

**La anticresis: función y finalidad en el
Código civil español y en el Código civil
de Cataluña**

Tesis Doctoral de D. Jorge Alegre de Miquel.

Director: Dr. Sergio Llebaría Samper.

**ESADE, Facultad de Derecho.
Universitat Ramon Llull.**

Barcelona, Septiembre 2013.

<u>INTRODUCCIÓN.</u>	1
<u>1.- ANTECEDENTES.</u>	9
1.1.- ORIGEN.	9
1.2.- ROMA.	10
1.3.- LOS ANTECEDENTES EN EL DERECHO GERMÁNICO.	12
1.4.- SU PRESENCIA EN EL DERECHO ESPAÑOL Y CATALÁN.	13
<u>2.- LA ANTICRESIS EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA.</u>	19
2.1.- CÓDIGOS EUROPEOS.	19
2.1.1.- FRANCIA.	19
2.1.1.1.- Código Civil de 1804.	19
2.1.1.2.- Modificaciones de 2006	24
2.1.1.3.- Modificación 2009.	26
2.1.2.- ITALIA.	28
2.1.2.1.- La anticresis en la codificación de los estados preunitarios.	28
2.1.2.2.- Código Civil del Reino de Italia de 1865.	31
2.1.2.3.- La reforma de 1942.	33
2.2.- IBEROAMÉRICA.	35
2.2.1.- SUDAMÉRICA.	38
2.2.1.1.- Bolivia.	38
2.2.1.2.- Perú.	40
2.2.1.3.- Chile.	44
2.2.1.4.- Ecuador.	45
2.2.1.5.- Venezuela.	46
2.2.1.6.- Uruguay.	48
2.2.1.7.- Argentina.	49
2.2.1.8.- Paraguay.	51
2.2.1.9.- Colombia.	53
2.2.1.10.- Brasil.	55
2.2.2.- CENTROAMÉRICA.	56
2.2.2.1.- México.	56

2.2.2.2.- Guatemala y Las Provincias Unidas del Centro de América.	60
2.2.2.3.- Costa Rica.	62
2.2.2.4.- Honduras.	63
2.2.2.5.- El Salvador.	64
2.2.2.6.- Nicaragua.	65
2.2.2.7.- Panamá.	66
2.2.3.- ISLAS: SANTO DOMINGO Y CUBA.	68
2.2.3.1.- Haití.	68
2.2.3.2.- República Dominicana.	68
2.2.3.3.- Cuba.	69
2.4.- CONCLUSIÓN.	70
3.- <u>CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA ANTICRESIS, EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL Y EN EL CÓDIGO CIVIL CATALÁN .</u>	75
3.1.- CONCEPTO.	75
3.2.- NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE ANTICRESIS.	82
3.2.1.- Naturaleza real de la anticresis en el ámbito del derecho civil de Cataluña.	83
3.2.2.- La controvertida naturaleza real de la anticresis en el derecho español.	90
3.2.2.1.- Posiciones que niegan su carácter real y afirman su naturaleza obligacional.	92
3.2.2.1.1.- En cuanto que la anticresis no es un derecho real porque recae únicamente sobre los frutos del inmueble.	95
3.2.2.1.2.- En cuanto que el código califica la anticresis de derecho real.	98
3.2.2.1.3.- En cuanto a la falta de preferencia.	102
3.2.2.1.4.- En cuanto a la facultad reipersecutoria.	103
3.2.2.2.- Posiciones que afirman el carácter real del derecho de anticresis.	106
3.2.2.2.1.- Determinación de los elementos definidores de la anticresis: el acto constitutivo como fundamento de su carácter real o personal.	111
3.2.2.2.2.- La posesión como fundamento de su carácter real.	115
3.2.2.2.3.- Determinación de los elementos definidores de la anticresis:	

una opción alternativa ¿la anticresis obligación <i>propter rem?</i>	120
3.2.2.3.- Conclusión.	122
3.3.-. EL DERECHO DE ANTICRESIS Y SU ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.	124
4.- <u>TIPOLOGÍA DE LA ANTICRESIS EN TANTO QUE DERECHO REAL.</u>	127
4.1.- LA ANTICRESIS COMO DERECHO REAL DE GARANTÍA	127
4.1.1.- La facultad de realización de valor como sostén de los derechos reales de garantía y su reconocimiento en el derecho de anticresis.	131
4.1.1.1.-La realización de valor como elemento identificativo de los derechos reales de garantía: su contenido.	131
4.1.1.2.-La presencia de la facultad de realización de valor en la anticresis regulada por el CCE.	136
4.1.1.3.- La anticresis y la realización de valor conforme al Código Civil Catalán, facultad esencial o no.	145
4.1.1.4.- ¿Tendría la anticresis naturaleza de derecho real de garantía, si se le negase la facultad de realización de valor?.	147
4.1.2.- La negación del derecho de anticresis como derecho de garantía.	151
4.2.- LA ANTICRESIS COMO DERECHO REAL DE GOCE.	160
4.3.- LA ANTICRESIS COMO MEDIO DE PAGO O LIQUIDATIVO DE LA DEUDA.	169
5.- <u>LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL CONTRATO DE ANTICRESIS.</u>	175
5.1.- TÍTULO CONSTITUTIVO.	175
5.1.1.- Constitución <i>mortis causa</i> .	176
5.1.2.- Adquisición por usucapión.	180
5.1.3.- Constitución mediante contrato.	183
5.2.- LOS SUJETOS.	184
5.2.1.- Requisito de capacidad	184
5.2.2.- Poder de disposición.	185

5.2.2.1.- Facultad de disposición sobre el bien inmueble.	185
5.2.2.2.- Anticresis del copropietario o anticresis de cuota.	187
5.2.3.- Terceros intervinientes.	189
5.2.3.1.- El tercero constituyente.	189
5.2.3.2.- El tercero (garante) ante el pago efectivo de la deuda.	194
5.2.3.3.- El tercero administrador.	200
5.2.3.4.-Subanticresis.	203
5.3.- OBJETO.	207
5.3.1.- El bien inmueble.	207
5.3.2.- La pluralidad de bienes.	208
5.3.3.- La obligación garantizada	209
5.4.- LA FORMA.	211
5.5.- DURACIÓN DE LA ANTICRESIS.	215
5.5.1.- Anticresis constituida sobre deuda no vencida.	217
5.5.2.- Anticresis constituida sobre deuda vencida.	218
<u>6.- EL PRIMERO DE LOS DERECHO QUE ADQUIERE EL ACREEDOR ANTICRÉTICO: LA PERCEPCIÓN DE LOS FRUTOS.</u>	221
6.1.- DETERMINACIÓN. FRUTOS O RENDIMIENTOS.	221
6.1.1.- Alcance de los frutos, desde un punto de vista sistemático.	222
6.1.2.- Examen del término fruto desde un punto de vista finalista.	225
6.2.- LAS OTRAS UTILIDADES.	230
6.3.- LA IMPUTACIÓN O APLICACIÓN DE RENDIMIENTOS.	234
<u>7.- LAS OBLIGACIONES DEL ACREEDOR: LA ADMINISTRACIÓN PARA LA BTENCIÓNDE FRUTOS Y LA RENDICIÓN DE CUENTAS.</u>	241
7.1.- LA ADMINISTRACIÓN PARA LA PRODUCCIÓN.	241
7.2.- LA OBLIGACIÓN DE PAGO DE CONTRIBUCIONES, CARGAS Y GASTOS DE LA FINCA ADMINISTRADA.	244
7.2.1.- El deber de atender contribuciones y cargas.	244
7.2.1.1.- En cuanto a las contribuciones en especial.	246
7.2.1.2.- En cuanto a las cargas.	252
7.2.1.3.- En cuanto a los gastos de conservación.	254

7.3.- EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE SOPORTAR PAGOS DE Y CONTRIBUCIONES Y CARGAS Y DE LOS GASTOS DE CONSERVACIÓN Y MANTENIMIENTO.	256
7.3.1.- La devolución de la finca.	256
7.3.2.- El límite contractual a la obligación de pagar las contribuciones, cargas y los gastos de explotación.	264
7.3.3.- Efectos de la renuncia.	270
7.4.- GASTOS DE PRODUCCIÓN.	272
7.4.1.- Producción negativa.	274
7.4.2.- Resultado negativo de la explotación: la nueva deuda y el derecho de anticresis.	278
7.4.3.- Resultado negativo de la explotación, en finca cedida por tercero.	280
8.- <u>LA RENDICIÓN DE CUENTAS.</u>	283
8.1.- LA OBLIGACIÓN DE RENDIR CUENTAS.	283
8.2.- LOS SUJETOS DE LA RENDICIÓN.	286
8.2.1.- El tercer poseedor de la finca y la rendición de cuentas.	288
8.2.1.1.- La condición jurídica del tercer poseedor.	288
8.2.1.2.- La rendición de cuentas del tercer poseedor.	291
8.3.- RENDICIÓN DE CUENTAS DE ADMINISTRACIÓN Y DE LIQUIDACIÓN.	293
8.3.1.- Rendición de cuentas relativa a la gestión y administración del inmueble.	295
8.3.2.- Rendición de cuentas de liquidación.	299
8.4.- DEL PROCEDIMIENTO DE RENDICIÓN DE CUENTAS.	302
8.5.- INCUMPLIMIENTO EN LA ADMINISTRACIÓN.	304
9.- <u>DERECHO DE RETENCIÓN Y GARANTÍA ANTICRÉTICA.</u>	309
9.1. LA RETENCIÓN COMO EFECTO DE LA GARANTÍA ANTICRÉTICA: PLANTEAMIENTO GENERAL.	309

9.2.- DERECHO DE RETENCIÓN Y LA RETENCIÓN ANTICRÉTICA.	314
9.2.1.- La retención anticrética.	314
9.2.2.- Los efectos del derecho de anticresis sobre aquellas deudas que no son ni obligación principal ni sus intereses: alcance del derecho de retención.	319
9.2.2.1.- Una cuestión previa: La anualización de los gastos y la determinación del saldo deudor.	321
9.2.2.2.- El Derecho de retención y los gastos de conservación.	323
9.2.2.3.- El reembolso de los gastos de conservación, mantenimiento, tributos y cargas, cuando los rendimientos del inmueble resultan insuficientes.	326
9.2.2.4.- El reembolso de los restantes gastos de explotación excluidos de los gastos de conservación, mantenimiento, tributos y cargas.	334
9.2.2.5.- Otros gastos útiles y su derecho al reembolso.	341
9.2.2.6.- Alcance del derecho de retención: El derecho de retención en relación con otras deudas.	346
9.2.2.7.- Alcance del derecho de retención: Derecho de retención y el reembolso por rendimientos.	347

10.- REALIZACIÓN DE VALOR DE LA FINCA GRAVADA EN ANTICRESIS.

