamiento les confiere, pueden pactar, siempre que lo estimen conveniente a sus intereses y no atenten contra los límites institucionales de aquélla, cualquier tipo de anticresis que se ajuste más a sus necesidades y que, sin alcanzar el grado de derecho real de realización del valor en cambio alguno, suponga posibilidades de acuerdo solutorio para enjugar deudas, bien coetáneas, bien anteriores al contrato mismo. Tal posibilidad, a mi entender, puede encajar en situaciones económicas, jurídicas o financieras en nuestros días trabadas, a fin de facilitar, la resolución de posiciones ya existentes o la circulación del crédito para las venideras. Que es, en suma, el remedio que aquí se está proponiendo.

B) En cambio, por cuanto afecta a la legislación Navarra, desde la publicación del Fuero Nuevo de Navarra, se viene a distinguir, de una manera nítida, como en los autores clásicos:

De un lado, entre lo que puede constituir un derecho real de garantía, a pactar con derecho a ejecutar el valor, bien como un pacto agregado a la prenda o a la hipoteca misma, lo que posibilitaría tanto el goce y la eventual imputación de los frutos percibidos por el acreedor anticrético, en las condiciones pactadas, cuanto la ejecución procesal prevista en la LEC así para la prenda como para la hipoteca misma, que podrían entonces desempeñar la función de garantía con la que se constituirían según la voluntad de las partes, junto al pacto adjunto de afectación, imputación y liquidación de intereses y frutos.

Y, de otro, un contrato autónomo, principal, de función, estimo, propiamente solutoria, que no tenga por función principal, ni de lejos, la de garantizar el cobro de la deuda, si acaso hubiere impago de la misma, con la subasta y la especial realización del valor del inmueble implicado. Ello sin perjuicio de que, llegado el caso, y, podría decirse, cerrado el plazo o la cuenta durante las cuales previeron las partes dar por satisfechas sus pretensiones, poder proceder, de acuerdo con las reglas generales, a perseguir los bienes, cualesquiera y no sólo el inmueble anticrético sino ni tan siquiera solamente los del deudor anticrético, por cualesquiera medios hábiles en Derecho para la satisfacción de los intereses de quien resultare acreedor. Esta última clara oportunidad es la que pone a disposición de las partes la Ley 471,2 del Fuero Nuevo de Navarra, en cual, inapelablemente, sostiene y sanciona que también puede constituirse “anticresis” sin que haya prenda ni hipoteca.

Es decir, se está independizando aquí, claramente, una anticresis más o menos típica, y, se quiere, en términos históricos, hasta implícita, en cuanto a los frutos del inmueble y a los intereses de la deuda dineraria, pero solamente para el caso de haberse constituido una convención principal llamada convenio de hipoteca o de prenda, a los que se agregaría el denominado “pacto anticrético”, cuyo único objeto y aun objetivo se ceñiría al tratamiento compensatorio-liquidatorio y del que no derivaría en absoluto posibilidad de “ius distrahendi” de clase alguna, puesto que esa función característica esencial de los derechos reales de garantía ya estaría ligada a la propia prenda o a la propia hipoteca previamente constituídas.

Todavía más, entiendo posible, desde la libertad negocial y la autonomía de la voluntad que la ley navarra consagra y respeta, la creación de un “tipo” anticresis propiamente genuino, olvidado, desconocido, histórica y presuntamente instituto originario, según hemos de insistir y comprobar: a saber, una anticresis que fuera exacta y únicamente, una conragoce, un “contramutuo”, un “contrarium mutuum”. Es decir, un contrato radicalmente principal, cuya causa alcanza tan sólo al propósito de intercambiar, durante el tiempo pactado, el uso y disfrute de un capital en dinero (hipótesis regular) a cambio del uso y disfrute de un inmueble que produjere frutos. En tal hipótesis no habría ni prenda de inmuebles (allí donde se permitiera) ni hipoteca inmobiliaria. A lo sumo, habría dos mutantes (“lato sensu”, tanto de numerario cuanto de finca) objetos ambos dos del contrato, dinero y fundo, que, transcurrido el tiempo concertado, habrían de restituirse a sus respectivos titulares destinatarios definitivos, al modo de dos relaciones jurídicas bilateralmente anticréticas.

Por la misma razón a la que atiende el inmediato párrafo antecedente, podría asimismo pactarse un “contrato de anticresis”, igualmente independiente y “tipificado” por las partes, de acuerdo con el cual el capital prestado (o cualquiera otra obligación) se devuelva, -íntegra, paulatina y periódicamente, con los frutos del inmueble que se entrega a tal efecto. Dicha figura, creo, es que la viene sugerida o, cuando menos, permitida o intuída, no solo por la comentada Ley del Fuero de Navarra, sino por el propio Código Civil español de 1889, en particular y de forma señalada por el art. 1.881 del mismo. En este caso, en fin, las partes están orquestando la devolución de un capital y de sus posibles intereses, mediante la percepción de los frutos que el acreedor imputaría a la deuda. Este acreedor, como diría el sabio y romanista (que tanto influyó en la redacción del Code Napoléon) R.J. POTHIER, se cobraría la deuda de sus propias manos.



## CAPÍTULO III.

### Los precedentes legales de la anticresis.

#### 1. Los precedentes legales españoles. En especial, el Proyecto de Código civil español de 1851.

En sentido estricto, no hay precedentes legales españoles propiamente dichos, pues la primera vez que aparece regulada la figura es, justamente, en el Código civil español de 24 de Julio de 1889.

Como es sabido, la ley de Partida no regula la anticresis, puesto que se parte de la prohibición de prestar a interés (67), y, si el dinero no produce dinero, no se piensa, por tanto, en una anticresis fuera del marco del pacto anticrético agregado a un contrato de prenda. No se hurga más, en este caso, en el problemático concepto de anticresis heredado, de acuerdo con los más autorizados precedentes estudios y autoridades sobre el particular, tanto del mundo helenístico como del mundo ya romanizado. La segura interferencia de las autoridades eclesiásticas del momento ocultaron un más probable servicio que la institución podría haber prestado, puesto que el “bien jurídicamente protegido” no parecía poder ser otro que la prohibición de la “usura”, de cuya práctica era altamente sospechoso cualquier pacto que hablara de intercambio de utilidades, de interés o provechos encubiertos, disimulados, ilícitos, condenables y nulos de pleno derecho. Será mucho más tarde, a propósito de las necesidades que impone el comercio con las Indias, cuando comiencen a relajarse las costuras de dicho planteamiento.

De todas maneras, hay que tener en cuenta, asimismo, que, como así se sostiene, en general, por los estudiosos del tema, entre la fecha de elaboración de las Leyes de Partida (alrededor del año 1261) y la de su entrada en vigor (en el año 1348, a propósito de la entrada en vigor del Ordenamiento de Alcalá, durante el reinado de Alfonso XI) media un buen trecho histórico que bien merece la debida atención (67 bis).

Entre los precedentes “legales” de la anticresis des tacan los escasos materiales que nos brinda el Proyecto de Código civil de 1851, en el que, sin embargo, la cuestión aparece muy matizada y aun mediatizada por los problemas relativos

a la tasa del interés, puesto que no se contempla en él una anticresis de carácter extintivo y sí sólo una figura ligada con el derecho real de prenda (68).

En efecto, el artículo 1.649 del citado Proyecto de 1851 (69) establece que “las partes pueden pactar el pago de un interés en el simple préstamo; pero no será válido este pacto si no consta por escrito”. A renglón seguido, dispone el artículo 1.650, también del mismo Proyecto que “el interés convencional no podrá exceder del doble del interés legal. Y en lo que excediere, lo reducirán los tribunales a instancia del deudor”.

En el prolijo comentario de Florencio GARCÍA GOYENA al último artículo citado (70), hechas diversas consideraciones y tras aludir a la prohibición “civil” de la usura por la Ley de Partida y a la nueva solución propugnada para el Derecho civil francés por el artículo 1.905 del Code Napoléon, acaba por decir lo siguiente: “La mayoría de la Comisión general había proclamado y consignado en un artículo la absoluta libertad del interés convencional, según el artículo 1.907 francés, sin detenerse por la ley restrictiva dada poco tiempo después, ni por el ejemplo y autoridad de todos los Códigos antiguos y modernos, que postergaron bellas teorías y máximas absolutas a la realidad de una triste y constante experiencia.

La Sección, creada con posterioridad para el Código civil, adoptó el temperamento que resulta de los artículos 1.650 y 1.654: según éste, el interés legal se ajustará por el gobierno al usual y corriente de la plaza: se quiere *todavía* mayor latitud que la del duplo permitido en el 1.650?. El exceso, cuando ocurriese, no podría menos de escandalizar a los mismos partidarios de la libertad absoluta en teoría” (71).

Esta decisión legislativa del Proyecto va a determinar, en cierto modo, el tratamiento del pacto anticrético, de un lado, y de la prenda de créditos, de otro. Sobre todo porque preocupado el legislador acerca de la posible usura que pudiese generar la figura (aun dentro de la libertad de estipulación de intereses admitida), descuida la regulación autónoma de la -según creemos- verdadera anticresis.

Y así, tan sólo dos normas del Proyecto de 1851 aluden a la institución anticrética de que se trata. El artículo 1.771, de una manera implícita, y el artículo 1.777, que es el que regula lo relativo a la prenda de créditos.

En primer lugar, el artículo 1.771 establece que “la prenda es el derecho concedido al acreedor de retener en su poder la cosa mueble (subrayamos nosotros) que se le entrega para seguridad de su crédito hasta que le sea pagado, y de cobrar éste en otro caso con el importe de la misma cosa recibida en prenda, según la forma que determina la ley” (72).

Como puede observarse por la redacción del mismo artículo, no hay referencia alguna a la anticresis. Antes bien, parece que los términos literales del precepto la deberían excluir, puesto que desde el punto de vista del objeto sobre el que recae el derecho real de anticresis, ésta exigiría que la cosa dada en “prenda” fuera, precisamente, inmueble.

Sin embargo, el propio GARCÍA GOYENA, después de traer a colación el sentido originario del término “pignus” en el Derecho romano y en las mismas Partidas, alude a la posibilidad, ciertamente equivocada (dados los elementos típicos sobre los que se asienta la definición legal de prenda que el artículo 1.771 citado impone), de convenir el “pacto anticrético”.

Dice, en este sentido, nuestro autor en el comentario correspondiente a la disposición citada: “Los Códigos modernos, a excepción del de Vaud y Austriaco que la prohíben, y el Holandés que calla, admiten, como el Romano, la anticresis o entrega de una cosa inmueble al acreedor con la facultad de utilizarse de ella, o percibir sus frutos y rentas con la carga de imputarlos en los intereses, si se le deben, o de otro modo en el capital.

La cuestión ardua -sigue GARCÍA GOYENA- en esta materia fue si valdría el pacto de que el acreedor hiciera suyos todos los frutos y rentas de la finca en lugar de los intereses de la deuda...

...La cuestión se hace más delicada cuando el interés convencional sea libre... Prohibidas las usuras o intereses del dinero por nuestras leyes de las Partidas, era consiguiente que, a pesar de su romanismo, no admitieran el pacto anticrético; pero nosotros seríamos inconsecuentes en rechazarlo después de asentada la base contraria en los artículos 1.649 y siguientes.

Reconocemos, pues, y admitimos tácitamente (?) el pacto anticrético y otros muchos en el artículo 1.651; pero todos quedarán sujetos al 1.650: los frutos de la cosa dada en anticresis no podrán exceder de la tasa en él señalada, y si la excediere, se imputarán en pago del capital a instancia del deudor.

Pero este pacto -acaba GARCÍA GOYENA- no producirá más que acción puramente personal, si bajo otro aspecto no se haya comprendido entre los títulos de los artículos 1.830 y 1.831 y se hace la inscripción. ..” (73).

La “construcción” que de la anticresis hacen, pues, el Proyecto de 1851 y, el Propio GARCÍA GOYENA en los comentarios de aquél es ciertamente singular. Ni constituye, en ningún caso, un derecho real de garantía (ni siquiera un derecho real de tipo alguno), puesto que el pacto anticrético tan sólo produce acción personal entre los que lo llevan a cabo Y, en consecuencia, no constituye tampoco un contrato accesorio del contrato de prenda, fuera de la inscripción que pueda practicarse al amparo del nº 8 del artículo 1.831 del mismo Proyecto o del artículo 1.830, citados por el propio autor, ni es, en fin, otra cosa que un pacto de compensación de frutos con intereses cuya estructura y naturaleza quedan por explicar.

En cuanto hace referencia a la prenda de créditos, institución tan próxima a la anticresis, dispone el artículo 1.777 del Proyecto al que nos venimos refiriendo que “si la prenda produce frutos o intereses, el acreedor compensará los que percibiere con los que se le deben, o se le imputarán sobre el capital si no se deben; o en cuanto al exceso de los que le sean debidos” (74).

A propósito del artículo que acabamos de transcribir, comenta GARCÍA GOYENA que todos estos artículos (es decir, el 2.081 francés, el 1.951 napolitano, etc. en los que el propio autor basa la disposición del artículo del Proyecto) hablan del crédito que produce interés y se da en prenda: fuera de este caso, apenas se concibe que una cosa mueble pueda dar frutos: sin embargo, la Comisión quiso que se conservara esta palabra -es decir, la palabra frutos, subrayamos nosotros- por la posibilidad de que ocurriera algún caso, aunque raro, de aplicación...

Y algo más adelante, que éste artículo debe entenderse con sujeción a los 1.650 y 1.651: guarda también armonía con el 1.105 (75). El artículo 1.650 al que se remite el Comentario del ilustre autor dispone, en efecto, que “el interés

convencional no podrá exceder del doble del interés legal, y en lo que excediere, lo reducirán los tribunales a instancia del deudor”. Por su parte, el artículo 1.651, también citado, del Proyecto, prescribe que “toda prestación pactada en favor del acreedor se reputa interés”. Y el artículo 1.105, última de las normas a las que se remite nuestro autor, hace referencia a la imputación del pago a la deuda de intereses antes que a la de capital y se corresponde con el actual artículo 1.173 del Código civil vigente.

Excusándonos por la larga cita relativa a las palabras de Florencio GARCÍA GOYENA con relación a lo dispuesto por el Proyecto de Código civil de 1851 (si bien entendemos que son de una extrema importancia, habida cuenta del papel informador del Proyecto en la redacción del Código civil actualmente vigente junto a la escasez, apenas interrumpida, por otra parte, por el Proyecto mismo, de materiales legislativos de la institución de la anticresis), pueden ahora extraerse algunas consideraciones generales del tratamiento de la figura en el mencionado Proyecto:

1ª: No se regula, ni aun se contempla, en ningún momento, la anticresis como una institución jurídica autónoma e independiente, diferenciada netamente de la prenda y de la hipoteca. A diferencia, por tanto, de lo dispuesto por el derecho francés en su Code Napoléon, que tan gran influencia ejerció en el Proyecto isabelino no se formula legislativamente la anticresis.

Este hecho tiene para nosotros una gran importancia, porque no hay solución de continuidad entre la normativa del Código civil francés de los artículos 2.085 a 2.91 y los artículos 1.881 a 1.886 del Código civil español. Esta importación formal va a determinar, a la postre, la especial importancia de la regulación francesa, así como la propia discusión y precedentes de la misma, en ausencia de otros precedentes españoles más cualificados.

2ª: El Proyecto de 1851 alude solamente, y no formulándola a modo de norma jurídica, a la posibilidad de un pacto anticrético. No obstante, aun siendo claro que la legislación europea, en especial la del Derecho francés, y el Derecho común, aludida por el propio y autorizado Comentarista del Proyecto de 1851, refiere siempre la institución de la anticresis a la entrega de un inmueble, GARCÍA GOYENA sugiere la posibilidad de que las partes lleven a cabo un pacto de tal naturaleza, en la exigencia

impuesta por el artículo 1.651 del Proyecto de que toda prestación pactada en favor del acreedor sea considerada como interés, pero en el marco de las normas relativas al contrato de prenda. Ahora bien: por exigencia del artículo 1.771 del citado Proyecto se exige que la prenda ha de recaer necesariamente sobre bienes muebles.

El mismo artículo 1.772 del Proyecto, de forma todavía más contundente, dispone que solamente pueden darse en prenda los bienes muebles. (76) Qué función prestará, pues, la cosa (inmueble)...? O qué derechos tendrá sobre ella el acreedor...? El perfil del instituto se desdibuja.

3ª: El “pacto antichrético solamente produce, en frase de nuestro Comentarista, una acción personal. De manera que dicho pacto no genera en el acreedor acción real alguna.

A reserva, eso sí, (y es una opinión de GARCÍA GOYENA en el comentario al artículo 1.771 ya citado) de la posible aplicación de los artículos 1.830 y 1.831 del Proyecto, artículos que tratan de los títulos sobre bienes inmuebles sujetos a inscripción (77).

Mas en qué queda entonces el llamado por el mismo autor pacto antichrético...? En qué puede consistir un pacto de tal naturaleza, fuera del marco del artículo 1.771, que es el que parece prestarle algún sentido, aun contando con que la cosa dada en prenda pudiera consistir en una cosa inmueble...?

Claro es que, según puede apreciarse, la regulación del Proyecto de 1.851 es manifiestamente insuficiente para una adecuada construcción y explicación de la anticresis como figura independiente, tal y como parece configurarla el Código civil español vigente.

En cuanto a otros precedentes legales españoles acerca de la anticresis, cabe ya tan sólo señalar que el Proyecto de Código civil de 1836 no trata de la institución anticrética (78).

Según la Exposición de Motivos que acompaña al citado Proyecto “acerca del contrato pignoraticio nada tiene que observar la Comisión, pues todas las disposiciones que en orden a él se establecen son conformes a nuestra antigua legislación y están recibidas en la práctica...”

Y muy escasas disposiciones son, en efecto, las que el Proyecto dedica a nuestra institución, tras señalar el artículo 1.698 que “por la entrega de la cosa dada en prenda sólo adquiere el acreedor el derecho de retenerla; pero la propiedad y demás derechos reales procedentes de ella quedan siempre a beneficio del deudor”. Y el artículo 1.703 que “pueden darse en prenda todas las cosas muebles que son objeto del comercio de los hombres y hayan de prestar seguridad del acreedor”, la anticresis no aparece propiamente como tal y ni siquiera recibe su “nomen iuris”.

Es el artículo 1.704 el que alude implícitamente al pacto anticrético al establecer lo siguiente: “El acreedor no tiene derecho a los frutos de las cosas dadas en prenda (cosas que, recordamos nosotros, han de ser necesariamente cosas muebles), a no haber estipulado que los perciba en pago de los intereses de la deuda o del mismo capital” (el subrayado es, obviamente, nuestro). (79).

No hay más en el Proyecto del 36, pero hay que destacar cómo es posible pactar que “a cambio” del capital quepa percibir por el acreedor los frutos de la cosa dada en prenda. Sin mayores precisiones, eso sí, se previó por el legislador de la época la posibilidad de que los frutos del... mueble.....? sirvieran no para extinguir -por compensación- la deuda de intereses, sino para extinguir -por imputación?- la deuda de capital.

Es ésta una de las disposiciones a las que alude la anteriormente citada Exposición de Motivos como conformes a nuestra antigua legislación y recibidas en la práctica....?

## **2. Los precedentes legales franceses. El Code Napoléon.**

Ante la ausencia, según se ha podido comprobar, de precedentes españoles acerca de la anticresis, hay que referirse ahora, al Code Napoléon de 1804 y a su decisiva influencia (en este caso, prácticamente literal) en nuestro Derecho de Obligaciones.

Como ya hemos señalado con anterioridad, los artículos 1.881 a 1.886 del Código civil español aparecen tomados a última hora y de forma prácticamente literal de los correspondientes del Código civil francés.

La cuestión bien merece traer aquí a colación las citadas normas, puesto que la razón de su incorporación al Código civil español lleva en sí, en ausencia de precedentes propios, la justificación de los ajenos. Para empezar, hay que señalar que el Título XVII del Libro 111 del Código civil francés, titulado genéricamente “Du nantissement” consta de dos Capítulos: uno, dedicado a la prenda propiamente dicha, y otro dedicado a la anticresis. Hay que poner de relieve también, puesto que ello determina inevitablemente, la naturaleza jurídica de ambas figuras, que tanto la prenda como la anticresis son formas de garantía del crédito.

Y en este sentido, establece el artículo 2.071 que “le nantissement est un contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sureté de la dette”. De ahí, que establece el artículo 2.072:

*«Le nantissement d'une chose mobilière s'appelle gage. Celui d'une chose immobilière s'appelle antichrèse».*

En consecuencia, es claro que la anticresis constituye, en todo caso, un contrato accesorio de pignoración de inmuebles que tiene por finalidad garantizar al acreedor el cumplimiento de una deuda. A diferencia de lo que ocurre en el Código civil español, que, en este punto, a nuestro juicio, de vital importancia, se aparta de la orientación y de la influencia del Code Napoléon. No existe -recordemos- un sólo precepto en el Código de 1889 (y bien que podrían haberlo incorporado de igual manera que todo lo demás, en bloque) de esta contundencia y declaración de principios acerca de la naturaleza de derecho real de garantía de la anticresis.

Desde este marco previo, establece el artículo 2.085 del Código francés que “l'antichrèse ne s'établit que par écrit. Le créancier n'acquiert par ce contrat que la faculté de percevoir les fruits de l'immeuble, a la charge de le imputer annuellement sur les intérêts, s'il lui en est dû et ensuite sur le capital de sa créance”.

No obstante lo establecido por el artículo 2.072 ya citado del Código francés, a propósito de la consideración de la anticresis como una garantía, el artículo 2.091 del mismo Cuerpo legal, quizá demostrando la tensión de la construcción dogmática que acompaña a la institución dispone:

«Tout ce qui est statué au présent chapitre no préjudicie point aux droits que des tiers pourraient avoir sur le fonds de l'immeuble remis à titre d'antichrèse.

Si le créancier, muni a ce titre, a d'ailleurs, sur le fonds, des privilèges ou hypothèques légalement établies et conservés, il les exerce a son ordre et comme tout autre créancier”.

Quiere esto decir que la anticresis no genera un derecho de realización de valor?.. Y si no lo es, que no genera crédito alguno privilegiado para el acreedor.....? Qué queda entonces de la garantía que «legalmente» supone la anticresis....?

Fuera de esta última norma, todos los demás artículos del Código francés son prácticamente idénticos a los Código civil español, que los toma de aquél.

En cuanto a los precedentes del propio Código civil francés sobre la materia, la figura de la anticresis se remonta legislativamente a los articulas 15 a 21 del Proyecto del Título XVII del Libro III, en la etapa de discusión, redacción y aprobación del Code Napoléon. El capitulo segundo de aquél Título nace precisamente con el epígrafe «De l'Antichrèse» (80)

El Décret d'adoption, tras la presentación al Cuerpo legislativo, lleva fecha de 26 de Marzo de 1804. Destacan en la elaboración legislativa del Proyecto del citado Título XVII del Libro tercero la presentación y Exposición de Motivos realizada ante dicho Cuerpo legislativo, así como el discurso pronunciado a propósito de la discusión parlamentaria (81). En este último se pone especialmente de relieve que la entrada en el Código civil de la anticresis se produce a causa de la petición de la mayor parte de los Tribunales consultados (82).

El sentido del instituto de la anticresis en el Código civil francés es, en definitiva, el que escueta pero firmemente aparece ya sancionado en el artículo segundo del mencionado Proyecto del Título XVII, hoy artículo 2.072 del Code Napoléon vigente: La pignoración (o entrega en garantía) -traducimos- de una cosa mueble se denomina prenda, la de una cosa inmueble se denomina anticresis (83). Sin embargo, la oscuridad en la configuración legal de la figura aparecen ya pronto, pues el artículo 15 del mismo Proyecto hace un momento citado, reproduce, con la misma imprecisión ya conocida, una definición familiar: La anticresis -la tra-

ducción es nuestra- no se establece sino por escrito. El acreedor **no adquiere por este contrato más que la facultad de percibir los frutos del inmueble, con la carga de imputarlos anualmente sobre los intereses, si le son debidos, y después sobre el capital de su crédito** (84).

El considerable esfuerzo del legislador francés por conceder carta de naturaleza independiente a la anticresis se ve lastrado por lo impreciso de su regulación y la presunta contradicción que supone, de un lado establecer claramente que la anticresis es una prenda de inmuebles y, en fin de cuentas, una garantía inmobiliaria, de otro no reconocer al acreedor anticrético sino derechos de carácter personal para el cobro de su crédito.

En cualquier caso, importa poner de relieve dos cosas. La primera, que de no haber sido por el Code Napoléon la anticresis, hoy, quizá no pasaría de ser un residuo histórico. Y la segunda, que los artículos 2.085 al 2.091 del Código civil francés son los inspiradores clarísimos del legislador español del siglo XIX, que con extraordinaria premura incluyó la figura diseñada por aquél prácticamente inalterada. De una manera, podría decirse que inesperada, los precedentes franceses cobran un especial interés, pues que no hay otro remedio que referirlos a un contexto legislativo y doctrinal que no tuvo homologación posible en el Derecho español (85).

### **3. Otros precedentes legales. Los Códigos civiles de Chile y de Argentina.**

Una decisiva importancia tienen, a nuestros efectos, los Códigos civiles de las Repúblicas de Chile y de Argentina. De un lado, son ambos posteriores al Code Napoléon, al que toman por importante, aunque no único modelo, siendo muchas veces intérpretes que, en la distancia y en la reflexión, mejoran los precedentes y la traducción. Pero, de otro, son a la vez anteriores al Código español de 1889, hacia el que no hay que desdeñar su posible influencia (86). Si, en fin, el Código civil español se apoya, sin ambages, en el Código civil francés, no hay que dudar de la importancia de ambos Cuerpos legales y de la de sus insignes Comentaristas (87).

Una prueba, a la vez del modelo en el que se inspiran uno y otro y de la imprecisión del propio modelo es que parten «a limine» de presupuestos enteramente diferentes. Y así, mientras que para el Código civil chileno la anticresis es un contrato que, en ningún caso, da lugar a derecho real alguno, el Código civil argentino comienza por establecer que la anticresis es un derecho real.

El Código civil chileno, en efecto, que dedica el Título XXXIX de su Libro cuarto a la institución de la anticresis, establece en su artículo 2.435 que «la anticresis es un contrato por el que se entrega al acreedor una cosa raíz para que se pague con sus frutos». Refuerza esa idea exclusivamente contractual el artículo 2.438, a tenor del cual “la anticresis no da al acreedor, por sí sola, ningún derecho real sobre la cosa entregada...”

Resalta, pues, en esta construcción no tanto que la anticresis sea considerada como un simple derecho de crédito (lo que puede ser discutible, pero que refleja el arbitrio del legislador en ese punto), sino la peculiaridad única que se asigna a la institución: la de ser un medio de pago, facilitándole al acreedor el cobro de su deuda. La función de la anticresis es, así pues, la de servir de medio de extinción de obligaciones. Es claro que, para eso, no hace falta usar de derecho real alguno. Pues qué mejor garantía de cobro puede esperar el acreedor, si en ello conviene, que disponer de los frutos que él mismo percibe hasta la extinción de su crédito...? Coherentemente con ello, el artículo 2.442 del mismo Código dispone que «si el crédito produjere intereses, tendrá derecho el acreedor para que la imputación de los frutos se haga primeramente a ellos».

Las partes podrán estipular asimismo que los frutos se compensen con los intereses, en su totalidad o hasta una determinada concurrencia de valores, y a salvo de la sujeción a la misma reducción que en el caso de mutuo en caso de lesión enorme (artículo 2.443). Superflua, en fin, resulta la disposición del artículo 2.441, en el que se prohíbe el pacto comisorio, cuando a lo más a que llega el acreedor anticrético es a tener un derecho estrictamente personal, cuya esencia radica en la posesión del inmueble y en su retención (indispensable para que pueda percibir los frutos) mientras no se haya extinguido totalmente la deuda (artículo 2.444).

Por su parte, el Código civil argentino inicia una minuciosa regulación (que constituye el Título XVI del Libro tercero, dedicado a los derechos reales) estableciendo en el artículo 3.239 que «el anticresis es el derecho real concedido por el acreedor al deudor, o un tercero por él, poniéndole en posesión de un inmueble, y autorizándolo a percibir los frutos para imputarlos anualmente sobre los intereses del crédito, si son debidos; y en caso de exceder, sobre el capital, o sobre el capital solamente si no se deben intereses». En cuanto al derecho fundamental del acreedor anticrético, según el artículo 3.246 «el acreedor está autorizado a percibir los

frutos del inmueble, con el cargo de imputar su valor sobre lo que le es debido, y dar cuenta al deudor. Las partes pueden, sin embargo, convenir en que los frutos se compensen con los intereses, sea en su totalidad o hasta determinada concurrencia».

En el comentario que Dalmacio VÉLEZ SARSFIELD hace de este artículo, justificando su formulación puede leerse que en el Derecho Romano, el fin característico del anticresis era la compensación hasta la debida concurrencia de los intereses y los frutos. Toda vez que el crédito no producía interés, y que el inmueble empeñado producía frutos que eran percibidos por el acreedor PARA EXTINGUIR EL PRINCIPAL no era anticresis, sino un contrato de prenda que no tenía nombre particular (...?) (88). Nos referimos al comentario al artículo 3.239.

Para el legislador argentino también aparece la anticresis como un medio de proveer al pago de una obligación, establecido en beneficio, mas no en garantía, del acreedor. En este orden de cosas, dispone el artículo 3.254 del Código citado que el acreedor puede hacer valer sus derechos constituidos por el anticresis, contra los terceros adquirentes del inmueble, como contra los acreedores quirografarios y contra los hipotecarios posteriores al establecimiento del anticresis, puesto que según el comentario al precepto aludido «de otra manera, dependería del deudor destruir los efectos legales del anticresis, y no tendría éste el carácter legal de prenda de la deuda (el subrayado es nuestro).

Sin embargo, el artículo 3.255, sin comentario adicional de VÉLEZ SARSFIELD, establece que, “si él (el acreedor) solicitare la venta del inmueble, no tiene el privilegio de prenda sobre el precio de la venta» (89). Parece claro, por tanto, que a pesar de los términos utilizados por el citado autor, la anticresis no supone un derecho real de garantía, ya que aun pudiendo pedir judicialmente que se haga la venta del inmueble no pagando el deudor el crédito en el tiempo convenido (artículo 3.251), ello no le otorga privilegio alguno. El derecho real de la anticresis llega, por tanto (pero no más) hasta el derecho de retención que le concede el artículo 3.245, que es el medio que tiene el acreedor de hacerse pago con los frutos del inmueble “retenido» mientras no se paguen íntegramente crédito principal y accesorio. La anticresis, en suma, no garantiza el pago. (90).

Y si, en efecto, la anticresis tiende a poner en manos de un acreedor los medios de cobrarse un crédito a sí mismo pagado, he aquí cómo puede proceder:

“El acreedor puede, por todos los medios propios de un buen administrador, percibir los frutos del inmueble. Puede recogerlos, cultivando él mismo la tierra, o dando en arrendamiento la finca; puede habitar la casa que se le hubiese dado en anticresis, recibiendo como fruto de ella el alquiler que otro pagaría. Mas no puede hacer ningún cambio en el inmueble, ni alterar el género de explotación que acostumbraba el propietario, cuando de ello resultare que el deudor, después de pagada la deuda, no pudiese explotar el inmueble de la manera que antes lo hacía» (91).

Los precedentes citados por VELEZ SARSFIELD, respecto de esta norma se reducen a AUBRY ET RAU, TROPLONG, ZACHARIAE y DURANTON (92). Pero, en realidad, según se verá más adelante, los términos proceden de la ley 11 del Título I del Libro XX de las Pandectas de Justiniano (93).

Finalmente, el artículo 3.257 no permite al deudor pedir la restitución del inmueble dado en anticresis sino después de la total extinción de la deuda, si bien el acreedor podrá restituirlo en cualquier tiempo y perseguir el pago de su crédito por los medios legales, sin perjuicio de pacto en contrario. Fundamenta VÉLEZ SARSFIELD esta norma, equivalente de nuestro artículo 1.883, en que el contrato de anticresis no es perfectamente bilateral, ya que es una convención accesoria establecida en protección y seguridad del acreedor. Por tanto, sigue el autor citado, si éste se encuentra con que la obligación de proveer a los gastos, pagar los impuestos y hacer las reparaciones necesarias le es onerosa y no le deja lugar a las ventajas que se prometía, sino la carga de una administración incómoda, podrá exonerarse de ello entregándole a su deudor el goce del inmueble (94).

No obstante, el hecho de que la anticresis sea, antes que otra cosa, un medio de facilitar el cobro del acreedor, no determina que la deuda a cancelar sea anterior e independiente del derecho a la obtención de los frutos. Y si esa necesidad no aparece del artículo definatorio de la anticresis, el artículo 3.239 ya citado del Código argentino, no ha de ser aquella un contrato accesorio de ningún otro. Por lo, en consecuencia, puede la anticresis constituir un contrato perfecta y completamente bilateral, en el que el interés o la ventaja no está exclusivamente de parte del acreedor, sino también del propio deudor, el cual, a cambio del derecho real constituido recibe un préstamo o acredita otra ventaja o prestación cualquiera. De ahí que, reentrando el deudor propietario del inmueble en el goce del mismo, lo que hay es una renuncia al derecho de retención, pero no una renuncia al derecho de anticresis.

En este sentido, lo que parece ser la regla general en el citado artículo 3.257 del Código mencionado es, correctamente planteado el problema, la excepción. Y viceversa, la excepción a la que se alude con la frase «sin perjuicio de lo que hubiese estipulado en contrario», de la misma dicha norma, debe ser considerada la regla general de una genuina anticresis establecida en interés mutuo. Precisamente esa excepción, que no toma para nada en cuenta ni la accesoriedad ni la garantía anticrética, obligaría al acreedor a respetar el acuerdo llevado a cabo con el deudor: el pago de la obligación con los frutos de la finca. Ello, con independencia de la tenencia material de ésta. Renunciando a ésta, no se renuncia al derecho de cobrar con los frutos. Pero renunciando al cobro de la deuda en frutos, se está renunciando unilateralmente a un contrato que, siendo un negocio jurídico bilateral, no puede ser desistido por una sola de las partes, lo que iría en contra del artículo 1.200 del mismo Código civil argentino (95).

Para el supuesto de que la obligación del «deudor» sea anterior a la constitución de la anticresis, la cuestión no ha de cambiar por ello, reconducida al ámbito de la novación de carácter objetivo.

#### **4. El BGB.**

Por último, y aunque no se trata de un precedente del Código civil español, y sí sólo de la institución, merecen destacarse los §§ 1.213 Y 1.214 del Código civil alemán de 1900, cumbre de la construcción dogmática de la ciencia jurídica alemana (96).

El § 1.213 dice así: «El derecho de prenda puede ser constituido de forma que el acreedor prendario esté autorizado a percibir los provechos de la prenda.

Si se ha entregado en posesión exclusiva al acreedor prendario una cosa que por naturaleza produce frutos, en la duda ha de entenderse que dicho acreedor prendario debe estar autorizado para la percepción de frutos».

Y el § 1.214, por su parte, establece: «Si corresponde al acreedor prendario el derecho de percibir los provechos, está obligado a cuidar de la obtención de los mismos y a rendir cuentas.

El producto neto de los provechos se imputa a la prestación debida y, si han de satisfacerse gastos e intereses, a ellos en primer lugar.

Son admisibles determinaciones que se separen de lo dicho”.

La anticresis, por lo tanto, tiene para el legislador alemán una función puramente instrumental respecto del derecho real de prenda que le sirve de sustento jurídico.

Y únicamente el párrafo tercero del § 1.214 permite, “lato sensu”, entender posible la constitución de un pacto anticrético que abarque la consumición de frutos (que se impone como una obligación para el acreedor anticrético en el párrafo primero, in fine, del citado §) por el total de la deuda. Aún en éste último caso, la anticresis queda subsumida en la función de garantía que sobre la cosa fructífera se impuso.

A este respecto hay que señalar que el § 1.204 del mismo Código civil alemán dispone, a propósito de la regulación del derecho de prenda sobre cosas muebles (Título primero de la Sección novena del Libro Tercero, éste último dedicado al Derecho de Cosas), que “Una cosa mueble puede ser gravada para la seguridad de un crédito de forma que el acreedor esté autorizado a procurarse satisfacción a costa de la cosa (derecho de prenda)...»

Así pues, de un lado no cabe la anticresis sobre cosas inmuebles. Y de otro, si hay pacto anticrético, es éste un accesorio del derecho de prenda previa o coetáneamente constituido. La hipótesis de partida, según se puede apreciar, es justo la contraria del Code Napoléon, en el que se empieza por admitir una prenda de inmuebles que se denomina precisamente anticresis.

En cuanto a la prenda de créditos, que ocupa el Título segundo de la misma Sección novena antes citada, las normas a aplicar sobre el particular son las mismas, según dispone el § 1.273, párrafo segundo, salvo que no puede entenderse nunca, cual elemento natural incorporado al derecho real de prenda de derechos, la autorización para que el acreedor prendario perciba los frutos (intereses).



## CAPÍTULO IV.

### Los precedentes doctrinales de la anticresis.

#### 1. Doctrina española anterior al Código civil.

Sin ánimo exhaustivo, dada la extraordinaria complejidad del instituto en estudio, traemos aquí ahora algunos precedentes doctrinales anteriores a la publicación del Código civil español. Dos son las notas características denominadores comunes de estas opiniones doctrinales, salvo las de la última época, más próximas ya a la Codificación.

Una, que se habla desde la óptica de la prohibición de las usuras o intereses del dinero. Otra, que puesto que no es posible el préstamo a interés, no cabe admitir de manera alguna el pacto anticrético, si, como se cree, dicho pacto, agregado a la prenda, ha de producir la compensación entre frutos de la cosa dada en prenda e intereses.

A la percepción que el acreedor pignoraticio haga de dichos frutos, que se entienden normalmente pignorados también, corresponde siempre, y por su importe, la amortización de la deuda de capital. Deben, así pues, descontarse de ésta, pero a esto no se le llama nunca anticresis.

ASSO y DEL RÍO Y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, en sus Instituciones del Derecho civil de Castilla:

«Es pues toda hipoteca: I. Un derecho en la cosa, constituido para seguridad del crédito. II. Debe considerarse especie de enajenación. III. El acreedor puede vender la prenda, si no se le satisface la deuda....»

Del primer principio sacamos: Que con la cosa empeñada se entienden obligados los frutos de ella; y si el acreedor los percibiese, debe descontar su valor del capital de la deuda» Cita, al efecto, las Leyes de Partida. (97).

Joaquín Maria PALACIOS, en las Instituciones del Derecho civil de Castilla de ASSO Y MANUEL:

Lo mismo que éstos últimos citados, pero añadiendo, en la nota 2 que sigue al texto anteriormente transcrito, una excepción notable:

«Si no es que fuese acreedor el marido, y percibiese los frutos de la cosa empeñada para seguridad de la dote, en cuyo caso si sostiene las cargas del matrimonio hace suyos los frutos, de manera que no debe descontar su valor del capital. Esta es la opinión del Señor Covarrubias, var. cap.I núm. 3, y de otros intérpretes» (98).

José María ÁLVAREZ, en sus Instituciones de Derecho real de Castilla y de Indias:

«La prenda es un contrato real por el cual la cosa se entrega por el deudor a su acreedor para seguridad de la deuda, con la condición de que pagada ésta, se le restituya la misma cosa en especie».

Esta definición se aclarará con los axiomas siguientes... 2º En este contrato solo se transfiere la posesión natural, o la nuda detención de la cosa... Del segundo (axioma) se infiere: que el acreedor no puede usar de la prenda, si no es con consentimiento del deudor, o si interviene pacto de que el acreedor use de la prenda en lugar de las usuras, a que llaman antichresis (subraya el autor citado). Pero este pacto trae bastante molestia al acreedor, porque queda obligado a dar cuentas de los frutos y utilidades percibidas, y a restituir todo lo que exceda de las usuras legítimas; de otra suerte no será lícito, por usurario. . . .» (99)

Juan SALA, en su Ilustración del Derecho real de España:

«Pueden ser dadas a peños las cosas que están en el comercio de los hombres, y aunque estuvieren todavía por nacer, como los partos de los ganados, y los frutos de los campos o árboles, bien sean cosas corporales, bien incorporales. Y si estuvieren en poder del que las recibió a peños los frutos y provechos que éste percibiere de ellas, los debe descontar de lo que dio sobre la cosa empeñada, porque todos pertenecen al deudor, 1.2, d. tít. 13. Y como en nuestra España están justamente prohibidas las usuras, como veremos en su lugar, no admitimos el pacto llamado anticreseos (subraya el autor citado), que admitieron las leyes romanas, reducido a que ha el acreedor las usuras o frutos de la cosa que hubiere recibido en peños, si así se pactare; el cual fue reprobado como usurario en varios

capítulos del Derecho canónico. Pero sí que admiten nuestros autores la doctrina del famoso capítulo Salubriter 16, de usur. de las Decretales de Gregor. IX., de que el marido que sostiene las cargas del matrimonio, puede percibir y retener, sin imputar en la suerte o capital, los frutos de los bienes que se le hubiesen dado a peños, en seguridad de la dote que habían de darle, como compensatorias de dichas cargas (subrayamos nosotros), como lo prueban bien Gómez en la l. 50 de Toro n. 30. Castell. libro 3. controv. n. 23 y latísimamente el Señor Covarr. var. cap. 1. n. 3 recorriendo muchos casos. . . .» (100).

El mismo Juan SALA, en su Digestum romano-hispanum:

«Famosissimum illud est quod antichreticum seu antichreseos dicitur, videlicet: Cum res pignori ita datur, ut creditori liceat ea uti frui in vicem usurarum pecuniae debitae: quod validum et utilem esse probant l.1.§.3.l.11.§.1. hoc tit. l. si ea 17. C. de usur. aliaeque. Si adjectum i taque sit et fructus rei pigneratae certi fuerint, quianempe locata est, ad legitimum usurarum modum redigendi sunt, arg. l. si ex pactione 14. C. de usur. si tamen conve nerit, ut creditor domum pigneratam inhabitaret in usurarum vicem, atque ita usus est; conventioni stabilitur, licet uberiore sorte seu pensione potuerit contrahi locatio; et vilius conducta habitatio videbitur. d.l.14. Similiter si fructus fuerint incerti, non poterit rescindi conventio obtentu majoris emolumenti percepti, d.l.17» (101).

Por su parte GARCÍA GOYENA y AGUIRRE estiman que «acerca del pacto llamado anticresis o anticreseos, no hallamos ley patria que señaladamente lo apruebe o lo repruebe. Consiste este pacto en permitir que el acreedor se utilice de los frutos o rentas de la prenda o hipoteca en compensación de las usuras o intereses de su crédito: podía ser tácito o espreso, sobre lo que disputan largamente los intérpretes de derecho romano, en el que estaba admitido el dicho pacto; y disputan asimismo si podía o no traspasarse por el tal pacto la tasa legal de las usuras...».

Citan después los mismos autores la diferencia que los romanistas establecen entre un pacto de anticresis en compensación de intereses que permita el exceso o no de la tasa legal de las usuras, según que las utilidades o rendimientos percibidos fueren ciertas o determinadas o no lo fueren. Y después de citar a Sala, que considera en todo caso prohibido el pacto, según se ha visto, acaban por decir:

«Se ve pues que el principal y único fundamento de Sala para rechazar el pacto anticrético estriba en tenerlo por usurario y en que por nuestras leyes están reprobadas las usuras o intereses. Decimos usuras o intereses, porque usura no es más que el interés del dinero, y no admitimos la pueril y sofisticada distinción que entre una y otro quieren hacer algunos.

Reducida la cuestión a estos términos, es consiguiente, mal que pese a Sala, que siempre que por la ley o costumbre autorizada pueda llevarse usura o interés del dinero habrá de ser permitido el pacto anticrético en cuanto no exceda de la tasa que por ley o costumbre se haya establecido para la usura o interés del dinero en el caso de que se trate; y que en los términos y con las indicaciones indicadas es aplicable entre nosotros la doctrina del derecho romano» (102).

Finalmente, otros autores españoles como DOMINGO DE MORATÓ, SÁNCHEZ DE MOLINA, ALCALDE PRIETO, GÓMEZ DE LA SERNA-MONTALBÁN, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, VALVERDE Y VALVERDE, todos ellos posteriores a la Ley de 14 de marzo de 1856, que supuso la abolición de la tasa del interés, en la línea de lo propugnado por el Proyecto de 1851 (103), admiten, con escaso tratamiento de la institución, el pacto anticrético (104).

Entre éstos merece destacarse a Benito GUTIÉRREZ de quien traemos aquí las siguientes expresivas palabras: «La palabra griega anticresis -subraya nuestro autor- significa, en sentir de los jurisconsultos, el uso de la prenda concedido al acreedor por su crédito, mutuus pignoris usus pro credito, cuya acepción es la más general, pues aunque algunos (no cita a nadie) le miran como PRÉSTAMO RECÍPROCO. **contrarium mutuuum**, lo más regular es que produzca la pignora-ción de la finca. Marciano le considera como una especie de prenda cum pignus sit y todos los textos le atribuyen ese carácter. ...» Parece como si nuestro autor hiciera depender la calificación del instituto no tanto del tipo legal preceptuado en el art. 1.881 luego reglado por el Código Civil de 1889 cuanto de los convenios de las partes y los intereses y circunstancias en juego (105). Si lo “más regular”, así pues, es que produzca la pignora-ción de la finca, es que tal característica es más un elemento natural del negocio de constitución que no esencial del mismo y, por lo tanto, no es esencial la constitución de un derecho real de garantía ni, por tanto, de realización del valor en cambio del inmueble.

Como vemos, es particularmente significativo, en la doctrina de Benito GUTIÉRREZ que el pacto anticrético pueda consistir en un préstamo mutuo contrario, si bien ni fundamenta su posible construcción ni cita autor alguno de los que, en su opinión, consideran posible esa hipótesis. Pero, limitándose a advertir que lo más regular es que produzca la pignoración de la finca, puede entenderse, a contrario, que es posible que haya casos en los que dicha pignoración no se produzca, con lo cual de un pacto anticrético se deriva hacia un contrato de anticresis, principal, y sin apoyo en el contrato de prenda.

Se sitúa el autor citado, así pues, en la órbita tradicional según la cual -advierte el propio Benito GUTIÉRREZ ->la esencia de la anticresis consiste en la compensación de los frutos con los intereses. El deudor concede al acreedor el goce de un inmueble para que perciba los frutos en lugar de los intereses, y retenga su posesión hasta cobrar el crédito...» Nótese que no incluye entre los derechos del acreedor la realización del valor del inmueble, pero ello se deduce, según sus propias palabras citadas antes, de la pignoración de la finca, convenio del que es accesorio el pacto anticrético (106).

Con mucho, el autor más explícito en orden a la explicación de la anticresis es ESCRICHE, que en su Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia escribe:

ANTICRESIS. «Un contrato por el cual pone el deudor en poder del acreedor una cosa inmueble o raíz, con la facultad de percibir sus frutos hasta que con su importe se haga pago de la deuda; y con más especialidad, un contrato en que el deudor consiente que su acreedor goce de los frutos de la heredad que le entrega, en lugar del interés del dinero que recibió prestado de él, hasta que le haga pago de la deuda. La anticresis suele llamarse vulgarmente contrato a gozar y gozar, porque uno da el goce de una cosa fructífera, y otro da el goce de su dinero» (107).

Distingue, pues, ESCRICHE un contrato de anticresis de un pacto de anticresis. Según el primero, el acreedor recibe un inmueble para hacerse pago con los frutos de la deuda del deudor: derecho de percepción de frutos a cambio de una obligación cualquiera y para extinguirla. El segundo, en cambio, es un pacto anticrético convenido para el goce de los frutos en lugar sólo de los intereses de un contrato de préstamo: compensación de frutos con intereses, figura tradicional del Derecho común, reprobada como usuraria.

Para nuestro autor, además, no hay cosa más frecuente, en la práctica, que este contrato anticrético, disfrazado con las apariencias de una venta por tiempo fijo, y más comúnmente, de una venta con “pacto de retrovendendo” o a carta de gracia, esto es, con facultad que se reserva el vendedor de retraer él o sus causahabientes la cosa vendida, devolviendo en uno o más plazos el precio de la misma, y puesto que por la venta se transfiere el dominio al comprador percibe éste los frutos de la cosa sin resistencia legal (108).

La Novísima Recopilación, ley 2, Título 22, libro 12 prohíbe la venta con pacto de retro por cierto tiempo, pues que algunos no dan derechamente a usuras, mas hacen otros contratos en engaño de las usuras. Pero no proscribe la venta con “pacto de retrovendendo” en la que se deja al vendedor libertad para redimir la finca cuando más le acomode. De manera que en este último caso, mientras el vendedor no recobre el fundo, percibirá el comprador frutos y esquilmos que no se descuentan del precio, siendo entonces la venta a carta de gracia un contrato paliado de anticresis (la expresión es, del propio ESCRICHE) (109). Permitiéndose, por lo tanto, la venta con “pacto de retrovendendo”, no ha de reprobarse la anticresis, mucho más beneficiosa para el deudor.

De acuerdo con ello, -sigue diciendo el autor citado- una ley que prohibiese la anticresis por precaver el supuesto perjuicio que de ella puede seguirse a las personas necesitadas, las pondría en el conflicto de tener que hacer mayores sacrificios vendiendo sus fincas, cuando sin la prohibición podrían remediarse con sólo el desprendimiento de sus frutos.

Mas qué ley es la que contiene tal prohibición -se pregunta ESCRICHE-....? No se aduce otra que no sea la Ley 2 del Título 13 de la Partida V, según la cual los frutos de la cosa que se da en prenda pertenecen al deudor y no al acreedor (110). Pero esta ley habla sólo de la prenda y no de la anticresis...!

Destaca, en fin, ESCRICHE, las siguientes diferencias entre la prenda y la anticresis:

«La prenda suele consistir en cosas muebles, y la anticresis en bienes raíces; por aquélla adquiere el acreedor sobre la cosa mueble un derecho real que le

permite hacerse pagar con su producto en venta el importe de su crédito con preferencia a los demás acreedores, y por ésta no adquiere sino la facultad de percibir los frutos de la cosa raíz que se le entrega, imputándolos sobre los intereses de la cantidad prestada en caso de que se le debieren, y sobre el capital de la deuda; la primera tiene por objeto asegurar el pago del crédito, y la segunda puede considerarse más propiamente como un medio de hacer el pago (111).

Por todo ello, termina por decir este autor, «aunque la deuda no se pague al plazo convenido, no puede el acreedor disponer de la cosa dada en anticresis, pues no la tiene sino en depósito; ni apropiársela como comprada por lo que dio prestado, aunque así lo hubiese estipulado con el deudor, pues tal pacto es nulo, aun con respecto a la prenda, según la Ley 41, tít.5, y la 12, tit.13, Part.5; ni hacerla vender en pública subasta como la prenda, pues no tiene en ella otro derecho que el de percibir los frutos; a no ser que con el contrato de anticresis hubiese concurrido el de prenda o hipoteca, o que el deudor le hubiese autorizado expresamente para ello: más si se hubiese estipulado que no pagándose a su tiempo la deuda, se entendiese vendida la finca al acreedor por su justo precio, según tasación de peritos, será válido este pacto y deberá llevarse a efecto como dispone en el caso de prenda dicha ley 12, tit.13, Part. 5« (112).

La independencia, en suma, de la anticresis respecto de la prenda o de la hipoteca y, por tanto, de la función de los derechos reales de garantía, aparece claramente delimitada por la naturaleza de un simple derecho de fruición.

Otra cosa distinta es, en efecto, que, además, se hubiese convenido en términos de prenda o de hipoteca. Porque entonces la garantía viene prestada por estos derechos reales de garantía, pero no por la anticresis propiamente dicha. Ésta se limita a desempeñar el papel que le han asignado las partes, esto es a ser un medio de pago a través de la percepción de los frutos de un inmueble del deudor.

Hay que tener en cuenta que quien así escribe lo hace con anterioridad a la publicación de la citada anteriormente Ley de 14 de marzo de 1.856, abolicionaria de la tasa del interés, lo que es puesto de relieve por los continuadores del Diccionario (113).

## 2. La doctrina francesa anterior al Code Napoléon: R.J. POTHIER.

De la doctrina francesa anterior a la codificación Napoléonica merece destacarse, aparte, naturalmente, de los clásicos (114), a POTHIER, autor que influyó de manera decisiva en la filosofía y en la redacción del Código civil francés y, con especial contundencia, en el Derecho de obligaciones (115).

La aportación de POTHIER al Code Napoléon, mención aparte de su proximidad histórica, estriba en el racionalismo en tanto que sistema y en su romanismo como fuente histórico-doctrinal de su pensamiento jurídico.

En sus «Pandectae Justinianeae in novum ordinem digestae», escritas a instancias del Canciller D'Aguesseau (116), puede leerse: «Es usadísimo también aquel pacto en virtud cual se acuerda que el acreedor, en lugar de los intereses del dinero que se le debe, deba percibir los frutos de la coempeñada. Puede hacerse también este pacto sin prenda (subrayamos nosotros), y es esta una especie particular de negocio como el caso siguiente referido por Marciano», transcribiendo a continuación, el texto de la ley 11,2 del Título 1 del Libro XX del Digesto, fuente última, a la postre, de toda información sobre el instituto de la anticresis.

En las notas explicativas del texto de Marciano (sobre el luego volveremos «in extenso») cita a VINNIO, que discrepa del sentido del término «anticresis» (en griego) empleado en el texto y utilizado por POTHIER, y para el que Anticresis no es un uso recíproco, sino un recíproco mutuo, «de la palabra griega **xresis** es decir, **antixresis** utendum do, commodo, do mutuo...» Agrega, sin embargo, que NOODT defiende con calor la opinión contraria (117).

Destaca asimismo que la cosa dada en anticresis no se da, por ello, en prenda. Aludiendo a que la expresión de la ley pignoris loco hace referencia a una entrega como en prenda, pero no en prenda propiamente dicha, puesto que no se convino en que dicha cosa fuese vinculada como prenda, sino tan sólo que se debiese gozar de la misma en lugar de los intereses. Y aquí llama en su apoyo a VINNIO (118). El mismo razonamiento se utiliza para justificar el hecho de que la ley de Pandectas acaba concediendo al acreedor despojado una acción por el hecho, es decir, una acción in factum, ya que el acreedor retiene la posesión en lugar de prenda y no por derecho de prenda, lo que hace que en este caso no exista una prenda propiamente dicha (119).

Pero el espíritu romanista de POTHIER cede a las exigencias que le impone el tratamiento del Derecho francés. Y ya no es exactamente la opinión de las Pandectas la que se mantiene en el *Traité du contrat de nantissement*, en el que la única preocupación va de la mano de la condición de usurario del llamado pacto anticrético, ahora vinculado al contrato de prenda. En efecto:

«Son los muebles corporales los que constituyen ordinariamente el objeto del contrato de prenda. ...Sin embargo, las heredades pueden también ser objeto de este contrato... Es lo que sucede cuando se pone a un acreedor en posesión de un fundo para que perciba sus frutos en deducción de sus créditos hasta un perfecto pago, de lo que debe rendir cuentas a quien se lo dio en prenda. Esta pignoración (utiliza el término genérico de nantissement o pignoración) procura al acreedor la facilidad de pagarse por sus manos, sin gastos, sin ser obligado a embargos de la finca o de los frutos, que son vías muy costosas (120).

Más adelante, y al hablar de las cláusulas que las leyes han prohibido en el contrato de prenda, comenta que «la anticresis era un pacto usado entre los Romanos, por el cual se convenía que el acreedor a quien se daba una cosa en prenda percibiría en su provecho los frutos de la cosa en lugar de los intereses de la suma que le era debida...», lo que apoya en la ley II, §. 1. ff, de pign. et hyp. «Nuestra jurisprudencia francesa -añade- ha reprobado esta convención. No solamente no es permitida en el contrato de préstamo, en el que nuestras leyes no permiten exigir intereses de la suma prestada, no lo es tampoco en un contrato de constitución; y no obstante esta cláusula, y sin tenerla en cuenta, el deudor de la renta está facultado para pedir al acreedor el descuento de los frutos que ha percibido, y a exigirle la suma de los que se hallaren exceder.. .» etc. (121).

El mismo autor, más latamente, trata de la anticresis en el Capítulo V de su *Tratado de la Hipoteca* (122).

Distingue POTHIER entre dos clases de hipotecas: aquéllas a las que se denomina propiamente pignus («nantissement») y las hipotecas en sentido estricto. El pignus es una especie de hipoteca que se contrae por la tradición que se hace de la cosa al acreedor y que da a éste el derecho de retenerla en su poder para la seguridad del crédito y aun el de hacerla vender en defecto de pago. Mientras que la hipoteca propiamente dicha se contrae sin tradición (123). Pues bien, la anticre-

sis es un derecho en la cosa, un ius in re, como el derecho de hipoteca, del que no obstante se diferencia en que es precisa la tradición de la cosa para el nacimiento del derecho (y en esto conviene con la pignoración) y en que puede subsistir separadamente del derecho mismo de hipoteca, como sucede en el caso en que el deudor ha convenido con su acreedor ese derecho de fruición sin hipotecarle la finca o heredad. Tiene, así pues, la anticresis, afinidad con el pignus, puesto que el acreedor está facultado para retener y poseer el fundo hasta el pago de la deuda, pero difiere de él, a su vez, en que el acreedor anticrético no tiene el derecho de vender la cosa como lo tiene, en cambio, el acreedor hipotecario. Y ello es, porque según la ley retinet possessionem pigno ris loco, y no pignoris iure. El acreedor no tiene, en definitiva, ius distrahendi. Esto es lo que se desprende claramente de la ley 11,§2, del Título 1 del Libro XX del Digesto, texto de MARCIANO. (124).

En consecuencia, del derecho real de anticresis sólo nace una acción real, por la cual el acreedor que hubiere perdido la posesión del inmueble sobre el que ostenta aquél derecho puede recuperar la posesión, que es la base del ejercicio del mismo. La ley del Digesto que sirve de apoyo a nuestra institución la llama actio in factum porque, según remarca el Scholiasta griego, el derecho de anticresis, diferente del derecho de hipoteca, no puede dar lugar a la acción serviana o hipotecaria, sino a otra acción real a instar, que la ley llama actio in factum en defecto de otro nombre (125). El ejercicio de dicha acción puede dirigirse contra todo aquél que se halle en posesión del fundo, bien sea al deudor, bien los terceros.

Agrega, en último término, que en Francia el contrato de anticresis no puede tener lugar respecto del préstamo de dinero, puesto que las leyes no permiten a los acreedores estipular interés alguno de las sumas prestadas: en consecuencia, la convención anticrética no puede darse entre prestatarios y prestamistas (126).

De acuerdo con todo ello, las características de la anticresis según POTHIER son las siguientes:

1ª: Se trata de un derecho real en virtud del cual un acreedor adquiere «le droit de jouir de tout l'héritage, et d'en percevoir tous les fruits, pour lui tenir lieu d'intérêts de la somme qui lui est due jusqu' au paiement».

Es un derecho real porque el acreedor ejerce sobre la cosa un ius in re, semejante al derecho real de hipoteca y, en consecuencia, las facultades del acreedor anticrético se ejercen directamente sobre la cosa, sin mediaciones.

2ª: Se trata asimismo de un derecho real que se adquiere a través de la correspondiente tradición de cosa objeto del derecho. Si antichresis facta sit, dice la ley 11,2, tít.1, Libro XX del Digesto, et in fundum aut in aedes aliquis in ducatur. Ello no es sino una aplicación particular de las reglas generales con arreglo a las cuales los derechos in re no se adquieren por la sola convención, sino por la tradición o acto equivalente. Y la única excepción a dichas reglas genera les la constituye la hipoteca.

3ª: La anticresis es un derecho real que tiene por objeto una cosa inmueble cuyas utilidades tienen un destino prefijado según acuerdo de las partes. Su contenido es, en esencia, el derecho de goce y de fruición.

4ª: Su naturaleza no se aviene, en caso alguno, con la de los derechos reales de garantía. De la hipoteca se aleja, según lo ya dicho, por razones de estructura, puesto que es indispensable, para el nacimiento del derecho real de anticresis la tradición de la cosa. Y de la especie hipotecaria llamada «nantissement» (pignoraición), por razones de función, ya que el acreedor anticrético solamente adquiere un derecho de retención (para usar y disfrutar) mientras no se pague la deuda para cuya extinción se constituyó. No tiene, así pues, el acreedor el derecho de vender el inmueble. El ius distrahendi excede, con mucho, la función propia que el derecho de fruición le asigna a la anticresis.

5ª: El origen del derecho real de anticresis es, de ordinario, convencional. No obstante, según apunta LOYSEAU (autor citado por el propio POTHIER), intentando escapar a la prohibición de estipular intereses, podría pensarse en algunos casos en los que la constitución de tal derecho pudiese provenir de algún otro medio (127).

6ª: La convención anticrética es un pacto cuyo ámbito se reduce a la compensación, en globo, de los intereses de una deuda preexistente (de ordinario, la del prestatario proveniente de un contrato de préstamo simple previo) con los frutos del inmueble dado en anticresis. Esta es la razón por la que se estima un caso de préstamo con usuras encubiertas, lo que por influencia del Derecho Canónico no se permite, el de un convenio que facilita al acreedor la percepción de utilidades que no se pagan en dinero pero que se cobran en frutos. No descontándose, así pues, el valor de los frutos percibidos por el acreedor del principal, cual la deuda de capital aquéllos se entienden intereses simulados e ilegítimos y el pacto anticrético queda prohibido.

7ª: El convenio, en suma, por el cual se pacta la creación del derecho real de anticresis es un contrato de naturaleza accesoria. Si, en efecto, el ámbito de la anticresis se agota en la compensación de los intereses de una deuda (que es la principal), no cabe convenir aquella sin la previa existencia de ésta. Por consiguiente, el pacto anticrético no puede tener, en la construcción del jurista francés, una existencia ni una finalidad autónomas.

Dichas características, más o menos globalmente, son las que se incorporan al Código civil francés de 1804 que, como ya sabemos, dedica el Título XVII de su Libro III íntegramente a la anticresis. Desde entonces, en méritos del legislador Napoléonico, se habla del acierto en la independización de nuestra figura, que pasa a ocupar su lugar junto a la prenda y a la hipoteca.

Sin embargo, la letra del Code Napoléon no sólo no recoge fielmente la teoría de POTHIER sobre el contrato de anticresis, sino que (y acaso por ello) tampoco supone la independización institucional de aquella. Se trata, únicamente, de una autonomía de carácter formal: un conjunto de reglas que abordan sistemáticamente el instituto en cuestión.

Si bien se mira, la anticresis tan sólo consiste, en opinión de POTHIER a partir del texto de MARCIANO en el Digesto, en un pacto agregado de ordinario a un contrato de préstamo, mediante el cual se organiza el cobro de los intereses que aquél genera percibidos, en globo, por el acreedor. De manera que es una convención accesoria. Según este esquema, no cabe, por lo tanto, pactar nada respecto de intereses a percibir siquiera sea a través de la percepción de los frutos de un inmueble, si, por definición, la estipulación de intereses del dinero está terminantemente prohibida. En el marco histórico de la prohibición de las usuras, la anticresis, así concebida, no tiene función alguna que cumplir.

Ahora bien: el propio Código civil francés admite ya, superados los prejuicios de la época, que el contrato de préstamo pueda ser convenido a interés. Y así, el Capítulo III del Título XVI del Libro tercero trata, precisamente, del préstamo a interés. «Está permitido estipular intereses -dice el artículo 1.905- en el préstamo simple, sea de dinero, géneros, u otras cosas mobiliarias». Desaparecido, pues, el obstáculo que impedía la función anticrética, podía ya prestarse ya a interés y estipular formas de cobrar éste, como a través del pacto anticrético de percepción de frutos.

Sin embargo, como se advirtió en su momento, el Código francés, que en el artículo 2.071 decide que el «pignus» o nantissement es un contrato por el que el deudor entrega a su acreedor una cosa para la seguridad de la deuda, establece en el artículo siguiente que el «pignus» de una cosa inmueble se llama anticresis. Con ello, y vacilaciones doctrinales aparte (128), la autonomía del tipo se esfuma. Pero claro está que no podía ser de otra manera, cuando es el propio legislador el que decide acerca de la función de la anticresis al decir que ésta se lleva a cabo, en definitiva, para garantizar el cobro, pues se conviene en seguridad de la deuda (y aun contando con los artículos 2.085 y 2.091 del mismo Código civil francés) (129).

De ahí nuestra afirmación anterior de que la autonomía de la anticresis en el Código Napoléon no es sino puramente formal. Admitidas las usuras, se admite el pacto anticrético, sin poner empero de relieve que nunca aquél daba lugar a un derecho real con "ius distrahendi».

Y ya que vuelve a ser posible una anticresis puramente compensatoria, la imputación del valor del exceso de los frutos percibidos por el acreedor en virtud del pacto llevado a cabo con el deudor, presente en el ánimo del legislador francés (cfr. artículos 2.085,2, in fine, y 2.089 del Code Napoléon) debería haber servido para construir una convención principal que, no atendiendo a solucionar prima facie el pago de intereses, englobara el pago del capital mismo. Esto sí habría supuesto la verdadera autonomía de una convención, elevada de pacto agregado a un contrato de préstamo o a un contrato de prenda, a un contrato de anticresis, autónomo pensado en interés de ambas partes, sin otras finalidades de aseguramiento de los derechos del acreedor ajenas a las generales que el Ordenamiento jurídico pone al servicio del crédito.

### **3. Arnoldo VINNIO.**

Este autor, del que Gottlieb HEINECCIO dice que «jamás obraba por el mero impulso de la autoridad de alguno» (130) dedica el Capítulo séptimo del Libro segundo de sus "Quaestiones selectae" al problema de «Si la anticresis es una especie de prenda, y si hay una anticresis tácita» (131).

Parte el autor de la opinión usual de los intérpretes acerca de la anticresis y dice (por su importancia y por el tratamiento específico del instituto transcribimos aquí sus propias palabras):

«Esta cuestión no es vulgar y es digna de ser examinada muy detenidamente, a causa de que nuestros intérpretes no entendieron qué cosa es anticresis, y se persuadieron falsamente de que había una anticresis tácita, lo cual observó, el primero, Claudio Salmasio... Para todos los intérpretes es la anticresis una especie de prenda; esto es, cuando la cosa se da en prenda con la condición que pueda el acreedor hacer uso de ella hasta tanto el deudor le pague el dinero, arg. 1.11, §1, de pign. 1.33 de pign.act. De otra suerte, si no mediare semejante pacto consta que no es lícito al acreedor hacer uso de la prenda...ni lucrar sus frutos, sino que debe imputarlos en el capital, de suerte que se disminuya la obligación de éste, y se le deduzca en la solución del capital todo lo que percibió de los frutos...Y esta es para ellos la anticresis expresa, la cual vale aunque la percepción de los frutos exceda de las usuras legítimas, a causa del evento incierto de los frutos...aunque el acreedor debe en este caso habitar la casa él mismo y no arrendarla a otros, o de otra suerte imputar en el capital lo que percibiere por vía de merced además de las usuras...»

«Hay también para nuestros intérpretes una especie de anticresis tácita; a saber, cuando nada se ha dicho de las usuras ni de los frutos percibidos en vez de las mismas, sino que se ha prestado el dinero gratuitamente, esto es sin hacer expresa mención de las usuras y se ha dado en prenda alguna cosa que produce frutos, como que aquél que da en prenda una cosa fructífera se considere haber convenido tácitamente que el acreedor pueda retener los frutos en lugar de usuras, y como una especie de compensación; pues si el deudor no hubiese querido entregar con dicha intención una cosa fructífera, dicen que debía protestar que no quería que se le quitase nada de los frutos de su cosa. Pero esta tácita convención de anticresis dicen que no hace que se exceda el límite prescrito para las usuras, y que la razón es que no habiendo el acreedor estipulado las usuras, sino habiendo prestado el dinero gratuitamente, debe contentarse con la humanidad del deudor que le concedió el percibir los frutos de la cosa obligada en lugar de beneficio, siendo así que no interpuso en su favor ninguna convención, y todo lo que percibe lo percibe por la humanidad del deudor...» (132).

La interpretación usual que VINNIO presenta como sede inicial de argumentación, a propósito de un determinado entendimiento de las fuentes justinianas sobre la anticresis es rebatida por nuestro autor, según el cual en dicha interpretación hay un triple error:

Primer error: Suponen los intérpretes que la anticresis es un uso contrario. Pero, en realidad, la anticresis es un mutuo contrario, puesto que en griego y para los griegos la palabra “**Xresis**” no significa solamente uso sino también mutuo, de donde se deriva la acepción de «acreedor». MARCIANO en efecto, en la ley 11 del título 1 del Libro XX de las Pandectas así entiende el término anticresis, es decir, como un caso de contrario mutuo. Porque, a fin de cuentas, que podría significar, en el texto justiniano, uso mutuo...? Qué es hacer un uso mutuo...?

Por el contrario, si hacer mutuo es dar una cosa en mutuo, hacer anticresis será, a su vez, dar en mutuo: de manera que es el deudor quien por su parte hace un mutuo, entregando una casa o un fundo al acreedor para que éste perciba con sus frutos o pensiones la compensación de las usuras. Acaso se emplea correctamente el término mutuo, aplicado al deudor, toda vez que el mutuo sólo se emplea respecto de aquellas cosas cuyo uso se presta para el abuso?... Es posible que se emplee aquí impropiaamente la palabra mutuo, pero los romanos también lo usaban en relación a las cosas inmuebles para el supuesto de que se prestaran para usar de ellas, de la misma manera emplean también el término “*commodare*” en lugar de dar en mutuo. Cita aquí VINNIO al mismo Cicerón.

Segundo error: Los intérpretes suelen creer que el acreedor anticrético era un acreedor con un derecho de prenda. Sin embargo, lo cierto es que si el acreedor tuviera en este caso un derecho de prenda, ante cualquier caso de pérdida posesoria podría reclamar el fundo o la casa a través de la acción hipotecaria. Escribe MARCIANO empero que en este caso no suele obrarse por medio de la acción hipotecaria, sino por medio de una acción «*in factum*». Además, la ley del Digesto sólo dice que el acreedor retiene la posesión en lugar de prenda mientras que el deudor no le pague, pero no concede ningún otro derecho.

Una anticresis pura y genuina nada tiene que ver con el pacto de prenda. «Me das dinero en mutuo bajo la condición de recibir un fundo en anticresis, cuyos frutos percibirás por la prestación de las usuras, las cuales, esto es, las legítimas, puedes estipular de mi.. .» Aquí no hay prenda ni se hace mención alguna de ella.

Tercer error: Suponen, finalmente, los autores que han tratado de la anticresis que puede haber una anticresis tácita. Pero esto es falso, sencillamente porque para que haya verdadera anticresis es preciso convenirla expresamente.

En efecto, para el caso de una anticresis tácita el acreedor, sin pacto alguno, puede lucrar las usuras, percibiendo e imputando los frutos de la cosa en lugar de los intereses. Pero entonces, cuándo habrá lugar a la aplicación de aquella regla tantas veces citada en el Códex según la cual el acreedor debe imputar los frutos percibidos en el capital...? Sólo cuando el deudor proteste, impidiendo que el acreedor lucre los frutos de su prenda...? Esta solución, empero, no es posible por cuanto del contrato de prenda no puede deducirse en manera alguna un pacto tácito acerca del pago de intereses y teniendo la prenda por finalidad propia el aseguramiento del capital y no que el acreedor perciba frutos en lugar de intereses.

Esa mal llamada anticresis tácita procede únicamente para el caso de intereses legítimas procedentes de mora o tardanza en el pago por parte del deudor. Si la percepción de frutos es superior al de dichos intereses (o bien de intereses pactados pero sin acuerdo de percepción de frutos en lugar de aquéllos) lo que sobre de los frutos deberá, en todo caso, imputarse en el capital. Mas ello no tiene lugar en virtud de una anticresis tácita, sino por disposición de la Ley. (133).

La característica esencial de la anticresis en VINNIO, así pues, es la creación de un tipo particular de convención o de contrato, que no tiene nada que ver con un contrato de prenda (no garantiza, por lo tanto, el cumplimiento de obligación alguna) ni se apoya en un previo contrato de préstamo de consumo o mutuo (y, en consecuencia, no crea obligación accesoria alguna). Es, a fin de cuentas, la anticresis un préstamo ella misma. Sólo que un préstamo-mutuo de carácter doble o recíproco: el prestatario (del dinero) es, a su vez, «prestamista» del fundo (que presta en anticresis); y el «prestatario» del fundo es, por su parte, prestamista del dinero. Por lo demás, se pacta de manera expresa que la función del cambio consiste en la compensación de los frutos del inmueble con los intereses del capital.

El contrato de anticresis es, así, un contrato de naturaleza bilateral. La obligaciones de entrega de capital y de inmueble (si se mira más a la función que a la estructura) o de devolución de capital y de inmueble (si se parte de la realidad "quoad constitutionem" del acuerdo) nacen de manera coetánea y en pie de igualdad. El pacto anticrético se ha convertido así en CONTRATO DE ANTICRESIS.

#### 4. Claudius SALMASIUS (Claude SAUMAISE).

Este autor, filólogo y jurista francés del siglo XVII publica en el año 1.639 una **soberbia** monografía titulada “De modo usurarum Liber”. En el Capítulo XIV de la misma, y entre otras cuestiones relativas a la prenda, aborda el problema de la naturaleza de la anticresis con una extraordinaria erudición y desde la perspectiva de las fuentes justinianas (134). Su extraordinario espíritu crítico supone un particular estudio de la institución, de la que hace un pormenorizado análisis. Las líneas mes tras de su construcción son las siguientes:

Advierte SALMASIUS (y es el primero en hacerlo, según la autorizada opinión de VINNIO) (135) que el término griego «anticresis» viene a designar no un contrarium usum, según es creencia general y opinión extendida entre los Doctores, sino un contrarium mutuuum. Y en efecto, dice nuestro autor, la palabra «chresis» (o «xresis), en griego, no solamente significa «uso», sino también y más propiamente aplicada al caso, «mutuo». Por consiguiente, “chreseos” (o “**xreseos**”) es equivalente, atendida esa significación, a «creditor» (136).

Fundamenta su opinión en las propias fuentes. Y en efecto, llama en su ayuda a un texto concreto del Digesto (uno de los dos Únicos en los que aparece el término anticresis en el Corpus Iuris). Se trata de la ley 33 del Título «De pignoratitia actione», del Libro XIII de las Pandectas. Dice el texto legal citado: «Marcianus lib. sing. ad Formulam Hypo thecariam. Si pecuniam debitar solverit. potest pignoratitia actione uti ad recuperandam antichresis: nam, cum pignus sit, hoc verbo poterit uti” (137). La traducción del texto que se acaba de citar es la siguiente: “Si el deudor ha pagado al acreedor puede ejercitar la acción pignoratitia para recuperar la anticresis, puesto que esta palabra puede usarse cuando existe prenda” (138).