	355
10.1.- REALIZACIÓN DE VALOR CONFORME AL DERECHO ESPAÑOL.	355
10.1.1.- Cuando las partes no hubieran convenido ningún tipo de previsión para el hipotético impago de la deuda.	357
10.1.2.- Supuesto en que las partes hubieren pactado expresamente que el acreedor carecería de facultades para la enajenación del inmueble.	358
10.1.3.- Adjudicación de la propiedad del inmueble por el acreedor o al acreedor.	362
10.1.4.- Venta, judicial o extrajudicial sujetándose a procedimiento reglado.	365
10.1.4.1.- Sobre la venta extrajudicial mediando procedimiento reglado.	365
10.1.4.2.- Venta judicial.	368
10.2.- LA REALIZACIÓN DE VALOR CONFORME AL DERECHO CATALÁN.	375
10.2.1.- Constitución y oposición.	377
10.2.2 - Posesión del bien retenido.	378

10.2.3.- Otorgamiento de escritura.	379
10.2.4.- Inscripción en el Registro de la propiedad.	381
10.2.5.- Realización de valor de la finca conforme al art. 569.8 CCCat.	381
10.2.5.1.-Venta directa.	381
10.2.5.2.- La subasta notarial.	393
10.3.- LA REALIZACIÓN DE VALOR Y EL DERECHO DE PREFERENCIA.	400
10.4.- EL PRIVILEGIO RECONOCIDO EN EL ART. 90 DE LA LEY CONCURSAL.	403
10.4.1.- El privilegio a los frutos.	407
10.4.2.- La preferencia sobre el valor en venta.	410
10.4.3.- La integración de la ley concursal y la regulación de la anticresis conforme al Código Civil de Cataluña.	413
11.- LA ANTICRESIS Y FIGURAS AFINES.	417
11.1.- ANTICRESIS Y PACTO ANTICRÉTICO.	417
11.1.1.- Los orígenes del pacto anticrético.	417
11.1.2.- El Pacto Anticrético.	421
11.2.- ANTICRESIS Y USUFRUCTO EN GARANTÍA.	430
11.2.1.- El usufructo en garantía y su falta de regulación.	430
11.2.2.- Diferencias en la constitución y contenido del derecho.	432
11.2.3.- Diferencia en la causa de la garantía.	434
11.2.4.- Diferencias en el contenido obligacional.	440
11.2.4.1.- La obligación de administración.	440
11.2.4.2.- Sostenimiento de los gastos de administración.	441
11.2.4.3.- Diferencias en la imputación.	444
11.2.5.- Conclusión.	445
11.3.- LA PRENDA INMOBILIARIA Y LA ANTICRESIS.	446
11.3.1.- Antecedentes de la prenda inmobiliaria en el derecho histórico.	447
11.3.2.- Los antecedentes de la prenda inmobiliaria en derecho español.	451
11.3.3.- La reciente aparición de la prenda inmobiliaria en el código civil francés.	457
11.3.4.- Diferencia entre anticresis y prenda inmobiliaria.	461
11.4.- LA ANTICRESIS COMPENSATORIA.	462
11.4.1.- Introducción.	462

11.4.2.- Naturaleza jurídica.	463
11.4.3.- Régimen legal: Características propias del régimen jurídico aplicable a la anticresis compensatoria.	467
11.5.- LA ANTICRESIS EN LA COMPILACIÓN NAVARRA.	469
12.- EXTINCIÓN DE LA ANTICRESIS.	473
12.1.-LA EXTINCIÓN DE LA ANTICRESIS POR LA EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN.	473
12.1.1.- Extinción por efecto de la amortización mediante la percepción de frutos.	474
12.1.2.- Extinción por pago anticipado.	476
12.2.- EXTINCIÓN DEL DERECHO DE ANTICRESIS POR EXTINCIÓN DEL DERECHO REAL.	477
12.2.1.- Extinción de la anticresis por vencimiento del plazo para el que fue constituida.	477
12.2.2.- Extinción por pérdida o destrucción del inmueble.	479
12.2.2.1.- Pérdida y subrogación real.	479
12.2.2.2.- Efecto de la pérdida del inmueble en la anticresis sujeta al CCE y en la anticresis no inscrita sujeta al CCCat.	482
12.2.2.3.- ¿Aplicación analógica de la subrogación real prevista en el usufructo a la anticresis?.	485
12.2.3.- La renuncia.	490
12.2.4.- Por consolidación.	492
12.2.5.- No uso y prescripción extintiva.	493
<u>FINAL.- CONCLUSIONES</u>	497
BIBLIOGRAFÍA	515

INTRODUCCIÓN.

I.-

La anticresis regulada en el código civil español es una figura insólita, por ser desacostumbrado su uso y desde luego no nos equivocamos si sostenemos que con seguridad es el contrato, de entre los regulados en el CCE, que menos trascendencia social ha tenido. Entró de rondón al tiempo de ser aprobado el código civil en 1.889, y pasó de no estar contemplado en ningún proyecto o anteproyecto, a incorporarse sorpresivamente al texto definitivo, y ese quizás injustificado acceso al código ha tenido también su reflejo en el escasísimo uso social de la figura. Esa precipitada incorporación, produjo sin duda que su regulación legal resultara imprecisa, tan imprecisa como para figurar incorporado junto con los derechos reales de garantía, cuando de la anticresis no se tiene la certeza ni de ser siempre un derecho real ni tampoco de garantía: las interpretaciones más recientes tienden a configurarla carente de facultades tales como la reipersecutoriedad o el *ius distrahendi*, aproximando la figura a funciones o medios de pago; aunque quizás su verdadera función pudiera ser aquella que en su origen acabó por resultar ocultada: convertirse en un contramutuo, sin mayores ambiciones.

Y estando así esa figura, adormilada por su escaso uso, resulta que concurren en el tiempo actual dos textos legales, de especial trascendencia, y que ambos vienen a contemplar de nuevo en su regulación ese propio contrato anticrético, nos estamos refiriendo al codi civil de Catalunya, en su libro V, y en muchísima menor medida, pero suficientemente significativa, la Ley Concursal al regular de nuevo los créditos con privilegio especial o general. El estudio de la anticresis conforme a su regulación en el CCCat obliga a su comparación con la regulación de idéntica figura en el CCE.

Si en 1.889 pudo sorprender que el código civil español recogiera una figura escasamente utilizada, todavía sorprende más que en 2.006 (aunque para ser precisos debiéramos referirnos a 2.002, que es cuando la ley de Derechos Reales de Garantía de la Generalitat de Catalunya la recoge por primera vez) de nuevo el

legislador (y en este caso “otro legislador” puesto que es el Parlament de Catalunya) entre a regular este derecho hasta ahora de tan escaso uso, y dotándolo de una regulación que si bien es más precisa que la del código civil español, no por ello le otorga un contenido funcional suficiente como para poder imaginar un posible desarrollo o uso cierto de la institución.

Si unimos a estos precedentes la manifiesta vocación de quien suscribe por la defensa de causas perdidas, y que por otro lado el departamento de derecho civil de ESADE tiene una contrastada inclinación al estudio de los derechos de garantía, podremos comprender que el catedrático de la asignatura y director de la tesis D. Sergio LLebaría, me autorizase como tema de estudio el derecho de anticresis: figura extraña o incluso anodina si la contemplamos junto a los demás derechos reales de garantía, pero que puede tomar identidad propia si la pensamos entre los derechos de goce.

La regulación de la anticresis en el CCCat hace inevitable su contraste con su regulación en el CCE y esa comparación es la que nos ha servido como eje conductor de nuestro estudio. Del análisis de sus caracteres podremos intuir (intuición, puesto que como ya hemos señalado la realidad práctica ha conducido a este contrato al más absoluto de los ostracismos) la posibilidad de ser utilizada como una alternativa eficaz a los medios solutorios en el cumplimiento de las obligaciones, y podremos observar sus diferencias con la gran garantía inmobiliaria que es la hipoteca. Siempre se ha destacado de la hipoteca su cualidad de permitir al deudor de una obligación garantizar la misma sin perder la posesión del inmueble, lo que le permitirá poder seguir ocupándolo como vivienda o explotándolo en su función económica, etc.

La nueva lectura que queremos ofrecer de la anticresis facilita una función económica inversa a la de la hipoteca pero conceptualmente similar. (i) Función económica inversa, por cuanto no es una garantía que asegure el cumplimiento futuro de la obligación sino que esencialmente es un medio de pago que permite la satisfacción de la deuda y no como propia reacción ante el incumplimiento sino como efecto propio del contrato; (ii) función económica inversa también porque en la hipoteca el deudor conserva la posesión del inmueble lo que precisamente le permite satisfacer la deuda sin necesidad de que la hipoteca

despliegue sus demoledores efectos, de forma que el deudor/propietario conserva la posesión pero pone en riesgo la propiedad en tanto que en la anticresis ese deudor/propietario pierde la posesión para conservar la propiedad, puesto que la pérdida de la posesión se constituye como el instrumento que le permitirá al acreedor satisfacerse en su crédito y evita poner en riesgo la propiedad (aunque, bien es cierto, el derecho catalán ha alterado esa relación de equivalencia); (iii) función económica inversa porque la hipoteca despliega sus efectos jurídicos ante el incumplimiento en tanto que la anticresis por el incumplimiento se extingue.

Y conceptualmente similar porque en ambos derechos se persigue que el deudor pueda cumplir con su obligación precisamente por el uso que se le permite del bien, uso propio por el deudor hipotecario, cesión de uso por el deudor anticrético.