Según SALMASIUS (139) esta frase del Digesto “puesto que esta palabra puede usarse cuando existe prenda (“nam cum pignus sit hoc verbo poterit uti”) es un añadido personalísimo de Triboniano, que habría dejado así constancia de su extrañeza por el empleo del término griego del fragmento de MARCIANO: “antichresis”...! Y para el caso de que así hubiera, efectivamente, ocurrido, replica SALMASIUS que se trata de un término que debería, a buen seguro, haber sido conocida e introducida en el ámbito jurídico romano.

De cualquier modo, sigue argumentando el autor francés, que su afirmación de que dicha frase proviene de la intervención personal e interpoladora de Triboniano la confirma otro texto del Digesto del mismo MARCIANO. Se trata de la ley 11 del Título primero del Libro XX de las Pandectas: “Marcianus lib. singulari ad formulam hypothecariam. 1. Si antichresis facta sito et in fundum. aut in aedes aliquis inducatur, eous que retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur, cum in usuras fructus percipiat aut locando, aut ipse percipiendo, habitandoque: Itaque, si amiserit possessionem, solet in factum actione uti”. Es decir, que “si se hizo anticresis, y se introduce el acreedor en el fundo o en la casa, puede retener la posesión en lugar de prenda hasta que se le pague la cantidad debida, siendo así que puede percibir los frutos en vez de los intereses, ya sea arrendando, ya sea percibiendo los frutos o habitando la casa por sí mismo; así, si hubiera perdido la posesión, suele disponer de una acción por el hecho” (140).

En opinión de SALMASIUS, habla aquí el jurisconsulto MARCIANO de anticresis en cuanto convención misma, a manera de un mutuo contrario y no de anticresis en cuanto fundo o finca, que es lo que hacía, por el contrario, en la ley antes citada del Título “De pignoratitia actione”, ley 33 del Libro XIII del Digesto. Pero he aquí que la finca que se entrega a título de mutuo por parte del deudor puede repetirse por éste, citada del Título “De pignoratitia actione”, ley 33 del Libro XIII del Digesto. Pero he aquí que la finca que se entrega a título de mutuo por parte del deudor puede repetirse por éste, que es acreedor de su devolución. De donde se deriva que el término “antichresis” tanto significa fundo o finca cuanto mutuo. En consecuencia, ni hay prenda propiamente dicha, ni hay tampoco hipoteca: “pignoris loco”, reza tan sólo el texto de MARCIANO últimamente citado.

Del resultado de comparar estos dos textos de MARCIANO puede deducirse que la frase empleada por el jurisconsulto romano en Digesto, 33,7,13, “nam, cum pignus sit, hoc verbo poterit uti”, no podía ser de MARCIANO mismo. Ya que, a mayor abundamiento, y de una manera ciertamente terminante, la ley 11 del Título I del Libro XX de las Pandectas, transcrita en último lugar concede al acreedor que pierde la posesión del fundo dado en anticresis una acción “in factum” y no, en cambio, como correspondería al caso si se tratara de una prenda verdadera, la acción pignoratitia.....!

La solución propugnada no es impedida, de otra parte, -sigue diciendo SALMASIUS- por el texto de la ley 39 del Título VII del Libro XIII del propio Digesto. Según este texto de MODESTINO “Cayo Seyo pignoró un fundo suyo a Lucio Ticio en garantía de una cantidad prestada; pactaron luego que el acreedor pudiese poseer la prenda un cierto tiempo en compensación de aquella cantidad que prestó” (141) Esta ley de Pandectas, que es aquella ley sobre la que los autores construyen la hipótesis vulgar y no verdadera de la anticresis, no contiene, en realidad un supuesto de anticresis en sentido estricto. La razón esté en que la citada ley tan sólo hay un “pignus” y, por lo tanto, una convención pactada en funciones de garantía, al que se agrega, aparte, un pacto compensatorio durante un cierto tiempo. Por el contrario, en la verdadera y genuina anticresis, género neutro (142), no hay “pignus” y por consiguiente tampoco existe “ius distrahendi”.

Lo verdaderamente esencial en la anticresis genuina es la posesión del fundo y la percepción de sus frutos, sean los que sean, en lugar y en compensación de los intereses, a cambio del disfrute de un capital en dinero. Cuando se pacta la anticresis hay, en consecuencia, dos mutuantes y dos mutuarios, puesto que cada una de las partes que intervienen en dicha convención lo hace principalmente, siendo, a la vez, mutuante y mutuario “lato sensu”. Esto es, en suma, y el añadido es nuestro, habría dos deudores y dos acreedores recíproca y principalmente “anticréticos”...!

Rematando su exposición SALMASIUS expone su convicción de que, rechazada de esta manera la opinión de todos aquellos autores que hasta el presente han considerado la anticresis solamente como un pacto anticrético, añadido y formando parte del pignus, la verdadera institución de la anticresis se encuentra en la ley 14 del Título XXXII, “De Usuris”, Libro IV del Códex. Dice así esta ley:

“Si ex pactione uxor tua mutuam pecuniam dedit, pactoque ita, ut convenit, usa est, non etiam locando domum pensio nem redegit: refertur quaestionem, quasi plus domus redigeret, si locaretur, quam usurarum legitimarum ratio colligit, minime oportet. Licet enim uberiori sorte potuerit contrahi locatitia: non ideo tamen illicitum foenus esse contractum. sed vilis conducta habitatio videtur” (143). y en efecto, para nuestro autor se trata de un supuesto en el que, no habiendo prenda ni hipoteca y, por lo tanto, no existiendo derecho real de garantía. DANDO EN MUTUO SE DA CONTRA MUTUO....! (144).

De la construcción de SALMASIUS, según ha quedado expuesta, arranca la consideración de la anticresis como una convención de carácter principal que, pudiendo, no obstante, concurrir con la prenda o la hipoteca, ni tiene la estructura de la segunda ni la finalidad de la primera. Se trata tan sólo, pero no menos, de un contrato de préstamo (mejor que mutuo) recíproco de carácter oneroso en el que el “precio” del servicio o de la ventaja es doble: prestación de usuras o intereses contra percepción de frutos. Sin embargo, el “tipo” se diseña como un contrato de naturaleza aleatoria, al menos durante el tiempo establecido para el uso y disfrute de capital y de inmueble, puesto que la fruición de las utilidades percibidas puede superar, en cuanto a su valor en cambio, las usuras o intereses del capital (145).

### **5.La anticresis en la doctrina alemana.**

A diferencia de la doctrina y legislación latinas, “sojuzgadas por el Derecho Canónico” (146), sus correspondientes alemanas, libres de la rigurosa prohibición de estipular usuras o intereses impuesta por aquél, se ocupan pronto y en profundidad la institución de la anticresis. A fin de cuentas, nuestra institución es un medio idóneo, regulado por el Derecho romano, de percibir utilidades, ligado al contrato de mutuo.

Según Federico GLÜCK el pacto anticrético es aquél mediante el cual se ha concedido al acreedor el goce de la cosa dada en prenda, de manera que éste tenga sobre ella el derecho de apropiarse anualmente de los frutos en lugar de los intereses que le son debidos (147). Según el propio autor la denominación misma proviene del griego, pero pone de relieve que aún es discutido si deriva de “**xraoo**” que significa “utendum dare” o de “**xraomai**”, que significa “utendum accipere” o “uti”. Por su parte, cree que la palabra anticresis significa, etimológicamente, lo mismo que “mutuus usus”, un uso recíproco, y que se toma, en parte para designar el pacto con el cual se ha convenido entre las partes un uso recíproco de cosas diversas, en parte para designar el objeto de tal derecho o la cosa misma que, en virtud de dicho pacto, ha sido concedido a otros.

Este pacto es frecuentísimo, afirma GLÜCK, en el contrato de prenda, si bien no es peculiar de éste, de manera que puede concluirse con ocasión de otros negocios cualesquiera, puesto que la naturaleza de la anticresis no consiste en una garantía cualquiera obtenida por el acreedor, sino en el deber de éste de gozar de los frutos de una cosa en lugar de recibir intereses. De ahí que pueda concebirse la

anticresis sin la pignoración de la cosa y pueda tener lugar en cualquiera contrato en el que las partes se reserven el uso recíproco de cosas diversas, por más que CUJACIO, dice, sostenga la opinión contraria (148).

En cuanto al uso por MARCIANO, en el texto del Digesto ya visto anteriormente en el que se concede al acreedor despojada de la posesión del fundo anticrético una actio “in factum”, de una acción por el hecho y no la acción pignoratícia, la razón estriba en que no se ha convenido un simple préstamo (contrato de prenda incluido), sino un contrato innominado que el propio MARCIANO llama antichresis, y del que derivaría una acción “praescriptis verbis”: “SOLET in factum actione uti”.....! (149).

En definitiva, el pacto anticrético, que es un pacto accesorio cuando va unido al contrato de prenda, se convierte en contrato de anticresis, contrato innominado del tipo do ut facias, y no do ut des, ya que la palabra “dare” en el lenguaje jurídico romano expresa transferencia de la propiedad, y en la anticresis se trata solamente de una simple concesión de la posesión y del uso de una cosa (150).

Finalmente, la anticresis supone siempre una convención expresa, lo que exige que se hayan pactado los intereses en compensación de los cuales el acreedor perciba los frutos, sin la obligación ulterior de imputarlos a cosa alguna. De todo ello resulta claramente que cuando hay anticresis verdadera no solamente deben pactarse y prometerse los intereses, sino que debe ser expresamente pactado que el acreedor, a su vez, debe retener y gozar los frutos de la cosa. En el caso, por lo tanto, que no se hayan convenido los intereses, o nada se haya pactado en relación a los frutos, el acreedor no puede apropiarse de éstos y debe, por el contrario, imputarlos en deducción del capital y restituir el exceso al deudor. En consecuencia, debe rendir cuenta de los frutos, entre los que deben contarse igualmente los no percibidos (151).

Por lo demás, en Alemania los principios del Derecho Canónico no han tenido el poder de restar valor al pacto anticrético (152).

Wolfgang Adam LAUTERBACH habla de las tres acepciones de la anticresis. Y así, es un *contrarium usum* o *contrafruitionem*, un *contrarium mutuum* y la prenda misma, entregada a título anticrético (153).

Según este autor la anticresis es “Jus re oppignorata utendi fruendi, creditori, pro usura aeris alieni, donec illud solvatur, a debitore concessum”, Institución -dice- “hinc passim sine scrupulo est recepta..., ac in Gallia, Italia, & tota Germania immemoriali consuetudine approbata...” (154).

Para este autor también el objeto de la anticresis ha de consistir en una cosa pignorada fructífera, si bien puede la anticresis darse sin necesidad de prenda, decidiéndose, en la duda, por la consideración de prenda del objeto dado en anticresis (155). Pueden asimismo darse en anticresis los créditos y demás cosas incorporales, no siendo, por lo tanto, un elemento esencial del tipo la cosa inmueble. (156). El contenido esencial, en fin, de la anticresis es la computación y la compensación de los frutos percibidos en lugar de los intereses, intereses que deben ser por otra parte ciertamente debidos, puesto que “nostrum ius non prae supponit usuras promissas...” (157). Pero difiere, en cualquier caso de la prenda, que “non est jus utendi fruendi, sed ius in re, in securitatem debiti constitutum. . .” (158).

Por último Enrique de COCCEIUS, tras recoger el parecer del “doctissimus” SALMASIUS sobre el concepto de anticresis dice que “nihil ergo Antichresis est aliud, quam nudus rei usus, seu nudi usus praestatio pro credito l.11.§.1. pignor., & proinde incidit, in contractum do ut praestes usum rei, id esto in contractum ut facias: actus enim, quibus **non jus in re**, sed nudus tantum usus, seu possessio reiconceditur, non ad donationes, sed ad facta in jure refereruntur. . .” (159).

De acuerdo con ello, el mismo autor considera que la anticresis no se da en seguridad del débito, que es, en cambio, en lo que consiste la sustancia de la prenda, sino en vez de las usuras. Y por lo tanto, de la anticresis **no nace la acción hipotecaria**, que es la acción que nacería si se tratara de un “pignus”, sino una acción por el hecho, “in factum”, esto es “praescriptis verbis” (160).

Los precedentes doctrinales de los autores alemanes recientemente citados demuestran, con variantes de detalle que el denominador común de la figura en estudio consiste en un contrato innominado (161), de carácter principal, bilateral y aleatorio que, en ningún caso da lugar a un derecho real de prenda, al que puede unirse pero del que nunca depende. De ahí que, nunca nace de la anticresis una acción real, puesto que su función no se resume en la prestación de una garantía en seguridad del crédito.

De otra parte, el extraordinario florecimiento de estudios sobre la anticresis (de lo que es una muy pequeña “muestra” el conjunto de los autores citados, de habla alemana, si bien de escritura latina) (162) se enmarca en la no vigencia de las reglas del Derecho Canónico con arreglo a las cuales no es posible estipular intereses del dinero que se da en préstamo.

La anticresis, en fin, con prenda o sin ella, es un contrato en el que una de las partes, el deudor, es siempre un prestatario de dinero, un mutuuario. Quizá los autores del Derecho Común, preocupados por deslindar la genuina anticresis del contrato de prenda con pacto de anticresis, y esforzándose por mantener la vigencia de los textos romanos en orden a la posibilidad de prestar a interés, no pensaron en extender, como luego hará la codificación Napoléonica y las que le siguen, la función de la anticresis a prestaciones distintas de las del préstamo de consumo. Y en cualquier caso, la anticresis no va más allá de la compensación de los intereses (estipulados) con los frutos de la finca o del inmueble. Donde termina la compensación empieza la imputación y la rendición de cuentas.



## CAPÍTULO V.

### **La anticresis según el Código civil. Una propuesta de entendimiento.**

#### **1. Consideraciones generales.**

Dos han sido los condicionamientos histórico doctrinales y prelegislativos de la figura de la anticresis para un tratamiento pacífico de la misma. De un lado, y en relación a la posibilidad de regulación, la ya tradicional prohibición de prestar a interés. De otro, desvanecida ésta, y respecto de su construcción técnica misma, la dificultad de interpretación de las escasas fuentes del Corpus que tratan de la institución. Descartado el estudio de los textos de las Pandectas, labor propia de los romanistas (siendo tarea, por lo demás, que excede, y mucho, del objeto de nuestro estudio), nuestra atención se ha de centrar en la doctrina de los juristas del Derecho común y en las normas de la Codificación.

Según se ha podido apreciar, la totalidad de los autorizados precedentes doctrinales utilizados conviene en señalar:

A) Que en lo tocante a su naturaleza, la anticresis no se presta en garantía del cumplimiento de una obligación.

B) Que respecto a su estructura, la anticresis es un contrato innominado, “do ut facias”, “contrarium usum”, “contrarium mutuum”, préstamo recíproco.

C) Que en relación a su función, la anticresis sirve para “compensar” (se excluye, por tanto, y en todo caso, la obligación de aplicación de frutos y la rendición de cuentas) las utilidades de cosas recíprocamente prestadas o usadas: intereses (del capital) y frutos (del inmueble).

D) Y que, por lo que atañe a sus efectos, la anticresis no genera en el acreedor un “ius in re”, sino solamente el derecho de retener, usar y gozar del inmueble cuyos frutos compensan las usuras.

Estas características apuntadas forman un todo más o menos compacto que puede definirse como la regla general en materia de anticresis. La excepción más

llamativa, producida ya claramente la escisión conceptual entre el derecho de prenda y la anticresis misma, es que ésta puede muy bien acompañar a aquélla, pero sin que en ningún momento se confundan ambas figuras que, desde las propias fuentes justinianeas, son diversas y pueden darse enteramente por separado. En definitiva, la anticresis pura o anticresis propiamente dicha es un contrato que tan solo da lugar a acciones de carácter personal, mientras que la prenda es, ante todo, un derecho real que, provenga o no de un contrato (accesorio) tiene por misión garantizar o reforzar una determinada ejecutabilidad del derecho de crédito. En este sentido se pronuncian POTHIER, VINNIO, SALMASIUS, LAUTERBACH, COCCEIUS, etc. y la práctica totalidad de los autores consultados anteriores a la Codificación.

Sin embargo, este esquema se altera profundamente en la etapa racionalista de la Codificación. Si exceptuamos, entre los Códigos civiles más notorios, el BGB alemán, que no conoce la anticresis sino como pacto añadido a un contrato de prenda (cfr. los §§ 1.213 y 1.214), el paradigma de Código civil del siglo XIX, el Code Napoléon, en cuyo haber se cita comúnmente el tratamiento independizado de la figura, desnaturaliza, en algunos aspectos y olvida, en otros, la esencia de la anticresis romana. Si su regulación, en la que se inspira literalmente la española, se debe a la reflexión y a la conciencia (ya que no a los precedentes), el ámbito y la función de la anticresis son muy distintos a los que el instituto parece que tuvo en sus orígenes.

En cualquier caso, de la poco precisa regulación francesa del Code Napoléon destacan dos aspectos:

A) La anticresis es un convenio de carácter accesorio, puesto que por definición, y según resulta del artículo 2.072 la pignoración de una cosa inmobiliaria se denomina anticresis. Y siendo la pignoración (en general) un contrato mediante el cual se entrega algo al acreedor para “seguridad” de la deuda, parece claro, en la mentalidad del legislador francés, que la anticresis tiene como función esencial garantizar el cumplimiento de una obligación principal, de donde su carácter accesorio (cfr. el artículo 2.071 del Código civil francés). Esta declaración de principios, institucional a todos los efectos, compromete, a nuestro entender, toda la regulación específica que se contiene en las normas del instituto, aun con las atenuaciones que puedan suponer preceptos como los del artículo 2.085 y 2.091.

B) De otra parte, la esencia del derecho del acreedor anticrético (fuera ya de su conexión con el derecho de prenda y con la posibilidad del “*ius distrahendi*” que ésta incorpora) no parece consistir en la percepción de frutos para compensar los intereses y no más allá, puesto que (a semejanza de lo que luego hará el artículo 1.881 de nuestro propio Código civil) el acreedor tiene la obligación de imputar la percepción de los frutos, tanto a los intereses cuanto al propio capital prestado y por ese orden. Por consiguiente, el derecho de percepción excede de la pura y simple compensación, que parecía esencial en la construcción romana de la anticresis. En este punto, más parece estar pensándose en el derecho del acreedor pignoraticio de lucrar los frutos de la cosa dada en prenda, mas con la deducción oportuna de los intereses y del capital, deducción obligada, por demás, en quien no tiene derecho a lucrarlos en sentido estricto (pues que ese derecho no está entre los concernientes al derecho real de prenda). En fin de cuentas, ni siquiera los frutos percibidos han de compensarse, fuera del pacto, con los solos intereses, sino que se imputan a éstos, lo que obliga a la rendición de cuentas (cfr. el artículo 2.089 del C.c. francés).

En cuanto a lo dispuesto por el Código civil español, parecidas consideraciones cabe hacer, dada la prácticamente idéntica regulación que de la figura hacen los artículos 1.881 a 1.886. Salvo, empero, una notable excepción. Sea cual fuere la interpretación que haya de hacerse de las normas del Código civil francés acerca de la accesividad de la anticresis (puesto que, en fin, ésta viene a ser tipificada como una prenda), una cosa es clara: que el legislador español excluyó terminantemente esa “**cualidad**”. Se ha dicho ya, en efecto, que bien pudo el C.c. español seguir la línea del Code sobre la configuración de la anticresis. Y en efecto, lo hace, salvo en un punto: el relativo a la función propia del instituto que, en ningún caso, hay que configurar como un derecho real de garantía. El C.c. español, en suma, deja la vía libre para hablar de un contrato principal de anticresis. La anticresis no es, como en el Código francés, una prenda de inmuebles.

Por lo demás, también el legislador español regula confusa, deficiente e incluso “arbitrariamente” el instituto. Ello no quiere decir que las normas del C.c. español no dibujen un “tipo” de institución que, acorde o no con el sentido originario de la misma, obedezca a una intención y a una unidad que deben ser observadas o, mejor, reutilizadas. Pero, en este orden de cosas, es la verdadera naturaleza del

instituto lo que resulta difícil rescatar de la letra y aun del espíritu de dichas normas. Y da la sensación de que la polémica que siempre acompañó a la anticresis se revela, una vez más, pese a los intentos por formularla.

Es, en primer lugar, confusa, en lo que a la naturaleza de la institución se refiere. Habida cuenta de los precedentes, no se sabe con certeza si estamos en presencia de un derecho real o de un contrato. Pero ni aun en el caso de considerarla como un derecho real, está claramente precisado qué clase de derecho real es. La escasa doctrina española que se ha ocupado de la anticresis ha optado, a mi manera de ver apresurada y simplemente (con un desconocimiento total de los precedentes patrios) por entenderla a modo de derecho real de garantía, que es lo único que se excluye contundentemente por el mismo Código civil, como se desprende de los artículos 1.886-1.857,5. La base de tal argumentación se funda en el artículo 1.884, que es la norma más confusa de todas.

Es también, en segundo lugar, deficiente. No sólo por la viciosa práctica de la remisión en globo a preceptos que regulan otras figuras consideradas como afines. Sino, sobre todo, por la propia formulación técnica de las normas del Capítulo IV del Título XV, libro IV del Código civil.

Porque, si bien la apresurada incorporación de la anticresis al Código civil fue una decisión acertada, se perdió una ocasión única para regular técnicamente una institución que, de ser ciertos los datos de algunos tratadistas españoles del siglo XIX, era frecuente en España. La regulación actual deja, si acaso la anticresis se pacta, muchos puntos dudosos por resolver.

En tercer y último lugar, la regulación de la anticresis es arbitraria. Porque, en definitiva, arbitrario es regular la que podríamos denominar, de acuerdo con los precedentes del Derecho común, una anticresis, sin más, a saber, de naturaleza estrictamente compensatoria (frutos por intereses) junto a una anticresis de carácter extintivo, que no supone compensación alguna, sino muy al contrario, imputación progresiva, y no sólo a los intereses sino, además, y a continuación, al capital. En el sentido indicado, la única norma que trata de una acepción verdadera (no la única) anticresis es la del artículo 1.885 C.c., a cuyo tenor se puede estipular la COMPENSACIÓN de los intereses de la deuda con los frutos del inmueble. En cambio, la norma que encabeza la regulación legal contempla otra noción de an-

ticresis: una anticresis que, vía imputación, está orientada hacia la extinción de la deuda. Así pues, el sentido de la institución de la anticresis es, en el Código civil, multívoco. La anticresis que hemos denominado extintiva, y que es una anticresis impropia desde un punto de vista histórico-institucional, anidaba en una anticresis pignoraticia y, por lo tanto, no era una anticresis propiamente dicha. De ahí que, siendo la función esencial del pignus la del aseguramiento, esta falsa anticresis agotaba su función en la rendición de cuentas que el acreedor pignoraticio debía hacer al dueño de la cosa dada en prenda, cuyos frutos no pertenecían en caso alguno al poseedor de la misma. Sólo un pacto “ad hoc” evita la imputación. Pero un pacto cuyo único objeto alcanzaba los intereses, pues que para el capital se había ya previsto la pignoración del inmueble y no la fruición de sus utilidades.

El Código civil, así pues, regula, a mi entender, una figura, en cierto modo, inexistente hasta entonces. Al menos sin una regulación típica. Su función excede de la vieja anticresis y su naturaleza no es la del pignus.

De acuerdo con las líneas maestras que acaban de señalarse, se aborda, a continuación, el intento de construcción dogmática de la anticresis, a la luz de los preceptos del Código civil, tal y como fueron formulados inmediatamente antes de su publicación en 1888.

## **2. Naturaleza jurídica de la anticresis.**

Retornando a la propuesta de definición, como hipótesis de trabajo, hecha al principio del presente estudio, y valorados ya los precedentes legales y, sobre todo, doctrinales que forman la quilla de la institución, puede decirse que la anticresis regulada en el artículo 1.881 del Código civil español es un contrato en virtud del cual una de las partes entrega a la otra un capital en dinero (supuesto clásico o regular), a cambio de la constitución de un derecho real de fruición sobre un inmueble.

Es, por lo tanto, un negocio jurídico bilateral, lo que es obvio. Pero además es un contrato, si por contrato entendemos, fieles al precepto del artículo 1.254 y demás concordantes del Código civil español así como a los principios generales que inspiran nuestro Derecho Patrimonial, un acuerdo que genera obligaciones. Cuando menos, de la anticresis nace la obligación de devolver el inmueble (tanto para el caso de que su posesión se hubiese desplazado al acreedor anticrético, lo

que no es esencial en todo supuesto, cuanto para el de que se hubiese posesionado a un tercero del inmueble mismo, pues que, aquí, el poseedor titular del control sería siempre el acreedor anticrético), y, siempre, la peculiar obligación de éste último de imputación y rendición de cuentas que deriva de la principal función que, en realidad, el instituto desempeña o debería desempeñar.

En cuanto a la bilateralidad o unilateralidad del contrato de anticresis, todo depende, en última instancia, de si es considerado o no como un contrato real. Para nosotros, en fin, las obligaciones surgirán del contrato a partir de la puesta en posesión de capital e inmueble, o solamente del inmueble cuando el capital ya se debiere.

Entre las normas a las que se remite el artículo 1.886 del Código civil no se encuentra la que se contiene en el artículo 1.863 a tenor del cual “se necesita, para constituir el contrato de prenda, que se ponga en posesión de ésta al acreedor, o a un tercero de común acuerdo” (163). No es imprescindible, por consiguiente, que la constitución del contrato de anticresis exija la puesta en posesión del acreedor del inmueble sobre el que perciben los frutos.

Ahora bien, decir que la entrega no es requisito de constitución del contrato no significa, por el contrario, que el contrato haya de llevarse a cabo siempre sin dicha entrega. En este sentido, nuestra opinión es que un elemento “natural” del contrato de anticresis es la entrega del inmueble, pudiendo las partes decidir en contrario. Por ello, cuando el contrato se constituya sin entrega del inmueble que se da en anticresis, será bilateral: una parte se obliga a entregar dinero (y no se olvide que éste no ha de devolverse en la especie regulada por el artículo 1.881 del Código civil) y la otra a constituir un derecho de goce y disfrute (cfr. el art. 1.464 C.c.). Si, por el contrario, el contrato se constituye con entrega de inmueble (y aun con entrega de inmueble y de capital) será rigurosamente unilateral, puesto que el único que asume obligaciones tras el acuerdo es el que recibe el fundo para percibir sus frutos. Así por ejemplo, conservación de cosa con la diligencia de un buen padre de familia, rendición de cuentas, devolución de cosa, etc. etc. El que tomó “prestado” el capital nada ha de devolver, pues que, en la hipótesis que manejamos, la devolución del dinero no se hace sino a través de la percepción de los frutos. Cosa distinta sería la “onerosidad”, puesto que lo habitual será que el acreedor perciba, a través de la percepción de los frutos, la compensación pacta-

da, además del principal prestado, ello al margen, naturalmente de los problemas derivados de eventuales intereses usurarios cobrados por mediación de la referida percepción, lo que, en definitiva, viene a incrementar el control, de la propia gestión del acreedor anticrético sobre cosa ajena.

Si en vez de la anticresis del artículo 1.881, tomamos la anticresis del artículo 1.885, que es la verdadera anticresis romana, tanto si el contrato se constituye real cuanto consensualmente será siempre bilateral. Si es real, porque habrá que devolver, por definición, capital e inmueble, tras la percepción de las utilidades de ambos (y “escolásticamente”, sólo se puede devolver lo que previamente se entregó). Si es consensual, porque a la puesta en práctica de las promesas que derivan del acuerdo (entrega de capital y de finca) habrá que añadir, naturalmente, las citadas en el supuesto anterior.

Sea lo que fuere, siendo éste un problema más teórico que práctico (164), el contrato de anticresis siempre será oneroso. La onerosidad del contrato de anticresis es con sustancial a su naturaleza, puesto que su misma esencia consiste en el intercambio de ventajas para ambas partes. La función del contrato es la de la reciprocidad de utilidades: la prestación de cada una de las partes se quiere y se valora como causa de la prestación de la otra parte, según el esquema del artículo 1.274 de nuestro Código civil. Su causa es, por consiguiente, onerosa (165).

En efecto, en el contrato de anticresis, el sacrificio es mutuo. Una de las partes entrega a un capital en dinero (aunque la especie no sea la única posible) y la otra, justo a cambio, un inmueble cuyos frutos sirven para la devolución de aquél. Y este esquema se aplica tanto si el capital en dinero que se presta se da con interés o sin él. Porque, en definitiva, el “prestamista” nunca presta gratuitamente si, a cambio, siempre obtiene el uso y el disfrute de un inmueble. En este sentido, el “precio” de la entrega y uso del capital “prestado” no lo constituye acaso el interés pactado, sino la creación de un derecho real de percepción de frutos instrumentalmente ligado a la progresiva extinción de la deuda del “prestatarío”. Lo mismo sucederá, “*a fortiori*”, para el supuesto de una eventual anticresis exclusivamente compensatoria del artículo 1.885.

También, y por lo dicho con anterioridad, la anticresis tipificada por el artículo 1.881 del Código civil es un contrato de carácter conmutativo, ya que las presta-

ciones de ambas partes están inicialmente determinadas con precisión y no cabe la ganancia o la pérdida fundadas en acontecimientos independientes de la voluntad de aquéllas. Siendo la obligación del acreedor anticrético un titular de un derecho real, sujeto a la aplicación de los frutos al pago de intereses y de capital, en ningún caso habrá de lucrar más frutos que aquéllos que se precisen para extinguir la deuda de intereses (que debieron pactarse para ser debidos, arg.ex art. 1.755 C.c. y son, por tanto, ciertos y determinados) primero, y la deuda de capital después. En sentido estricto así pues, no se lucran sino que se “cobran”. La imputación eliminaría el “aleas”.

Otra cosa, empero, sucede cuando se trata del pacto de compensación de frutos con intereses regulado en el artículo, ya citado, 1.885. Según esta norma “los contratantes pueden estipular que se compensen los intereses de la deuda con los frutos de la finca dada en anticresis”. Según esto, en la especie, al contrario de lo que sucedía en el caso anterior, los frutos sí que pueden lucrarse por parte del poseedor del inmueble: tantos cuantos excedan del importe de los intereses debidos por el “deudor”. Siempre y cuando, naturalmente, el desequilibrio no suponga el encubrimiento de una operación usuraria no permitida por la ley (166). Dentro, pues, de los márgenes permitidos, el acreedor puede hacer suyos, sin imputación alguna, todos los frutos que perciba de la finca, compensándolos, en globo, con los intereses de la deuda de capital.

En cuanto a la función del contrato de anticresis, se trata de un contrato principal y en manera alguna, contrato accesorio. Es, así, característica esencial de la institución que estudiamos la posibilidad de que el acreedor retenga en sus manos la finca y perciba sus frutos durante el tiempo necesario para cobrarse el importe de la deuda que una persona, dueña del inmueble (el deudor del artículo 1.881 del Código civil), tiene frente a él. Mas la tesis que se mantiene obliga a considerar que la obligación que se cumple con la percepción y aplicación de los frutos nace del acuerdo anticrético.

Es innegable que el artículo 1.881 del Código civil, en relación con el 1.886-1.861, permite entender que el deudor en cuestión no tiene por qué ser un deudor “prestatario” y que la deuda a satisfacer mediante la percepción de los frutos de la finca puede ser cualquiera. Pero sea cualquiera dicha deuda, lo cierto es que el contrato de anticresis se conviene para un cumplimiento específico de aquélla. Y

si dicho cumplimiento o pago no es el exactamente previsto por las partes al dar vida a la obligación que ahora se pretende cumplir de otra manera (percepción de frutos, imputación, rendición de cuentas, devolución del inmueble), habrá de convenirse entonces el acuerdo novatorio correspondiente (arg. ex arts. 1.166,1, 1.169,1. 1.203,1º, 1.521 y 1.181 C.c.) (167).

Este esquema no varía nunca, según nuestra opinión. Sea, pues, la función del contrato de anticresis puramente solutoria o tendente a facilitar el pago de un deudor quizá insolvente, sea la de crear una obligación al tiempo que se organiza su cumplimiento, se trata solamente, pero en todo caso, de un contrato cuya finalidad no estriba en la coerción al pago y en el aseguramiento del cobro, sino, antes bien, en el aseguramiento del pago y en la facilitación del cobro. Y así, el inmueble no puede nunca servir a la función de garantía última de cobro de un capital a devolver, puesto que, por definición, dicho capital no se devuelve si no a través del cobro que el acreedor realiza personalmente con la progresiva percepción de frutos. Es más, el mismo acreedor se ha comprometido a una conducta personal que le obliga a percibir. No es otro el sentido del artículo 1.881 del Código Civil español cuando establece que el acreedor tiene la “obligación de aplicarlos (los frutos) al pago de los intereses, si se debieren, y después al del capital de su crédito”. El inmueble, por consiguiente, no garantiza una devolución inexistente. Su función se agota en el uso y disfrute en concepto de pago. En cualquier caso, según se ha visto ya, la doctrina anterior al Código civil es unánime en este punto.

Otra cosa distinta es que el esquema que se acaba de citar estuviera pensado para un contrato de anticresis histórica, genuina o verdadera, a saber, para el caso de compensación de intereses de un capital (préstamo, pues) con frutos y devolución ulterior de capital y de finca. De ahí la construcción de “contrarium mutuum” o de préstamo recíproco con que se revestía y se explicaba el instituto. Pero si el Código civil ha extendido la percepción de los frutos hasta alcanzar la extinción del principal, no ha desnaturalizado la función ni la estructura del contrato de anticresis, sino tan sólo su ámbito. De lo contrario, habrá que optar por la solución de considerar la anticresis como un derecho de prenda inmobiliaria, con todas sus consecuencias, lo que no sólo supone la injustificada destrucción del “tipo” acuñado por el Derecho Romano y por la mejor y casi unánime doctrina, sino la directa imposición de una figura inexistente en las normas del propio Código civil español.

Una vez más hay que insistir en que, de acuerdo con lo anterior, el Código civil español lo único que viene a decirnos (indirecta pero contundentemente) es que la anticresis no tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de una obligación principal. No es esencial de la anticresis, en consecuencia, que el contrato de anticresis “se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal” asegurada, que es lo que claramente exige el número 1º del artículo 1.857 C.c., común a la prenda y a la hipoteca. Eso basta, si entendemos que el Código civil debería haber exigido también ese mismo requisito de constitución para la anticresis o una vez que el artículo 1.886 se remite al citado artículo 1.857 y selecciona los párrafos aplicables y no aplicables al contrato en cuestión. No es un error del legislador el haber remitido sólo al último párrafo del artículo 1.857 la regulación, en este punto esencial de la naturaleza del instituto, del contrato de anticresis. Optar así por la esencia de la anticresis merecía una declaración expresa, que se omite.

Sí es esencial, en cambio, a la anticresis que el acreedor perciba los frutos del inmueble y aplique su valor a la extinción de la deuda de su deudor. Pero esto es incompatible con la noción de garantía, ya que, según lo dicho, no existe capital garantizado. De la misma manera que es esencial que el mismo acreedor retenga la posesión del inmueble (por sí o por tercero), que es el medio hábil para el “uti frui” que conviene a su derecho de cobro, y no precisamente para asegurar “que se le pague el crédito” (según resulta de la remisión que el citado artículo 1.886 hace al segundo párrafo, y no al primero, del 1.866). El artículo 1.883, por su parte, confirma lo dicho, pues que lo que puede retener el acreedor, mientras no se le pague completamente la deuda, es el “goce” y no la simple posesión.

Pues bien, si el contrato de anticresis no es un contrato de carácter accesorio, mal podrá ser un contrato que de lugar a un derecho de garantía de cumplimiento de una obligación principal. En consecuencia, no siendo el contrato de anticresis un contrato que de lugar a garantía alguna de cumplimiento, no podrá ser tampoco un medio de realización del valor en cambio (168).

La plena autonomía del título no impide, por otra parte, considerar que el contrato de anticresis da lugar, una vez constituido, a un derecho real de percepción de frutos sobre un inmueble. O mejor, que el contrato de anticresis obliga a una de las partes a la constitución de ese derecho real, a cambio de lo cual se entrega

una cantidad de dinero o se asume otra obligación cualquiera (arg. ex arts. 1.881 y 1.861).

Que la anticresis sea un derecho real no parece, en la regulación del Código civil, dudoso. En efecto, de la normativa del C.c. se desprende que la finca o inmueble pasa a la posesión del acreedor (o, como mínimo, se halla bajo su control económico), que es quien tiene el inmediato derecho de uso y disfrute mientras que los frutos no agoten el total del importe de lo debido. En este sentido, el acreedor anticrético-poseedor del inmueble viene a ser un usufructuario que aplica el importe de las utilidades percibidas a la extinción de un crédito que ostenta contra el propietario, todo ello según así se convino.

En el esquema causal del contrato de anticresis, el derecho de percepción de los frutos es el instrumento-veste de la extinción de la deuda: un derecho real mediante el cual se concede un *uti-frui* indivisible (artículo 1.886- -1.860), personalísimo y temporalmente indefinido (arg. ex art. 1.881). Si el acreedor anticrético no fuera titular de un derecho real de fruición, la conclusión sería ciertamente absurda y paradójica, pues sería acreedor de los frutos de una finca del deudor, que decidiría, en la práctica, sobre el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, lo que linda con la prohibición del artículo 1.256 del Código civil. La anticresis exige, para llevar a cabo su función, un poder directo e inmediato sobre el inmueble por parte del acreedor. Lo cual tampoco exige la posesión directa y física y tangible del inmueble, y sí, en cambio, siempre, un control económico sobre la explotación del mismo, sea por parte del mismo acreedor anticrético o por parte de un tercero. (169).

Por lo ya dicho también la anticresis es un derecho real contractual, puesto que siendo la anticresis un contrato sólo a través de éste puede organizarse tal derecho real en funciones de pago o cumplimiento. En consecuencia, puede decirse que la anticresis, como derecho real, nace a través de ciertos contratos (como, en nuestro caso, el contrato de anticresis del artículo 1.881 del Código civil) mediante la tradición, tal y como se desprende de los artículos 609 y 1.095, asimismo del Código civil.

En cuanto a la duración del contrato de anticresis, hay que decir que se trata de un contrato que tiene como elemento típico definitorio una temporalidad

tendencialmente indefinida, puesto que al menos una de las partes ha de cumplir su obligación a través de un medio técnico, cual la percepción de frutos, que puede prolongarse y que probablemente se prolongará en el tiempo: el necesario para enjugar el importe de lo exactamente debido. Por ello, una consecuencia del tipo que se dibuja en el artículo 1.881 del Código civil es que la deuda que se paga anticréticamente, es decir, la deuda del deudor, en frase de la norma citada, debe estar, desde un principio, perfectamente delimitada. Su valor debe haber quedado claramente establecido, tanto en beneficio del deudor mismo cuanto para hacer posible la obligación del acreedor de aplicar los frutos percibidos a la extinción de la deuda que así es cumplida. Lo contrario nos llevaría a una temporalidad indefinida pero injustificada. Y de lo que se trata es de atender al pago de una deuda cuyo objeto debe estar determinado, como exige el artículo 1.273 del Código civil. La determinación, por lo tanto, del objeto de la deuda a satisfacer delimita intemporalmente la duración del derecho de fruición. El ejercicio del derecho de percepción, fuera de esos límites, es ilícito y da lugar a un enriquecimiento injustificado.

Únicamente en la anticresis en sentido estricto o de naturaleza compensatoria, (en realidad pacto anticrético, agregado o no a la constitución de un derecho real de garantía), regulada en el artículo 1.885 del Código civil, no se da esencialmente esa indeterminación temporal típica, puesto que en la especie de referencia el derecho de fruición se constituye y se ejerce en “compensación” de los intereses devengados. No se trata aquí de pagar una deuda con cargo al derecho de fruición, lo que exige imputación, sino de compensar frutos con intereses durante el tiempo establecido, lo que pone en circulación el riesgo del aleas.

En definitiva, el carácter típico de la duración temporal indefinida es que el presta a al contrato de anticresis su última finalidad y hasta la hace posible. A fin de cuentas, el medio técnico elegido de común acuerdo por las partes con la vista puesta en la extinción de una obligación, surgida o no del contrato de anticresis, es la constitución de un derecho real de fruición cuyo ejercicio está predeterminado a la aplicación de lo percibido a intereses, si se deben, y después, progresivamente, al capital, hasta la extinción total de la deuda. La anticresis, en consecuencia, mejor: el contrato de anticresis en este punto, es, sencillamente, un medio de pago.

### **3. Objeto del contrato de anticresis.**

El objeto del contrato de anticresis, cuando menos, tal como queda configurado por el artículo 1.881 del Código civil es doble. Por una parte, un capital en dinero, si, como parece, el supuesto de hecho en el que se basa la norma citada es un contrato de préstamo de consumo o mutuo que se devuelve a través del ejercicio del derecho de fruición. Por otra, un inmueble, cuya dirección económica pasa al acreedor y cuyos frutos se destinan a aquel fin.

Si el dueño de la finca no concede el goce de la misma a cambio del capital que reciba en dinero, el objeto sobre el que recae el contrato de anticresis, amén del inmueble denominador común (base del ejercicio del “ius fruendi”) será entonces el bien o servicio que el deudor obtiene del acreedor. Sobre dicho bien o servicio recaerá, pues, la obligación de éste último, que podrá consistir en dar, hacer o no hacer alguna cosa, de la cual será prestación invariable contraria la titularidad del derecho real anticrético.

Esto es lo que resulta, en definitiva, de la redacción del artículo 1.881 C.c. combinado con el artículo 1.886 y el 1.861. En efecto, el exacto sentido de este último no puede hacerse derivar de su letra misma, lo que situaría el contrato de anticresis en la órbita de los contratos accesorios, que dependen de otro principal y al que sirven en funciones de garantía. El “asegurar toda clase de obligaciones” del artículo 1.861 no puede entenderse en términos de accesoriedad si no se quiere infringir el sentido histórico-institucional del instituto, amén de contravenir, como ya se ha puesto de relieve, el contexto legal del propio Código civil español. Otra cosa es que a un contrato de anticresis claramente pactado se le añada un pacto de pignoración (desde luego, irregular y atípico, puesto que el Código civil español no admite la prenda de inmuebles), que cubra y garantice, dada una anticresis a término, el saldo final a abonar por el deudor. En este irregular caso, la finca responderá, en funciones de derecho real de garantía, por dicho saldo final resultante. Pero la naturaleza, los efectos y el ámbito del contrato de anticresis no dependerá del cumplimiento de obligación principal alguna. Todo lo más, podrá hablarse de un contrato mixto o complejo (170).

Y por lo que atañe a la anticresis histórica, la verdadera anticresis, o, cuando menos una variante de la genuina anticresis, la establecida en el artículo 1.885 del Código civil, al ya denominador común objeto-inmueble del contrato, habrá

que añadir, aquí sí que siempre (según corresponde al tipo genuino de anticresis), un capital en dinero prestado al deudor, a cambio de cuyo disfrute por un tiempo determinado (el que resulte de calcular el montante de los intereses, base de la “compensación”) se perciben por el acreedor los frutos del inmueble. Si, por lo demás, se ha pactado para la devolución del capital mismo que la finca responda en garantía, una vez finalizado el tiempo de disfrute en anticresis, se habrán pactado, en realidad, dos contratos distintos. Uno, de anticresis, por el que se compensan utilidades mutuas, fijado el tipo de interés y por un tiempo determinado. Otro, de prenda, por el que se refuerza con una garantía real la devolución del capital prestado. Todo ello, siempre y cuando se admitiera, en nuestro Derecho civil, una prenda de inmuebles.

#### **4. El contenido del contrato de anticresis.**

Como ya sabemos, el contrato de anticresis obliga al deudor a la constitución de un derecho real de fruición cuyas utilidades se obtienen a cambio de la entrega de un capital (hipótesis, podría decirse, clasificada como típica por el Código civil) o a cambio de su estricta compensación con los intereses del préstamo de un capital en dinero (hipótesis rigurosamente clásica).

En el primero de los casos aludidos, que es la hipótesis de la que arranca la regulación legal, cobra un especial relieve la indefinición temporal que acompaña a la figura, pues que es el marco durante el cual juega la titularidad del derecho real de anticresis. Durante ese tiempo se produce un entramado de derechos y obligaciones, escasamente atendido por el Código civil en las reglas de los artículos 1.882, 1883 y 1.884 (171).

No hacemos mención ahora de la principal obligación de uno y otro contratante de entregar capital y fundo, o si se quiere, de cumplir una prestación cualquiera y de constituir el derecho real de fruición, puesto que ambas obligaciones pertenecen a la naturaleza del contrato de anticresis y ya han sido analizadas anteriormente con algún detenimiento.

Entre las obligaciones del acreedor titular del derecho real de anticresis destaca, en primer lugar la que le impone el artículo 1.881 de “aplicar los frutos al

pago de los intereses, si se debieren, y después al del capital de su crédito”. El ejercicio del derecho real de fruición, así pues, exige que el acreedor perciba para la satisfacción de su crédito. Si bien se mira, el hecho de la percepción es en sí mismo, una carga más que una obligación propiamente dicha, ya que si quiere cobrar ha de producirse el hecho de la percepción. Pero la obligación consiste en que, una vez percibidos, debe aplicar su valor a la progresiva extinción de la deuda contraída con el propietario del inmueble. No puede, en consecuencia, percibir en globo, sino que ha de valorar exactamente su importe e imputarlo seguidamente a los intereses y, lo que es más importante y una novedad legislativa, al propio capital de la deuda, sea dinero u otra cosa cualquiera. La percepción y consiguiente imputación durará mientras exista parte de deuda por cumplir o pagar a través de ese medio de extinción. (172).

Como quiera que el supuesto normal será el de la percepción directa por el acreedor, del hecho del control económico por su parte deriva la obligación imputada por el artículo 1.882 C.c. acerca del pago de contribuciones y cargas que pesen sobre la finca, así como de los gastos necesarios que exija la conservación y reparación del inmueble. Pero según se dijo ya, el importe de lo empleado en el pago de tales cargas y gastos es deducible del valor de los frutos percibidos por el tenedor del fundo, ya que si la gestión económica está llamada a satisfacer una deuda del propietario, todo lo que no sea valor líquido neto de la percepción debe sufrirlo el deudor, que es quien, naturalmente debe “pagar”. De ahí la escueta pero clara disposición del apartado del artículo 1.882 citado: “Se deducirán de los frutos las cantidades que emplee (el acreedor) en uno y otro objeto”. A diferencia, por tanto, de lo establecido para el caso del usufructo por los artículos 500 y 504, es el propietario quien debe asumir, en todo caso, el coste de tales conceptos.

No puede ser de otra manera, puesto que toda detracción que vaya en detrimento del valor de los frutos percibidos disminuye, en perjuicio del acreedor, las posibilidades del cobro así pactado. El artículo 1.882 pone de relieve, en suma, que el derecho de percepción del que es titular el acreedor tiene una peculiar función: servir de medio de pago de una obligación contra la cual se estipuló. Cuanto mayor sea la cantidad pagada por el acreedor en concepto de cargas, contribuciones y gastos mayor será la cantidad de frutos a percibir y mayor será el tiempo durante el que haya de durar tal derecho real.

El propio artículo 1.882 admite, en su primer párrafo, pacto en contrario a la obligación reseñada. Es obvio, empero, que el pacto que las partes pueden llevar a cabo en este punto no puede referirse sino a la asunción, en primera y única instancia, de dicha obligación por el deudor propietario, que, naturalmente, no podrá repercutir el coste de dichos gastos sobre el acreedor. Pero hay que distinguir, en este punto, entre contribuciones y cargas. Porque aunque el Código civil no lo haga, es evidente que lo dicho sirve, en todo caso, para las cargas que pesen sobre la finca, al estilo, por ejemplo, de los censos (173). No así para las contribuciones o cargas de carácter fiscal, ya que las mismas tienen un único posible obligado a satisfacerlas: el deudor propietario del inmueble o asimilados por la Ley General Tributaria de 17 de Diciembre de 2003. (174).

Es natural, por otra parte, que la gestión económica del inmueble, llevada personal y directamente por el acreedor (caso de que fuera esa la elección de éste) no deba suponer un sacrificio para el mismo, hasta el punto de nada o poco percibir de la tenencia de aquél, a consecuencia de soportar los gastos de la finca. Con ello, el fin último del contrato de anticresis y la función del derecho real de frucción establecido se frustraría, ya que si las utilidades no dan apenas para cargas y contribuciones, menos aún podrán servir para cobrar paulatinamente el importe de lo adeudado.

Por ello, el artículo 1.883, en su apartado segundo permite al acreedor imponer al deudor la readquisición del goce del inmueble y librarse así de una administración onerosa (175). Si bien, añade el último inciso de la misma norma citada, puede pactarse en contrario. Puede pactarse, por consiguiente, que el acreedor no pueda exigir ni imponer, en caso alguno, la readquisición del goce al deudor propietario de la finca. Si, pues, no hay pacto sobre el particular, el acreedor siempre tiene a su disposición la facultad de “devolución” del inmueble, una facultad que podríamos denominar natural o de la naturaleza del contrato de anticresis.

Sin embargo, el problema que plantea el correcto entendimiento de la norma en estudio consiste en saber qué efectos produce el ejercicio de la referida facultad. Es acaso dicha facultad un supuesto de desistimiento unilateral causa de la extinción del contrato de anticresis...? Es, por el contrario, una renuncia al derecho real de anticresis...? O es tan sólo un caso de renuncia a la tenencia y posesión del inmueble dado en anticresis...?

No puede tratarse de un caso de desistimiento unilateral que acarree la extinción del contrato. En efecto, el alcance de la imposición al deudor de la readquisición del goce de la finca está limitado por la facultad del acreedor para librarse de las obligaciones que le impone la norma del artículo 1.882, es decir, sólo en la medida en la que la readquisición del fundo sirve a aquél para librarse de la obligación de pagar cargas y contribuciones.

Si la readquisición del inmueble, que pasa a manos del propietario deudor, supusiera, a la vez, pérdida del derecho de fruición para el acreedor, se frustraría con ello la finalidad de cobro pactada por ambas partes de común acuerdo. Pero ni el cumplimiento ni la validez de los contratos puede dejarse al arbitrio de uno solo de los contratantes, establece el artículo 1.256 del Código civil, ni hay norma alguna en el capítulo dedicado a la anticresis que recoja un supuesto de extinción del contrato de anticresis mismo. Tal “derecho” del acreedor debería haberse sancionado expresamente por la ley.

Pero por la misma razón, no puede tratarse tampoco de una renuncia al derecho real de percepción de frutos, ya que es también derecho del deudor satisfacer su deuda de la manera pactada, a saber, mediante el ejercicio del “ius fruendi” concedido, con ese fin, al acreedor. A estos efectos, la renuncia perjudica a tercero (arg. ex art. 6.2 Código civil español), al que se impide liberarse por la vía establecida de antemano.

A nuestro juicio, la readquisición del inmueble no cambia la naturaleza de las cosas. El contrato de anticresis sigue en vigor, al igual que el derecho de fruición que de él se deriva. Sólo que la dirección y el control económicos de la finca pasan a manos del propietario, sobre quien, en definitiva, recae el peso de unas cargas y contribuciones cuyo pago por el tenedor de la finca no tiene por qué dificultar el rendimiento neto necesario para que el contrato llevado a cabo despliegue su eficacia y preste su función. Si alguna renuncia hay, así pues, es la que tiene por objeto la retención posesoria. El derecho real de percepción de frutos sigue intacto. Ello tiene la ventaja para el acreedor de que a partir de la entrada de nuevo en el fundo por parte del propietario, habiéndose ya evitado una administración molesta, el total de los frutos de aquél se imputarán, íntegramente y sin deducciones, a la extinción de la deuda. Llegado el caso, el inmueble que ahora recupera el deudor soportará la carga anticrética constituida

por un derecho real de percepción de frutos en cosa ajena, hasta el completo pago de la deuda.

En resumen, en cuanto la función del derecho real de anticresis se vea impedida, dificultada o excesivamente prolongada en el tiempo, recupérese el inmueble, hágase cargo el propietario de aquello que le corresponde pagar y satisfágase al acreedor con el total de los frutos percibidos.

También aquí permite la ley un pacto en contrario, que supondría para el acreedor la imposibilidad de hacer re adquirir al deudor el goce del inmueble. Pero en la medida en la que la administración y el pago de las mencionadas cargas y contribuciones sea de tal manera gravosa al acreedor que no permita esperar un rendimiento neto superior al importe de aquéllas, única manera posible de ir extinguiendo la deuda anticrética, dicho pacto debe entenderse decaído.

Otra obligación, en fin, del acreedor es la devolución de la finca al deudor propietario, una vez el derecho real haya agotado su función. Dice así el artículo 1.883, primer párrafo: “El deudor no puede readquirir el goce del inmueble sin haber pagado antes enteramente lo que debe a su acreedor”. Ahora bien, siendo la función de la tenencia de la finca el ejercicio del derecho real de fruición en beneficio propio del acreedor, que así se cobra el importe de lo adeudado, el derecho a devolución solamente procederá, consecuentemente, cuando la fruición haya bastado para cumplir la obligación pactada. En este sentido, la función del derecho real en cuestión se agota en el goce y en el disfrute del fundo. La tenencia de la finca es, por lo tanto, superflua, fuera del marco del ejercicio “solvendi causa” del citado “ius fruendi”.

Por lo mismo, no es posible leer a “sensu contrario” en la norma de referencia que puede el deudor readquirir el goce de la finca, “ad libitum”, siempre que pague lo que debe a su acreedor, si con ello se entiende que lo que se concede al deudor es una facultad de “rescate” de la finca previo pago de la obligación, cancelando así anticipadamente el contrato de anticresis y, con él, el derecho real. Precisamente, ya se ha dicho que el derecho real de fruición del acreedor se obtiene en funciones de pago y, por consiguiente, el acreedor ha de cobrar a través de la percepción de las utilidades que rinda el inmueble. Ello significa que el deudor del artículo 1.883 y de toda la regulación legal no está obligado

a la devolución del capital que recibió, pues que la devolución se efectúa de manos del propio acreedor.

El deudor está obligado a respetar los términos del acuerdo contractual, que le vincula según lo pactado; y esto no es otra cosa que permitir una suerte de “autocobro”.

Sólo, por lo tanto, cuando el acreedor haya disfrutado de su derecho real tanto tiempo cuanto sea necesario para cancelar su propio crédito, tendrá derecho el deudor, propietario del inmueble, a recuperar el pleno goce del mismo (176).

La redacción del artículo 1.883 del Código civil pone en cuestión, una vez más, la discutida naturaleza del derecho real que adquiere el acreedor anticrético. Parece, en efecto, como si la posesión del inmueble dado en anticresis fuera algo más que la manera de ejercitar un derecho real de fruición con el que pagar una deuda contraída, y que el deudor no pudiese recuperar la finca mientras no pague. Inmediatamente se piensa en que la finca, en definitiva, está prestando la función que comúnmente desempeñan los derechos reales de garantía. O el deudor cumple, o el acreedor retiene y hasta insta un procedimiento que le permita, si el deudor no cumple definitivamente, cobrarse con el importe de la venta del inmueble, ahora una garantía él mismo.

Esta impresión alcanza su punto culminante en el artículo 1.884 de nuestro Código civil:

El acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido.

Todo en contrario será nulo. Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble.

Ciertamente se trata de una norma que, dentro del contexto legal de la anticresis, apoya la idea de que se está tratando de un derecho de realización del valor (177).

Es opinión común entre los autores españoles contemporáneos que, fuera de los Manuales al uso, se han ocupado de la institución de la anticresis que ésta

comporta, institucionalmente un derecho de realización de valor sobre el inmueble anticrético puesto que es innegable, dicen, que se trata de un derecho real de garantía. El último y mejor argumento en el que se apoya tal afirmación no es otro que el mencionado artículo 1.884 del Código civil, el cual permite la venta del inmueble para el caso de falta de pago del deudor.

En realidad, dicha opinión, prácticamente unánime, viene viciada en su mismo origen por la consideración de que la figura de la anticresis no tiene autonomía propia y carece de independencia y justificación jurídicas fuera del marco de los derechos reales de garantía, como la prenda y la hipoteca.

Y así, por ejemplo, GARCÍA GRANERO, según el cual “la anticresis carece de autonomía y personalidad bastantes para seguir siendo una institución independiente. Por ello, abandonando la desafortunada innovación (¿..?) del Código Napoléon, seguida por todos los demás Códigos, se impone un retorno a la sana concepción tradicional y romana (...?) de la anticresis; esto es, un pacto o estipulación accesorio (...?) que se incorporaba indistintamente a la prenda y a la hipoteca, cuyo objeto podrán ser tanto las cosas muebles (...?) como las inmuebles, y cuya finalidad única (.....?) estribaba en obtener los frutos de la cosa pignorada o hipotecada, adquiriendo así el acreedor la seguridad de cobrarse puntualmente en los intereses devengados por la suma prestada (178).

De una manera menos contundente afirma SANZ FERNÁN DEZ: “Resulta, pues, que la anticresis es en nuestro derecho un derecho real de garantía, análogo a la prenda y a la hipoteca en conceder un derecho de realización de valor, pero más extenso que ellos, pues concede además el disfrute de la cosa en función de pago de los intereses, siempre, y normalmente también del capital”. Añadiendo, asimismo, que “la práctica jurídica ha asimilado totalmente ambos derechos (se está refiriendo a la hipoteca y a la anticresis), hasta el punto de que sería difícil en la mayoría de escrituras e inscripciones de anticresis distinguir ésta de una hipoteca constituida con pacto anticrético” (179).

Según BATLLE VÁZQUEZ la anticresis es “un derecho real accesorio constituido en garantía de un crédito valorado en dinero que concede a su titular el percibo de los frutos de un inmueble para aplicarlos al pago de los intereses y, cuando no se deban o en el exceso de lo debido, al del capital, con facultad, transcurrido el

término prefijado, de promover la venta del inmueble para resarcirse con el precio del resto de lo, que se le adeude” (180).

El hilo conductor de la opinión de dichos autores y otros muchos es, precisamente, la declaración del artículo 1.884 del Código civil de que el impago de la deuda da lugar al derecho de instar la venta del inmueble, aun siendo claramente ambigua la redacción del precepto, lo que también se pone siempre de relieve.

Sin embargo, ya se ha venido argumentando en capítulos anteriores de este estudio que el sentido originario de la anticresis siempre fue el de un derecho de fruición, alejado de toda idea de garantía. Nunca la anticresis, por sí sola, generaba derecho real de realización alguno, y nunca, por tanto, de su existencia derivaba un “*ius distrahendi*” que, por demás, excede de la función que aquélla tuvo.

Por otra parte, y hablando de “innovaciones”, el Código civil francés nada innova que no esté de acuerdo con la teoría de GARCÍA GRANERO, puesto que, en este punto, el legislador napoleónico es lo suficientemente “innovador” como para, en contra de la común opinión de los autores anteriores a la codificación, decidirse por la naturaleza accesorio del contrato de anticresis: en efecto, ésta (como ya se ha dicho repetidamente) nace, en el Código francés, para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, tal y como claramente se da a entender en sus artículos 2.071 y 2.072.

Es el Código civil español el que se aleja de esa posición y en ningún momento recoge, antes bien excluye, la necesidad de garantía en la anticresis, como reiteradamente hemos puesto de relieve.

Y justo por lo mismo, es más innovador el Código civil español que el francés (del que toma, sin embargo, el modelo). Porque, suprimida la noción de garantía del contrato de anticresis, ésta recupera plenamente su antigua función: servir de medio de pago, sin más, Pero extendiendo, a la vez, y eso sí que es una auténtica innovación en la materia, el ámbito del instituto desde la primitiva “compensación” de frutos con intereses a un contrato complejo de naturaleza solutoria y para toda clase de obligaciones. Y conservando, a su vez, el tipo original de la anticresis, según lo establecido en el artículo 1.885.

Así que en el artículo 1.881 de nuestro Código civil ni hay garantía ni hay tan siquiera, en sentido estricto (y para el caso de que lo que se entregue sea una cantidad de dinero) préstamo, por la sencilla razón de que éste préstamo no hay obligación de devolverlo. Es un préstamo tan especial que se pacta por las partes devolverlo a través del autopago que se hace el acreedor mismo y de forma paulatina; según se perciben los frutos de un inmueble.

Se puede objetar quizá que, de acuerdo con la historia, lo primero a lo que atiende el derecho real de anticresis es a los intereses, y que, pagados éstos, el inmueble pasa a desempeñar el relevante papel de garantía inmobiliaria que responde de la cancelación (por pago del prestatario) del capital, sirviendo en el entretanto la percepción eventual de los frutos por parte del acreedor como adelanto a cuenta del saldo final.

Pero esto choca abiertamente con dos problemas. Qué sucederá en el caso en el que, no habiéndose pactado intereses y no siendo debidos entonces al amparo de lo establecido por el artículo 1.755 del Código civil, haya de imputarse el valor de los frutos percibidos, ya de entrada, al capital....? Será entonces también una garantía el inmueble que, en la voluntad de las partes no se ha considerado sino como el objeto de un derecho real de fruición habilitado en funciones de pago....? Y en ese caso, para qué sirve la percepción de los frutos...?

Todavía mejor, el cambio de función asignado al inmueble asignado más arriba, exigiría una declaración expresa del legislador para que la finca dada en anticresis pudiera desempeñar la función de una garantía real. Y dónde admite el Código civil la prenda de inmuebles...?

Frente a esa concepción, y de acuerdo con los autorizados precedentes que se han podido ver, nuestra opinión es que la anticresis regulada por el Código civil no sugiere, en momento alguno, la idea de la accesoriedad ni la de garantía. El derecho real de anticresis derivado del contrato suscrito por las partes no lleva, tampoco, a una aproximación conceptual determinante a los derechos reales de prenda y de hipoteca.

Y por eso, la pura toma de razón de la disposición del artículo 1.884 del Código civil, en lo que se refiere a la posibilidad de que el acreedor anticrético pueda

vender la finca objeto de anticresis para el caso de impago, no puede sino estrellarse contra la verdad del artículo 1.881, en el que se diseña una institución cuya función, estructura y efectos ni abonan la tesis legal de que la anticresis es un simple pacto agregado a un contrato principal ni suponen un derecho real de realización del valor en cambio. Para lo primero bastaba, sencillamente, con el artículo 1.885. Y lo segundo exige, como mínimo, interpretar la norma del artículo 1.884,2, que ahora pasamos a intentar.

Atendido que la anticresis pueda constituir, como así creemos, una figura de sentido unitario, un contrato principal, la primera pregunta que podemos hacernos, en relación con el tema planteado, es la de cómo compaginar la anticresis del artículo 1.881 del Código civil, seguro medio de extinción de una deuda, con una anticresis de signo accesorio, garantía real, del artículo 1.884,2.

Si nos atenemos a la primera de las normas citadas, la principal función del contrato de anticresis consiste en servir de medio de extinción de una obligación a través de la percepción de los frutos de un inmueble. Pero si nos fijamos en el artículo 1.884 C.c. destaca en él la referencia a la posibilidad de instar la venta de aquél, lo que parece que es, en principio, propio de los derechos reales de realización de valor o una llamada a una ejecución singular.

Sin embargo, lo lógico habría sido que el legislador aún no regulando la anticresis como una prenda de inmuebles al estilo del Código francés, hubiera regulado la posibilidad de la venta del inmueble por impago de la deuda, a imagen y semejanza de lo dispuesto para la institución más cercana, como lo es la prenda. Si la anticresis fuera un verdadero derecho de realización de valor en cambio, no debería haberse remitido el Código civil, con claridad, a las normas de la prenda o, más concretamente, a lo dispuesto por el artículo 1.872, que recoge el correspondiente procedimiento extrajudicial de ejecución...? Y pese a todo, el apartado segundo del artículo 1.884 se limita a establecer que el acreedor podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble.

De manera que no sólo no se dispone de modo similar a lo establecido para el derecho real de prenda (ni mucho menos para la hipoteca) sino que, además, se da una opción al acreedor, que puede elegir entre exigir el pago de la deuda o la venta

del inmueble. Todo ello, por demás, según disponga la Ley de Enjuiciamiento civil. Pero, se trata de una opción?.. Hay que notar, en este punto, que la norma del artículo 1.884,2 no dice que el acreedor podrá pedir “o” el pago “o” la venta del inmueble, sino tan sólo el pago (primero...?) o la venta (después...?).

Ningún autor, que nosotros sepamos, ha sabido explicar el sentido de la referencia del artículo citado a las normas de la Ley de Enjuiciamiento civil (180). Por qué la referencia a la Ley Procesal civil, pudiendo haberse referido a la Ley Hipotecaria de 1861 o al propio Código civil, si de una garantía real se trata...? Sobre todo tratándose, por definición de “garantía” sobre “inmuebles”...? Y sobre todo, qué normas del Código Procesal son las que van a regular el pago de la deuda o la venta del inmueble...? Acaso la inclusión repentina de los artículos que el Código civil dedica a la anticresis no permita saber con exactitud dicho sentido, quizá el único que pretendió asignarle el introductor material de los artículos mencionados en la correspondiente Sección.

Pero, en primer lugar, hay que notar la diferencia de supuestos de hecho de los que parten las normas contenidas en los artículos 1.881 y 1.884 del Código civil. En la primera de ellas, se está contemplando una anticresis de duración indefinida (perpetua, llegaría a decir nuestro Gaspar de RODERICUS), que dura, por lo tanto, todo el tiempo necesario para que el acreedor perciba los frutos suficientes para hacerse pago de la deuda para cuya satisfacción se convino el contrato. Ello significa que, en este caso, el acreedor no puede solicitar del deudor otro pago distinto que el que deriva del ejercicio del derecho de fruición sobre el inmueble. El desarreglo sobrevenido e injustificado de los intereses en juego no tiene otra solución, aquí, que el que abonan las reglas generales: extinción del contrato por imposibilidad sobrevenida, dificultad extrema en el cumplimiento de la obligación, etc.

Al contrario, en el artículo 1.884.1 parece que se está regulando una clase peculiar de contrato de anticresis en la que el deudor debe pagar su deuda dentro del PLAZO CONVENIDO. En esta especie de contrato de anticresis, las partes han pactado, por consiguiente, en que la duración del derecho real de percepción de los frutos del inmueble tiene un término prefijado, “dentro” del cual ha de precederse al pago (a través de la percepción de frutos ya convenida) de la deuda. Se trata, pues, de una anticresis de imputación, extintiva o de carácter amortizatorio

a término, esto es pactada sólo durante un cierto tiempo. Quizá el acreedor estimó que un tiempo determinado debía bastar para cobrarse frutos suficientes para el pago, habida cuenta de las características de la finca concedida en anticresis y conviene con el deudor en que, pasado el tiempo estipulado, habrá de procederse a la liquidación del saldo final resultante.

El supuesto inicial, en consecuencia, del que se parte en el artículo 1.884 del Código civil, consiste en una anticresis estrictamente temporal, delimitado por un plazo previamente fijado por las partes.

Y sólo en ese marco tendría, así pues, sentido que las partes mismas que llevan a cabo el contrato de anticresis a término convinieran en añadir un pacto llamado comisorio por el cual, y en defecto de pago, pueda adquirir la propiedad del inmueble el acreedor.

En efecto, si el contrato de anticresis pactado por las partes fuera de naturaleza temporal indefinida, no cabe el impago de la deuda, propiamente dicho, puesto que es el acreedor quien procede al mismo, cobrándose con los frutos de la finca. Mal puede haber entonces un plazo convenido para pagar, si el interés de las partes contratantes se ha de cantado por el pago a través del ejercicio de un derecho real de percepción de frutos de duración indefinida.

Y claro está que si no se pacta un término de extinción menos puede haberse previsto un mecanismo de expropiación de la propiedad del inmueble por falta de pago, pues que este es el único medio previsto para la satisfacción de la obligación anticrética.

De acuerdo con todo ello, el pacto comisorio al que “aludiría” el párrafo segundo del artículo 1.884 del Código civil es una consecuencia o subsiguiente lógico respecto de una anticresis pactada a plazo. Sin anticresis a término no cabe posible pacto comisorio, si las partes no quieren caer en una inicial insuperable contradicción.

De otra parte, y en segundo lugar, cabe que, efectivamente, las partes hayan establecido junto al contrato de anticresis un pacto comisorio prevenido justo para el caso de impago de la deuda anticrética convenida a término. Pues bien: dice

entonces el artículo 1.884 que “en este caso” (es decir, anticresis a término, única en la que tiene sentido el pacto comisorio que, desde luego, por ilícito, se tacha de nulidad) el acreedor podrá pedir, según lo establecido por la Ley procesal, el pago de la deuda o la venta del inmueble.

En los demás casos no puede haber, sencillamente, pacto comisorio, puesto que no podría haber, según lo ya dicho, impago de la deuda. Los demás casos, relativos, por tanto, a la anticresis del artículo 1.881 C.c. (una anticresis tendencialmente indefinida en el tiempo) ni suponen un impago ni tienen asiento en normas distintas de las de general aplicación en tema de cumplimiento de obligaciones (181).

Sentado esto, importa ahora aclarar el sentido de la remisión del párrafo segundo del artículo 1884 a la Ley de Procedimiento civil, en general, y el significado de la instancia de la venta del inmueble por parte del acreedor, en particular.

Importa advertir, empero, que, de un lado, no será la Ley procesal la que haya de decidir de la naturaleza del derecho real de anticresis. De otro, que la remisión del artículo 1.884,2 al Código procesal en materia de pago de la deuda es, en cierto modo y especialmente en nuestro caso, superflua, puesto que todo pago habrá de articularse de acuerdo con lo preceptuado por las normas procesales de ejecución al respecto. Dicha apreciación refuerza, aún más, si cabe, la tesis de que el Código Civil español de 1889, no queriendo atribuir a la anticresis la fuerza de un derecho real de garantía sobre inmuebles, remite a las reglas procesales que, sobre el particular, y para la generalidad del proceso de ejecución, establece la propia Ley de Enjuiciamiento Civil, sin visos de procedimiento de singular ejecución privilegiado alguno (hoy como ayer, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de Enero del 2000, obligaría a los mismos resultados).

Tres serían las posibilidades que la Ley de Enjuiciamiento civil a la que se refiere la, tantas veces, citada norma contenida en el art. 1.884,2 del Código civil, ofrece cara a la “ejecución” de la finca dada en anticresis:

A)La vía del juicio ejecutivo. En principio, podría pensarse que el Código civil se ha remitido a las posibilidades que se ofrecen a través del llamado juicio ejecutivo a fin de solventar el expediente a partir de títulos que lleven aparejada la ejecución correspondiente (ello al margen de la vieja discusión sobre si el llamado

“juicio ejecutivo” es o no un verdadero proceso de ejecución, pues que descansa en la previa emisión de una resolución judicial calificada de sentencia. Al margen de la cuestión, propuesta teóricamente por el Prof. Jaime GUASP, es pacífico que, a efectos prácticos, viene a ejecutarse, a través de tal mecanismo, en definitiva, una ejecución forzosa y en cierto modo forzada).

Como quiera que el contrato de anticresis es un contrato que, a tenor de lo dispuesto por el artículo 1.280 C. c., debe constar en documento público, ya que es uno de esos contratos en los que se crean derechos reales sobre bienes inmuebles (número 1º del citado artículo), puede entenderse que el contrato de anticresis así constituido es un título de fehaciencia privilegiada, de aquellos que llevan aparejada ejecución y que dispensan del juicio declarativo que corresponda.

Así, tal contrato de anticresis entraría de lleno en las posibilidades procesales que ofrecía la normativa vigente, desde la publicación del Código civil de 1889, y hasta el 3 de Febrero de 2.001, sobre el juicio ejecutivo, en el artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881: “La acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución. Sólo tendrán aparejada ejecución los títulos siguientes: 1º Escritura pública con tal que sea primera copia...” etc. etc.

A partir de ahí, y aún con los límites impuestos por la norma del artículo 1.435 de la propia Ley Procesal derogada, podría pensarse en que los trámites del juicio ejecutivo regulado para determinados casos en la Ley de Enjuiciamiento civil son los idóneos para llevar a cabo un procedimiento de ejecución privilegiado, sin acudir al proceso declarativo con carácter previo, y que primaría al acreedor anticrético. Así en materia de embargo, limitación de excepciones oponibles, etc.

Lo mismo podríamos decir hoy, desde la consabida remisión del art. 1.884,2, sin más que remitirnos a las vigentes normas de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. Concretamente, a los arts. 517 y sgs. En efecto, a propósito de la ejecución forzosa y de las medidas cautelares, con lo que se encabeza el Libro III, se vuelve a decir que “la acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución (art. 517 1.). Y “sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos:.....4º: las escrituras públicas, con tal que sean primera copia.....” (Cfr. igualmente el art. 520 –equivalente al antiguo 1.435- sobre cantidad mínima para despachar ejecución).

En todo caso, ello no obstante, la remisión del artículo 1.884 del Código civil no pudo hablar de la Ley Procesal en el sentido indicado, si, con ello, lo que se quiere decir es que es que estamos ante una prueba indiciaria casi decisiva para invocar la naturaleza de derecho de real de garantía de la anticresis regulada en el Código civil español. A tal afirmación nos llevan varias razones. Primero, porque la forma escrita no es, en nuestro Código civil, constitutiva en caso alguno de contrato, como se deriva del principio histórico y tradicional del Derecho español, formulado hoy en los artículos 1.254, 1.258, 1.278, 1.279, 1.282, 1.289 y demás concordantes, a salvo de muy contadas excepciones que confirman la regla general. De ahí también que no sería razonable supeditar la eficacia de los derechos del acreedor anticrético al hecho de haber observado una forma escrita que, en ningún caso es exigida por el Código civil sino con el carácter de prueba (esto es “ad probationem”) y no “ad constitutionem”.

Además, y esto, sería decisivo respecto de la argumentación que venimos haciendo, en el caso de una anticresis constituida en escritura pública, la fuerza ejecutiva que le presta, en dicho supuesto, la forma escrita, no deriva nunca de la naturaleza del derecho creado en la misma, sino del documento público mismo. Este, por sí mismo, determina una fehaciencia de privilegio que habilita para instar una ejecución singular, fuera de los cauces ordinarios del proceso de declaración.

Ni el artículo 1.884,2, así pues, puede estar remitiéndose a los trámites establecidos por la Ley de Enjuiciamiento civil para el juicio ejecutivo, si con ello se quiere prejuzgar la naturaleza del derecho, ni aquel procedimiento puede prejuzgar, en caso alguno, la naturaleza de los derechos a cuyo amparo se instan las actuaciones procesales.