Y esas debieran haber sido las grandes cualidades de la anticresis, que unas veces han querido ser alteradas mediante interpretaciones que estimamos erróneas (en el CCE) y en otras se ha alterado definitivamente (caso del CCCat), incorporando a esa institución un derecho de realización de valor que no hace más que desfigurarla y transformarla en algo esencialmente inútil: ¿por qué el deudor va a ceder la posesión del inmueble y simultáneamente poner en riesgo la propiedad del mismo, si mediante la hipoteca pone en riesgo la propiedad pero conserva la posesión?.

La anticresis toma luz propia si nos conformamos en entender que por ella tan solo se cede el derecho a la percepción de los frutos, se cede su uso pero se conserva la propiedad. Y se cede su uso como instrumento satisfactivo. En esa amplitud y con esa limitación el deudor puede encontrar un interés cierto en acogerse a este contrato, pierde la explotación temporal del inmueble pero conserva su propiedad. No es una pérdida definitiva, es una pérdida que precisamente le facilita el cumplimiento lo que le permitirá seguir conservando la propiedad del inmueble. No imponemos o atribuyamos a la anticresis facultades que no le son propias con arreglo a su naturaleza y destino, porque entonces la hacemos inútil.

II.-

La metodología empleada en el desarrollo del estudio ha sido desde luego de carácter tradicional: antecedentes, concepto y naturaleza, elementos, efectos, figuras afines y extinción. En resumen estos serían los grandes capítulos en los que se divide el trabajo.

Los dos primeros capítulos han sido dedicados al examen de los precedentes: la figura ya aparecía reconocida en el derecho egipcio, de donde pasa al griego y posteriormente queda incorporada en el derecho romano. Sin encontrarse tipificada, posteriormente encontramos documentos que recogen su uso tanto en Cataluña como en los reinos de Castilla.

Ha sido preciso acercarse a la legislación comparada (para ello hemos dedicado un extenso capítulo segundo) porque en la legislación española la figura se establece de forma inopinada con la aprobación del CCE y que prácticamente fue de los últimos en resultar aprobados de entre los de nuestro entorno. La comparación realizada ha permitido ratificar que los elementos ciertamente identificativos de la figura son: el desplazamiento de la posesión, la percepción de los frutos por el acreedor y, para el caso de no llegarse a satisfacer la totalidad de la deuda, el derecho de retención. Abundante doctrina ha querido ver entre esos elementos, además, la facultad de enajenación o realización de valor como implícitamente reconocida en el CCE basándose para ello en que dicha facultad forma parte de la propia naturaleza del derecho. La aproximación a la legislación comparada permite negar esta idea de forma rotunda, y ello pese a que precisamente la reciente reforma del código francés y la aprobación del libro V del CCCat hayan incorporado esta facultad que nosotros consideramos ajena a la naturaleza de este derecho.

Naturaleza que hemos examinado en los capítulos tercero y cuarto, y que son los que nos permiten poder reclamar para la anticresis una nueva lectura en su función jurídica y económica. A partir de ese examen creemos que puede presentarse el derecho de anticresis como una alternativa válida para la satisfacción de deudas líquidas y sin afectar al derecho de propiedad de un inmueble. Es este un derecho que permite encauzar el cumplimiento, más que

ser un instrumento que permita reaccionar ante el incumplimiento. Y en situación de crisis económica, la maquinaria de la reacción ante el incumplimiento destruye, deja al deudor/propietario en situación patrimonial aún más débil: habrá perdido parte de su patrimonio y no será extraño que una parte de la deuda subsista amenazándole el resto de su patrimonio presente o futuro. La anticresis en cuanto que encauza el cumplimiento salvaguarda el interés de ambas partes: al acreedor le permite obtener lo esperado y el deudor salva su patrimonio lo que le permitirá en el futuro seguir operando económicamente. Si se consigue emplear la anticresis en esa finalidad no sólo habremos dotado a esa figura de su verdadero contenido sino que además se habrá aportado algo novedoso a un sistema de garantías enfocadas tan solo a obtener la extinción total de la deuda, un sistema esencialmente eficaz pero tremendamente destructivo.

La garantía no aporta nada nuevo a la relación obligatoria: la contempla agazapada observando su cumplimiento o incumplimiento, y si éste se produce reacciona con toda las facultades con las que haya sido dotada hasta conseguir el máximo cumplimiento posible, total en ocasiones o parcial en otras. El derecho de anticresis aporta algo nuevo a la relación obligatoria, se inserta en ella encauzando ese cumplimiento que quizás de otra forma no sería posible alcanzar, podemos por ello decir que la anticresis enriquece en tanto las garantías empobrecen.

Los temas quinto al séptimo, vienen a reflejar el examen más tradicional del contrato de anticresis, así tanto los elementos del contrato como los efectos que de él se derivan. Responde a un examen tradicional en cuanto que hemos querido valorar y contrastar cada uno de los elementos que conforman el contrato en ambas legislaciones y sobre sus distintos efectos: Aunque también aquí nos hemos encontrado con algún viejo ropaje que convenía ser aireado (así el uso del término anticresista para identificar al acreedor y no al deudor) ese contraste es el que permite diferenciar ciertos aspectos entre la anticresis sujeta a la legislación española o a la catalana, así la referencia a los frutos o a los rendimientos que se producen con arreglo a la naturaleza del inmueble o con arreglo a su destino económico; o las obligaciones que adquiere el acreedor

anticrético conforme a una y otra regulación; o las consecuencias de un resultado negativo de la explotación.

En el tema octavo hemos querido reflexionar sobre la rendición de cuentas, obligación que debe darse como implícita en este contrato y que sin embargo ninguna de ambas legislaciones contempla, aunque sí es cierto que la legislación catalana hace referencia a que dicha rendición podrá ser exigida sobre la gestión o administración del inmueble pero curiosamente no se hace referencia alguna a la rendición de cuentas sobre los propios actos de imputación y determinación de los saldos deudores.

Como tampoco se regula muy específicamente el derecho de retención que se deriva de la anticresis y al que hemos dedicado el tema noveno. La retención anticrética es la inmediata consecuencia que se deriva del definitivo incumplimiento en el pago de la obligación principal cuando vencida la anticresis aun resta un saldo deudor, y junto a ella hemos examinado también la retención ordinaria que puede aparecer en otras circunstancias dentro de este propio contrato.

Y si la retención es la primera de las consecuencias ante el incumplimiento, quizás resultaría más preciso decir ante el resultado de impago de la deuda (que desde luego es incumplimiento de la obligación principal), el segundo de los efectos, y que como ya hemos señalado ha querido ser visto como esencial y propio de esta institución, es la facultad de realización de valor a la que hemos dedicado el tema décimo: tal y como ha quedado dicho estimamos que esa facultad no se encuentra presente en la anticresis sujeta al CCE, resultando evidente que sí se recoge en la regulación catalana, pero en ese caso también estimamos que es una facultad que desfigura la naturaleza principal del derecho, aunque innegablemente allí está. Pero..., *mal está*; por cuanto la regulación de ese *ius distrahendi* resulta confusa, defectuosa y de difícil aplicación según se resalta en el desarrollo del tema.

El tema undécimo dedicado al examen comparativo de esta figura con otras afines quizás hubiera podido ubicarse entre los primeros temas del presente trabajo, quizás lo hubiéramos podido abordar inmediatamente después de la

aproximación realizada a las legislaciones de nuestro entorno y especialmente cuando al comparar la anticresis con la prenda inmobiliaria nos hemos visto obligados a hacer constantes referencias al derecho histórico, sin embargo para esas comparaciones con las figuras afines resultaba útil haber determinado precisamente la naturaleza jurídica y la tipología de este derecho así como los principales efectos que se derivan de este derecho, ello entendemos que justifica que lo hayamos ubicado entre los temas finales del presente trabajo. De entre las comparaciones realizadas queríamos señalar dos de ellas: la prenda inmobiliaria y el usufructo en garantía. La prenda inmobiliaria por cuanto se manifiesta la tendencia de la doctrina a considerar que la anticresis no es más que un supuesto de prenda sobre inmuebles, concepción a la que puede contribuir aun más la reciente reforma del CCfr que ha sustituido la anticresis por esta figura. En cuanto al usufructo en garantía, habiendo resultado expresamente tipificado en el CCCat, su función económica resulta realmente próxima a la anticresis.

Por último, y como no podía ser de otra manera en una metodología tan clásica como la empleada, hemos concluido con el examen de las causas de extinción de la anticresis, en las que habrá que diferenciar entre la extinción de la deuda y la extinción del derecho.

Y todo ello para concluir, como ya nos permitimos avanzar en esta introducción que efectivamente la anticresis ha sido una figura caída en el desuso, o mejor ni tan siquiera realmente utilizada en momento alguno, pero nos parece que eso ha sucedido así por haber sido desfigurada desde su incorporación al código. Su ubicación entre la garantías, la predeterminó de tal manera que se quisieron ver en ellas las mismas facultades y aptitudes que en los restantes(!) derechos de garantía, se confundió su naturaleza y evidentemente no tuvo empuje suficiente como para permanecer visible en un entorno que no era el propio. Como decíamos más arriba si le respetamos las facultades y propiedades que consideramos que le son propias, podremos encontrar en ella un instrumento que nos permitirá encauzar el cumplimiento y no una herramienta con la que reaccionar frente al incumplimiento.