Claro está, por último, que si la anticresis del artículo 1.881 del Código Civil se instrumenta en documento público, el areedor tendrá, a su disposición, en todo caso y circunstancia, la vía del juicio ejecutivo para proceder al cobro de su crédito por el montante que resultare del saldo que fuere, rendidas las cuentas, y para el caso de la llegada del término final pactado, pese a la inicial indefinición en el plazo para cobrarse la deuda. No habría, así pues, en ese caso, diferencias con cuantos otros derechos de crédito consten amparados por títulos que lleven aparejada ejecución. Mas nada de procedimientos “especiales” de **ejecución singular** sobre bienes garantizados

B) La vía del proceso declarativo. Si vencido el plazo convenido para el pago de la cantidad adeudada, el deudor anticrético no cumple con su obligación, es natural que el acreedor pueda, por la vía del proceso declarativo proceder a solicitar la condena del deudor por el importe de lo adeudado.

Y si como conviene al caso, el deudor es condenado, podrá entonces el acreedor, en ejecución de sentencia, solicitar y obtener “sin necesidad de previo requerimiento personal al condenado, el embargo de bienes del deudor en la forma y por el orden prevenidos para el juicio ejecutivo”, que es lo que establecía el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento civil. (art. 1.447 LEC de 1881). Hoy, a partir del año 2001, “mutatis mutandis” iremos directamente a las normas que nueva LEC dedica a la ejecución a partir del artículo 538 y siguientes.

Naturalmente, si hubiere bienes pignorados o hipotecados, se procederá contra ellos primera y especialmente, pero precisamente, en dicho caso, no habría necesidad de pasar previamente por un primer proceso declarativo o de cognición.

Ahora bien, es la anticresis una prenda o una hipoteca que permita, en este caso, al acreedor afectar primera y directamente el inmueble dado en anticresis....? Pero no es esto, justo aquí, una petición de principio, que es lo que ha de demostrarse.....? Aparte de que, si verdaderamente lo fuera, no otorgaría posición de privilegio alguno al acreedor, que se vería, en la hipótesis que venimos manejando, obligado a contender previamente por la vía ordinaria. Dicho absurdo es implantable.

Aun así podría entenderse que el supuesto previsto por el artículo 1.884,2 (en este caso) está pensado para una suerte de conversión jurídico-material del contrato de anticresis en una prenda irregular “lato sensu” con “ius distrahendi” incluido, a propósito de la valoración que la Ley hace del pacto comisorio agregado por las partes al contrato de anticresis, a término y de imputación. Dado, pues, que las partes habrían convenido una suerte expropiación de la finca para caso de impago de la deuda líquida restante, finalizado ya el contrato de anticresis, acaso la Ley recoge, de algún modo, dicha voluntad y convierte el mencionado contrato con pacto comisorio en una especie de garantía prendaria sobre inmuebles, puesto a contar con la voluntad contractualmente expresada de agravación extraordinaria e injustificada (pero cierta y querida) de la responsabilidad del deudor y sus

consecuencias singulares. Como es obvio, tal posibilidad nos parece altamente artificiosa e incompatible con la causa del contrato y su propia interpretación. Pues que, para comenzar, las propias partes habrían podido convenir, al caso, una hipoteca “ad hoc”.

En dicho caso, como es natural, y para el caso de que admitiéramos la hipótesis en curso, el Código civil remitiría a las normas que para caso tan especial han de contenerse en la Ley de Enjuiciamiento civil.

Y sin embargo, no existe en el Código procesal un procedimiento de ejecución singular y extraordinaria que verse sobre la ejecución de prenda de inmuebles....! Es obvio, por lo tanto, que el Código civil se remitiría a un supuesto procesal inexistente.

C) De la subasta voluntaria judicial. Con las muchas dudas que la institución suscita, todavía cabría pensar, casi ya a efectos retóricos, en las disposiciones que, en materia de Jurisdicción voluntaria, el Título XIII del Libro tercero de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881, todavía vigente, trata, dentro de las materias dedicadas a la ya referida clase de Jurisdicción, acerca de las subastas voluntarias judiciales.

Dice así el artículo 2.048 de la LEC:

“El que solicite la celebración de alguna subasta judicial deberá acreditar, exhibiendo los documentos adecuados al objeto:

1º Que tiene capacidad legal para el contrato que se propone celebrar.

2º Que puede disponer de la cosa u objeto en la forma que intenta por medio de la subasta”.

Se nos ocurre este expediente de jurisdicción voluntaria de una subasta voluntaria judicial como el único medio que la ley podría poner en manos del acreedor, más fuerte que un puro derecho personal pero menos intenso que un derecho de realización del valor, para instar la venta del inmueble. En defecto de un procedimiento privilegiado de ejecución singular, que la ley no recoge en ningún momento para la anticresis, no admitiéndose en nuestro Derecho la prenda de

inmuebles, la denominada subasta judicial puede servir perfectamente a los intereses del acreedor, a no mediar oposición del deudor propietario.

Y en efecto, si el acreedor solicitante acredita que tiene la capacidad legal necesaria para contratar (pues también el acreedor puede ser postor) y, sobre todo, que puede disponer de la cosa u objeto en la forma que intenta por medio de la subasta, podrá, con las garantías de una subasta judicial, ver satisfecho su derecho.

Esta posibilidad de interpretación (y decimos posibilidad porque ni la remisión del Código civil ni la propia Ley de Enjuiciamiento dan para mucho más) se refuerza si tenemos en cuenta lo que, de un modo similar, aunque para la prenda y ante Notario, se dispone al efecto en el artículo 1.872. Con la diferencia de que a través de la subasta judicial de los artículos 2.048 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil, jamás podrá el acreedor adquirir la propiedad del inmueble por falta de pago, expropiando así un valor mucho mayor que el adeudado. A lo sumo, podrá ser comprador. Y en ese caso deberá abonar el precio fijado, descontando el importe de lo debido por el propietario deudor.

Por el contrario, en el artículo 1.872 se permite, finalmente, que tras la celebración de dos subastas el acreedor pueda hacerse dueño de la prenda, dando entonces carta de pago por la totalidad de su crédito.

A pesar de todo, creemos que la utilización del mencionado expediente de Jurisdicción voluntaria para hacer posible una eventual satisfacción del acreedor anticrético no es posible en absoluto. Lógicamente, y fuera de la posibilidad de una transacción, en primer lugar, falta el presupuesto inicial del que arrancaría una contienda, caso de impago, entre deudor y acreedor anticrético, que sería, en todo caso, un supuesto de litigio entre partes conocidas y determinadas (cfr. el todavía vigente art. 1.811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881), de procedimiento contencioso y no precisamente voluntario ni, menos, acordado, aun homologado después por el Juez. Pero, en segundo lugar, dicho expediente adolecería de un requisito de base imprescindible para abordar la cuestión, cual sería, precisamente, que el postulante de tal subasta voluntaria con el auxilio judicial no tiene poder de disposición sobre la titularidad de la finca, sino, a lo sumo, un derecho real de fruición, único bien disponible aquí, lo que no es del caso (182).

La condición esencialmente inmobiliaria de la anticresis, por exceso, y su no condición de derecho real de garantía, por defecto, impiden, en todo caso, la expropiación sin más. Pero la voluntad de las partes aflora débilmente, y la eficacia prohibida del pacto comisorio es recogida, atenuada, por la ley, que, al fin y al cabo, acaba permitiendo la venta del inmueble.

En suma, el artículo 1.884,2 del Código civil no convierte la anticresis en un derecho real de realización de valor. Ni se establece terminantemente (y no podría hacerlo si, como nos parece demostrado, la anticresis no es un derecho de garantía) ni la remisión a la Ley de Enjuiciamiento civil permite prejuzgar la naturaleza del instituto (183).

Por último, deducir del hecho de la mención del pacto comisorio por el artículo 1.884, que esta norma está admitiendo, implícitamente, la regulación de un derecho real de realización de valor es una pura petición de principio, pues es, paladinamente, lo que se trata de demostrar. Y aun cabe decir que sucede más bien lo contrario, a saber: que hay indicios de que el legislador no intenta resolver la ilicitud del pacto comisorio por la vía de un procedimiento de ejecución singular que bastaría a satisfacer al acreedor con la realización del valor del inmueble, al estilo de la prenda o de la hipoteca (cfr. el artículo 1.859 C.c.), sino a través de una remisión “in genere” a los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881.

Lo único que se puede decir es que la remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil que hace el Código civil español, en los términos vistos, tiene lugar solamente para el caso de haberse pactado por las partes el mencionado pacto comisorio tras una anticresis convenida a término. Y en este punto, sólo hay dos soluciones: O el artículo 1.884,2 se remite a la Ley de Enjuiciamiento para que, con arreglo a ella, el acreedor inste el proceso de declaración que corresponda y solicite la condena del deudor y el embargo y posterior venta de la finca, en cuyo caso la norma citada carecería absolutamente de contenido. O, por el contrario, se estima posible un expediente quizá inidóneo pero eficaz, cual el de la jurisdicción voluntaria aludido sub C), en cuyo caso, y desde la nulidad de una expropiación pactada, se propicia algo parecido a una suerte de conversión jurídico-material de origen legal (184).

## **5. Diferencias de la anticresis con otras figuras afines.**

Después de lo dicho hasta el momento, es obvio, a nuestro juicio, que la anticresis que regula el Código civil español (fuera de la especie “cristalizada” en el artículo 1. 885) es un contrato o convenio principal entre dos partes que tienden a componer sus intereses de un modo peculiar: a cambio de una prestación cualquiera, el acreedor obtiene la posesión de un inmueble y disfruta de un derecho de percepción de frutos sobre el mismo a fin y hasta satisfacerse de la deuda con él contraída. Esta función solutoria de la anticresis se aloja en un contrato principal y es un medio de autopago o autosatisfacción que acaso es o puede ser muy útil todavía al deudor. Este, agotado el valor en venta del inmueble de su propiedad, puede aún hacer valer su valor en renta (185).

La autonomía del acuerdo, por lo tanto, debe alejarnos de la sugestión que la regulación que el Código civil hace de figuras como la prenda o la hipoteca ha ejercido en la doctrina, quizá atenta sólo a buscar la justificación de una figura cuyo origen es desconocido y de naturaleza discutida, pero cuya función solutoria y propagadora del crédito territorial puede aun prestar servicios, gracias a la innovación que supone la legalidad del Código civil de 1.889.

Pero en este orden de cosas, también se ha puesto de relieve que la anticresis da lugar a un derecho real ligado a la constitución del contrato y de duración indefinida. De ahí que, para configurar definitivamente esa titularidad de un derecho real de fruición sobre un inmueble (elemento típico esencial del instituto), sea conveniente diferenciarla de otros tantos derechos reales de disfrute, cuales el usufructo, el censo o la prenda misma.

Y todo ello, además, para el caso de que el usufructo, el censo o la prenda hayan sido constituidos por contrato, pues que a diferencia de estas instituciones, la anticresis, como hemos intentado demostrar, es un contrato que da lugar a un derecho real. Pero la constitución de éste sólo puede provenir de aquél (186).

El derecho real de anticresis se diferencia del derecho real de usufructo, en primer lugar, por lo que hace referencia al ámbito temporal de su eficacia. Ya hemos dicho, así, que el derecho que otorga la anticresis al acreedor anticrético dura el tiempo necesario que baste a la cancelación de la obligación a la que está esencialmente conectado en funciones de cumplimiento. Por ello, el derecho real

de anticresis es un derecho temporalmente indefinido. Mas esta indefinición en el tiempo, que procede de la previsión y del convenio de las partes, acaba cuando la obligación de aplicar los frutos percibidos que deriva de lo dispuesto por el artículo 1.881 del Código civil deja de tener fundamento. Lo que sucederá siempre que la obligación del deudor se haya extinguido a través de la percepción misma.....!

De manera que la extinción de la citada obligación del deudor (propietario del inmueble) es, justamente, el límite máximo de carácter temporal dentro del cual cabe el ejercicio del derecho real de anticresis.

Por el contrario, el derecho real de usufructo funciona con otros parámetros. Tendencialmente vitalicio (lo que para el contrato de anticresis no podría darse, habida cuenta del sentido del principio establecido por el artículo 1.583 C.c.), el usufructo acaba, entre otras causas, por la muerte del usufructuario, según dispone el número primero del artículo 513 del C.c. Es también, por lo tanto, el usufructo un derecho real temporalmente indefinido (salvo que, naturalmente, se constituya a plazo), pero la indefinición temporal viene aquí conectada de un modo preferente a la persona y, sobre todo, al interés propio y exclusivo del usufructuario. Y en la anticresis, por el contrario, la atención al interés del acreedor anticrético está supeditada o es interdependiente de la atención que, por su parte, merece el interés (pactado) del deudor propietario del inmueble. En suma, la anticresis se ejerce siempre en interés ajeno, amén de haberse pactado en beneficio propio.

Pero la anticresis se diferencia asimismo del derecho real de usufructo en cuanto a la extensión del objeto sobre el que recae y se ejerce. En efecto, el usufructo puede versar sobre cosas muebles o inmuebles, como se desprende de la regla general establecida en el artículo 467 del Código civil, o de las reglas especiales de los artículos 481 y siguientes, también del C.c. Por lo demás, y esta es su característica esencial, el derecho de usufructo da derecho a su titular “a percibir todos los frutos naturales, industriales y civiles de los bienes usufructuados... sanciona el artículo 471 del C.c.

Es decir, que las utilidades a percibir por el titular de un derecho de usufructo agotan las que la cosa que constituya su objeto pueda producir, en tanto que siga existiendo el derecho de usufructo. En cambio, y en lo que concierne a la anticresis, como establece claramente el artículo 1.881 del Código civil tantas veces

citado (y que supone una auténtica innovación anticrética), el acreedor sólo tiene derecho a percibir los frutos del inmueble hasta que sirvan para pagar los intereses debidos y el capital mismo que se prestó. Y en consecuencia, el derecho de fruición que la anticresis genera se “elastiza “, “a limine “, supeditándose el ejercicio de las facultades que aquél confiere al interés del propietario de la finca. El límite de su derecho es la satisfacción del crédito. El objeto de éste, por consiguiente, abarca tan sólo lo necesario para el pago de la deuda.

Y por ello, de igual manera, se permite al acreedor titular del “ius fruendi” la deducción de los frutos percibidos del importe total de las cargas y contribuciones y gastos de conservación y reparación, que el acreedor debe efectuar. Por el contrario, en materia de usufructo, la totalidad de las utilidades percibidas por el usufructuario bien puede absorber las reparaciones ordinarias y extraordinarias, así como las mismas cargas y contribuciones anuales que procedan, constante el usufructo, que, naturalmente, son de cuenta del propio usufructuario sin derecho a deducción, puesto que él es el único beneficiario de la fruición.

Por lo que hace referencia a los censos, y aun dando por buena la unidad dogmática de la figura (187), hay que hacer constar, en primer término, que conforme a lo establecido por el artículo 1.608 del Código civil “es de la naturaleza del censo que la cesión del capital o de la cosa inmueble sea perpetua o por tiempo indefinido”, lo que no conviene, en cambio, (fuera de la redención, cuya esencia nada tiene que ver con el terna que nos ocupa), a la “naturaleza” del derecho real de anticresis, cuya temporalidad es indefinida tendencialmente en el “quando”, mas totalmente definida en el “an”, puesto que a través de la anticresis no se trata, en caso alguno, de transferir el dominio del inmueble.

De otro lado, la perpetuidad del censo es una consecuencia de la típica estructura negocial dispositiva de la institución, como pone bien a las claras el artículo 1.604 del Código civil. En efecto, “se constituye el censo cuando se sujetan algunos bienes inmuebles al pago de un canon o rédito anual en retribución de un capital que se recibe en dinero, o del dominio pleno o menos pleno que se transmite de los mismos bienes”. En la anticresis claro está que no se transmite dominio alguno y sí solamente un derecho real de percepción de frutos temporal y funcionalmente limitado, que, acaso, según el tipo negocial elegido por las partes, pueda ser indefinido. (188).

Por último, y en lo que respecta al derecho real de prenda, se ha dicho reiteradas veces que el Código civil español, a diferencia de lo que dispuso (contra la docta opinión, eso sí, de alguno de sus inspiradores) el Code Napoléon, no admite la pignoración de inmuebles que el Código francés denomina (para el “nantissement sobre fundos) exactamente “anticresis”. En consecuencia, la anticresis para el Derecho civil contenido en el Código Civil español, no es una prenda ni desempeña su función (como también, según ya se ha dicho, puede suceder en el derecho civil compilado en el Fuero de Navarra).

En consonancia con el principio del que se parte, el artículo 1.864 del Código civil establece que pueden darse en prenda “todas las cosas muebles que estén en el comercio, con tal que sean susceptibles de posesión”. Es obvio, así pues, que la anticresis no puede entrar en la definición legal de la prenda, en lo que al objeto sobre el que recae se refiere. Podría no obstante suceder, todavía, que el Código del 89, alejado en este punto de la sistemática formal del francés, admitiera luego, sin embargo, las consecuencias de una prenda de inmuebles en materia de anticresis. Mas la duda se desvanece pronto sin otro argumento que el siguiente: No ordenándose expresamente esa consecuencia, justo al tratar la institución de la anticresis (que es la que da lugar al peculiar tratamiento legal que se ofrece en el Código francés) no cabe un derecho anticrético de realización del valor del inmueble en cambio. La única regulación legal del Código civil en materia de contrato de anticresis, ausente en ella toda idea de garantía (según se ha demostrado antes) es la que debe prevalecer, por más que la interpretación de las reglas que el legislador formuló ofrezca notables dificultades.

Ni que decir tiene que las razones anteriormente enumeradas, entre algunas otras que, por evidentes, no se traen a colación, sirven asimismo para alejar el concepto de anticresis del derecho real de hipoteca, cuya genuina función típica dista mucho del instituto objeto de nuestro análisis.

Son, en definitiva, los índices de la tipicidad del contrato de anticresis los que, reunidos en torno a la causa, definen nuestra institución. Si, de acuerdo con lo establecido por el artículo 1.262 del Código civil, el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que hayan de constituir el contrato, parece claro que las partes, al utilizar la vía de los artículos 1.881 y siguientes, lo que pretenden es arreglar, en el marco y con los

límites de la autonomía de la voluntad, sus propios intereses económicos: ventaja patrimonial determinada a cambio de derecho real de fruición temporalmente destinado a absorberla: CONTRATO DE ANTICRESIS.

Dedicaremos un último y breve capítulo a una sucinta recapitulación final que recoja, en esencia, lo que, sin duda alguna, es una particular creación del legislador español del siglo XIX, fraguada a última hora en la Comisión de Codificación de 1888 y modelada desde mas no modalizada por el Code Napoléon de 1805.



## CAPÍTULO VI.

### Conclusiones críticas.

Si tuviéramos que concluir brevemente, seguramente lo haríamos de la manera con la que comenzamos este trabajo. Al efecto, la anticresis puede considerarse como un contrato de naturaleza esencialmente bilateral, oneroso y conmutativo, de carácter transmisivo (en el sentido, claro está, no de título constitutivo de derechos reales, para cuya creación se está a las reglas generales de nuestro derecho positivo, sino en el de que tiene por función transmitir facultades que derivan de la adquisición de derechos reales) que recaer sobre inmuebles y cuyo contenido gira en torno a una prestación cualquiera, a cargo del deudor anticrético, a cambio de la cual se adquiere, por parte del acreedor anticrético, un derecho real de disfrute sobre un inmueble para el progresivo pago de aquélla.

Su duración, así, es indefinida temporalmente, lo que no obsta para que las partes puedan fijar un plazo durante el cual habrá de ejercitarse el derecho real de percepción de frutos, fuera del cual, por consiguiente, habrá de procederse al saldo y finiquito definitivo, que tendrá por destinatario normal el acreedor, a quien habrá que pagarse, en su caso, la parte de capital no absorbida por la fruición de las utilidades del inmueble. En cualquier caso, y en esta última hipótesis, el contrato de anticresis se extingue al llegar el plazo convenido por las partes, por lo que para que la finca dada en anticresis prestara, en su caso, las funciones de garantía que la doctrina civilista le asigna, en principio indebidamente, en tema de artículo 1.884,2 del Código civil, cuando menos habría de haberse pactado que llegada esa especie, la finca respondiese por el valor del resto adeudado. En ese supuesto, y creemos que sólo en ese caso, habría un contrato de anticresis principal y no accesorio, con más un pacto anticrético añadido que ni convierte en titular de un derecho real de realización de valor al eventual acreedor de y por las cantidades no absorbidas por durante el tiempo por el que transcurrió la fruición ni convierte ni sitúa necesariamente al acreedor anticrético como poseedor del inmueble objeto del derecho real de goce constituido sobre el mismo.

Se quiera o no, la anticresis diseñada por el tipo recogido en el artículo 1.881 del Código civil es una anticresis comúnmente llamada de extinción o de amor-

tización... .....completa de la deuda. Lo que entonces no tiene sentido es hablar de garantía, si, por definición, la finca ha de agotar sus utilidades en beneficio del deudor y en pago de la obligación de éste, sea cual sea, dentro de los límites que imponen las reglas generales. Una garantía cifrada en la realización del valor de la finca no tiene sentido si lo que se pactó, **precisamente**, fue que los rendimientos de aquélla sirvieran para el pago de una obligación cualquiera.

Una consideración que la doctrina olvida, a mi juicio, sirve ella sola para que la anticresis no pueda ser considerada como un derecho real de garantía. La remisión, tantas veces citada, que el artículo 1.886 del Código civil hace al artículo 1.857, último párrafo, del mismo Código, justo viene a demostrarnos que **no es esencial** del contrato de anticresis que éste sirva a las funciones de aseguramiento que el legislador impone tanto a la prenda cuanto a la hipoteca. Ni que decir tiene, por demás, que para el caso de que hubiéramos de seguir una dirección equivocada y adjudicáramos la distinción típica de la realización del valor al instituto de la anticresis, podemos preguntarnos, en suma, a efectos prácticos, de qué nos serviría la creación de tal garantía si ni siquiera se halla previsto, en la ley, un procedimiento judicial sumario al efecto, tal y como sucede con la hipoteca inmobiliaria.....?

Hay que decir, empero, que nada impide que el contrato de anticresis se pacte, además, para que, en determinados casos, sirva para que la finca funcione como garantía del importe al fin debido por el deudor. Pero ello demuestra que, en ese caso, la función de garantía que la anticresis desplegaría no proviene de la naturaleza del contrato constitutivo, ni mucho menos del “tipo” o índices reveladores del tipo en cuestión normado por la ley, sino del pacto de las partes y de la autonomía de la voluntad. Para que haya garantía, en suma, hay que pactarlo. De lo contrario, la noción de garantía excede de la causa del contrato de anticresis. No es de extrañar, a dicho respecto, que algún autor francés, situado ante la anticresis convencionalmente pactada en tanto que derecho real de garantía sobre inmuebles, se plantee la inutilidad de la figura. Llanas y llenas de sentido son las líneas que, en dicha dirección, dedican al instituto (y desde la óptica del Derecho francés y el muy confuso estado de la cuestión), por ejemplo, PLANIOL Y RIPERT (189).

Cosa distinta será el papel que habrá de jugar la causa del contrato o del negocio, cuando las partes no definan exactamente las prestaciones en que haya de consistir el acuerdo y el exacto contenido del mismo, puesto que habrá que estar

alerta a cuantos pactos encubiertos o disimulados puedan atentar contra el principio de equivalencia, la buena fe, los intereses usurarios, etc. etc. Es claro, por lo tanto, que la menor tipicidad contractual es inversamente proporcional a la mayor exigencia de causa como medio de fiscalización de los límites de la autonomía de voluntad.

El Código civil español desliga la función de garantía del “contrato” de anticresis, lo que es conforme a la mejor doctrina sobre la institución. Con ello, deja la puerta abierta para que la auténtica anticresis o anticresis de compensación siga en juego, como así se permite por la redacción de la norma contenida en el artículo 1.885.

Pero el Código civil, además, y ello supone una autentica innovación del legislador español, mucho más allá de la que supuso la publicación del Code Napoléon, permite y regula una anticresis no prendaria... de extinción, enmarcada por el artículo 1.881.

Hemos dicho, no obstante, que el Legislador español sigue manteniendo una anticresis típica y genuina, según el patrón de la anticresis romana y rescatada por la doctrina racionalista de la perniciosa influencia, en este punto, de la prenda. En efecto, ese tipo de anticresis se halla contenida en el artículo 1.885 del Código civil: “Los contratantes pueden estipular que se compensen los intereses de la deuda con los frutos de la finca dada en anticresis”.

Si razonamos, aquí, sobre los mismos argumentos esgrimidos anteriormente para negar que la anticresis suponga un derecho real de garantía, habremos de conceder que para que este tipo de anticresis (referida por tanto sólo a los intereses de una deuda dineraria) añada un derecho real de prenda (de inmuebles (?) sobre el fundo, tendrá que pactarse así. De lo contrario, no habrá prenda, ni históricamente (pues así se estima), ni actualmente, pues que no cabe la prenda sobre inmuebles.

“Prima facie” este caso es el que permitiría construir el que puede considerarse como CONTRARIUM MUTUUM de Salmasius, Vinnio y otros autores. Se trataría de un contrato de origen griego y ámbito helenístico (atípico...?) de préstamo “lato sensu” en el que (como se dice incontestablemente en las fuentes analizadas)

se “prestan” inmueble y dinero cuyas utilidades mutuas se compensan. Es, por tanto, un contrato de tendencial esencia aleatoria convenido por cierto tiempo, a cuyo término se devuelven..... finca y numerario....! Finca por capital: transcurrido el tiempo pactado, se devolverían finca y capital...! Estamos aquí, por consiguiente, en los dominios de los contratos aleatorios.

Cabe señalar, para finalizar, si bien ya se ha puesto de manifiesto “supra”, en el propio texto, la muy solvente doctrina reflejada en la abierta formulación que, a la figura de la anticresis, dedica la Compilación de Derecho civil de Navarra. En particular, la Ley 471 que, distinguiendo perfectamente entre pacto anticrético y anticresis propiamente dicha, dice así:

“Pacto anticrético. Tanto en la prenda como en la hipoteca, se puede pactar la anticresis o compensación del uso de la cosa o de sus frutos con los intereses devengados por la deuda. En otro caso, si la cosa en posesión del acreedor produce frutos, deberá percibirlos aquél para imputarlos a la deuda de intereses y después a la de capital.

Anticresis. También se puede pactar, sin constituir prenda ni hipoteca, la compensación de una deuda dineraria con el uso o disfrute de una cosa mueble o inmueble”.

Con notable inicial precisión, separando “pacto anticrético” de “anticresis”, como podemos observar, el legislador navarro ha distinguido entre dos instituciones distintas, quizá conservando ambas en utilidad de deudores y acreedores y en un intento por aclarar la cuestión tan debatida por la doctrina.

Se toma partido, como se puede ver, puesto que la anticresis no puede darse, al menos en la letra de la ley, con una finalidad extintiva, ya que el pacto anticrético es una modalidad del pignus y, en consecuencia, se trata de un contrato o pacto accesorio. Pero queda claro que la anticresis propiamente dicha no es un contrato de prenda ni tiene porqué desempeñar las funciones de ésta, posición en la que cabrían, como en el Código civil español, tanto el préstamo mutuo de finca y dinero cuanto la anticresis de carácter “solutorio”, especie en la cual el prestamista (que no asumiría obligación alguna de devolver el capital entregado) se cobra con y de los frutos.

La misma clara posición normativa adoptaba, según también se podido ver con anterioridad, el Código Civil chileno de 1855 (190).

Pero el Código Civil español de 1889, en resumidas cuentas, aún permite también, con envidiable claridad y con asombrosa generalización del “tipo”, una contratación ventajosa en épocas difíciles para el sistema financiero y, sobre todo, para los deudores sujetos a la ejecución de garantías hipotecarias.

Habida cuenta de que, hasta ahora, la Ley no ha paliado, sino en muy leve, y de todo punto, insuficiente medida (191), la situación actual en la que se desenvuelven tantas situaciones difíciles, y en virtud de cuanto hasta ahora ha sido expuesto, así como en méritos del impagable auxilio de la Historia, de la recta interpretación de las normas y del pensamiento de los sabios de antaño, cabría concluir, con la vista puesta en una posible reforma sustancial:

PRIMERO. El Código Civil español de 1889 no trata ni recoge la llamada anticresis o el denominado derecho real de anticresis como si de un derecho real de garantía sobre inmuebles se tratara. Antes bien, muy lejos de tal apreciación, presupone lo contrario, lisa, llana y explícitamente. Para ello, basta con relacionar, sin más, el artículo 1.881 con el artículo 1.886. Debe decirse, empero, que tampoco la excluye ni la prohíbe. Pero no la regula ni “tipifica” como garantía inmobiliaria pactada para asegurar el cumplimiento de una obligación principal. Ni, menos, arbitra, tal y como correspondería si realmente el legislador la hubiera considerado una garantía real inmobiliaria con “*ius distrahendi*” incluido, un procedimiento “*ad hoc*”, singular y privilegiado, para hacer efectiva dicha pretendida esencial característica.

SEGUNDO. El derecho real de anticresis podrá configurarse, eso sí, en todo caso, por pacto expreso, en virtud de la autonomía negocial y al amparo de la teoría, plenamente aceptada, del “*numerus apertus*” en relación a la configuración de los derechos reales en nuestro sistema, como un derecho real de garantía sobre inmuebles y, por, consiguiente, como un derecho de realización del valor en cambio que se obtenga en el mercado para el caso de impago de la obligación garantizada por el deudor, de acuerdo con lo convenido. Pero, en dicho caso, no podrá usar el acreedor (sin el estrictamente necesario auxilio normativo) de ningún medio privilegiado de ejecución singular sobre el bien inmueble en cuestión, ello sin

perjuicio de otros derechos de ejecución o del principio de responsabilidad patrimonial universal. No hay, por consiguiente, para dicho supuesto, procedimiento especialmente previsto. En tales términos, dicha institución sería irrelevante e inoperativa, frente a la hipoteca inmobiliaria.

TERCERO. El derecho de anticresis del Código civil español de 1889 no es un derecho real de prenda de inmuebles ni es un especial derecho de hipoteca. Ni tan sólo constituye un mero pacto añadido a tales instituciones. A lo sumo, desde el modelo sugerido por la norma, la anticresis genera un derecho real de goce y disfrute cuyo titular es el acreedor anticrético. Dicho goce y disfrute consiste en las facultades de fruición y de goce de un inmueble susceptible de producir utilidades que tendrá o podrá tener una duración ilimitada en el tiempo.

CUARTO- Asimismo, podrán las partes, en el ejercicio de su libertad negocial, y en el marco de un derecho real de prenda o de hipoteca, pactar que los intereses de la deuda pendiente de amortización y los frutos percibidos o por percibir del mueble o inmueble dado en garantía se compensen mutuamente y aun que éstos mismos frutos se imputen, llegado el caso, tras la imputación de los intereses, al capital mismo. En este caso se estaría conviniendo el que se ha venido en denominar “pacto anticrético”, cuya naturaleza ancilar viene supeditada al contrato principal del que depende, esto es: la prenda o la hipoteca, derechos reales de garantía y/o de realización de valor, cuya naturaleza y, asimismo, eventual ejecución englobaría la del denominado pacto.

QUINTO. La anticresis propiamente dicha, en principio, nace de un contrato principal, bilateral, oneroso y ordinariamente conmutativo, a través del cual los propios contratantes ordenan sus intereses mediante el intercambio del disfrute de un bien inmueble, esto es, la percepción de sus utilidades, de una parte, y el “disfrute” de un capital o, en su caso, el cumplimiento de cualquier otra obligación, de otra.

La especialidad consiste, sin embargo, aquí, sin embargo, en que el prestamista o capitalista, se cobra sus réditos y aun el principal del capital que entrega y transmite, todo ello, con los frutos del inmueble que recibe, precisamente, a esos efectos.

Es, asimismo, un contrato “real” en cuanto a su perfeccionamiento se refiere, así como en cuanto concierne al nacimiento de las obligaciones propias del mismo, pues que de ordinario surgen a partir de la inicial entrega de las cosas-objeto que integran el acuerdo.

SEXTO. No es imprescindible que el llamado acreedor anticrético, titular del derecho de goce y disfrute, posea o explote económicamente de manera directa o personal, a tal efecto, el inmueble dado en anticresis, por lo que podrá gestionar las utilidades de las que aquél fuere susceptible a través de terceros.

SEPTIMO. La primera posibilidad que nos ofrece la figura, lejos de la hipoteca, es la de que, en el mercado del crédito o en el sistema financiero, se considere la utilidad de poder conceder créditos o préstamos a cambio del disfrute y explotación económica de un inmueble hasta hacerse pago el acreedor, por completo, del importe de la deuda contraída por el deudor con la Entidad. Entre otras ventajas adicionales no menos importantes, el deudor, en principio, no perderá nunca la propiedad de su fundo (o vivienda...?) a través de un proceso como el sumario hipotecario, pues que, por definición, ni hay hipoteca, ni hay garantía ni hay ejecución “ad hoc”. Estamos aquí en presencia de un contrato de anticresis llamado a desempeñar una función especial e íntegramente solutoria. Ni ampliación de activos inmobiliarios ni eventual ejecución o “expropiación” de clase alguna. Tan sólo un posible instrumento financiero para posiciones deudoras actuales o futuras transacciones comerciales. Ello, además, por durante todo el tiempo necesario o previsto por las partes para pagar la deuda del deudor propietario del inmueble.

La ilimitación en el tiempo o falta de término final de la relación jurídico-real creada en absoluto debe ser una dificultad técnica que impida la eficacia y aun la inscripción que procediere. Tal ilimitación termina cuando se hubieren percibido tantos frutos cuantos bastaren para la total satisfacción de la prestación convenida con el deudor del capital o de la obligación de cuyo cumplimiento (y necesaria evaluación) se trate.

Todavía, empero, se podría pactar dicha figura, con la misma finalidad solutoria y, por tanto, de pago o cumplimiento de la deuda contraída, por durante un

cierto tiempo, lo que las partes estimarían prudencialmente. En dicho caso, la llegada del término pondría fin a la relación, salvo prórrogas debidamente concertadas, con la rendición de cuentas pendientes y el necesario ajuste contable por el saldo resultante que proceda.

OCTAVO. Para el caso expuesto en el antecedente numeral ordinal, sería incluso posible que el deudor anticrético fuera el auténtico poseedor efectivo del inmueble y restara como titular de la posesión del mismo en concepto de “arrendatario”, puesto que el acreedor anticrético, titular del pleno derecho real del goce de la finca (o si quiere, poseedor del derecho real de anticresis, figura posible en el Derecho español) puede, no solamente, ceder el control a terceros, a fin de gestionar la actividad de explotación y percepción de frutos de que se trate en cada caso, sino también ceder el uso (no el disfrute) al mismo propietario que, sin dejar de serlo, abonaría las utilidades concertadas al acreedor titular del derecho de anticresis.

NOVENO. Todavía más. El Código Civil español de 1889, abierta la cuestión, atendidas sus normas y rectamente entendidos sus precedentes institucionales, acaso sin saberlo plenamente o sin pretenderlo, está posibilitando la repriminación o, cuando menos, brindando al mercado hipotecario una vieja presunta genuina función helénica de la anticresis (interpolada por los compiladores justinianos del siglo VI d.c.): la anticresis como doble o contrario mutuo o préstamo según los clásicos. Ni mutuo ni comodato como “tipos” legales. Se trataría, desde luego, de un contrato, de facto innominado, atípico mas perfectamente posible al amparo de la libertad contractual.

En dicha especie, capitalista y titular de inmueble se limitarían a cambiar el uso y disfrute de un capital en dinero por el uso y disfrute de un inmueble fructífero por durante el tiempo concertado por ambos. Finalizado el plazo estipulado convencionalmente, se devolverían recíprocamente fundo y numerario, sin nada que reclamarse (fuera de causas concretas por daños u otros aconteceres), pues cada uno de ellos aplicó su tiempo y sus saberes a la consiguiente explotación de determinados recursos. Contrato “aleatorio”, pues, en el que la suerte puede jugar en contra de una equivalencia previsible o querida por las partes, mas no asegurada ni consensuada.

DECIMO. En suma, se pretende distinguir, cuidadosamente, entre:

1. **pacto anticrético**, simple pacto agregado a un contrato accesorio de prenda o hipoteca, que se lleva a cabo (éste último) para asegurar o garantizar el cumplimiento de una obligación principal.
2. **derecho real anticrético** configurado convencionalmente como derecho real de garantía, con las limitaciones que tal posibilidad provocaría en la práctica, frente a las ventajas del derecho de hipoteca.
3. **contrato de anticresis de carácter solutorio**, que genera un derecho real de goce y disfrute indefinido en el tiempo pero limitado temporal y necesariamente a la percepción de cuanto se deba (a través de la valoración e imputación de los frutos de un determinado inmueble). Y
4. **“contrarium mutuum”** (cuya estela helenística se ha reivindicado tiempo ha), que tendría por función el puro intercambio temporal de capital ajeno por inmueble fructífero, con devolución íntegra de los objetos del contrato (esto es, capital e inmueble) transcurrido el término final pactado.

DECIMOPRIMERO: Las dos últimas posibilidades apuntadas (sub) 3. y sub 4. acaso pueden ser instrumentos jurídico-financieros puestos al servicio tanto del crédito territorial cuanto de los particulares intereses de deudores y acreedores, bien haciendo tabla rasa de las situaciones en curso, bien explorando nuevas fórmulas que optimicen la explotación de la propiedad inmobiliaria, rústica o urbana.



## NOTAS BIBLIOGRÁFICAS.

- (1). Vid. ROCA SASTRE, Ramón M<sup>a</sup>: “Instituciones de Derecho Hipotecario”. Obra ajustada al Programa para las Oposiciones libres a Notarías, publicado en el B.O.E. del 4 de Diciembre de 1940. Primera edición. Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1941. Tomo I, pág. 372 y sgs. S.E.U.O., es una institución ni siquiera nominada en la obra del celebrado D. Jerónimo González y Martínez “Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil”, (tres tomos) con semblanza y prólogo, respectivamente, de R. Núñez Lagos y J. Castán Tobeñas. Ministerio de Justicia. Madrid, 1948. Más modernamente, vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: “Derechos reales. Derecho Hipotecario”. Tercera edición. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1999. Tomo II, pág. 73 y sgs. O CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, B.: Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca. Aranzadi, 1993. Pág. 343. En general, y sobre legislación, doctrina, y derecho hipotecario, puede verse la magnífica obra LEYES HIPOTECARIAS Y REGISTRALES DE ESPAÑA. Fuentes y evolución. Editorial Castalia, Madrid, 1974.
- (2) Vid. BUSSI, Emilio: “La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (Diritti reali e diritti di obbligazioni). Passim. CEDAM, Padova, 1937.
- (3) Vid. Sobre la cuestión HERNÁNDEZ-MORENO, Alfonso- VIOLA DEMESTRE, Isabel: La subrogación en los derechos de crédito y la refinanciación de la deuda hipotecaria (A propósito de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios). En Contratación bancaria: jornadas celebradas en Tarragona, 6 y 7 de marzo de 1997 / coord. por Manuel Díaz Muyor y Pedro del Pozo Carrascosa. Universitat Rovira i Virgili. Marcial Pons, 1998.  
El origen “remoto” de la especie regulada por la citada Ley de 30 de marzo de 1994, cuya tramitación parlamentaria se inicia por IU en el Congreso de los Diputados, con ocasión y a propósito de un muy conocido artículo de prensa que, el 3 de Octubre de 1993 fue publicado en “La Vanguardia”, se genera, en realidad, a partir del encargo profesional de un asunto de relevante interés que, quien esto escribe, tuvo que “lidiar” en su despacho profesional de Barcelona, primero, y luego en Madrid, En efecto, lo que, en principio, no habría suscitado más problemas técnicos que los derivados de la compra de un inmueble en la ciudad de Barcelona, con el consabido pacto de “subrogación” en la deuda entre el vendedor y comprador, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 118 de la Ley Hipotecaria, y a la espera de la aprobación del acreedor respecto del cambio de deudor, se convirtió en un imposible, puesto que, de manera inesperada y sorprendente, dicho acreedor hipotecario no consentía en absoluto dicha subrogación en el débito, esto es, en definitiva, no quería cambiar de deudor, lo que hacía inviable para mi cliente la operación. Sea por la razón que fuere, el caso es que,

como es natural, mi representado, de mucha mayor y mejor y acreditada solvencia que la propia del deudor hipotecario, no podía arriesgarse a llevar a cabo una operación en virtud de la cual, aun habiendo pagado el precio concertado por la compra, seguía vinculado al cumplimiento de la deuda por parte del propietario deudor hipotecario, único deudor titular para el acreedor, por cierto, titular, a su vez, de un préstamo sindicado de notable cantidad, agenciado por una Caja española.

Sólo falta decir que, a la sazón, los precios del dinero seguían bajando, moderadamente pero de forma continua. Tras muchas e intensas discusiones, me vi “obligado” a sugerir la eventual aplicación del artículo 1.211 del Código Civil que, por resumir, venía a hacer posible la “sustitución forzosa” o “invito domine” del propio acreedor de la relación jurídico-real existente, “imponiendo” a un nuevo acreedor que, previo pago del capital pendiente al anterior acreedor y mejorando las condiciones financieras del préstamo en cuestión, aceptara después una compra del inmueble hipotecado por parte de mi propio cliente y por tanto, en resumidas cuentas, un nuevo deudor a quien consentía tal sustitución.

Acaso la porfía, la suerte, la propia personalidad de mi cliente, o la eventualidad de un pleito que, a mi modo de ver, estaba ganado de antemano, hicieron posible la operación. Primero, así, pues, se cambió al acreedor hipotecario y, una vez éste tuvo que soportar la sustitución forzosa, recibiendo, eso sí, el total importe del capital pendiente de amortización de la relación jurídica crediticia (que persistía inalterada), se pasó a la instrumentación de la compra al propietario en los términos exigidos por el citado art. 118 de la LH y demás concordantes, aprobando expresamente el nuevo acreedor (impuesto vía art. 1.211 C.C.) la “subrogación” de deudores. Todo ello, en maratónica y tormentosa firma, el 31 de Julio de 1992, en la Notaría de D. Agustín Sánchez Jara, Notario de Madrid.

A partir de aquí, la historia es conocida. Mi querido amigo, D. Fernando P. Méndez González, entonces Decano de la Delegación Territorial de Cataluña, del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, y yo mismo, firmamos tiempo después el citado artículo de prensa, cuya “revolucionaria” doctrina, que generalizaba el supuesto descrito, Ramón Espasa llevó al Congreso de los Diputados, que más tarde aprobó la Ley por absoluta unanimidad.

- (4) Para comenzar, y desde un punto de vista estrictamente filológico y/o etimológico, nos recuerda, por ejemplo, el Diccionario de la lengua española, de la Real Academia Española, edición vigésimo segunda, año 2001, que anticresis, sujeto femenino, es un “contrato” en que el deudor consiente que su acreedor goce de los frutos de la finca que le entrega, hasta que sea cancelada la deuda. O el Diccionario de uso del español, de María Moliner, edición abreviada, Editorial Gredos, Madrid, 2000, que es un “contrato” en virtud del cual un acreedor disfruta de los frutos de la finca **hipotecada**, aplicándolos al pago de la deuda.

Curiosamente, el insigne Joan Corominas, en su Breve Diccionario etimológico de la lengua castellana, décima reimpresión de la tercera edición, Gredos, Madrid, 2000, sin pronunciamientos específicamente jurídicos sentencia (y anticipa) que, proveniente de la palabra griega “anticresis”, el término designa, sin más, el uso de una cosa en lugar de otra, del verbo *khromai*, esto es, “yo empleo”. El propio Joan Corominas, en su im-par Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico, Gredos, Madrid, 1980, cita, en la voz anticresis, como 1ª doct. a Andrés Bello, ínclito lingüista y jurista, mentor especialísimo del Código Civil de Chile de 1855. Puede verse, en general, la estupenda obra de BELLO, Andrés: Gramática de la lengua castellana. Edaf. Madrid, 1984. Sorprende, de otro lado, que sea una palabra desconocida para Sebastián de COVARRUBIAS, vid. Tesoro de la lengua castellana o española, obra, de 1611, edición facsímil de 1943, preparada por Martín de Riquer. Alta Fulla, Barcelona, 2003. Puede verse también BÁRCIA, Roque: “Primer (...? el interrogante es mío) Diccionario General etimológico de la lengua española”. Madrid, Alvarez Hermanos, 1880. Tomo primero, voz Anticresis, pág.339.

Sorprendente y gratamente reza “expressis verbis” como sigue la voz “anticresis” de “La Gran Enciclopèdia en catalá”, vol. 02, Edicions 62, 2004: Dret real pel qual un deutor abandona en favor del seu creditor la possessió i l’usdefruit d’un immoble  **fins al pagament total del seu deute**.”

Y lo mismo el Diccionario Enciclopédico Abreviado, de Espasa Calpe, edición de 1977: “Contrato en que el deutor consiente en que su acreedor goce de los frutos de la finca que le entrega  **hasta que sea cancelada la deuda...**.”

Esto último viene a recordar las estimulantes y, a la vez, desconcertantes diferencias de criterio que el autor González Palomino ponía en boca de la general opinión, de un lado, y la opinión “ilustrada”, de otro, acerca del recto entendimiento del pronombre “ella” en el artículo 1.202 del Código Civil español, a propósito de los efectos de la compensación. A veces, parece que el sentido común está más de la mano de la primera que no de la segunda. Vid. GONZÁLEZ PALOMINO, José.: La compensación y su efecto. En Estudios jurídicos de arte menor. Vol II. Pág. 9 y sgs. Universidad de Navarra. Pamplona, 1964.

- (5) Por ejemplo, remitirse al artículo 1.861, en el que se pone de relieve la asegurabilidad de toda clase de obligaciones, pero no al número 1º (del artículo 1.857, que es en el que se exige la verdadera noción de garantía y seguridad del crédito.

Pueden consultarse, al efecto, los errores de las propias dos publicaciones del Código civil de 1889 en la Gaceta de Madrid. Vid. “El Código Civil. Debates parlamentarios 1885-1889”. Dirección de Estudios y Documentación del Servicio de Publicaciones de la Secretaría General del Senado. Madrid, 1989. Tomo Segundo, pág. 2.067, para la primera edición, y 2.107 para la segunda. Particularmente significativo, en mi opinión, lo que demuestra la indecisión generalizada acerca de la comprensión de la figura, es

el encabezamiento del artículo 1.857, que es al que se remite, para la regulación del contrato de anticresis, el artículo 1.886 C.C. Vid *ibidem*.

- (6) Así, *verbigratia*, el artículo 1.604 del Código civil, según el cual se constituye el censo cuando se sujetan algunos bienes inmuebles...” La naturaleza real del censo no impide, empero, como es obvio, que el censo pueda constituirse a través del correspondiente contrato de censo. Cfr., a propósito del censo a primeras cepas, el artículo 1.656 C.c. Por otra parte, la naturaleza real del derecho de censo no ofrece duda V así, el artículo 1.623 C. c., según el cual “los censos producen acción real sobre la cosa gravada”. Lo cual, tampoco aquí, como es natural, significa que el censalista tenga a su favor un derecho real de realización de valor, ejecutable a través de un procedimiento de ejecución singular privilegiado.
- (7) Vid. en este mismo Capítulo, el punto nº 3.
- (8) Sobre el “*pignus Gordianum*” puede verse, por ejemplo, KASER. Max, Derecho romano privado. Versión directa de la 5ª edición alemana por José Santa Cruz Teijeiro. Reus, s.a., 1968. Pág. 184. D’ORS, Álvaro, Derecho privado romano. Eunsa, Pamplona, 1968. Pág. 387. GUILARTE ZAPATERO, Vicente, Comentario al artículo 1.866 en Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Dirigidos por Manuel Albaladejo García. Tomo XXIII, Artículos 1.822 a 1.886, comentados por... Editorial Revista de Derecho Privado, Edersa, 1979. Pág. 424 y sgs.
- (9) Sobre remisión de normas puede consultarse SALVADOR CODERCH, Pablo, La figura de la remisión. En III Jornades de Dret catalá a Tossa: La reforma de la Compilació: El sistema sucesori. Tossa de mar, 26-29 de Septiembre de 1984. Pág. 235 Y ss.
- (10) Sobre negocios accesorios, vid. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. Derecho civil I. Introducción y Parte general, volumen segundo. Sexta edición, Librería Bosch. Barcelona, 1980. Pág. 161 Y ss.
- (11) Vid. DE DIEGO, Felipe Clemente, Instituciones de Derecho civil español. Imprenta de Juan Pueyo. Madrid, 1930. Volumen II. Pág. 441 y sgs. No entendemos la interpretación de PUIG BRUTAU, cuando dice que “el art 1.857, aunque sólo está aludido con referencia a su párrafo segundo (1) (sic) (se está refiriendo a la remisión que hace el artículo 1.886 del Código civil a diversas disposiciones de la prenda e hipoteca) ha de ser igualmente aplicable a la anticresis por lo que se refiere al párrafo primero” ...? De qué párrafos primero y segundo habla aquí nuestro autor...? Vid. PUIG BRUTAU, José, Fundamentos de Derecho civil. Tomo III, segunda edición. Volumen III, Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1974. Pág. 5 y ss., especialmente, 18 “in fine”.

- (12) Hay que señalar, en línea de principio, la curiosa opción que el segundo párrafo del artículo 1.884 da al acreedor, en caso de impago, amén de la referencia a la Ley procesal, cuando lo más lógico habría sido, al margen, por el momento, de la naturaleza inmueble del fundo en cuestión, de considerarse la anticresis como un derecho real de realización de valor, remitirse o usar de un procedimiento similar al establecido por el artículo 1.872 para el caso de la prenda. Un estudio, en particular, del citado precepto, punto clave, en nuestra opinión, de la regulación legal, se hará en el Capítulo V.
- (13) En este sentido, la anticresis, según luego se verá, es un derecho real contractual, aparte de una obligación real. Vid. sobre esto último GARCÍA GOYENA, Florencio: Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español. Reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Prof. Lacruz Berdejo y una tabla de concordancias con el Código civil vigente. Zaragoza, 1974. Pág. 548 y ss., especialmente 552 y 553. De otra parte, el negocio constitutivo de la anticresis tiene una naturaleza dispositiva por lo que, versando además sobre bienes inmuebles, debe exigir en el deudor propietario del fundo la capacidad necesaria para disponer de los mismos (cfr. art. 323 C.c.), exige escritura pública (cfr. art.1.280, 1º, C.c.), etc.
- (14) Para la doctrina española contemporánea, de una manera sorprendente a mi juicio, la naturaleza de la anticresis no ofrece grandes dudas, ya que para la generalidad de los autores se trata, sin más y solamente, de un derecho real de garantía. Así, por citar tan sólo algún ejemplo, el Prof. ALBALADEJO, para quien la anticresis es “el derecho real que puede tener el acreedor de una obligación principal, sobre un inmueble ajeno, en cuya virtud, para garantizar el cumplimiento de aquélla y el cobro de los intereses que devengue, está facultado para poseerlo (si no se excluyó), percibir sus frutos y promover su enajenación si es incumplida, y que le sea hecho preferentemente pago con el precio”. Vid. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, Derecho civil, III, Derecho de bienes, volumen segundo. Reimpresión de 1977, pág. 266. O para Díez-Picazo y Gullón Ballesteros, en Sistema de Derecho civil, volumen III, Derecho de cosas, Madrid, Tecnos, 1978, pág. 478, según los cuales “la anticresis concede al acreedor un derecho de disfrute, que el Código civil simboliza (?) (sic) en la percepción de los frutos de un inmueble, para la satisfacción de su crédito; por esto debe imputar los al pago de intereses y capital debido. Pero no ha de olvidarse otra faceta de la anticresis: su naturaleza de derecho real de garantía, con el consiguiente poder de realizar el valor del bien gravado”. Vid., más modernamente, del mismo autor citado Díez-Picazo, Luis: “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”. Tomo VI. Derechos reales. Civitas/Thomson Reuters. Pág. 535 y sgs. Madrid, 2.012. O Puig Peña, Federico: Compendio de Derecho Civil español. Ediciones Nauta S.A. Barcelona, 1966. Tomo II. Derechos reales. Pág. 792 y sgs, con alguna interesante observación sobre la

función de la anticresis y un “presunto” renacimiento de la figura en una Resolución de la Dirección General de los Registros de 11 de Mayo de 1932. Vid. *ibidem*, pág. 793. O también ALBACAR, José Luis y SANTOS BRIZ Jaime, “Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia. Tomo VI, 2º. Cuarta edición. Edigrafos S.A. Madrid, 1995. Pág. 1.294 y sgs. También, aunque muy escasamente, CORDERO LOBATO, Encarna. Comentario a los arts. 1.881 a 1.886 del C.c., en *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, Rodrigo. Tirant lo Blanch, Valencia 2.013.

- (15) Institución desconocida en la Ley de Partida. Puede cfr. “Las Siete Partidas del sabio Rey D. Alfonso el IX”, con las variantes de más interés y con la glosa del Lic. Gregorio López.....vertida al castellano y extensamente adicionada..... por Ignacio Sanpots y Barba, Martí de Eixalà y José Ferrer y Subirana. Barcelona. Imprenta de Antonio Bergnes, 1843. En cualquier caso, institución “innominada”, si bien parece prohibir lo que sería un “pacto anticrético”. Vid. la Partida 5ª, Título XIII, Ley 2ª. Vid. también, por ejemplo, BERNI Y CATALÁ, Joseph: *Apuntamientos sobre las Leyes de Partida al tenor de Leyes Recopiladas, Autos acordados, Autores Españoles, y práctica moderna*. Valencia, año MDCCLIX. Quinta Partida, Tít. XIII, L.2. Pág. o folio 92
- (16) Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: El Anteproyecto de Código civil español (1882-1888). En *Centenario de la Ley del Notariado*. Sección cuarta, Fuentes V Bibliografía. Volumen 1. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Madrid, 1965. Pág. 718.
- (17) Vid. LASSO GAITE, Juan Francisco: Crónica de la Codificación española. IV.Codificación civil. Volumen 1. Ministerio de Justicia. Comisión General de Codificación. Madrid, 1970. Pág. 578 Y ss.
- (18) Vid. LASSO GAITE, Manuel, Crónica cit. *Ibidem*. pág. 562.
- (19) Vid. LASSO GAITE, J.F.: Crónica cit. *Ibidem*, pág. 579.
- (20) Vid. LASSO GAITE, J.F.: Crónica cit. *Ibidem*, pág. 559. José Mª Antequera y Bobadilla era el Secretario de la Comisión General de la Comisión de Codificación. Vid. LASSO GAITE, J.F. cit. *Ibidem* pág. 99, nota (5)
- (21) Vid. GARCÍA GOYENA, Florencio: Concordancias, motivos y comentarios cit. Comentario al artículo 1.772 del Proyecto. ....
- (22) Vid. GARCÍA GOYENA, Florencio: Concordancias, motivos y comentarios cit. Comentario al artículo 1.771 del Proyecto.

- (23) Vid. LASSO GAITE, J.F.: Crónica cit. IV, volumen segundo. Anteproyecto de 1836. Pág. 262.
- (24) Vid. GARCÍA GOYENA, Florencio: Concordancias, motivos y comentarios cit. Pág. 921, al principio.
- (25) Vid. ESCRICHE, Joaquín: Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia. Nueva edición reformada y considerablemente aumentada...por los Doctores León GALINDO Y DE VERA y, José VICENTE CARAVANTES. Voz Anticresis. Tomo 1. Madrid, 1876.
- (26) Hasta la Ley de 14 de Marzo de 1856 no se abroga la tasa legal del interés. Sobre la misma vid. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español. Tratado de las Obligaciones. Segunda edición. Tomo V. Madrid. 1871. Pág. 191 y ss. A propósito del interés del dinero vid. también GARCÍA GOYENA, Florencio: Concordancias, motivos V comentarios cit. Pág. 862 Y 55. Y en referencia a las “usuras” vid. HEINECIO, Juan: Tratado de las Antigüedades romanas para ilustrar la Jurisprudencia, arreglado según el orden de las Instituciones de Justiniano. Traducido del latín al castellano por D. Francisco Lorente. Tomo segundo. Madrid 1845, pág. 57 V ss.
- (27) Vid. sobre esto la “Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861”, En Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución Tomo 1. Editorial Castalia, Madrid, 1974. Pág. 223 y ss.
- (28) Vid. FENET, P.A.: Récueil complet des travaux préparatoires du Code civil. Tome XV. Réimpression de l'édition 1827. Otto Zeller. Osnabrück, 1968. Pág. 192 y ss. Y el tomo I en cuanto a la información pedida y obtenida de los Tribunales.
- (29): El párrafo primero de la Ley 11 del Título Primero del Libro XX del Digesto de Justiniano, según texto del juriconsulto MARCIANO dice así:  
“Si anticresis facta sit, et in fundum, aut in aedes aliquis inducatur, eousque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur, quum in usuras fructus percipiat au locando, aut ipsem percibiendo habitandoque; itaque si amiserit possessionem, solet in factum actionem uti”.
- Es decir: “Si se hubiera hecho anticresis, y alguno fuera introducido en un fundo, o en una casa, retiene la posesión en lugar de prenda hasta tanto que se le pague su dinero, puesto que por los intereses percibirá los frutos, o dándolos en arrendamiento, o percibiéndolos él mismo, y habitando; y así, si se hubiere perdido la posesión, suele usar de la acción por el hecho”. Traducción directa del latín por.... vid. GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso

L.: Cuerpo del Derecho Civil Romano. Primera Parte: Digesto. Tomo II. Barcelona, 1892. Jaime Molinas Editor.

(30) Según el Derecho Romano clásico, en opinión de Fritz SCHULZ, el término “anticresis” no pertenece al lenguaje jurídico clásico, puesto que la única vez que aparece en el Digesto no se refiere a un supuesto en el que predio mismo concernido sea un predio hipotecado. Y, en cambio, sólo se refiere al uso o disfrute de una cosa (“chresis”) como recompensa de algo y **no necesariamente “antí toon tocón”** (esto es, a cambio, por el contrario o en vez de) o en compensación del interés. Cfr. SCHULZ, Fritz: Derecho Romano Clásico. Traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teigeiro. Bosch Casa Editorial, Barcelona 1960. Pág. 399, prf.730.

(31) Vid. “Corpus Juris civilis romani, in quo Institutiones, Digesta, ad Codicem Florentinum emendata, Codex item et Novelle.....cum notis integris DIONYSII GOTHOFREDI...” Neapoli, apud Januarium Mirelli Bibliopolam. MDCCCXXVIII. Tomo Segundo, pág. 181. Se ha manejado igualmente, a estos exactos efectos, y sobre el mismo texto, la edición de la misma obra de Gothofredus publicada en ANTUERPIAE, apud Joannem Baptistam Verdussen, MDCCXXVI, Tomo II, pág. 395.

Al respecto, es de tener muy en cuenta, que el mismo Godofredo citado, junto otros insignes, celebérrimos e insustituibles autores de la época (siglo XVI), como MOLINAEUS (Charles Dumoulin) o CUYACIUS (Jacques Cujas), DONELLUS Hugo (Donneau) o FABER (Antoine Faure), entre otros, forman ya parte del Renacimiento jurídico y del humanismo cultural y cultivan con esmero las fuentes clásicas, sobre todo histórica y lingüísticamente, dando lugar a lo que se ha venido en llamar la Jurisprudencia Elegante. A título de ejemplo, puede verse WIEACKER, Franz: “Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna. Aguilar. Madrid, 1957. Pág. 124. También, aunque fuera ya del derecho propiamente renacentista, puede verse la extraordinaria obra de SAVIGNY, F.K.v.: Storia del Diritto Romano nel Medio Evo. Prima versione del tedesco. Per Emmanuele Bollati. Multifrafia Editrice. Roma, 1972.

(32) Vid. D’ORS, Alvaro: Derecho Privado Romano. Ediciones Universidad de Navarra. S.A. Pamplona, 1968 Pág. 389 y nota 17 de la misma. KASER, Max: Derecho romano privado. Versión directa de la 5ª edición alemana por José Santa Cruz Teigeiro. Reus S.A. 1968. Pág. 144. Este autor refiere la especie, en ciertos casos, al, dice, “llamado –en el ámbito helenístico- pacto de anticresis”. La hipótesis, sugiere, por tanto, según la polisemia del término “pignus”, una eventual figura negocial sin constitución de prenda. En la misma dirección, MAYNZ, Carlos: Curso de Derecho Romano, traducido al español.....por Antonio José Pou y Ordinas. Jaime Molinas Editor. Barcelona, 1.892. Tomo I, pág. 958 y sg. Y también SCHULZ, Fritz: Derecho romano clásico. Traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teigeiro. Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1960. Tomo I, pág. 322. Vid. asimismo ARIAS RAMOS, J.: De-

recho Romano. Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1963, pág. 322. MIQUEL, Joan: Derecho Privado Romano. Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A. Madrid, 1992. Pág. 242 y ss. y, en especial, pág. 246, acerca de las más que probables y continuas “interpolaciones de los compiladores del Derecho Romano. BONFANTE, Pietro: Instituciones de Derecho Romano. Traducción de la 8ª edición italiana, por Luis Bacci y Andrés Larrosa. 4ª Edición. Reus, Madrid, 1965. IGLESIAS, Juan: Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado. Reimpresión de la sexta Edición. Ariel, 1979. Pág. 362, con expresiva e interesante nota 45. PANERO GUTIERREZ. Ricardo: Derecho Romano. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997. Pág. 469. GIRARD Paul Frédéric: Manuel Élémentaire de Droit Romain. Sixième édition. L. Arthur Rousseau. Rousseau et C. Paris, 1918. Pág. 543. SOHM, Rodolfo: Historia e Instituciones del Derecho Privado Romano. La España Moderna. Traducción de la 7ª edición alemana por P. Dorado. Madrid, s.f. Pág. 483, “in fine”. Vid. interesantes consideraciones al respecto en el insigne tratadista HEINECIO, Juan: Recitaciones del Derecho Civil, traducidas.....y .... por Luis de Collantes y Bustamante. Quinta edición, Valencia, Victorino León, 1870. Tomo II, pág. 73.

(33) Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: El Anteproyecto cit. Pág. 718, nota 359.

(34) En sentido parecido, dispone el artículo 884 del Código civil, en materia de legados, que respecto del legado genérico o de cantidad, los frutos o intereses corresponderán al legatario desde la muerte del testador “cuando el testador lo hubiese dispuesto expresamente”.

(35) Cómo se calculen, valoren e imputen los frutos percibidos, cuando éstos sean de distinta especie de lo estricta y exactamente debido es una cuestión distinta. De otra parte, cómo se podrían aplicar aquí normas como las de los artículos 1.170 o 1.166,1 del Código civil, si de lo que se tratase fuese únicamente de “devolver” lo prestado....?. Y el artículo 1.740 del propio Código civil.....?

(36) Vid. lo dicho anteriormente en el texto.. Si lo que tuviera que hacer el acreedor del artículo 1.881 fuese “devolver” un préstamo, la norma en cuestión sería, literalmente, inaplicable.

(37) Cfr., por ejemplo, los artículos 1.207, 1.193 o 1.847 del Código civil.

(38) Sobre imputación de pagos vid. BERCOVITZ y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo La imputación de pagos. Editorial Montecorvo, Madrid, 1973. El mismo: Comentarios a los artículos 1.172 y siguientes del Código civil. En Comentarios al Código civil y Compilaciones forales cit. Tomo XVI, volumen 1. Página 164 y sgs.

- (39) Lo mismo sucede para el caso del censo consignativo. Cfr., a tal efecto, el artículo 1.657 C.c.
- (40) El caso es que el Código civil español no habla para nada de un posible supuesto de prenda de inmuebles, como hace el Código civil francés. Independizada ya, históricamente, la noción de prenda como garantía relativa a los bienes muebles, no se comprende por qué la anticresis, siendo diversa de la hipoteca, tenga que constituir una garantía. Acerca de la evolución de las garantías reales puede verse KASER, Max: Derecho romano cit. Pág. 138 y ss. SCHULZ, Fritz: Derecho romano clásico. Traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teigeiro. Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1960. Pág. 387 y ss.
- (41) Sobre contratos reales vid. JORDANO BAREA, Juan: La categoría de los contratos reales. Barcelona, 1958. También KASER, M.: Derecho privado romano cit. 38, II. Pág. 176 y sgs.
- (42) Sobre intereses usurarios, vid. supra nota 7). El artículo 9 de la Ley de Usura de 23 de Julio de 1908 dispone que “lo dispuesto por esta ley se aplicará a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero cualesquiera que sean la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido”.
- (43) Sobre la inescindibilidad del “uti-frui” vid. D’ORS, Álvaro: Derecho privado romano cit. Pág. 203 y ss. También D’ORS-BONET CORREA: El problema de la división del usufructo. ADC, 1952.
- (44) El sentido del artículo 1.881 excluye, obviamente, la aplicación del artículo 1.870 C.c., puesto que la fruición presupone el uso. De otro modo se aplicaría el artículo 354 c.c. Empero, todavía podría distinguirse entre la posesión del derecho de fruición sobre un inmueble, para deslindarlo, así de la posesión física e inmediata sobre el fundo mismo. Ello es posible porque, en el Derecho español, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho alemán, cabe hablar de posesión de derechos y posesión de cosas. En efecto, el Código civil español, en sus artículos 430 y sgs. así lo permite. En el mismo sentido, pueden verse los art. 521-1 y sgs. del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña.
- (45) Vid. MARTÍN PÉREZ, Antonio: La posesión. Zaragoza, Editorial Noticiero s.a., 1958.
- (46) Las consideraciones del texto no prejuzgan que la anticresis sea, también, un derecho real. Pero no solamente por la ambigüedad de las normas citadas, que nunca excluyen, antes bien presuponen que la anticresis sea un derecho real, sino de acuerdo con la

libertad de contratación que propugna el Código civil (cfr. el artículo 1.255) ligada a la posibilidad de creación de derechos reales (cfr. el artículo 2, segundo, de la Ley Hipotecaria).

- (47) Por cierto que la retención posesoria ni siquiera es un elemento esencial en la posición jurídica del acreedor anticrético. Cfr. el artículo 1.883,2 C.c. Vid. sobre el particular ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: Derecho civil cit. n, pág. 239 y ss. y, allí, bibliografía.
- (48) Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS. Manuel: la herencia y las deudas del causante. Instituto Nacional de Estudios jurídicos. Madrid, 1967. Pág. 323 y ss.
- (49) Vid. ROCA SASTRE, Ramón M<sup>a</sup>: Derecho Hipotecario. Sexta edición Tomo IV, volumen 1<sup>o</sup>. Pág. 192 y ss.
- (50) Vid. D'ORS-BONET CORREA: El problema de la división cit.
- (51) Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS. Manuel: La herencia y las deudas del causante cit., ibidem. ROCA SASTRE, Ramón M<sup>a</sup>: Derecho Hipotecario cit. ibidem.
- (52) Vid. DÍEZ PICAZO-GULLÓN BALLESTEROS: Sistema de Derecho civil IV, segunda edición, 1982. Pág. 704.
- (53) Que es la tesis mantenida por los Prof. DIEZ PICAZO y GULLON BALLESTEROS citados en nota anterior. Ob. y loc. citados.
- (54) Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: El Anteproyecto de Código civil español cit. Pág. 705 y ss.
- (55) Vid. GARCÍA GOYENA, Florencio: Concordancias, motivos y comentarios cit. Comenta García Goyena, al respecto: “Este párrafo viene a ser el artículo 2.077 Francés, 1.947 Napolitano. 2.130 Sardo, 1.562 de Vaud, y creo que en rigor podrían suprimirse así como nuestro párrafo y la ley 20 al principio, título 1, libro 20 del Digesto, que es su original, y nada establece de nuevo o especial”. Pág. 922.
- (56) Vid. LASSO GAITE, J.F.: Crónica de la Codificación española cit. Tomo IV, vol.1<sup>o</sup>, ibidem.
- (57) La norma del artículo 1.884,2 del Código civil no supone, a mi juicio, concesión alguna de “ius distrahendi” al acreedor, por más que la doctrina español contemporánea así lo estima unánimemente. Vid. infra lo que sigue y, especialmente, el Capítulo V.

(58) Cfr. el artículo 1.883, I C.c., según el cual se está en presencia de un derecho real de disfrute mientras la deuda no se haya pagado....!

(59) Cfr. los antiguos artículos 15 y 16 del ya derogado Texto refundido de la Contribución Territorial Urbana, de 12 de mayo de 1966, así como el artículo 16 del también ya derogado Texto Refundido de la Contribución Territorial Rústica y Pecuaria, de 23 de Julio de 1966. Hoy, la regulación y el texto vigente de tales tributos, reunidos en el único denominado Impuesto sobre Bienes Inmuebles, se halla en el R.D. Legislativo 2/2004, de 5 de Marzo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. Pueden verse, al respecto, y sobre el citado Impuesto sobre bienes inmuebles, los arts. 60 y sgs. de dicha Ley Reguladora.

A primera vista, podría decirse que, de considerar el art. 1.882 del Código Civil español la obligación tributaria como un elemento esencial del tipo “anticresis” regulado por el mismo, tal norma habría venido ya derogada, tiempo ha, en virtud de una clara derogación tácita (que exige posterioridad de la regulación, identidad de materia y normativa contraria) por la que tales contribuciones corresponden no al poseedor que goza y disfruta sino al propietario. Mas tal hipótesis no creo haya sido la prevista: en primer lugar, porque una cosa es el contrato-ley que haya de regir entre las partes desde el punto de vista “dispositivo” legal meramente civil, y otra la norma imperativa de derecho público derivada de la legislación tributaria, para la que el único obligado es el sujeto pasivo que sea propietario (y, obviamente, el acreedor anticrético no lo es). En segundo término, la propia ley civil permite en el referido art. 1.882, al efecto, pacto en contrario, supuesto en el que coincidirían propietario fiscal y deudor civil.

En última instancia, igualmente se ha de deducir, contable, económica y jurídicamente de los frutos percibidos por el acreedor anticrético, no solamente los importes destinados a tales menesteres tributarios, sino también los que se empleen por aquél en la realización de gastos necesarios para la conservación y reparación de la finca, tal y como se dispone en los apartados segundo tercero del reiterado art. 1.882 del Código civil. Y, cómo no, el acreedor-poseedor anticrético “puede siempre obligar al deudor a que entre de nuevo en el goce de la finca, salvo pacto en contrario, lo cual, a mi juicio, confirma que el acreedor anticrético no es nunca un necesario poseedor “inmediato” de la finca dada en anticresis y, por tanto, el goce y consiguiente fruición, o aun explotación puede ejercerlos a través de terceros.

(60) Ha de tenerse en cuenta, empero, que, en lo que a nosotros interesa, en la anticresis nunca se transfiere el dominio de la finca, a diferencia de lo que ocurre en materia de censos. Cfr. el artículo 1.604 y sgs. del Código civil. Por consiguiente, y en su caso, el tenedor-poseedor de la finca dada en anticresis, esto es, el acreedor anticrético, que ocuparía una posición similar, en lo que a control de la cosa se refiere, al censatario de una finca, no es, sin embargo, el propietario del fundo y por tanto, como ya se ha dicho,

no será sujeto pasivo alguno del Impuesto sobre bienes Inmuebles, que tan sólo recae sobre el propietario. En cambio, será el correspondiente contribuyente en relación al derecho real del que disfruta, es decir, el “ius utendi et fruendi”.

Digamos, en fin, que (esta vez con aparente apoyo en la mecánica civilista derivada de una cierta aplicación de las normas del Código Civil en la materia), parece entenderse que la ley tributaria parte de la base de la naturaleza de la anticresis como la de un derecho real de garantía y, en consecuencia, de realización de un valor en cambio, al igual que lo dispuesto para la prenda y la hipoteca. Vid. sobre el particular los arts. 10,2,c, 15 y 16 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados de 24 de Septiembre de 1993, y los arts. 13, 25 y 44 del Reglamento de 29 de Mayo de 1995.

(61) Vid. sobre el particular GUILARTE ZAPATERO, Vicente: Comentarios a los artículos 1.822 a 1.886 del Código civil. En Comentarios al Código civil y Compilaciones forales cit. Pág. 539 y ss.

(62) Vid. LASSO GAITE, J.F.: Crónica cit. ibidem Torno IV, I.

(63) Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: El Anteproyecto cit. pág. 707.

(64) Vid. GARCÍA GOYENA, Florencio: Concordancias, motivos y comentarios cit. Pág. 925. Dice nuestro autor que “todos estos artículos (que cita anteriormente, hablan del crédito que produce intereses y se da en prenda: fuera de este caso, apenas se concibe que una cosa mueble pueda producir frutos: sin embargo, la Comisión quiso que se conservara esta palabra por la posibilidad de que ocurriera algún caso, aunque raro, de aplicación”.

(65) D’ORS, en su Derecho privado romano citado: “puede pactarse también la renuncia del pignorante a reclamar los frutos producidos por la cosa durante el tiempo de su retención, a cambio de renunciar el acreedor al cobro de los intereses de la deuda: este es el pacto llamado antichresis. De no pactarse así, el valor de los frutos percibidos por el acreedor debe imputarse primeramente a los intereses, pero si excede de la cuantía de éstos se imputa a la deuda del capital, y si aún excede, se convierte en “superfluum”. En la nota 17 de la página 389, el mismo autor, en relación al Digesto 20 1. 11, 1, dice que anticresis significa literalmente “contra goce”, compensándose el uso del dinero con el disfrute de la prenda. Lo que no se explica es la afirmación de que, no habiéndose pactado derecho de fruición alguno, los frutos percibidos por el acreedor prendario deban imputarse a los intereses, primero, y luego al capital, puesto que ello presupone la adquisición de los frutos por parte de aquél. Es que resulta de aquí que cuando la prenda versa sobre una cosa fructífera, mueble o inmueble, existe un deber legal (?)

impuesto al acreedor que le obliga a percibir primero y a imputar después.....? Es que cabe relacionar esta obligación con el deber del acreedor de que la cosa ajena fructífera que retiene en su poder produzca los rendimientos ordinarios normales de que la cosa sea susceptible.....? y responde entonces el acreedor pignoraticio por un “furtum usus” omisivo, dada su obligación de custodia (ampliable a los inmuebles según los Sabinianos -vid. el propio D’ORS. pág. 349-), que exigiría una “exactísimas diligencia”.....?. Comenta HEINECIO (vid. su Tratado de las Antigüedades romanas citado Título XV del Libro III, vol. 2º, pág. 57 y sgs.) que los antiguos juristas romanos creyeron que las cosas inmuebles también podrían robarse. Y cita la Ley 38 del Digesto “De usurpationibus et usu” así como a Aulo Gellio en sus Noc. Attic., XI, 18. Agrega que quien lo prueba es Feder. Gron, en sus Obs. I,4, pág. 42.