III

No quisiera acabar la presentación de este trabajo sin mostrar mi agradecimiento a todos aquellos que de una manera u otra me encauzaron y animaron a iniciarlo. Sin llegar a resultar extraño no es frecuente encontrar a un doctorando, que probablemente se encuentra ya iniciando el último tercio de su carrera profesional, realizando un estudio más propio de un joven licenciado. Llevo más de treinta años como profesor asociado de la Universidad de Barcelona, en ella me he formado y desde luego a su departamento de Derecho Civil le debo toda gratitud por haberme enamorado de esta materia y más concretamente de lo que vendría a ser el derecho civil patrimonial. Quizás con esta manifestación uno pudiera esperar que esta tesis hubiera sido elaborada en ese departamento, pero lo cierto es que a lo largo de esos treinta años de docencia he colaborado con muchos profesores, varios de los cuales terminaron por hacer carrera académica fuera de esa institución. De entre ellos Sergio Llebaría accedió a ocupar la cátedra de Derecho Civil de esta Universidad Ramon Llull, y desde esa posición participando (yo más pasivamente que activamente, todo hay que reconocerlo) en sus seminarios y discusiones, colaborando con su profesorado, surgió la idea de realizar aquello que quedó como asignatura pendiente al terminar los estudios de licenciatura. Nada me ha entretenido más en estos últimos años, y quizás la edad o la certeza de no precisar de la tesis para acceder a determinados trabajos me hayan permitido poderla disfrutar de una manera más deportiva, aunque también es cierto que en esos mismos términos se echa a faltar la agilidad y el atrevimiento del joven licenciado. Debo y quiero pues agradecer al profesor Llebaría su enorme paciencia y prudencia, pues no es fácil dirigir a quien en edad te excede y en mucho. Y agradecer también a la Facultad de Derecho de ESADE (Univ. Ramon Llull) por haberme acogido en su programa de doctorado y guiarme en la elaboración de este trabajo, que viene a culminar una formación académica que en definitiva se inició en sus propias raíces, siendo la formación recibida en los jesuitas la que te inculca el principio de exigencia y responsabilidad, luego adecuadamente requerido por mis padres y del mismo modo nunca dispensado por mi querida esposa. A todos ellos infinita gratitud.

1.- ANTECEDENTES

1.1 ORIGEN

No es pacífico el origen de la anticresis si bien al parecer los griegos la reciben de los Egipcios y su denominación significa “goce o uso contrario”, queriendo reflejar que el acreedor disfruta de una finca de su deudor mientras éste goza del dinero del acreedor¹.

Este concepto inicial no debemos olvidarlo, pues como veremos a lo largo de la historia este derecho ha querido ser complementado con otras facultades (entre ellas y de manera destacada, la del *ius distrahendī*), y quizás ello y como reflejamos en nuestras conclusiones habrá sido la causa de que la institución cayera en el desuso.

En lo que constituye la historia de la publicidad inmobiliaria son conocidos los *mojones de Ática o mojones hipotecarios*, de entre ellos y situándose en el Siglo V a.c., RAMOS FOLQUÉS², refiere la existencia de uno que recoge exactamente la figura de la anticresis y que en opinión de este autor resulta interesante porque da a conocer la naturaleza real, la desposesión de la finca y la percepción de los frutos por los intereses.

La inscripción reza lo siguiente:

“Mojón de la tierra y de la casa hipotecada por 800 dracmas, a condición de que el poseedor de los bienes perciba los productos según los pactos que están en poder de Deinio Evónimo.”

¹MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ M^a. “De la Anticresis.” *Comentarios al código Civil Español*. Segunda edición. Edit. Revista de Legislación. Madrid.1911. Tomo XII. págs., 523 y ss.

En opinión de BATLLE VÁZQUEZ, MANUEL. “La Anticresis”. Nueva Enciclopedia Jurídica Seix. Editorial Seix. Barcelona 1950. Tomo II. págs., 697, su origen estaría en la India, citando en la obra de referencia un texto Vrinaspasti, recogido por Gibelin en *Etudes sur le droit civil des hindous*.1846.

²RAMOS FOLQUÉS, RAFAEL. “Los Mojones de Ática o la publicidad hipotecaria en el siglo IV antes de Jesucristo”. RCDI. Julio-Agosto 1949. págs., 417 y ss.

RAMOS FOLQUÉS en la interpretación de esta inscripción estima que “el acreedor se posesionaba de la finca; los frutos no constituían la garantía de la obligación, sino que solamente se aplicaban al pago de los intereses y en lugar de las usuras, y la finca quedaba gravada a la responsabilidad del capital”.

Desde ese origen ha venido siendo configurada como un pacto similar al de la prenda, pero que conlleva el uso de la cosa pignorada, lo cierto es que también en Roma, fue más bien un pacto que se añadía al de la prenda o al de la hipoteca y el fin principal era el de compensar los frutos con los intereses³. En realidad se concebía la anticresis como una modalidad del “*pignus*” en la que mediante pacto el acreedor gozaba de la cosa dada en prenda.

1.2.- ROMA

En los orígenes de los derechos reales de garantía⁴, el Edicto *rebus creditis* presentaba como última acción una *actio pignoratitia*, con fórmula *in factum concepta*, contra el acreedor que retenía indebidamente un objeto que le fue entregado en garantía del cumplimiento de una obligación. Como la prenda debía ser restituida, sólo podían pignorarse las cosas específicas (no sólo los inmuebles sino también los muebles) aunque respecto de los bienes muebles el acreedor pignoraticio respondía por *custodia*⁵, como el comodatario. Al ser la prenda una garantía, suponía la existencia de una deuda y mientras ésta no fuera cumplida el acreedor pignoraticio podía oponer una *exceptio* a la acción del pignorante tendente a recuperar la posesión del bien pignorado; tan pronto la

³ DIGESTO Libro Vigésimo. Título I.11. 1. “Si se hizo anticresis (en Griego), y se introduce al 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 vivienda por sí mismo; así, si hubiera perdido la posesión, suele disponer de una acción por el hecho,”. Traducción A D’Ors, F. Hernández-Tejero, P. Fuenteseca, M.García y J. Burillo. El Digesto de Justiniano. Editorial Aranzadi. Pamplona 1972. Tomo II.

⁴ D’ORS PÉREZ-PEIX, ÁLVARO. *Derecho Privado Romano*. Editorial Universidad de Navarra. 4ª Edición. Pamplona. 1981. pág., 474.

⁵ La responsabilidad por *custodia* supone una agravación respecto de la responsabilidad contractual por culpa. *Ibidem*.

obligación resultara enteramente cumplida, la retención posesoria perdía su causa y procedía la acción de repetición.

D'ORS lo explica poniendo de manifiesto que “la garantía que suponía *el pignus* era un privilegio tan solo de carácter coactivo: el acreedor, al retener la posesión de la cosa pignorada y privar de ella al pignorante, le fuerza a cumplir o hacer cumplir la obligación, pues solo cumpliéndola podrá recuperar la cosa de la que se ve privado”. Y añade “Corrientemente se autorizaba al acreedor para que pudiera vender la prenda y cobrarse con el precio, debiendo restituir tan solo la cantidad sobrante (*superfluum*). Este *ius vendendi* se hizo tan frecuente que la jurisprudencia de finales del siglo II d.c. llegó a considerarla como elemento “natural” de la prenda, de modo que no hacía falta declararlo expresamente”⁶.

Siendo pues el *pignus*, en su origen, una facultad de retención, podía pactarse 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: éste es el llamado pacto de anticresis⁷. De no pactarse así, el valor de los frutos percibidos por el acreedor debía imputarse primeramente a los intereses, pero si excedían de la cuantía de éstos, se imputaban a la deuda del capital, y si aún excedían se convertían en *superfluum*⁸.

Aun cuando son muchos los autores que directamente vinculan pacto anticrético y anticresis, resulta de especialísima relevancia señalar que se trata de dos figuras enteramente distintas y que sólo la confusión generada a partir de una incorrecta interpretación del término “*chresis*” (que en griego no solamente puede

⁶Ibídem

⁷ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, JOSÉ ANTONIO. *Curso de Derechos Reales*. Tomo II. Editorial Cívitas. Madrid. 1986. págs., 213 y ss. Históricamente, el régimen de la anticresis está estrechamente ligado a las limitaciones y prohibiciones de cobrar intereses. Así en el régimen romano del *pignus* los frutos cobrados por el acreedor no podían sobrepasar la tasa de interés, (Constantino, en el año 320, por ejemplo, fijó en el 12 por 100, y por ello fue llamada usura centesimal porque implica un 1 por 100 del capital al mes). La fijación de un límite al interés existía anteriormente como una norma fundada en la equidad (*exceptio doli*).

⁸ D'ORS PÉREZ-PEIX, A. ob., cit., pág., 476.

ser interpretado como “uso” sino también como “mutuo” –así por anticresis, contramutuo-) ha llevado a vincularlas⁹. El término anticresis viene a designar no un *contrarium usum* sino un *contrarium mutuum*, y de esta forma la verdadera anticresis consistía en aquel contrato que es doble por cuanto mutuante y mutuuario lo son de forma recíproca, uno ha recibido un capital y el otro ha recibido del primero una finca para percibir sus frutos en tanto el capital no le sea devuelto (de ahí el contramutuo)¹⁰. Y esta anticresis, a la que se denomina “verdadera anticresis”, nada tiene que ver con el pacto anticrético que es un pacto que se une a una garantía (al *pignus* en origen, y luego también a la hipoteca), y en estos casos el *ius distrahendi* acompaña a aquella garantía, mientras que la “verdadera anticresis” es tan solo una cesión del *ius fruendii* de una finca en tanto permanezca vivo el mutuo, pero en modo alguno conlleva el *ius distrahendi* de esa finca, entre otras razones por ser ajeno a su propio concepto¹¹.

1.3.- LOS ANTECEDENTES EN EL DERECHO GERMÁNICO.

El derecho germánico medieval también elaboró una forma de garantía inmobiliaria próxima a la figura de la anticresis, es la llamada *prenda de*

⁹HERNÁNDEZ-MORENO, ALFONSO. “De la Anticresis.” *Comentarios del código Civil*. Ministerio de Justicia. Madrid.1991. pág., 1.928.Sustenta su tesis a partir del estudio de Claudius Salmasius (Claude Saumaise) en su obra, *De modo usurarum liber*.1.639.

¹⁰PUIG PEÑA, FEDERICO. *Tratado de Derecho Civil Español*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1958. Tomo III. Vol II, pág., 463, lo describe diciendo: “(...) por consistir propiamente un trueque de rentas”.