Por su parte, BONFANTE, Pietro, en sus Instituciones de Derecho romano, traducción de la 8ª edición italiana por L. Bacci V A. Larrosa. 49 edición española, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1965, que “el acreedor pignoraticio no tiene derecho a usar de la cosa pignorada, salvo el consentimiento del pignorante. Se puede también pactar que los frutos de la cosa vayan a cuenta de intereses, y semejante pacto se llama anticresis”. Vid. obra citada, pág. 461.

KASER, Max, en fin, en su Derecho romano privado cit. comenta que el acreedor puede utilizar la cosa pignorada solamente cuando se lo permite el pignorante (el subrayado es nuestro). Con la anuencia de éste, podrá también percibir los frutos de la cosa imputándolos primeramente al pago de los intereses y luego al del capital (amortización). Puede también pactarse que el acreedor haga suyos los frutos, sin imputación alguna. Este pacto constituye el llamado en el ámbito helenístico pacto de anticresis (prenda de disfrute, vid. Marciano, D., 20,1,11,1. Distingue, así pues, KASER, perfectamente entre un pacto de anticresis de carácter compensatorio y una anticresis nacida en funciones de amortización. Se trata de dos pactos esencialmente distintos. Pero señala el autor asimismo la dependencia de tales pactos del contrato de prenda al cual ordinariamente se agregan y sin el que no tienen posibilidad de existir. Lo mismo hace, hoy, el Código civil alemán en sus §§ 1.213 y 1.214.

- (66) Vid. BATLLE VÁZQUEZ, Manuel: Voz Anticresis, en Nueva Enciclopedia jurídica Seix. En mi opinión, la simple llegada del plazo al que se hace referencia en el artículo 1.884 del C.c. estaría facultando al acreedor para pedir el pago de la deuda o la venta del inmueble, porque, sencillamente, se trata de una anticresis a plazo, convenida a término cierto, en ese caso, habría que atender a la posibilidad de que se hubiere convenido un derecho de realización de valor de una anticresis ya inexistente por llegada del término. De cualquier manera, ello plantea el arduo problema de saber qué clase de derecho se trata y cómo se hace valer, máxime cuando el propio Código civil se remite a la Ley de Enjuiciamiento civil, sin mayores ni ulteriores precisiones (ayer a la LEC de 1881, hoy, lógicamente, a la del 2000) y no, por ejemplo, “more analógico” a las

normas del instituto más próximo a la anticresis, cual la prenda, en el artículo 1.872. Con todo, lo más lógico habría sido, cómo no, la remisión a las normas de la Ley Hipotecaria, ya vigente desde 1861, Ley que, además, incorpora, tras la reforma de 1909, el juicio sumario hipotecario. Vid. infra Capítulo V.

En todo caso, es obvio que, en todo caso de “impago” de la deuda dentro del plazo convenido, ni el Código Civil español, ni la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881, ni la Ley Hipotecaria de 1861, ni tan sólo la actual Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, permiten, prevén o autorizan procedimiento alguno similar al sumario hipotecario del antiguo 131 L.H. (antes del año 2000), ni tampoco al proceso de ejecución de bienes especialmente pignorados o hipotecados de los actuales arts. 681 y concordantes de la actual LEC, después del 8 de Enero del año 2001, que es la fecha de entrada en vigor de esta Ley, según se ordena en su Disposición Final Vigésima primera.

(67) Cfr. el Título XIII de la Partida V, sobre la prenda, y el Título I, sobre los préstamos, en ob. cit. “Las Siete Partidas del sabio Rey Don Alonso el IX”, con las variantes de más interés, y con la glosa del Licenciado Gregorio López...vertida al castellano y extensamente adicionada con nuevas notas y comentarios y unas tablas sinópticas comparativas, sobre la legislación española, antigua y moderna, hasta su actual estado, por D. Ignacio SANPONS y BARBA, D. Ramón MARTÍ DE EIXALÁ y D. José FERRER Y SUBIRANA. Tomo III. Barcelona, 1843. Pág. 5 y ss. y 293 y ss.

(67 bis) Sobre algunos particulares de la cuestión medieval, Instituciones o historia del Derecho puede consultarse, en general, la obra de Luis GARCÍA DE VALDEAVELLANO. En concreto, Estudios medievales de Derecho Privado. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977. O en Curso de Historia de las Instituciones españolas: De los orígenes al final de la Edad Media (1968). Madrid, Revista de Occidente, 1968.

(68) Vid. GARCÍA GOYENA, Florencio: Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español cit. Pág. 920 y ss.

(69) Vid. GARCÍA GOYENA, Florencio: Ob. cit, Pág. 862 y ss.

(70) Vid. GARCÍA GOYENA, Florencio: Ob. cit., ibidem.

(71) Vid. GARCÍA GOYENA, Florencio: Ob. cit., pág. 864 Y 865.

(72) Vid. GARCÍA GOYENA. Florencio: Ob. cit., pág. 920.

(73) Vid. GARCÍA GOYENA, Florencio: Ob. cit., pág. 921.

(74) Vid. GARCÍA GOYENA, Florencio: Ob. cit., pág. 925.

- (75) Vid. GARCÍA GOYENA, Florencio: Ob. cit. Ibidem.
- (76) Vid. GARCÍA GOYENA, Florencio: Ob. cit., Cometario al artículo 1.772 del Proyecto de 1851.
- (77) Cfr. los artículos 1.830 y 1.831 del Proyecto de Código civil de 1851.
- (78) Vid. LASSO GAITE, J.F.: Crónica de la Codificación española cit.IV, pág. 130 y sgs.
- (79) Vid. LASSO GAITE, J.F.: Crónica cit., IV, 2, pág. 262.
- (80) Vid. FENET, P.A.: Récueil complet des travaux préparatoires du Code civil cit. Tome quinzième. Pág. 194 y ss.
- (81) Vid. FENET, P.A.: Récueil cit. Pág. 203 y 213.
- (82) Vid. FENET, P.A.: Récueil cit. Pág. 219. Se trata del Discurso pronunciado por el tribuno GARY, a propósito de la discusión del Proyecto ante el Cuerpo Legislativo.
- (83) Vid. FENET, P.A.: Récueil cit. Pág. 192. Para la redacción definitiva del Consejo de Estado francés, pág. 199.
- (84) Vid. FENET, P.A.: Récueil cit. Pág. 202.
- (85) Acerca de la doctrina francesa de la llamada Escuela de la Exégesis pueden consultarse, a título de ejemplo, entre otros, los siguientes: BOILEUX, J.M., Commentaire sur le Code civil contenant l'explication de chaque article séparément... Quatrième édition. Paris, 1838. Tome troisième Pág. 611 y ss. DEMANTE-COLMET DE SANTERRE: Cours analytique de Code civil Continué par E. Colmet de Santerre depuis l'article 980. Tome huitième, Paris, 1884. Pág. 396 y ss. DELSOL, J.J. Explication élémentaire du Code Civil mise en rapport avec la doctrine et la jurisprudence. Troisième édition, revue, corrigé et augmentée avec la collaboration de Ch. Lescoeur. Paris, 1878. DELVINCOURT, M. : Cours de Code Civil. Ouvrage divisée en deux Parties. Paris, 1819. DEMOLOMBE, Ch. Cours de Code Napoléon. Paris, 1872. DURANTON: Cours de Droit civil suivant le Code français... Quatrième édition. Tome dixième. Bruxelles, 1841. Pág. 194 y ss. LAURENT: Principii di Diritto civile. Prima traduzione italiana. Volume XXVIII, s.f. Pág. 399 y ss. También LAURENT: Principes de Droit Civil. Bruxelles-Paris, 4<sup>e</sup> édition. 1887. MOURLON: Répetitions écrites sur le Code civil contenant l'esposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques Onzième édition. Tome troisième, Paris, 1883. Pág. 556 y ss.

PONT: Commentaire-traité des Petits Contrats. Tome second. En MARCADÉ, Explication théorique et pratique du Code Napoléon, contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence. Tome neuvième. Paris, Delamotte, 1867. Pág. 675 y ss. ROGRON: Les Codes expliqués par leurs motifs, par des exemples, et par la jurisprudence. Bruxelles, 1840. Pág. 396 y ss. TOULLIER, C.B.M. : Il Diritto civile francese secondo l'ordine del Codice.....Terza edizione napoletana conforme alla seconda, fatta sull'ultima edizione di Parigi.... Napoli, 1840. TROPLONG, R. Théodore: Comentario dei Privilegi e delle ipoteche. Segunda edición de la nueva versión italiana. Napoli, 1858. VUILLAUME: Commentaire analytique du Code Napoléon. Paris, 1855. Pág. 683 y ss. ZACHARIAE-CROME.: Manuale del Diritto Civile francese. Traduzione con note del Prof. Ludovico Barassi. Società Editrice Libreria. Milano, 1909. Vol. II. Pág. 182 y sgs.

- (86) Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: El Anteproyecto cit. Estudio preliminar del propio autor. Pág. 34 y ss.
- (87) Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS Manuel: Estudio preliminar citado en la nota anterior. Especialmente, las notas 109 y 110 del mismo. Páginas 35 y 36.
- (88) Vid. Código civil de la República Argentina. Anotado por Dalmacio VÉLEZ SANSFIELD. Edición de Buenos Aires, Igón Hermanos, Libreros-Editores, 1889. Pág. 540.
- (89) Vid. Código civil de la República Argentina cit. Pág. 542.
- (90) Vid. Código civil de la República Argentina cit. Pág. 541.
- (91) Vid. Código civil de la República Argentina cit. Pág. 541 Y ss.
- (92) Vid. Código civil de la República Argentina cit. Ibidem.
- (93) Vid. D'ORS y OTROS: El Digesto de Justiniano. Aranzadi, 1972. Tomo II, pág. 13.
- (94) Vid. El Código civil de la República Argentina cit. Pág. 542 Y 543.
- (95) Vid. El Código civil de la República Argentina cit. Pág. 217. Sobre la renuncia al "ius retentionis" vid. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: Derecho civil, III, volumen segundo. 5ª edición. 1983. Pág. 268 y ss.
- (96) Vid. MELÓN INFANTE, Carlos: Nota preliminar al Código civil alemán. Traducción directa del alemán al castellano acompañada de notas aclaratorias, con indicación de

las modificaciones habidas hasta el año 1950, por ...Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1955.

- (97) Vid. DE ASSO y DEL RÍO, Ignacio Jordán y DE MANUEL y RODRÍGUEZ, Miguel: Instituciones del Derecho civil de Castilla. 5ª edición. Madrid, 1792. Pág. 160 V ss., especialmente la 162.
- (98) Vid. PALACIOS, Joaquín María: Instituciones del Derecho civil de Castilla, que escribieron los doctores ASSO Y MANUEL, enmendadas, ilustradas y añadidas conforme a la Real Orden de 5 de Octubre de 1802. Tomo II. Séptima edición, primera ilustrada. Madrid, 1806. Pág. 23 y 24.
- (99) Vid. ÁLVAREZ, José María: Instituciones de Derecho real de Castilla y de Indias. Tomo II. La Habana, 1825. Pág. 26 y 27.
- (100) Vid. SALA. Juan: Ilustración del Derecho real de España. Tomo segundo. Coruña, 1837. Pág. 12 y 13.
- (101) Vid. SALA, Joannis: Digestum romano-hispanum ad usum tironum hispanorum ordinatum. Editio secunda. Tomus II. Matriti, 1824. Pág. 7.
- (102) Vid. GARCÍA GOYENA, Florencio y AGUIRRE, Joaquín: Febrero o Librería de Jueces, abogados y escribanos... Tomo IV. Madrid, 1842, Pág. 153 y ss.
- (103) Vid. GARCÍA GOYENA, Florencio: Concordancias, motivos y comentarios cit. Comentario al artículo 1650 del Proyecto de 1851. Pág. 862 y ss.
- (104) Aparte de los autores ya citados a lo largo del presente escrito, puede verse ALCALDE PRIETO, Domingo: Curso teórico-práctico, sinóptico-bibliográfico de Derecho civil español, común y foral. Valladolid, 1880. Pág. 201. FALCÓN, Modesto: Código civil español... Madrid, Centro editorial de Góngora, 1889. Pág. 416 y ss. GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro, y MONTALBÁN, Juan Manuel. Decimotercera edición, corregida y aumentada por Juan Manuel Montalbán. Tomo segundo. Madrid, 1881. Pág. 400 y sgs., especialmente. 408. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: Códigos o Estudios fundamentales cit. 4ª edición. Tomo quinto, Madrid, 1886. Pág. 284 y ss. RAMÓN DOMINGO DE MORATÓ: El Derecho civil español con las correspondencias del romano Valladolid, 1868. Tomo primero. Pág. 350 y 55. SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO, José: El derecho civil español (en forma de código)... Madrid 1871. Pág. 444 y ss. VALVERDE Y VALVERDE, Calixto: Tratado de Derecho Civil español. Cuarta edición, Talleres tipográficos Cuesta. Valladolid 1937. Tomo III, Pág. 729 y sgs.

- (105) Vid. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: Códigos o estudios fundamentales cit. Tomo V, pág. 284, “in fine” y 285.
- (106) Vid. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ. Benito: Códigos o estudios fundamentales cit. Ibidem.
- (107) Vid. ESCRICHE, Joaquín: Diccionario razonado cit. de Legislación y Jurisprudencia. Nueva edición reformada y considerablemente aumentada...por los Doctores León GALINDO Y DE VERA y, José VICENTE CARAVANTES. Ibidem. Pág. 556, col 1.
- (108) Vid. ESCRICHE, Joaquín: Diccionario razonado cit. Ibidem, col. II.
- (109) Vid. ESCRICHE, Joaquín: Diccionario razonado cit. Pág. 557. Col.1, al principio.
- (110) La ley 2 del Título XIII de la Partida V dice así: “Empeñarse puede toda cosa, quier sea nascida, o por nascer, assí como el parto de la sierua, e el fruto de los ganados, e de los arboles, e de las heredades, e todas las otras rentas que los omes han, de cualquier natura que sean, también las que son corporales, como las que no lo son. Pero, cualquier que esquilme o desfrute destas cosas sobredichas, el que las touiere a peños, tenuto es de lo descontar de aquello que dio sobre aquella cosa empeñada...”. Vid la glosa de Gregorio LÓPEZ sobre la palabra “descontar”, nº 8. En Las Siete Partidas del sabio Rey Don Alonso el nono... cit. Pág. 294 y 295 del tomo III.
- (111) Vid. ESCRICHE, Joaquín: Diccionario razonado cit. Pág. 557. col. 1, “in fine” y col. II
- (112) Vid. ESCRICHE, Joaquín: Diccionario razonado cit. Pág. 558, col.II
- (113) Vid. ESCRICHE. Joaquín: Diccionario razonado cit. Pág. 559. Col.I.
- (114) Citados habitualmente por los autores franceses, sobre todo MOLINAEUS y CUJACIUS y consultados por el que suscribe, se obvia la cita de citas. Sobre Molinaeus, cfr. Tractatus contractuum et usurarum, redituumque pecunia constitutorum....En Omnia quae estant opera, ex variis librorum apothecis, in quibus latebant, nunc primum eruta & typiis simul commisa. Editio novissima quinque tomis distributa. Parissis, MDCLXXXI. Sobre Cujacius, puede verse CUJACIUS, J.: Opera omnia.....Jurisconsultorum nostri saeculi Principis. Sumptibus Ioannis Pillehotte. Lugdunum, MDVI. 4 tomos. En concreto, cfr. el Tomo IV, Liber III Observationum. Col. 1.419.
- (115) Vid. ARNAUD. André-Jean: Les origines doctrinales du Code civil français. L.G.D.J. Paris, 1969. Pág. 111 y ss. y 206 y ss.

- (116) Vid. el «Eloge historique de M. Pothier», por M. Le Trosne, en Oeuvres de POTHIER. Tome 1. Traité des Obligations. Pág. 17 V ss. Edición Dabo Jeune, Paris, 1825.
- (117) Vid. POTHIER, R.J.: Le Pandette di Giustiniano riordinate da... Volume 1. Venezia, 1841. Pág. 933, col. 11.
- (118) Vid. POTHIER, R.J.: Le Pandette cit. Ibidem. nota 3.
- (119) Vid. POTHIER, R.J.: Le pandette cit. Ibidem, nota 4.
- (120) Vid. POTHIER, R.J.: Traité du contrat de nantissement. En Oeuvres complètes de Pothier. Tome IX. Paris, chez Tomine et Fortic. MDCCCXXI. Pág. 207. La traducción del texto es nuestra.
- (121) Vid. POTHIER, R.J.: Traité cit. en último lugar. Pág. 218.
- (122) Vid. POTHIER, R.J.: Traité de l'hypothèque. En Oeuvres complètes cit. Tomo XX. Pág. 295 y ss.
- (123) Vid. POTHIER, R.J.: Traité de l'hypothèque cit. Pág. 177, Artículo preliminar.
- (124) Vid. POTHIER, R.J.: Traité de l'hypothèque cit.. Pág. 296.
- (125) Vid. POTHIER, R.J.: Traité de l'hypothèque cit. Pág. 298.
- (126) Vid. POTHIER, R.J.: Traité de l'hypothèque cit. Pág. 298 V 299.
- (127) Vid. POTHIER, R.J.: Traité de l'hypothèque cit. Pág. 299 Y ss. Acerca de Loyseau, el autor citado por Pothier, en efecto, puede verse: LOYSEAU, Charles: OEUVRES, contenant les cinq livres de Droit des Offices, les Traitez des Seigneuries, des Ordres & simples Dignitez, du Déguerpiement & Délaissement par Hypothèque, de la Garantie des Rentes, et des Abus des Justices de Village. Nouvelle édition. A Paris. MDCLXXVIII.
- (128) Por ejemplo TROPLONG no la considera ni tan siquiera derecho real. Vid. la argumentación que sobre la opinión de este autor hace VÉLEZ SANSFIELD en El Código civil de la República Argentina cit. Ibidem. Vid. los autores citados supra en nota 76).
- (129) El artículo 2.085 del Code dice así: «L'antichrèse ne s'établit que par écrit. Le créancier n'acquiert par ce contrat que la faculté de percevoir les fruits de l'immeuble, a la charge de les imputer annuellement sur les intérêts, s'il lui en est dû, et ensuite sur le capital de sa créance». Por su parte, el artículo 2.091 del mismo Code establece que»

tout ce que est statué au présent chapitre ne préjudicie point aux droits que des tiers pour raient avoir sur le fonds de l'immeuble remis a titre d'antichrèse. Si le créancier, muni à ce titre, a d'ailleurs, sur le fonds, des privilèges ou hypothèques légalement établis et conservés, il les exerce a son ordre et comme tout autre créancier».

- (130) Vid. HEINECIO, Gottlieb: Llamada «Al lector». En Comentario académico y forense a los cuatro Libros de las Instituciones imperiales de Justiniano, anotado por J.G. Heinccio, de Arnoldo VINNIO. Traducido al castellano adicionado con las variantes del Derecho español y las diferencias más notables del Derecho Municipal de Cataluña por D.J. P. y B. Tomo 1. Pág. V y ss.
- (131) Vid. VINNIO, Arnoldo: Comentario académico y forense cit. Tomo 11. Pág. 708 y sgs. La traducción es algo insegura, por lo que puede consultarse la edición original latina. Vid. Arnoldi VINNII: In quatuor libros Institutiollum Imperialium Commentarius academicus, et forensis. Tomus secundus. Lugduni. Sumptibus Fratrum de Tournes, MDCCLXVII. Cap. VII, Lib II Juris Quaestiones Selectae. Pág. 118 y ss.
- (132) Vid. VINNIO, Arnoldo: Comentario académico y forense cit. Pág.708 y 709, col.1, al principio.
- (133) Vid. VINNIO, Arnoldo: Comentario académico y forense cit. Pág.709 y ss.
- (134) Vid. SALMASIUS, Claudius: De modo usurarum Liber. Lugduni Batavorum, ex Officina Elseviriorum. MDCXXXIX. Pág. 618 y sgs. Vid. la crítica que hace POTHIER, a propósito de la teoría de SALMASIUS, en materia de contrato de préstamo en su Traité du Contrat de Pret de consommation. En "Oeuvres" completas cit. Números 8 y sgs. del volumen VIII. Pág. 89 y ss.
- (135) Vid. supra nota 122).
- (136) Vid. De modo usurarum Liber cit. Pág. 618.
- (137) Vid. SALMASIUS, Claudius: De modo usurarum Liber cit. Pág. 618 y siguientes.
- (138) Vid. D'ORS y OTROS: El Digesto de Justiniano cit. Tomo 1. Pág.535.
- (139) Vid. SALMASIUS, Claudius: De modo usurarum Liber cit. Pág. 618: "Postrema haec verba puto esse adita á Triboniano".
- (140) Vid. SALMASIUS, Claudius: De modo usurarum Liber cit. Pág. 620.

- (141) Vid. D'ORS y OTROS: El Digesto de Justiniano cit. Tomo 1. Pág.536.
- (142) La expresión es del propio Salmasius. Vid. SALMASIUS, Claudius: De modo usurarum Liber cit. Pág. 622.
- (143) Vid. la glosa de D. GOTHOFREDUS a las palabras de la Le<sup>l</sup>) 14 del Título XXXII del Codex “ut vice usurarum domum inhabitaret...”, notas 18 y ss. En Corpus Juris Civilis Romani... Ob. cit. Editio Nova. Tomus quartus, Neapoli, MDCCCXXX. Pág. 381.
- (144) Vid. SALMASIUS, Claudius: De modo usurarum Liber cit. Pág. 627 “in fine” y ss. Vid. también la cita de POTHIER en nota 25). Así como HEINECIO, Tratado de las Antigüedades romanas cit. Título XV del Libro III. Volumen 2, pág. 57 y ss.
- (145) Sobre usuras vid. HEINECIO, JG.: Tratado de las antigüedades romanas cit. Ibidem.
- (146) La frase es de Florencio GARCÍA GOYENA. Vid. Concordancias, motivos y comentarios cit. Comentario al artículo 1.650 del Proyecto. Pág. 862 V ss.
- (147) Vid. GLÜCK, Federico: Commentarii alle Pandette, tradotto ed arricchito di copiose note e confronti col Codice civile del Regno d'Italia.... Libro XIII, tradotto ed annotato dai Professori .....Ignazio CUGUSI. Milano, 1906 Pág. 373 V allí nota 1 con abundante bibliografía.
- (148) Vid. GLÜCK, F.: Commentario cit. Pág. 374.
- (149) Vid. GLÜCK, F.: Commentario cit. Pág. 379.
- (150) Vid. GLÜCK, F.: Commentario cit. Pág. 380.
- (151) Vid. GLÜCK, F.: Commentario cit. Pág. 384.
- (152) Vid. GLÜCK, F.: Commentario cit. Pág. 385.
- (153) Vid. LAUTERBACH, Wolfgang Adam: Disputatio inauguralis de Jure Antichreseos. Respondente Georgio Friderico Wagner Eslingenf. d. 29 Sept. 1654. En DISSERTATIONES ACADEMICAE... Tubingae, Sumptibus & TVpis Joh. Georgii & Chris. Godofr. Cottarum. MDCCXXVIII. Pág. 225 y ss.
- (154) Vid. LAUTERBACH, W.A.: Disputatio cit. Pág. 233.

- (155) Vid. LAUTERBACH, W.A.: Disputatio cit. Pág. 237.
- (156) Vid. LAUTERBACH, W.A.: Disputatio cit. Pág. 238.
- (157) Vid. LAUTERBACH, W.A.: Disputatio cit. Pág. 239.
- (158) Vid. LAUTERBACH, W.A.: Disputatio cit. Pág. 239, número 30.
- (159) Vid. COCCEIUS, Henricus: Disputatio XXIX De antichresi. Resp. Johannes Stei-  
necken Brerna-Saxo. Anno 1678. En Exercitationes curiosae Lemgoviae, Typis & Im-  
pensis Henrici Wilhelm Meyeri, Aulae Lippiac. Typograph 1722. Pág. 253 y ss. del  
primer volumen.
- (160) Vid. COCCEIUS, H.: Disputatio cit. Ibidem, número III y ss.
- (161) Sobre contratos innominados Vid. GETE-ALONSO y CALERA, M<sup>a</sup> del Carmen,  
Estructura y función del tipo contractual. Bosch. Casa Editorial Barcelona, 1979. Pág.  
31 y ss.
- (162) Vid. Bibliografía en GLÜCK, Federico: Comentario cit. Pág. 373
- (163) Vid. GUILARTE ZAPATERO, Vicente: Comentario al artículo 1.863 del Código  
civil. En Comentarios al Código civil y Compilaciones forales cit. Pág. 387 y ss.
- (164) Vid. JORDANO BAREA, J.: La categoría de los contratos reales ob. cit. ALBA-  
LADEJO, Manuel: Derecho civil, volumen segundo. Quinta edición, 1980. Librería  
Bosch, Barcelona. Pág. 378 Y sgs.
- (165) Sobre el particular puede verse .ALONSO PÉREZ, Mariano: Sobre la esencia del  
contrato bilateral. Salamanca, 1967.
- (166) Cfr. el artículo 9 de la Ley Azcárate, ya citada, sobre represión de la usura.
- (167) Puesto que de lo contrario podría variarse el objeto o las modalidades del cumpli-  
miento sin contar con la voluntad del acreedor, lo que va en contra de la regla general  
del artículo 1.256 del propio Código civil. Y claro está que si con arreglo a este último  
artículo citado ni la validez ni el cumplimiento de los contratos “pueden dejarse al arbi-  
trio de uno solo de los contratantes”, el principio que inspira dicha norma excluye que  
se varíen unilateralmente, por ejemplo, las condiciones que debe reunir el pago de la  
obligación previamente pactada por las partes. Porque no se trata de reforzar el derecho

de crédito con un derecho real de garantía, sino de establecer una peculiarísima forma de cumplimiento de la deuda.

- (168) Vid. GARCÍA GRANERO FEZ, Juan: Acerca de la naturaleza jurídica del Derecho de anticresis. RCDI, 1945. Pág. 457 Y ss. SANZ FERNANDEZ, Angel: El derecho de preferencia en la anticresis. RDP, 1943. Pág. 223 y ss. No se acierta a comprender cómo estos autores, sin más que la remisión del artículo 1.886 y la redacción del artículo 1.884, ambos del Código civil, construyen una anticresis basada en la garantía, cuando, a nuestro juicio, es lo único que se excluye con certeza (arg. ex arts. 1.886-1.857).
- (169) Vid. POTHIER, R.J.: Traité de l'hipoteque cit. Pág. 295 y ss.
- (170) Sobre contratos mixtos o complejos vid. DÍEZ PICAZO Luis: Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Editorial Tecnos, Madrid, 1970. Pág. 239 Y ss.
- (171) Excluimos la regla contenida en el artículo 1.885 C.c., puesto que en ella se trata de «otra» anticresis, una genuina anticresis o anticresis de imputación....!
- (172) El Código civil francés habla de imputar anualmente los frutos percibidos a los intereses debidos. Cfr. el art. 2.085,2 del Code.
- (173) Nos parece evidente que el censatario o el dueño útil del inmueble pueden dar en anticresis el fundo censado. Cfr., por ejemplo, el artículo 1.633 del Código civil.
- (174) Cfr. el ya citado artículo 17,4 de la Ley General Tributaria así como el Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales..
- (175) Vid. VÉLEZ SANSFIELD, Dalmacio: El Código civil de la República Argentina cit. Comentario al artículo 3.257. Pág. 542 y ss.
- (176) Sobre la especie, vid. POTHIER, R.J.: Traité de l'hypothèque cit. Pág. 301 y ss., en las que se estudian las diferencias entre la anticresis y el llamado contrato pignoraticio.
- (177) La doctrina española contemporánea admite unánimemente el carácter de derecho real de garantía de la anticresis, pero sin demasiados argumentos convincentes y a partir, casi exclusivamente, del artículo 1.884 del Código civil. Vid. MANRESA y NAVARRO, José María: Comentarios al Código civil español. Quinta edición, revisada por D. Lino Rodríguez-Arias Bustamante. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1951. Tomo XII. MUCIUS SCAEVOLA, Quintus: Código civil comentado y concordado extensamente... Tomo XXIX. Redactado por Pedro de Apalategui. Instituto Editorial Reus. Madrid 1955. Pág. 561 y ss.

(178) Vid. GARCÍA GRANERO FEZ, Juan: Acerca de la naturaleza jurídica cit. Pág. 478.

(179) Vid. SANZ FERNÁNDEZ, Ángel: El derecho de preferencia cit. *Ibidem*.

(180). Es curioso que MANRESA, próximo a la redacción del Código civil, no aclare en nada la remisión que el Código mismo hace a la Ley de Enjuiciamiento civil de 3 de Febrero 1881. Vid. *supra*, nota 177), que es la Ley procesal que resta vigente en su plenitud a la entrada en vigor del Código Civil de 1889.

(181) Sobre el pacto comisorio y sobre sus relaciones con el denominado “pactum marcianum”, puede verse el art. 6 del RDL 5/2005, de Reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública. Y doctrinalmente, si bien alejado del texto legal del que partimos, acerca de la validez o no validez del “pactum marcianum” “in continenti” o “ex intervalo” (es decir, bien en virtud de cláusula incorporada al acuerdo inicial o acordada “novatoriamente” con posterioridad cfr. ALBALADEJO, M.: Derecho Civil III, Derecho de Bienes, Vol. II. José M<sup>a</sup> Bosch. Barcelona, 1994.

(182). Desde otro punto de vista, también podría pensarse que lo que sí tiene el acreedor anticrético es un derecho real enajenable que, quizá, podría constituir el objeto de la subasta. Pues es claro que, con arreglo a las normas generales, todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles, salvo pacto en contrario (cfr. el art. 1.112 del C.C. español). Pero todavía habría que salvar una última dificultad, pues que con ello transmitiría su derecho de anticresis, pero no las obligaciones derivadas del acuerdo del que nació el conjunto de obligaciones de la relación bilateral entablada, por lo que haría falta un acuerdo novatorio respecto del cambio de deudor (cfr. arts. 1.203-1.205 C.C. español) o, mejor, un acuerdo por medio del cual se cedería la cualidad de parte del contrato, lo que presupone, además, el consentimiento de la parte contractual cedida.

En última instancia, hay que considerar que la improbable hipótesis que se maneja comportaría partir de una anticresis solutoria que se prolonga en el tiempo y que cambia de titulares, por lo que tal procedimiento no significaría ni el “pago”, ni, por consiguiente, la extinción de la relación jurídica en cuestión. Está pensando la norma del artículo 1.884,2 en tal posibilidad...? Sinceramente, no lo creemos, porque el supuesto de hecho del que arranca la norma es el de una anticresis pactada a término.

(183) Sobre la confusa y desafortunada (?) expresión del artículo 1.884,2 del Código civil “en este caso” vid. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: Derecho civil III, volumen 2,1. Reimpresión de 1977 cit. Pág. 271.

(184) Va hemos dicho que la vía del juicio ejecutivo no soluciona el problema ni prejuzga la naturaleza del derecho formalizado en escritura pública. Por otra parte, los artículos 2.048 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil no exigen en ningún momento, más bien parece que evitan, que sea al propietario quien inste la celebración de la subasta judicial. Vid. REUS, Emilio: Ley de Enjuiciamiento civil concordada v anotada con gran extensión Por la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, bajo la dirección de... Madrid, 1.882. Tomo IV, Pág. 355 y ss. MANRESA y NAVARRO, José María: Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil. Tomo VI. Madrid, 1895. Pág. 472 y ss.

En cualquier caso, abierta la vía del proceso declarativo, aún con los artículos 2.048 y ss. de la LEC, la venta en subasta pública no significa el reconocimiento de que la anticresis sea un derecho real de realización de valor. Quizá la apresurada redacción e inclusión de los artículos 1.881 a 1.886 tuvo presente la remisión a un expediente como éste...?

(185) También puesto de relieve por BATLLE VÁZQUEZ. Vid. “voz” anticresis cit.

(186) En nuestra opinión la anticresis no resiste ni la unilateralidad (constitución por testamento) ni la gratuidad (constitución por donación), puesto que el “accipiens” del derecho real de percepción de frutos tanto ha de participar en la constitución del título para que nazca la obligación del constituyente (dueño propietario del inmueble) como para asumir él mismo las obligaciones que se derivan del acuerdo.

(187) Sobre el particular vid. ALBALADEJO, Manuel: Derecho civil III, volumen segundo. Ob. cit. Pág. 197 y ss.

(188) Con todo, es patente la relación que puede existir, a primera vista, entre el censo consignativo y el contrato-derecho real de anticresis, y así, según el artículo 1.606 del Código civil “es consignativo el censo, cuando el censatario impone sobre un inmueble de su propiedad el gravamen del canon o pensión que se obliga a pagar al censalista por el capital que de éste recibe en dinero”. Pero, aparte las consideraciones hechas en el texto, hay que añadir que la redención del censo consignativo (artículo 1.608,1 y artículo 1.658) aleja la hipótesis del supuesto del deudor propietario del fundo sobre el que recae un derecho de anticresis, puesto que este siempre es, respecto del acreedor, un deudor que no puede rescatar el “ius fruendi” sino mediante el pago. En suma, el deudor anticrético nunca es un deudor del capital, pues que no lo ha de devolver. Para casos aparte del presente, quedaría en pie un expediente novatorio y sustitutorio de intereses comunes, Vid. Asimismo, el art. 565-1 y sgs. del Codi Civil de Catalunya.

(189) Vid. PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge: Tratado práctico de Derecho Civil Francés. Traducción española del Dr. Mario Díaz Cruz. Tomo Décimo segundo. Garantías Reales. Cultural S.A. Habana, 1942. Pág. 278.

(190) Vid., al respecto, las consideraciones expuestas en el Capítulo III.3.

(191) Cfr. El Real Decreto Ley, de 9 de Marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (BOE de 10 de 10 de Marzo de 2012). Parcialmente modificada por la Ley 1/2013, de 14 de Mayo de 2013, de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (BOE de 15 de Mayo de 2013).



## BIBLIOGRAFÍA

- ALBÁCAR, José Luis y SANTOS BRIZ, Jaime: “Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia. Tomo VI, 2º. Cuarta edición. Edigrafos S.A. Madrid, 1995.
- ALBALADEJO, Manuel: Derecho Civil. I. Introducción y Parte General. Edisofer S.L., 2013.
- ALBALADEJO, Manuel: Derecho Civil. III, Derecho de Bienes. 11ª edición. Edisofer, S.L., 2010.
- ALCALDE PRIETO, Domingo: Curso teórico-práctico, sinóptico-bibliográfico de Derecho civil español, común y foral. Valladolid, 1880.
- ALONSO PÉREZ, Mariano: Sobre la esencia del contrato bilateral. Salamanca, 1967.
- ÁLVAREZ, José María: Instituciones de Derecho real de Castilla y de Indias. La Habana, 1825.
- ÁLVAREZ CORA, Enrique: La teoría de los contratos en Castilla (siglos XIII-XVIII). Centro de Estudios Registrales. Madrid, 2005.
- AMORÓS GUARDIOLA, Manuel: La causa del crédito hipotecario. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1990.
- ANTEQUERA, José María: Historia de la legislación española. Segunda edición. Madrid. Imprenta de A. Pérez Burrull. 1884.
- ARIAS DE MESA, Ferdinandus: Variarum Resolutionum & Interpretationum Libri Tres. Geneva. Typis & Sumptibus Samuelis Chouët. MDCLVIII.
- ARIAS RAMOS, J.: Derecho Romano. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1963.
- ARNAUD, André Jean.: Les origines doctrinales du Code Civil français. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence. Paris 1969.
- ARNAUD, André.Jean: Essai d’analyse sctructurale du Code Civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise. L.G.D.J. 1973.
- ASSO Y DEL RÍO, Ignacio Jordán de y MANUEL y RODRÍGUEZ, Miguel de: Instituciones del Derecho civil de Castilla. 5ª edición. Madrid, 1792.
- BADOSA COLL, Ferran: Manual de Dret Civil Català. (Director). Marcial Pons. Madrid, Barcelona, 2.003.
- BARASSI, Ludovico: Instituciones de Derecho Civil. Traducción y Notas de comparación al Derecho español por Ramón García de Haro de Goytisoló y Mario Falcón Carreras. Joseá Mª Bosch, Editor. Barcelona, 1955.

- BÁRCIA, Roque: "Primer Diccionario General etimológico de la lengua española". Madrid, Alvarez Hermanos, 1880. Tomo primero, voz Anticresis.
- BATLLE VÁZQUEZ, Manuel: Voz Anticresis, en Nueva Enciclopedia jurídica Seix. Seix Editor. Barcelona, 1950
- BELLO, A. Proyecto de Código Civil Santiago de Chile, Imprenta Chilena, 1853, 4 vols.
- BERCOVITZ y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo La imputación de pagos. Editorial Montecorvo, Madrid, 1973.
- BERCOVITZ Y RODRIGUEZ CANO, Rodrigo: Comentarios a los artículos 1.172 y siguientes del Código civil. En Comentarios al Código civil y Compilaciones forales cit. Tomo XVI, volumen 1.
- BERNI Y CATALÁ, Joseph: Apuntamientos sobre las Leyes de Partida al tenor de Leyes Recopiladas, Autos acordados, Autores Españoles, y práctica moderna. Valencia, año MDCCLIX.
- BETTI, Emilio: Teoría General del Negocio jurídico. Segunda edición. Traducción y concordancias con el Derecho español por A. Martín Pérez. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1959.
- BOFARULL, Manuel de: El Código Civil español según la edición oficial. Anotado y concordado con la anterior legislación y jurisprudencia española y los Códigos extranjeros..... Segunda Edición. Imprenta de Antonio Pérez Dubrull. Madrid, 1888.
- BOILEUX, J.M.: Commentaire sur le Code civil contenant l'explication de chaque article séparément... Quatrième édition. Paris, 1838.
- BOIX SERRANO, Rafael: Curso de Derecho Bancario. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1986.
- BONFANTE, Pietro: Instituciones de Derecho Romano. Traducción de la 8ª edición italiana, por Luis Bacci y Andrés Larrosa. 4ª Edición. Reus, Madrid, 1965.
- BORRELL Y SOLER, A.Mª: Nulidad de los actos jurídicos según el Código Civil español. Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1947.
- BORRELL Y SOLER, A.Mª.: Derecho civil vigente en Cataluña. Segunda edición, traducida, corregida y complementada con legislación y jurisprudencia posterior por el autor. Tomo segundo. Derechos Reales. Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1944.
- BUSSI, Emilio: La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune. Diritti reali e diritti di obbligazioni. Cedam. Padova, 1937.
- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura: Garantías Patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca. Aranzadi Editorial. Pamplona, 1993.

- CARIOTA FERRARA, L.: Il negozio giuridico nel Diritto Privato Italiano. Morano Editore, Napoli, s.f.
- CÁSTAN TOBEÑAS, J.: Derecho Civil español, común y foral. Décima Edición. Institución Editorial Reus. Madrid, 1962.
- CASTEDO ÁLVAREZ, Fernando: La Constitución como fuente de Derechos. En La Constitución Española y las Fuentes del Derecho. Dirección General de lo Contencioso del Estado. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1979. Pág. 421 y sgs.
- COCCEIUS, Henricus: Disputatio XXIX. De antichresi. Resp. Johannes Steinecken Brerna-Saxo. Anno 1678. En Exercitationes curiosae. Lemgoviae, Typis & Impensis Henrici Wilhelm Meyeri, Aulae Lippiac. Typograph 1722.
- CODE CIVIL BELGE. Marabout, 1995.
- CODE CIVIL FRANÇAIS. Cent-deuxième édition. Dalloz, 2003.
- CODE CIVIL SUISSE ET CODE DES OBLIGATIONS annotés. Cinquième édition mise a jour. Editions Payot Laussane. 1993. (Institución desconocida y/o prohibida).
- CODICE CIVILE DE' FRANCESI. Accompagnato dall'Esposizione de' motivi su ciascuna legge, presentata dagli Oratori del Governo.....etc. Prima traduzione italiana del Doctor Angelo Guerrieri, fatta sull'ultima e completa edizione di Parigi dell'anno 1804. Napoli, 1806. Nella Stamperia Simoniaza. Nueve Tomos.
- CODICE CIVILE ITALIANO. Coordinato con la Costituzione e le principali leggi speciali,,,,,,por Salvatori Patti. G. Giappichelli Editore. Torino, 1996.
- CÓDIGO CIVIL ALEMÁN, Traducido y comentado por Emilio Eiranova Encinas.. Bürgerliches GesetzBuch. Dirección: Max-Planck-Institut Für Ausländisches und Internationales Privatrecht. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998.
- CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 1916. Con textos, notas e índices de M.A. Vieira Neto. 28ª edição. Saraiva. Sao Paulo, 1978.
- CÓDIGO CIVIL DE CUBA, concordado y anotado hasta el 8 de Marzo de 1975. Publicación oficial del Ministerio de Justicia. 1975.
- CÓDIGO CIVIL DE PUERTO RICO. Segunda edición. Tercer mundo Editores. Colombia, 1995.
- CÓDIGO CIVIL DE LA REPUBLICA ARGENTINA. Sancionado por el Honorable Congreso el 29 de Setiembre de 1869. Buenos Aires. Igon Hermanos Libreros Editores, 1889.
- CÓDIGO CIVIL de la República Argentina. Redactado por el Dr. D. Dalmacio VÉLEZ SANSFIELD. Explicación y crítica bajo la forma de notas de D. Lisandro Segovia. Edición de Buenos Aires de 1933.

- CÓDIGO CIVIL DE LA REPUBLICA DE CHILE de 1855. Edición Oficial. Imprenta Nacional, Moneda 112. Santiago de Chile. 1889.
- CÓDIGO CIVIL (ESPAÑOL) Concordado y comentado con jurisprudencia y doctrina de las Audiencias Provinciales, por Morillo, F., Echeverría, F. y Erdozain, J.C. Tecnos 2005.
- CÓDIGO CIVIL español. Debates parlamentarios 1885-1889". Dirección de Estudios y Documentación del Servicio de Publicaciones de la Secretaría General del Senado. Madrid, 1989.
- COLMET DE SANTERRE, E.-DEMANTE, A.M.: Cours analytique de Code Civil, par A.M. Demante; continué depuis l'art. 980 par E. Colmet de Santerre. Deuxième édition. Paris, 1883.
- COMENTARIOS AL FUERO NUEVO: COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL DE NAVARRA. Pamplona, Aranzadi, 2002. Director: Enrique Rubio Torrano. Pamplona. Aranzadi, 2002. Comentario a la Ley 471, por Florencio Ozcáriz Marco.
- CONDOMINES, Francisco de A.: La inserción del Derecho Hipotecario en el Código Civil. En Libro Homenaje a R. M<sup>a</sup> Roca Sastre. Junta de Decanos de los Colegios Notariales. III vol. Madrid, 1977.
- CORDERO LOBATO, Encarna: Comentario a los arts. 1.881 a 1.886 del C.c., en Comentarios al Código Civil, dirigidos por BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, Rodrigo. Thomson Aranzadi. Madrid. 2.013
- COROMINAS, Joan: Breve Diccionario etimológico de la lengua castellana, décima reimpresión de la tercera edición, Gredos, Madrid, 2000.
- COROMINAS, Joan: Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico. Gredos, Madrid, 1980.
- CORPUS IURIS CIVILIS ROMANI in quo Institutiones, Digesta, ad Codicem Florentinum emendata, Codex item et Novelle.....cum notis integris DIONYSII GOTHOFREDI... ANTUERPIAE, apud Joannem Baptistam Verdussen, MDCCXXVI, Tomo II.
- COVARRUBIAS, Sebastián de: Tesoro de la lengua castellana o española. Obra de 1611, edición facsímil de 1943, preparada por Martín de Riquer. Alta Fulla, Barcelona, 2003.
- CUJACIUS, J.: Opera omnia.....Iurisconsultorum nostri saeculi Pricipis. Sumptibus Iohannis Pillehotte. Lugdunum, MDVI. 4 tomos.
- DALMAU Y DE OLIVART, Ramón de: La posesión. Apuntes y fragmentos de una nueva teoría posesoria. Noción en el Derecho abstracto. Etimología, Carácter jurídico, Base de su protección. Por.... Marqués de Olivart. Barcelona, Imprenta de Jaime Jepús.

- MDCCCLXXXIV. (De este extraordinario libro, se tiraron 50 ejemplares en papel de Holanda, 20 de los cuales se destinan a la venta, según nota del impresor).
- DE CASTEJON, Aegidius: *Alphabetum iuridicum, canonicum, civile, theoricum, practicum, morale atque politicum*. Ex Typographia Regia. Apud Joannem García Infançon. Matriti, MDCLXXVIII.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1967.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *Naturaleza de las reglas para la interpretación de la Ley. Consideraciones en torno al artículo 3º, apartado 1, del Código Civil*. En *Estudios jurídicos del Profesor Federico De Castro*. Tomo II. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1997.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *Compendio de Derecho civil*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1968.
- DE DIEGO Felipe Clemente: *Instituciones de Derecho civil español*. Imprenta de Juan Pueyo. Madrid, 1930.
- DE LOS MOZOS, José Luis: *Estudios sobre el Derecho de contratos, integración europea y codificación*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 2005.
- DEL POZO Y CARRASCOSA, Pedro y otros: *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales*. Marcial Pons, 2008.
- DELSOL, J.J.: *Explication élémentaire du Code Civil mise en rapport avec la doctrine et la Jurisprudence*. Troisième édition; revue, corrigée et augmentée avec la collaboration de Ch. Lescoeur- Paris, 1878.
- DEL VISO, Salvador: *Lecciones elementales de Derecho civil*. Cuarta Edición, arreglada a la legislación vigente por una sociedad de Abogados de este Ilustre Colegio. Juan Mariana y Sanz, Editor. Tres tomos. Valencia, 1879.
- DEMANTE, A.M.: *Programme du Cours de Droit Civil français, fait a l'école de Paris*. Deuxième édition considérablement augmentée. Paris, Alex-Gobelet, Libraire, 1835
- DEMOLOMBE, Ch.: *Cours de Code Napoléon*. Paris, 1872.
- DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO. Directores: Ignacio De Casso y Romero y Francisco Cervera y Jiménez-Alfaro. *Voz Anticresis*. Editorial Labor S.A., 1950.
- DICCIONARIO de la lengua española, de la Real academia Española, edición vigésimo segunda, año 2001.
- DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO ABREVIADO. Séptima edición. Tomo I. *Voz Anticresis*. Espasa-Calpe S.A. Madrid, 1977.

- DÍEZ PICAZO, L.: Eficacia e ineficacia del negocio jurídico. ADC, 1961.
- DÍEZ-PICAZO: Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Editorial Tecnos. Madrid, 1970.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial". Tomo VI. Derechos reales. Civitas/Thomson Reuters. Pág. 535 y sgs. Madrid, 2.012
- DÍEZ-PICAZO, Luis-GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: Sistema de Derecho civil. Segunda edición, 1982.
- DÍEZ-PICAZO, L.-GULLÓN BALLESTEROS, A.: Sistema de Derecho Civil. Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral. Séptima edición. Tecnos, 2001.
- DIGESTO DE JUSTINIANO, El: Versión castellana por A. D'Ors, F. Hernández-Tejero, P. Fuenteseca, M. García Garrido y J. Burillo. Aranzadi, Pamplona, 1972.
- DOMAT, J.: Les Lois Civiles dans leur ordre naturel; le Droit Public et Legum delectus. A París, chez la Veuve Cavelier, MDCCLXXI.
- DOMINGO DE MORATÓ, Ramón: El Derecho civil español con las correspondencias del romano, tomadas de los Códigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las Instituciones y del Digesto Romano Hispano de D. Juan Sala. Valladolid, 1868.
- DORAL GARCÍA, José Antonio: Comentario a la Ley 471 del Fuero Nuevo de Navarra- En Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales. Tomo XXXVIII. Leyes 346 a 487 de la Compilación. Vol. 1º. Edersa, 2.002.
- D'ORS, A.: Derecho Privado Romano. Eunsal. Pamplona, 1968.
- D'ORS-BONET CORREA: El problema de la división del usufructo. ADC, 1952.
- DUALDE, Joaquín: Concepto de la causa de los contratos (La causa es la causa). Bosch Casa Editorial, 1949.
- DUARENUS, Franciscus: Omnia quae quidem hactenus edita fuerunt Opera..... Francofurti, Apud Claudium Manium & haeredes Ioannis Aubrii. MDCVII.
- DURANTON, Cours de Droit civil suivant le Code français... Quatrième édition. Tome dixième. Bruxelles, 1841.
- EGEA FERNÁNDEZ, Joan y FERRÉ RIBA, Josep: Codi Civil de Catalunya i Legislació complementària. 14 edició. EUB. Barcelona, 2010.
- ENCICLOPEDIA GIURIDICA ITALIANA: Voz "Anticresi". En.....Esposizione ordinata e completa dello stato e degli ultimi progressi della Scienza, della Legislazione e della Giurisprudenza.....per opera de una Società di giuriconsulti italiani sotto la direzione di Pasquale Stanislao MANCINI. Vol. I, part. II, sezione 2ª. Milano, 1892.

- ENCICLOPEDIA JURIDICA ESPAÑOLA. Voz Anticresis. Tomo II. Francisco Seix Editor. Barcelona, 1910.
- ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA EUROPEO-AMERICANA. Tomo V. Voz Anticresis. Espasa Calpe S.A., Madrid, 1909.
- ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin: Tratado de Derecho Civil. Traducido del alemán por Blas Pérez González y José Alguer. 13 Vol. Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1953.
- ESCRICHE, J.: Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia. Nueva edición reformada y considerablemente aumentada...por los Doctores León GALINDO Y DE VERA y, José VICENTE CARAVANTES. Voz Anticresis. Madrid, 1876.
- ESCRICHE, J.: Elementos de Derecho patrio. Edición facsímil de la Segunda edición (aumentada con nuevos títulos y doctrinas y con las citas de las leyes antiguas y modernas. Madrid, Librería de la Sra. Viuda de Calleja é Hijos. 1840.
- FALCÓN, Modesto: Código civil español... Madrid, Centro editorial de Góngora, 1889.
- FALCÓN, Modesto: Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral. Obra ajustada al último estado del derecho, después de la publicación del Código civil español. Tercera edición. Tipografía industrial-económica. Cuatro tomos. Gracia. Barcelona, 1889.
- FENET, P.A.: Récueil complet des travaux préparatoires du Code civil. Réimpression de l'édition de 1827. Otto Zeller. Osnabrück, 1968.
- GARRIGUES, Joaquín: Contratos bancarios. 2ª edición revisada, corregida y puesta al día por Sebastián Moll. Madrid, MCMLXXV.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: La Constitución como norma jurídica. En "La Constitución española de 1978" (Estudio sistemático dirigido por los Profs. Alberto Predieri y E. García de Enterría). Civitas S.A. Madrid, 1981.
- GARCÍA DEL CORRAL, Ildelfonso L.: Cuerpo del Derecho Civil Romano. Primera Parte: Digesto. Tomo II. Barcelona, 1892. Jaime Molinas Editor.
- GARCÍA DE VALDEAVELLANO, Luis: Estudios medievales de Derecho Privado. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español. Reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Prof. Lacruz Berdejo y una tabla de concordancias con el Código civil vigente. Zaragoza, 1974.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español. Edición facsímil. Banchs Editor, Barcelona, 1973.

- GARCÍA GRANERO Y FEZ, Juan: Acerca de la naturaleza jurídica del Derecho de anticresis. RCDI, 1945.
- GETE-ALONSO y CALERA, M<sup>a</sup> del Carmen: Estructura y función del tipo contractual. Bosch. Casa Editorial Barcelona.
- GIRARD, Paul Frédéric: Manuel Élémentaire de Droit Romain. Sixième édition. L. Arthur Rousseau. Rousseau et C. Paris, 1918.
- GLÜCK, Federico: Commentarii alle Pandette, tradotto ed arricchito di copiose note e confronti col Codice civile del Regno d'Italia.... Libro XIII, tradotto ed annotato dai Professori .....Ignazio CUGUSI. Milano, 1906.
- GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBÁN, Juan Manuel: Elementos del Derecho Civil Penal de España, precedidos de una reseña histórica de la legislación española. Décimo-tercera edición. Madrid, 1881.
- GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo: Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil”, (tres tomos) con semblanza y prólogo, respectivamente, de R. Núñez Lagos y J. Castán Tobeñas. Ministerio de Justicia. Madrid, 1948.
- GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo: Principios Hipotecarios. Publicado por la Asociación de Registradores de la Propiedad. Madrid, 1931.
- GONZÁLEZ PALOMINO, José: Estudios jurídicos de arte menor. La compensación y su efecto. Vol II. EUNSA, 1964.
- GORDILLO CAÑAS, A.: Voz Anticresis. En Enciclopedia jurídica básica. Tomo I. Civitas, 1995.
- GOTHOFREDUS, DIONISIUS: Corpus Juris civilis romani, in quo Institutiones, Digesta, ad Codicem Florentinum emendata, Codex item et Novelle.....cum notis integris DIONYSII GOTHOFREDI....” Neapoli, apud Januarium Mirelli Bibliopolam. MDCCCX.
- (La) GRAN ENCICLOPÈDIA EN CATALÀ. Edicions 62. 2004. Vol. 02. Voz “Anticresi”
- GRENIER, M. le Baron: Traité des Hypothèques. Clermont-Ferrand, Thibaud-Landriot, Imprimeur du Roi, et Libraire. MDCCCXXII.
- GUILARTE ZAPATERO, Vicente. En Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Dirigidos por Manuel Albaladejo García. Tomo XXIII, Artículos 1.822 a 1.886, comentados por... Editorial Revista de Derecho Privado, Edersa, 1979.
- GUTIÉRREZ ALVIZ, Faustino: Diccionario de Derecho Romano. 2ª edición. Reus, S.A. Madrid, 1976...
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español. Segunda edición. Madrid. 1871.

- HAYEK, Friedrich August von: Camino de servidumbre. Alianza Editorial. Madrid, 2002.
- HEINECIO, Juan: Tratado de las Antigüedades romanas para ilustrar la Jurisprudencia, arreglado según el orden de las Instituciones de Justiniano. Traducido del latín al castellano por D. Francisco Lorente. Tomo segundo. Madrid 1845.
- HERNÁNDEZ-MORENO, Alfonso: “Coste del cambio de hipoteca” Artículo de opinión publicado en el Diario La Vanguardia, el día 3 de Octubre de 1993. Escrito en colaboración con Fernando P. Méndez González. Origen de la Ley de 30 de Marzo de 1994 sobre Subrogación y novación de préstamos hipotecarios.
- HERNANDEZ MORENO, Alfonso.-ARNAU RAVENTÓS, Lidia.: Legislación civil catalana. 3ª edición actualizada a 31 de Enero de 2.011. Difusión Jurídica. Madrid, 2.011.
- HERNÁNDEZ-MORENO, Alfonso- VIOLA DEMESTRE, Isabel: La subrogación en los derechos de crédito y la refinanciación de la deuda hipotecaria (A propósito de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios). En Contratación bancaria: jornadas celebradas en Tarragona, 6 y 7 de marzo de 1997 / coord. por Manuel Díaz Muyor y Pedro del Pozo Carrascosa. Universitat Rovira i Virgili. Marcial Pons, 1998.
- HERNÁNDEZ-MORENO Alfonso.: Comentario a los artículos 1.881-1.886 del Código Civil. En Comentarios al Código Civil. Ministerio de Justicia. Madrid, 1991.
- HERNÁNDEZ-MORENO, Alfonso: Notes sobre el Dret real d’anticresi. (Arts. 569-23 a 569-26 del C.C.C). En Economist & Jurist. Edició Catalunya. Any XXI.Nº 167. Pág. 8 i sgs.
- IGLESIAS, Juan: Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado. Reimpresión de la sexta Edición. Ariel, 1979.
- IHERING, Rudolf von: La lucha por el Derecho. Traducción directa del alemán por Adolfo González Posada. Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1974.
- IHERING, Rudolf von: Del interés en los contratos. Buenos Aires, 1947.
- JORDANO BAREA, Juan: La categoría de los contratos reales. Barcelona, 1958.
- KASER, Max,: Derecho romano privado. Versión directa de la 5ª edición alemana por José Santa Cruz Teijeiro. Reus, s.a., 1968.
- KEYNES, J.M.: Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero. Fondo de Cultura Económica, 2003.
- KOCH, Arwed: El crédito en el Derecho. Traducción y Notas del Derecho español por José Mª Navas. Editorial Revista de Derecho Privado Madrid, 1946.
- KOSCHAKER, Paul: Europa y el Derecho Romano. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955.

- LACRUZ BERDEJO, José Luis.: Las “concordancias” de García Goyena y su valor para la interpretación del Código Civil. RCDI, 1974.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis. Y Francisco de Asís Sancho Rebullida.: Derecho Inmobiliario Registral. Librería Bosch. Barcelona 1984.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: Elementos de Derecho Civil. Tomo III. Editorial Dykinson. 3ª edición. Madrid, 2.009.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: La causa en los contratos de garantía. En Estudios de Derecho Privado, común y foral. Tomo II. Obligaciones y Sucesiones. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1992.
- LALAGUNA, Enrique: La Libertad contractual. En Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y contratos. Reus S.A. Madrid, 1978.
- LASSO GAITE, Juan Francisco: Crónica de la Codificación española. IV. Codificación civil. Volumen I. Ministerio de Justicia. Comisión General de Codificación. Madrid, 1970.
- LAURENT, F.: Principes de Droit Civil. Paris-Bruxelles, 1887 4ª édition. Trente trois vol.
- LAUTERBACH, Wolfgang Adam: Disputatio inauguralis de Jure Antichreseos. Respondente Georgio Friderico Wagner Eslingenf. d. 29 Sept. 1654. En DISSERTATIONES ACADEMICAE... Tubingae, Sumptibus & TVpis Joh. Georgii & Chris. Godofr. Cottarum. MDCCXXVIII.
- LEOTARDUS, Honoratus: Liber singularis De Usuris, & Contractibus Usurariis Coercendis. Apud. Petrum Savioni. Venetiis, MDCCLXI.
- LEYES HIPOTECARIAS Y REGISTRALES DE ESPAÑA. Fuentes y evolución. Editorial Castalia, Madrid, 1974.
- LÓPEZ, Gregorio: Glosas y Comentarios a las Siete Partidas del sabio Rey don Alonso el nono, nuevamente glosadas por.....Impresso en Salamanca. Por Andrea de Portonaris, Impressor de Su Magestad. Año MDLV. Edición facsímil en Tres tomos. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1974.
- LÓPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C.: La nulidad contractual. Consecuencias. Tirant lo Blanch. Valencia, 1995.
- LÓPEZ JACOISTE, J. Javier: Sobre la aporía de la equivalencia contractual. En Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro. Dos Tomos. Editorial Tecnos. Madrid, 1976.

- LOYSEAU, Charles: OEUVRES, contenant les cinq livres de Droit des Offices, les Traitez des Seigneuries, des Ordres & simples Dignitez, du Déguerpissement & Délaissement par Hypothèque, de la Garantie des Rentes, et des Abus des Justices de Village. Nouvelle édition. A Paris. MDCLXXVIII.
- MANRESA Y NAVARRO José María,: Comentarios al Código civil español. Quinta edición, revisada por D. Lino Rodríguez-Arias Bustamante. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1951.
- MANRESA y NAVARRO, José María: Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil. Madrid, 1895.
- MARCADÉ, V.: Explication théorique et pratique du Code Napoléon, contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence. Paris, Delamotte, 1867.
- MARICHALAR, Amalio y MANRIQUE, Cayetano: Recitaciones del Derecho Civil de España. Madrid. Librería "Gutenberg", de José Ruiz, 1916
- MARTI DE EIXALA, SANPONTS Y BARBA Y FERRER Y SUBIRANA: Las Siete Partidas del sabio Rey D. Alfonso el IX", con las variantes de más interés y con la glosa del Lic. Gregorio López.....vertida al castellano y extensamente adicionada por..... Barcelona. Imprenta de Antonio Bergnes, 1843.
- MARTÍ Y DE EIXALÀ, Ramón: Tratado elemental (sic) del Derecho Civil, romano y español. Barcelona, Imprenta de Joaquín Verdager, 1838.
- MARTIN PÉREZ, Antonio: La posesión. Zaragoza, Editorial Noticiero s.a., 1958.
- MAYNZ, Carlos: Curso de Derecho Romano, traducido al español.....por Antonio José Pou y Ordinas. Jaime Molinas Editor. Barcelona, 1.892.
- MELÓN INFANTE, Carlos: Nota preliminar al Código civil alemán. Traducción directa del alemán al castellano acompañada de notas aclaratorias, con indicación de las modificaciones habidas hasta el año 1950, por ....Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1955.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P.: Fundamentación jurídica del Derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal. Civitas S.A. Madrid, 2011.
- MENTXAKA, Rosa: Notas sobre la naturaleza real o no de la prenda en el Derecho Romano clásico. En libro Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo. 8 Vol. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Consejo Notarial del Notariado. Madrid, 1988.
- MERLIN, M.: Récueil alphabétique de questions de droit. Bruxelles, Lib. Tarlier, 1828.
- MIQUEL, Joan: Derecho Privado Romano. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas S.A. Madrid, 1992.

- MOLINAEUS, Carolus: *Tractatus contractuum et usurarum, redituumque pecunia constitutorum...* En *Omnia quae estant opera, ex variis librorum apothecis, in quibus latebant, nunc primum eruta & typiis simul commisa*. Editio novissima quinque tomis distributa. Parissis, MDCLXXXI.
- MOLINER, María: *Diccionario de uso del español, edición abreviada*. Editorial Gredos, Madrid, 2000.
- MORELL Y TERRY, J.: *Comentarios a la legislación hipotecaria*. Segunda Edición corregida y adicionada. Tomo Cuarto. Editorial Reus S.A. Madrid, 1930.
- MOURLON: *Répetitions écrites sur le Code civil contenant l'esposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques* Onzième édition. Tome troisième, Paris, 1883.
- MUCIUS SCAEVOLA, Quintus: *Código civil comentado y concordado extensamente*. Instituto Editorial Reus. Madrid 1955.
- MÜHLENBRUCH, C.F.: *Doctrina Pandectarum. Scholarum in usum*. Editio Nova. Bruxellis, apud Hauman, 1838.
- MUJAL Y DE GIBERT, Juan Antonio: *Desengaño al público con pura y sólida doctrina*. Tratado de la observancia y obediencia que se debe a las Leyes, Pragmáticas Sanciones y Reales Decretos. Madrid. En la Imprenta de Francisco Xavier García, 1774.
- MUÑIZ ESPADA, E., NASARRE AZNAR, S. y SÁNCHEZ JORDÁN E. (Coordinadores): *La reforma del Mercado Hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de la crisis económica*. Edisofer, S.L. Madrid, 2009.
- NOODT, Gerardus: *Opera omnia*. Neapoli, 1786. Apud Fratres Terres superiorum facultate. 4 Tomos.
- OLIVECRONA, Karl: *El Derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*. Labor Universitaria. Barcelona, 1980.
- PALACIOS, Joaquín María: *Instituciones del Derecho civil de Castilla, que escribieron los doctores ASSO Y MANUEL, enmendadas, ilustradas y añadidas conforme a la Real Orden de 5 de Octubre de 1802*. Tomo II. Séptima edición, primera ilustrada. Madrid, 1806.
- PANDECTARUM SEU DIGESTORUM IURIS CIVILIS, quibus iurisprudentia ex veteribus Iureconsultis desumpta Libri L continetur.....cum ACCURSII Commentariis.....Editio postrema. Venetiis. Apud Nicolaum Bevilaqua, 1569. Glosa al D. XX, I, XI.
- PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo: *Derecho Romano*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997.

- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel.: El Anteproyecto de Código civil español (1882-1888). En Centenario de la Ley del Notariado. Sección cuarta, Fuentes y Bibliografía. Volumen 1. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Madrid, 1965.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: “Derechos reales. Derecho Hipotecario”. Tercera edición. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1999.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: la herencia y las deudas del causante. Instituto Nacional de Estudios jurídicos. Madrid, 1967.
- PÉREZ GONZÁLEZ, B, y ALGUER, J.: Traducción del alemán de la 39ª edición alemana y Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas, en el Tratado de Derecho Civil alemán de L. Enneccerus, Th. Kipp y M. Wolff. Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1953.
- PERLINGIERI, Pietro. Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza. UTET Torino 1981.
- PERSICO, Giovanni: Voz “Anticresi”. En ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO. Vol II. Direzione e Coordinazione di Francesco CALASSO. Giuffré Editore. Milano, 1958.
- PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge: Tratado práctico de Derecho Civil Francés. Traducción española del Dr. Mario Díaz Cruz. Tomo Décimo segundo. Garantías Reales. Cultural S.A. Habana, 1942.
- PONS GURI, J.M. y SANDALINAS FLORENZA, V.: “Constituciones y otros derechos de Cataluña”. Según su última compilación oficial, excluido lo notoriamente derogado; con las demás disposiciones dictadas especialmente para Cataluña antes de la promulgación del Código Civil. Textos originales y su traducción literal al castellano, anotados y puestos al día, extractos de jurisprudencia y concordancias con los derechos supletorios. José Mª Bosch, Editor. Barcelona, 1952.
- PONT: Commentaire-traité des Petits Contrats. Tome second. En MARCADÉ, Explication théorique et pratique du Code Napoléon, contenant l’analyse critique des auteurs et de la jurisprudence. Tome neuvième. Paris, Delamotte, 1867.
- POTHIER, R. J. : ŒUVRES COMPLÈTES. Nouvelle édition. XXVI volúmenes. A Paris, chez Thomine et fortic, Libraires. MDCCCXXI.
- POTHIER, R.J.: Le Pandette di Giustiniano riordinate da.... Dalla Tipografia Giustiniana di Antonio Bazzarini. Venezia, 1841.
- POTHIER, R.J.: Pandectes de Justinien mises dans un nouvel ordre, avec les lois du Code et les Nouvelles que confirment, expliquent ou abrogent le droit des Pandectes. Traduites par M.de Bréard Neuville; revues et corrigées pour le texte et la traduction par M Moreau de Montalin, Avocat. Paris, 1823.

- POTHIER, R.J.: Traité du contrat de nantissement. En Oeuvres complètes de Pothier. Tome IX. Paris, chez Tomine et Fortic. MDCCCXXI.
- POTHIER, R.J.: Traité du Contrat de Pret de consommation. En “Oeuvres”. Dabo Jeune. Paris, 1825.
- POTHIER, R.J.: “Oeuvres de Pothier”. Edition Dabo-Jeune. Paris, 1825.
- PUIG BRUTAU, J.: Fundamentos de Derecho civil. Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1974.
- PUIG FERRIOL Lluís: Fonaments de Dret Privat Andorrà. Drets Reals y Dret de Successions. Por..... (Coordinador). Premsa Andorrana S.A. Primera edició. Andorra la Vella. 2005.
- PUIG FERRIOL, Ll. y ROCA TRIAS, E.: Fundamentos del Derecho Civil catalán. IV, 2º. Bosch Editor. 1981. (vigente todavía la Compilación de 1960).
- PUIG PEÑA, Federico: Compendio de Derecho Civil español. Ediciones Nauta S.A. Barcelona, 1966.
- REUS, Emilio: Ley de Enjuiciamiento civil concordada y anotada con gran extensión Por la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, bajo la dirección de... Madrid, 1.882.
- RIVERO ALEMÁN, Santiago: Disciplina del Crédito Bancario y Protección del Consumidor. Aranzadi Editorial. Pamplona, 1995.
- ROBLES POZO, José: El Código Civil y su Jurisprudencia hasta el 1º de Enero de 1.896, adaptado singularmente a cada uno de sus artículos y comentado.....por..... Madrid. Imprenta de la Revista de Legislación, 1896.
- ROCA SASTRE, Ramón Mº: “Instituciones de Derecho Hipotecario”. Obra ajustada al Programa para las Oposiciones libres a Notarías, publicado en el B.O.E. del 4 de Diciembre de 1940. Primera edición. Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1941.
- RODERICUS, Gaspar: De annuis et menstruis redditibus. In tres libros, et quinquaginta tres quaestiones divisus, quo census et eius quod interest, necnon usurarum materia tam in theoria, quam in praxi.....Lugduni, sumptibus Horatii Cardon. MDCV.
- ROGRON, J-A.: Les Codes expliqués par leurs motifs, par des exemples, et par la jurisprudence. Bruxelles, 1840.
- SABATER BAYLE, Isabel: Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1986.
- SALA, J.: Ilustración del Derecho real de España. Tomo segundo. Coruña, 1837.

- SALA, Joannis: Digestum romano-hispanum ad usum tironum hispanorum ordinatum. Editio secunda. Tomus II. Matriti, 1824.
- SALMASIUS, Claudius: De modo usurarum Liber. Lugduni Batavorum, ex Officina Elseviriorum. MDCXXXIX.
- SALVADOR CODERCH, Pablo: La figura de la remisión. En III Jornades de Dret catalá a Tossa: La reforma de la Compilació: El sistema sucesori. Tossa de mar, 26-29 de Septiembre de 1984.
- SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO, José: El derecho civil español en forma de Código. Leyes, no derogadas, desde el Fuero Juzgo hasta las últimas reformas desde 1870; jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia (en 1.500 sentencias) y opiniones de los jurisconsultos.....etc. Madrid 1871.
- SANTAMARÍA, J.: Comentarios al Código Civil. Texto vigente, comentarios, concordancias y referencias, etc. Tomo II. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1958.
- SANZ FERNÁNDEZ, Angel: El derecho de preferencia en la anticresis. RDP, 1943.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von: De la vocación de nuestro siglo para la Legislación y la Ciencia del Derecho. Traducción del alemán de Adolfo G. Posada. Editorial Heliasta, S.R.L. Buenos Aires, 1977.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von: Sistema del Derecho romano actual. Vertido al castellano por J. Mesía y M. Poley y precedido de un prólogo de Manuel Durán y Bas. Segunda edición. Centro Editorial Góngora. Madrid, s.f.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von: Storia del Diritto Romano nel Medio Evo. Prima versione del tedesco. Per Emmanuele Bollati. Multifrafia Editrice. Roma, 1972.
- SCHULZ, Fritz: Derecho romano clásico. Traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teigeiro. Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1960.
- SCHUMPETER, Joseph: Capitalismo, socialismo y democracia. Barcelona, 1996. 2 tomos. Ediciones Folio.
- SENA FERNÁNDEZ, Francisco: Diccionario de Jurisprudencia Registral (Años 1950 a 1999). Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1999.
- SIMONETTO, Ernesto: I contratti di credito. CEDAM. Padova, 1953.
- SMITH, Adam: Investigación de la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones. Traducida al castellano por Alonso Ortiz, José. Con varias Notas e Ilustraciones referidas a España. Valladolid. Oficina de la Viuda e Hijos de Santander. MDCCXCIV.
- SOHM, Rodolfo: Historia e Instituciones del Derecho Privado Romano. La España Moderna. Traducción de la 7ª edición alemana por P. Dorado. Madrid, s.f.

- STIGLITZ, J.: La Economía del Sector público. Barcelona, A. Bosch Editor. 1988.
- TEDESCHI, Vittorio: Voz “Anticresi”. En *Novissimo Digesto Italiano*. UTET, 1957.
- THIBAUT-SAVIGNY: La Codificación. Una controversia programática basada en sus obras “Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania” y “De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho”..... Introducción y selección de textos de Jacques Stern. Traducción del alemán de José Díaz García. Aguilar, 1970.
- TOULLIER, C.B.M.: *Il Diritto civile francese secondo l’ordine del Codice.....Terza edizione napoletana conforme alla seconda, fatta sull’ultima edizione di Parigi....* Napoli, 1840.
- TRIFONE, Romualdo: La variazione del valore della moneta nel pensiero di Bartolo. En *BARTOLO DA SASSOFERRATO. Studi e Documenti per il VI centenario. Volume Secondo*. Milano, Giuffré Editore. 1962.
- TROPLONG, R. Théodore: *Comentario dei Privilegi e delle ipoteche*. Segunda edición de la nueva versión italiana. Napoli, 1858.
- TUCCI, Giuseppe: Voz “Anticresi”. En *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile. Tomo I*. UTET, 1987.
- VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Panorama del Derecho Civil*. Segunda edición corregida. Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1973.
- VALVERDE Y VALVERDE, Calixto: *Tratado de Derecho Civil español. Tomo III. Cuarta edición*. Talleres tipográficos Cuesta. Valladolid, 1937.
- VÉLEZ SARSFIELD, Dalmacio: *El Código civil argentino*. Buenos Aires, 1869. Igon Hermanos. Libreros Editores, 1889.
- VILASECA MARCET, José M<sup>a</sup>: La aplicación del Derecho, more italico, característica del Derecho catalán. En *La Constitución Española y las Fuentes del Derecho*. Dirección General de lo Contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1979. Pág. 2.045 1 sgs.
- VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos: *La deuda de intereses*. EUB. S.L. Barcelona, 2002.
- VINNIO, Arnoldo: *Comentario académico y forense a los cuatro Libros de las Instituciones imperiales de Justiniano, anotado por el jurisconsulto J.G. Heinecio, de..... Traducido al castellano adicionado con las variantes del Derecho español y las diferencias más notables del Derecho Municipal de Cataluña por D.J. P. y B.* Barcelona, 1947.
- VINNIUS, Arnoldus: *In quatuor libros Institutionum Imperialium Commentarius academicus, et forensis. Tomus secundus. Lugduni. Sumptibus Fratrum de Tournes, MDC-CLXVII. Cap. VII, Lib II Juris Quaestiones Selectae*.

- VOET, Johannis: Commentarius ad Pandectas. In quo praeter Romani Juris principia ac controversias illustriores, Jus etiam hodiernum, & praecipuae Fori quaestiones excutiuntur. Coloniae Allobrogum, apud Fratres de Tournes, MDCCLXXVIII.
- VUILLAUME, M.F.: Commentaire analytique du Code Napoléon. Paris, 1855.
- WEBER, Max: La Ética protestante y el espíritu del capitalismo. Traducida por Luis Legaz Lacambra. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955.
- WIEACKER, Franz: "Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna. Aguilar. Madrid, 1957.
- WINDSCHEID, Bernardo: Diritto delle Pandette. Prima traduzione italiana di...C. Fadda e P.E. Bensa. Torino. Unione Tipografica-Editrice. Milano,Roma, Napoli.
- ZACHARIAE-CROME.: Manuale del Diritto Civile francese. Traduzione con note del Prof. Ludovico Barassi. Società Editrice Libreria. Milano, 1909.
- ZIMMERMANN, Reinhard: Europa y el Derecho Romano. Traducción y Estudio introductorio de Ignacio Cremades Ugarte. Marcial Pons- Madrid, 2009.