¹¹ En este mismo sentido, BADOSA COLL, FERRAN. *La Diligencia y la Culpa del Deudor en la Obligación Civil*. Studia Albornotiana. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia. 1987. Pág., 758, quien se refiere a “pura anticresis” frente a pacto anticrético, y de la pura anticresis nos dice que carece de efecto vinculante sobre la finca en garantía, careciendo de *ius distrahendi* en caso de impago, su eficacia será la compensación de los intereses debidos por los frutos percibidos y la retención de la cosa hasta el pago total del crédito.

*disfrute*¹² , designada por los germanistas como *ältere Satzung* o *pignoración antigua*, o *el engagement* del derecho francés, que también es designado como *accipiere in vadio, in vadio habere*, nombre del *wadium* que fue primeramente el del objeto simbólico que en los contratos formales del derecho germánico entregaba el deudor a su acreedor, y que por ello se llamaron *wadiato* y que representaba formalmente la responsabilidad del deudor al cumplimiento de su obligación.

La *prenda de disfrute* germánica suponía la cesión en prenda por el deudor de un inmueble, y con ello la atribución al acreedor de los rendimientos económicos del inmueble pignorado¹³.

1.4.- SU PRESENCIA EN EL DERECHO ESPAÑOL Y CATALÁN.

Este mismo autor sostiene que “la forma corriente de garantizar el cumplimiento de una obligación, conforme al derecho español medieval fue, además de la fianza, la prenda mobiliaria del primitivo derecho germánico”, pero nos indica también que “junto con esta prenda sobre muebles la costumbre jurídica de los siglos X al XIII conoció también una prenda inmobiliaria, que si algunas veces – como en ocasiones sucedió en Cataluña- se inspira en las leyes visigodas, otras se adaptó a las formas de garantía inmobiliaria de los derechos germánicos medievales”. Según el propio autor en el Derecho pignoraticio español altomedieval se encuentra una *prenda de disfrute* inmobiliaria.

Este propio autor identifica varios documentos catalanes que constituirían auténticas prendas inmobiliarias y precedentes de la anticresis. De esta forma cita como documento más antiguo del Derecho español y catalán en el que se recoge una prenda inmobiliaria, un documento de origen catalán datado al 20 de Mayo de 973, recogido en el Cartulario del Monasterio de Sant Cugat del Vallés,

¹²GARCÍA DE VALDEAVELLANO Y ARCIMIS, LUIS. *Estudios medievales de Derecho Privado*. Anales de la Universidad Hispalense. Editorial: Publicaciones de la Universidad de Sevilla. 1977, pág., 368.

¹³Ibidem.

aunque en dicho documento no se atribuye al acreedor el disfrute del inmueble sino tan solo se configura la prenda como tal. Sin embargo otro documento, este de 1096 y también recogido en el Cartulario de Sant Cugat del Vallés, refleja que Ramón Guillén de Montseny, juntamente con su mujer e hijos, pignora a su cuñado Dalmacio y sus hijos unas tierras o alodios de su propiedad en garantía de treinta y cinco sueldos de plata, conviniéndose que Dalmacio y sus hijos posean estas tierras y las disfruten, percibiendo durante nueve años las cosechas que Dios diera, no siendo permitido a los deudores redimir la deuda antes de esos nueve años, pasados los cuales, si los deudores pagan lo debido, se les devolverá la escritura sin mora.

Es este, desde luego, un claro antecedente de lo que es una anticresis, puesto que se cede la posesión del inmueble con la facultad de percibir los frutos, además, sigue indicando ese documento, si vencido el plazo de nueve años no se llegase a pagar el principal de la deuda, lo que quiere decir que los intereses se compensan con los frutos, entonces el acreedor podrá venderlo o hacer con él lo que quisiera.

En otro documento, datado a 10 de Enero de 1078, Guillermo, llamado *Carbunculi*, y sus hermanos empeñan a Enrique Bernardo un alodio en el término de Aqualonga de Barcelona, en un paraje llamado Laceres, dando como interés la cosecha de pan y vino hasta el día de San Félix¹⁴.

El Derecho Canónico reprobó la anticresis por considerar que la compensación de frutos por intereses resultaba usuraria, porque para el derecho canónico los intereses no debían existir¹⁵. Se prohibió la usura derivada de la anticresis en el Concilio de Paris (829) y mediante las Decretales del Papa Alejandro III. La rúbrica del Capítulo primero, Título XIX, Libro V de las Decretales proclama: “*usura est lucrifacere fructus rei pignorate*”, y en el Capítulo IV. Título XXI

¹⁴Todo ello recogido por, GARCÍA DE VALDEAVELLANO, L. ob., cit., pág., 372.

¹⁵. JIMENO ARANGUREN, ROLDÁN ponencia “Las figuras de Garantía en los Fueros Medievales Hispánicos occidentales”. V *Encuentro interdisciplinar de Historia de la Propiedad. Crédito y Garantía*. Servicio de Estudios Colegio Registradores. Fundación Registral.2007. pág., 43.

Libro III se condenaba expresamente. En el mismo Libro y Título, capítulo VI, se rechazaba también la percepción de los frutos “*viceusurarum*” y establecía la posibilidad de un *pignus* en el que los frutos se destinasen a resarcir el capital, es decir, un *pignus* de amortización. Estando prohibida la usura, resulta evidente que el pacto anticrético podía llegarse a concebir o convenir precisamente para saltarse tal prohibición: en lugar de pactar el pago de unos intereses que superasen a los legítimos, se entregaba en anticresis un bien cuyos frutos con seguridad fuesen mayores que el importe o el valor de aquellos intereses legítimos. El argumento empleado para justificar la validez de ese pacto radicaría en la incerteza de esos frutos, pero eso se transforma en mera argucia argumental cuando los frutos pudieran considerarse prácticamente o ciertamente asegurados (v.gr: las rentas de un inmueble)¹⁶.

En España, más tardíamente, también se prohibió el pacto anticrético pues la Ley II, Título XIII, de la Partida 5ª disponía que los frutos debían siempre pertenecer al deudor; como consecuencia se impedía por ello que pudieran ser atribuidos al acreedor y ello hacía inviable la existencia de un pacto de contenido anticrético¹⁷. Y estuvo prohibido hasta que por la Ley de 14 de Marzo de 1856 se abolió la tasa sobre el interés del capital en los préstamos a numerario¹⁸. A pesar de la prohibición, y durante ese período, se siguió utilizando esa figura, pero revistiéndola de otras formas como la compraventa con pacto de retro. Antes de la publicación de dicha ley discutían los autores acerca de si era o no válido dicho pacto cuando los frutos a percibir no superasen el interés legal, siendo

¹⁶Como explica BADOSA COLL, F. ob. cit., pág., 760, a partir de ahí aparece la anticresis extintiva frente a la anticresis compensatoria. La extintiva permitirá imputar los frutos a los intereses en su cuantía legítima y su exceso al pago del capital, lo que supone, en palabras de este autor “un profundísimo cambio en la institución de la anticresis”.

¹⁷Véase ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A. ob., cit., págs., 213 y ss., quien se extiende sobre el tema para explicar que “Admitida la tasa de interés, del 6 por 100 en la Novísima Recopilación, la opinión mayoritaria se pronunció por la admisión del pacto anticrético dentro de dichos límites imputando el resto de los frutos al capital (De la Serna y Montalbán, Gutiérrez, Falcón). Finalmente la ley de 14 de Marzo de 1856 abolió la tasa de interés con lo que la validez del pacto anticrético “creemos que ya no puede ser objeto de disputa” (Gutiérrez)”

¹⁸MANRESA Y NAVARRO, J.M. ob. cit., pág., 524.

mayoritaria la opinión favorable a su aceptación. Abolida la tasa de interés sólo se exigió, para que el acreedor pudiera disfrutar de la finca dada en anticresis, que esos intereses estuvieran convenidos de antemano.

A partir de esa fecha (Marzo de 1856) se abrió una discusión entre los autores sobre la licitud del pacto anticrético, a la que, como luego veremos, se puso fin mediante su regulación en el código civil de 1889, y en opinión del propio Manresa al proceder de esta forma, los autores del código, “respondieron con gran acierto a los modernos principios en que ahora se inspiraban las leyes del mutuo”.

En el proyecto de CCE de 1851 no se recogió la figura de la anticresis. GARCÍA GOYENA¹⁹, hace constar:

“Pero los códigos modernos, a excepción del de Vaud y Austriaco que la prohíben, y el Holandés que calla, admiten como el Romano, la antichresis 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(...)

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 antichrético; pero nosotros seríamos inconsecuentes en rechazarlo después de asentada la base contraria en los artículos 1649²⁰ y siguientes.

Reconocemos, pues y admitimos tácitamente el pacto antichrético y otros muchos en el artículo 1651; pero todos quedarán sujetos al 1650: los frutos de la cosa dada en antichresis no podían exceder de la tasa en él señalada, y si la exceden, se imputará en pago al capital a instancia del deudor.

¹⁹GARCIA 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. Zaragoza. 1.974. pág., 920.

²⁰En el proyecto de 1851, se regulaba en dichos artículos el establecimiento de los intereses.

Pero este pacto no producirá más que acción puramente personal, si bajo otro aspecto no se halla comprendido entre los títulos de los artículos 1830 y 1831²¹ y se hace la inscripción.”

Así es de ver que para García Goyena, aun no estando expresamente recogida la figura de la anticresis en el proyecto de 1851, a pesar de ello admitía como perfectamente válido y libre el pacto anticrético. Incluso admitía la posibilidad de que éste tuviera eficacia real si se encontraba debidamente inscrito al amparo de los arts., 1.830 y 1.831 de ese código.

Tampoco en el anteproyecto de 1882 se recogía la figura de la anticresis, de hecho en ese texto cuando se regula la hipoteca que, como es sabido, se instrumenta mediante un anexo al propio anteproyecto, no se hace ninguna mención a la anticresis y, desde luego, en el cuerpo del anteproyecto, para la constitución de la prenda se exige que ésta recaiga sobre bien mueble.

De esta forma nos encontramos que la anticresis ni estuvo recogida en el proyecto del CCE 1851 ni tampoco en el anteproyecto de 1882. Y sin embargo aparece súbitamente en la redacción dada al código civil en 1889. Siguiendo el proceso de codificación puede apreciarse cómo la regulación de la anticresis aparece de forma inexplicada, sin haber formado parte de anteproyecto alguno, sin ni tan siquiera haber sido objeto de defensa específica por alguno de los vocales miembros de la Sección civil de la Comisión de Codificación. De hecho, cuando los miembros de esa Sección inician los trabajos de redacción del Libro IV, entre sus previsiones y distribución de los trabajos no aparece en lugar alguno la anticresis, y conforme a ello se imprimen los trabajos realizados para este Libro IV y en donde tampoco aparece la anticresis (Octubre de 1887); posteriormente se reforman parte de esos trabajos y se reduce notablemente el articulado referido a la hipoteca y en esa modificación aparece la regulación de la anticresis en los arts., 1.861 al 1.866, sin que –como decíamos- conste valoración, defensa o crítica alguna a la introducción de este contrato²².

²¹Se referían a la inscripción de títulos en los que se imponía sobre un inmueble una carga, gravamen u obligación real.

²² LASSO GAITE, JUAN FRANCISCO. *Crónica de la Codificación Española. Codificación Civil*. Tomo 4. Vol. I. Ministerio de Justicia. Madrid.1979. págs., 564 a 566.

Vista la influencia que los trabajos del jurisconsulto F. Laurent, redactor del anteproyecto belga²³, tuvieron sobre la regulación de la prenda y también sobre alguno de los miembros de la Sección Civil de la Comisión de Codificación, cabe imaginar que las disposiciones sobre la anticresis debieron ser copiadas del código civil francés, que elevaba a la categoría de contrato un pacto que, de una u otra forma, venía siendo utilizado de hecho aunque no encontrara regulación legal expresa puesto que, tal y como hemos señalado de antemano, el derecho canónico la prohibió.

La regulación de la anticresis en el CCE (CCE) se recoge, junto con los contratos de prenda e hipoteca en el Título XV del libro IV, y desde luego puede decirse que apareció regulada en el texto de 1889 de forma inesperada, puesto que en ninguno de sus anteproyectos había estado prevista su incorporación. Aparece configurada como un contrato especial²⁴ distinto del de prenda, con identidad propia distinta también de aquellos pactos que, especialmente en la prenda pero también ocasionalmente en las hipotecas, han venido siendo conocidos como pactos anticréticos. Sin embargo, no cabe duda, la anticresis no sólo ha estado estrechamente próxima a la propia prenda sino que el contrato de anticresis, como contrato autónomo, proviene directamente de esos pactos anticréticos. Aunque en el código comparta Título con prenda e hipoteca, se diferencia de aquella en la naturaleza del objeto sobre la que recae, que ha de ser obligatoriamente un bien inmueble (por el contrario véase el art. 1.864 CCE para la prenda) y se diferencia de la hipoteca en que la cosa dada en garantía pasa al poder y posesión del acreedor.

²³Ibidem pág., 559.

²⁴BATLLE VÁZQUEZ, M. ob., cit., págs., 697 y ss. En su opinión tal concepto reposa sobre una concepción anticuada de la institución y al definirlo como “contrato” incide en el defecto de considerarla a través de su título constitutivo más frecuente, pero no único, porque nada obsta para que semejante derecho se establezca a través de un testamento y aun por virtud de la ley o sentencia judicial.

2.- LA ANTICRESIS EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA.

Como veremos a continuación la figura de la anticresis en los códigos civiles europeos e iberoamericanos, aparece desde luego como consecuencia de haber sido incorporada en el código civil francés.

La antigua anticresis evolucionó en las legislaciones europeas anteriores a la codificación hacia la prenda inmobiliaria²⁵ y terminó, fruto de las prohibiciones eclesiásticas, por desaparecer. El *Code de Napoleon* la rescató *in extremis* a solicitud de los propios tribunales franceses, y a partir de ahí resultó miméticamente incorporada en casi la totalidad de los códigos, y por último también en el código español a pesar de que sus primeros proyectos no la contemplaban en absoluto.

En las legislaciones actuales la tendencia es que en todo caso vaya desapareciendo esta figura, y por ello sorprende más que la legislación catalana la haya incorporado, y más aún que lo haya hecho como anticresis y no como prenda inmobiliaria, figura que desde luego está más próxima a sus antecedentes históricos propios y especialmente si se le quería dotar, como se ha hecho, de *ius distrahendi*. Algo que en Francia se acaba de consumir.

2.1.- CÓDIGOS EUROPEOS

2.1.1.- Francia.

2.1.1.1.- Código Civil de 1804.

Ya hemos señalado anteriormente que el préstamo con interés había resultado prohibido por la Iglesia Católica, y en su consecuencia esa prohibición también se trasladó a las ordenanzas francesas²⁶. Sin embargo al tiempo de redactar las

²⁵ Ver infra capítulo 11 de este trabajo.

²⁶ Tanto es así que mediante un Edicto de 29 de Noviembre de 1565, Carlos IX, ordenó transformar todas las rentas creadas en trigo –para evitar las prohibiciones contra la

leyes que darían lugar al código esta situación había cambiado por medio de un decreto de 13 de Octubre-3 de Noviembre de 1789 y que había autorizado en Francia el préstamo con interés y derogado la prohibición del derecho canónico, por lo que a partir de ese momento la anticresis podía ser recuperada pues había desaparecido por esas causas²⁷.

La anticresis no fue inicialmente incorporada en los primeros borradores, su introducción en el código vino motivada por la solicitud de la mayoría de los *Tribunaux D'Apel* consultados en relación al proyecto de Código²⁸: Los Tribunales de Apelación de Aix, Bordeaux, Grennoble, Limoges, Lyon, Nimes y Paris, se manifestaron en el sentido de que resultaba conveniente introducir la figura la la anticresis como una especie del *nantissement* y que, como señalábamos, en el proyecto inicial no se encontraba recogido²⁹.

usura- a su equivalencia en dinero, por lo que también a esas rentas les quedaba prohibida la aplicación de la anticresis.

POTHIER, ROBERT JOSEPH. *Oeuvres de Pothier, contenant Les Traités Du Droit Français*. Editorial: Pichon-Bechet, Successeur de Béchét Ainé. Paris.1827. Tome Huitème. pág., 598.

DOMAT, en su obra *Les Loix Civiles dans leur ordre naturel*, contempla la anticresis únicamente como garantía de la dote, para garantizar los intereses de ésta cuando aún le es debida al marido, porque ello no tiene nada ilícito pues es una obligación natural; por el contrario no puede establecerse en el préstamo, pues resulta ilícita como lo es la usura.

DOMAT, JEAN. *Les Loix Civiles dans leur ordre naturel, Le Droit Public, et Legum Delectus* Edit.: Chez Peirre & Jean Herissant. Paris. 1705. Pág.196.

²⁷ BAUDRY-LACANTINERIE, GABRIEL, y DE LOYNES, PAUL. *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil. Du nantissement. Des Privilèges & Hypothèques*. Editorial: Librairie de la Société du Recueil. Paris.1906. Troisième Edition. Tome Premier. pág., 161.

²⁸*Analyse Des Observations des Tribunaux D'Appel et Du Tribunal De Cassation Sur Le Projet de Code Civil, Rapprochées du Texte*. Imprimerie de J.-B. Héroult. Paris. Año X. Págs., 888 a 892.

²⁹ BAUDRY-LACANTINERIE, G, y DE LOYNES, P. ob., cit., pág., 161.

Analyse Des Observations des Tribunaux D'Appel et Du Tribunal De Cassation Sur Le Projet de Code Civil, Rapprochées du Texte., pág., 890.

El Tribunal de Bordeaux, por ejemplo, se manifestó a favor de la incorporación de este contrato, dada la facilidad que ofrece a los deudores que tan solo tienen bienes inmuebles de poder pagar sus deudas mediante la entrega de los mismo en prenda al acreedor el cual se cobra mediante los frutos; y para el caso de que no se considerara precisa su incorporación, este tribunal solicitó precisamente todo lo contrario, que expresamente quedara establecido que los inmuebles no podían ser entregados en prenda o *nantissement*.

La propuesta del Tribunal de Apelación de Aix, fue la más completa, o la mejor detallada en el texto en donde se recogen las propuestas por ser quizás la primera, pero lo cierto es que su propuesta fue acompañada de un proyecto de regulación normativa de ese contrato, de cuya proposición resaltan (bien porque fueron posteriormente recogidas en el texto final, bien porque la redacción final lo fue de manera menos explícita que la reflejada por el Tribunal de Aix) los siguientes extremos: se negaba, por ejemplo, la posibilidad de constituir anticresis para garantizar una deuda que no generase intereses; se afirmaba ya de forma expresa que la anticresis no otorgaba ninguna preferencia sobre el inmueble; que el acreedor debía asumir, aun cuando hubiere habido pacto en contrario, todos los gastos por contribuciones anuales que recayeren sobre el inmueble; o que si el acreedor utilizaba para sí mismo el inmueble recibido en anticresis y fuera éste una vivienda, entonces no debía hacerse ninguna imputación por intereses sino que, cualquiera que estos fueran, se compensaría el uso con los intereses.

El criterio de los Tribunales de Apelación fue admitido incorporándose la figura de la anticresis, dado que “todo aquello que tienda a facilitar los acuerdos, a multiplicar y a asegurar los medios de pago, es útil a la sociedad, sobre todo a los acreedores y deudores a la vez. Es por esas razones por las que la anticresis merece figurar en el código civil”³⁰.

Así el Código francés, *Code des Français*, posteriormente redenido como *Code Napoléon*, acabó siendo promulgado en fecha 21 de Marzo 1804, y

³⁰ FENET, PIERRE-ANTOINE. *Recueil Complet des Travaux Preparatoires du Code Civil*. Imprimerie de Marchand du Brevil. Paris 1877. Tomo 15, págs., 192 y ss.

recogería la figura del contrato de anticresis que más tarde resultaría también incorporada en muchos otros códigos.

Debe ser resaltado que el CCfr., recoge la anticresis junto con la prenda en el contrato de *nantissement*, de forma que éste queda definido como “un contrato por el cual un deudor entrega una cosa a su acreedor, en seguridad de la deuda. El *nantissement* de un bien mueble se llama prenda, y aquel de un bien inmueble se denomina anticresis”.

POTHIER³¹ había negado expresamente que la anticresis fuera un contrato de *nantissement*, aunque de hecho cuando lo hace se está refiriendo al pacto anticrético y no al verdadero derecho de anticresis.

Según consta en la defensa o exposición de motivos que del CCfr. se hizo ante la Cámara Legislativa al tiempo de su aprobación, en la sesión de 22 Ventoso del año XII (13 de marzo de 1804), y tras la aprobación de las disposiciones que regulaban las garantías personales, debía entrarse a examinar el contrato de *nantissement* como garantía real, y del que se remarcaba que su característica principal y esencia del contrato lo era la entrega efectiva al acreedor de la posesión del bien (mueble o inmueble), por lo que en forma alguna la garantía anticrética ni debía ni podía confundirse con la garantía hipotecaria, que no iba acompañada de tal desposesión del deudor. Y así mismo se diferenciaba la anticresis de la prenda por cuanto en este contrato el bien dado en garantía debía responder forzosamente de la deuda, pues los bienes entregados en prenda habitualmente no son fructíferos; en la anticresis por el contrario están los frutos del bien inmueble para responder de la deuda y es en lo que se percibe como fruto con lo que se satisface al acreedor. Y ya se indicó en ese propio trámite que si a pesar de que ello pudiera hacer parecer que los efectos de la anticresis son de menor extensión que los de la prenda, no podía olvidarse que el acreedor garantizado con anticresis que adquiría el derecho a satisfacerse mediante los frutos conservaba la facultad de perseguir la venta del inmueble, aunque esta venta no le otorga al acreedor ninguna preferencia ni privilegio, y respecto de la que queda salvada cualquier garantía hipotecaria que pueda existir.

³¹ POTHIER, R.J. ob., cit., Oeuvres de Pothier contenant..., Tome Huitième, pág., 596.

Las disposiciones que acabaron siendo recogidas en el CCfr., resultan fundamentalmente coincidentes con las que más tarde se incluirían en el español, con algunas puntuales diferencias, como lo es lo primero que se declara en el texto francés: se exige para el contrato de anticresis la forma escrita³². Exigencia que también tiene su reflejo en el Código Italiano, y actualmente en el CCCat que requiere no sólo forma escrita sino escritura pública.

También se produce una notable diferencia, con todos los restantes códigos, en lo referente a la obligación de soportar los tributos y cargas. En el CCE y también en el italiano queda establecido que esta obligación debe soportarla el acreedor pero que podrá disponer de los frutos del inmueble para hacer frente a esos gastos; en el CCCat nada se dice de forma explícita respecto de ello, pero como más adelante justificaremos entendemos que también el acreedor debe adelantar esos importes pudiendo resarcirse con los frutos del inmueble; sin embargo en el CCfr. de 1804 se establece un criterio algo diferente, así mientras se declara que el acreedor para atender los gastos de conservación y mantenimiento podrá prevalerse de los frutos de ese inmueble, respecto de los tributos y cargas se declara que son obligación personal del acreedor, así lo declara el art., 2.087 CCfr y, además por si éste precepto no resultara suficientemente explícito y en el mismo sentido, en las discusiones mantenidas para la aprobación del código napoleónico, quedó expuesto que el acreedor debía soportar las contribuciones anuales del inmueble, referidas éstas a las contribuciones y cargas que pesasen sobre los frutos, por entender que era de justicia que recayeran sobre aquel quien los percibía³³. Del mismo modo quedaba claro que la obligación de atender

³² La unanimidad de los autores, vienen a interpretar que es ésta una exigencia de prueba, no un requisito de constitución. La anticresis será pues un contrato real porque requerirá para su vigencia la entrega del bien inmueble, pero no un contrato solemne. BAUDRY- LACANTINERIE, y DE LOYNES, ob., cit., pág., 166. LAURENT, FRANÇOIS. *Principes de Droit Civil Française*. 3^a Edición. Edit. Brylan-Christophe & Editeurs.Bruxelles. Librairie A. Marescq, Ainé. Paris.1878. Tomo XXVIII., pág., 528. MAZEAUD, HENRI. MAZEAUD, LEON, MAZEAUD, JEAN. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Tercera. Volumen I. Traducción de Luis Alcalá-Zamora. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires.1962. pág., 141.

³³FENET, P.A. ob., cit., pág., 222.

los gastos de conservación y reparación, le correspondían también al acreedor, pero de su importe podía resarcirse mediante los frutos.³⁴

Por otro lado CCfr y CCE resultaban coincidentes tanto en la prohibición del pacto comisorio como en la remisión a las vías procesales ordinarias para la venta del inmueble en caso de incumplimiento de pago de la obligación principal, no reconociéndose en el CCfr una acción real propia que permitiese el ejercicio del *ius distrahendi* ni el reconocimiento de preferencia alguna; como también resultaba coincidente la admisión de una anticresis compensatoria.

2.1.1.2.- Modificaciones de 2006

Las disposiciones del código de 1804 se mantuvieron sin alteraciones hasta el año 2006, en donde se introdujo una notable reforma de la institución. Estas modificaciones fueron introducidas por la *Ordonnance* n° 2006/346 de 23 de Marzo, que modificó el Libro IV (el anterior Libro IV pasó a ser el Libro V), titulándolo “*Des suretés*” y pasando a regular el contrato de anticresis en los arts., 2.387 a 2.392 CCfr, y dejando esta figura de pertenecer a las garantías que formaban parte del *nantissement*, denominación que de hecho ha quedado reservada para la prenda de bienes incorporales, y que ha pasado a ser definida como la afectación, en garantía de una obligación, de un bien mueble incorporal o de un conjunto de bienes muebles incorporales (art. 2.355 CCfr. 2006).

Fue una reforma profunda, en donde se modificó la redacción clásica del texto del anterior código, de forma que el elemento esencial identificador del contrato de anticresis no es ya la percepción de los frutos sino la *afcción* del bien inmueble al pago de la deuda; no es que la percepción de frutos haya desaparecido, pero la definición del contrato que nos ofrece el texto del 2006 se

³⁴ Sin embargo los autores no han venido interpretándolo de esta forma, por entender que esa disposición recoge una obligación a que el acreedor actúe como mandatario de su deudor, como mandato legal; no siendo pues una obligación personal del anticresista sino que va a cargo del deudor.

LAURENT, F. ob., cit., pág., 536. MAZEAUD, ob., cit., pág.,147.

refiere exclusivamente a la *afectación*. El art. 2.387 CCfr expresamente ha venido a establecer que en méritos de la anticresis el bien entregado en garantía queda afectado al cumplimiento de la obligación, y posteriormente por vía de remisión al procedimiento de adjudicación de bienes hipotecados (art. 2.388 que se remite al 2.458 CCfr.), se instrumenta la posibilidad de que el acreedor anticrético ante el impago de la deuda pueda solicitar judicialmente que le sea entregado el inmueble en concepto de pago, previa su valoración, en ese instante y por un perito designado bien de común acuerdo entre ambas partes bien por la autoridad judicial, y sin perjuicio de que el acreedor deba pagar el exceso por la diferencia de valor si ésta fuera superior al importe de la deuda.

Como señalábamos esta modificación incorporando tanto la afectación como el subsiguiente proceso de adjudicación resulta sustancial, y entendemos que lo es no tanto por la propia afectación como por el procedimiento de *ejecución (latu sensu)*. Que el bien inmueble quedara afectado a la garantía es algo que muchos autores han venido declarando como implícito en el propio contrato anticrético, sin embargo en ninguno de los códigos examinados (ni en los europeos, ni tampoco en los iberoamericanos) venía a darse un cauce propio para el ejercicio de la acción real. En este sentido la modificación del CCfr. del 2006 resulta coincidente, no de forma absoluta pero sí en la finalidad del contrato³⁵ con la regulación que se recoge en la legislación catalana ya desde la Ley de Derechos reales de garantía 19/2002, de 5 de Julio; ambos ordenamientos francés y catalán serán los únicos que han contemplado de forma expresa las consecuencias y régimen de esa afectación, opción que resulta muy minoritaria respecto del conjunto de las legislaciones.

En cuanto al CCE y como veremos más adelante no se recoge de forma explícita el derecho a la realización de valor, si bien son muy numerosos los autores que interpretan que debe entenderse que efectivamente está dotada la anticresis de *ius distrahendi* y consecuentemente de preferencia. Nosotros nos posicionamos

³⁵ El CCCat en su art. 569-8, contempla en primer lugar la posibilidad de que las partes convengan un acuerdo sobre la venta directa del inmueble, solo a falta de tal acuerdo se podrá acudir a la ejecución notarial. El CCfr. no contempla un proceso de ejecución sino de adjudicación al acreedor previa peritación del valor por un tercero desinado de común acuerdo por ambas partes, o por autoridad judicial.

en sentido contrario defendiendo la tesis de que no puede estimarse el reconocimiento de esa facultad.

En la reforma francesa también se ha introducido expresamente la posibilidad, que ya había sido interpretada en su primitiva redacción, que el acreedor pueda – sin perder la posesión- ceder el bien inmueble en alquiler, sea a un tercero sea al propio deudor.

2.1.1.3.- Modificación 2009.

Por último señalar que en Francia y por medio de la Ley nº 2009/526 de 12 de Mayo, se introdujo una nueva modificación consistente en eliminar la denominación *contrato o derecho de anticresis*, para ser sustituida por la de *prenda inmobiliaria*.

Así pues a partir de la entrada en vigor de esa ley la anticresis desaparece del CCfr para pasar a ser denominada, como decimos, como *prenda inmobiliaria*. El contenido de ésta es sin embargo exactamente el mismo que el contenido de la anticresis conforme a la reforma del 2006, habiéndose limitado la reforma del 2009 simplemente a sustituir una denominación por otra. La ley 2009/525, tiene un título eminentemente clarificador: “Ley de simplificación y de clarificación del derecho y de aligeramiento de los procedimientos”, y ya en el proyecto de la ley preparatoria de la misma³⁶ se señalaba que recogiendo las proposiciones formuladas por la comisión de terminología y de neologismos en materia jurídica, la voluntad del texto era modernizar el vocabulario empleado en el código civil haciéndolo más comprensible pero conservando la gran precisión de los términos jurídicos, de forma que el término *prenda inmobiliaria* sustituirá al de anticresis.

Se ha producido desde luego un cambio de denominación, pero lo cierto es que *prenda inmobiliaria* y *anticresis*, no eran hasta ahora exactamente lo mismo. La

³⁶ Diario de la Asamblea Nacional nº 1.085, pág., 7.

cuestión estará en saber si estamos ante una anticresis que ahora denominamos prenda, o estábamos ante una prenda a la que denominábamos anticresis.

El cambio de denominación se ha producido en 2009, pero el cambio de naturaleza –de anticresis a prenda- quizás se produjo en 2006.

Si retomamos los trabajos preparatorios para la aprobación del Código Civil de 1804³⁷, nos encontramos que en ellos se señalaba que las disposiciones relativas a la prenda el acreedor disponía de privilegio y de preferencia en perjuicio de tercero sobre la cosa mueble dada en prenda, algo que no se reconocía para la anticresis aunque el inmueble se encontrara en manos del acreedor. La razón de ser es que en los bienes muebles no se reconoce el *droit de suite*. En los inmuebles la hipoteca tiene *droit de suite* y este derecho debía ser garantizado ante cualquier otro que pudiera interponerse, de esta forma la garantía hipotecaria resultaría de aplicación cualesquiera que sean las manos en que se encontrase el inmueble, incluso en manos de un acreedor anticresista. Por ello, ya desde su origen codificado, la anticresis se diferenciaba de la prenda en que sobre el valor del inmueble no otorgaba preferencia ni privilegio alguno y la garantía se sostenía esencialmente sobre los frutos y en torno a ellos se concebían también las propias obligaciones del acreedor anticresista. La legislación actual no ha hecho desaparecer todos esos caracteres, pero ha focalizado la primera finalidad de esta garantía, en semejanza con la hipoteca, en la facultad de realización de valor.

Lo cierto es que la reforma de 2006 introdujo en Francia un cambio muy sustancial en la figura de la anticresis, que dejó de organizarse en torno a la obtención de frutos para pasar a ser definida como una garantía de afección de la propiedad del inmueble y desplazando por tanto el carácter esencial, la naturaleza propia de la garantía, desde la obtención y percepción de los frutos y rendimientos a la adjudicación en pago en los supuestos de incumplimiento.

Ello, entendemos, produjo *de facto* la derogación de la anticresis para ser sustituida por una prenda inmobiliaria, aunque entonces aún no recibía esa

³⁷FENET, P.A. ob., cit., pág., 220.

denominación, de tal manera que la reciente modificación en su denominación no hace más que reflejar el cambio de su nueva finalidad jurídica.

2.1.2.- Italia

2.1.2.1.- La anticresis en la codificación de los estados preunitarios.

Tras la proclamación del Reino de Italia en el año 1861, la redacción de un Código civil único debió ser uno de los primeros trabajos o proyectos emprendidos por el nuevo estado y el nuevo parlamento. El nuevo código fue promulgado el 25 de Junio de 1865 y ese texto trataba de unificar el derecho privado vigente hasta esa fecha en los distintos reinos de Italia.

El código de 1865 recogió la figura de la anticresis que desde luego ya se encontraba regulada en una gran parte de los códigos civiles vigentes en aquellos reinos y cuya regulación entre ellos no era absolutamente idéntica, pero sí sustancialmente similar.

Si ordenamos cronológicamente esos códigos, el primero de ellos (1812) fue el “*Codice Civile Unirversale Austriaco para el Reyno Lombardo-Veneto*”,³⁸ y curiosamente es el único código de los estados preunitarios que no recogía la figura de la anticresis, pues en atención a su texto podían darse en prenda todas las cosas que se encuentran en el comercio, si se trata de bienes muebles se llama propiamente prenda y si son inmuebles dicese hipoteca (art. 448 Código Civil Lombardo-Veneto).

³⁸*Codice Civile Unirversale Austriaco para el Reyno Lombardo-Veneto*. Editorial: Dalla Cesarea Regia Stamperia. Milano. 1º de Noviembre de 1815.

Código civil en vigor desde el 1º de Enero de 1812, aprobado por el Emperador de Austria Francisco I, el 1º de Julio de 1811, en lengua alemana que era la versión oficial y a partir de la que debían hacerse las traducciones ofrecidas para las distintas lenguas de las provincias del imperio.

En 1819 el Reino de Dos Sicilias³⁹ aprobó su código civil, en el que se regulaba expresamente la figura de la anticresis, al igual que para el napoleónico en relación con el *nantissement*, la prenda podía constituirse tanto sobre bienes muebles, en cuyo caso retenía la denominación de *prenda*, como podía constituirse también sobre bienes inmuebles, en cuyo supuesto pasaba a denominarse anticresis.

Coincidiendo con las disposiciones del código francés (y actualmente también con el catalán) exigía este código, para la constitución de la anticresis, una forma determinada pues se exigía que fuese otorgado por escrito; y en sus restantes disposiciones el código de Dos Sicilias resultaba coincidente con el posterior de España: Se contemplaba la prohibición del pacto comisorio, y para el supuesto de incumplimiento de la devolución de la deuda se remitía, en los mismos términos en que posteriormente lo haría el español, a las vías legales ordinarias para la expropiación o venta del inmueble del deudor.

Un tercer código civil fue el aprobado en Parma⁴⁰ (1820), en donde se contempló expresamente la figura de la anticresis dentro del Título destinado a “los modos de asegurar las obligaciones”, y en el que se destina el capítulo primero a la anticresis y el capítulo segundo a la prenda de bienes muebles, separándolos pues como dos contratos independientes y sin remisión del uno al otro.

De su regulación no puede decirse que resulte idéntica al de Dos Sicilias aunque si realmente próxima, y también es sustancialmente coincidente con la del posterior código español (con mínimas diferencias, tales como, a título de ejemplo, que el código civil de Parma indica que la obligación de soportar los gastos de conservación y mantenimiento del inmueble se establece bajo pena, en otro caso, de pagar daños y perjuicios, algo que no dice literalmente el código español pero que obviamente resultaría de aplicación por lo dispuesto en el art. 1.101 del CCE).

³⁹*Codice Per Lo Regno Delle Due Sicilie*. Editorial: Stamperia Reale. Napoli. 1836.

⁴⁰*Codice Civile de Parma, Piacensa e Guastalia*. Collezione Completa dei Moderni Codici Civili degli Stati D'Italia. Editorial: Librería Della Minerva Subalpina. Torino 1845.

Otra de las diferencias que puede encontrarse es que se determina que la anticresis debe establecerse sobre un inmueble propiedad del deudor no previéndose, cuando menos, la posibilidad de la constitución de esa garantía sobre un inmueble propiedad de un tercero, aunque por el contrario sí contempla que el deudor pueda entregar el inmueble en anticresis a un tercero.

Igual que los códigos de Francia y Dos Sicilias establece la prohibición del pacto comisorio, así como en la posibilidad de solicitar la expropiación del inmueble del propietario deudor por la vía ordinaria, y sin que exista ningún derecho a preferencia o privilegio sobre el valor del inmueble.

El Reino de Cerdeña dispuso de un código civil propio en 1837⁴¹ en el que se contemplaba la figura de la anticresis, estableciendo una regulación idéntica a la del previo de las Dos Sicilias, ubicando en el Título XXI, *del pegno in genere*, del Libro III *dei vari modi col quali si acquista la proprietà*, la figura de la prenda que si recae sobre bienes muebles retiene la denominación de prenda y si recae sobre inmuebles adquiere la de anticresis, agrupándolos pues como dos contratos de idéntica raíz.

En cuanto a su constitución exigía, en la misma línea que los códigos de Francia y del de Dos Sicilias, un *acto público*. Y Resultó novedoso respecto de cualquier otro en que introdujo una disposición tendente a garantizar que el importe de los intereses no pudiera superar al que le correspondería con arreglo al interés legal⁴².

⁴¹*Codice Civile di Sardegna*. Stamperia Reale. Torino 1837.

⁴² Sin embargo debemos señalar que en Francia, la ley aprobada el 3 de Septiembre de 1807 (la misma ley en méritos de la cual el *Code Civil des Français* paso a denominarse *Code Napoléon*, introdujo un límite a la Tasa de intereses que podía ser convenida en los préstamos entre particulares y entre comerciantes (5% y 6%, respectivamente), y si se convenía una tasa superior ese diferencial debía ser aplicado al capital. Posteriormente mediante leyes de 15 de Enero y 18 de Enero de 1814, esa limitación fue liberada. DE LANGLADE, FAVARD. *Répertoire de la Nouvelle Legislation. Civile, Commerciale et Administrative*. Imprimerie de Firmin Didot. Paris. 1823. Tome III. Digitalizado por Google. Págs., 101 a 104.

Resultaba enteramente coincidente con todos los demás en cuanto a la admisión de la garantía por tercero, a la prohibición del pacto comisorio, y en cuanto a la remisión a las vías procesales ordinarias para la venta del inmueble en el supuesto de incumplimiento.

Y por último también el estado de Módena dispuso de su código civil en 1851⁴³, en cuyo Título VIII, *Dei Modi di Assicurare le obbligazioni* del Libro III, *dei modi di acquistare la proprietà*, Parte III *Dei Contratti*, se regulaba también la anticresis separadamente de la prenda, sin que existiese para ambos una raíz o denominación conjunta. Su constitución requería que el bien inmueble perteneciese al deudor, al igual que el Código de Parma siendo estos dos los únicos que establecen ese criterio, y de *acto público* al igual que Cerdeña y también como éste, recogió la prohibición de que los intereses no podían superar la tasa legal, siendo llamativo que este límite tan solo lo recogen precisamente los dos códigos más tardíos, y sin embargo luego no fue incorporado al código civil italiano de 1865.

2.1.2.2.-Código Civil del Reino de Italia de 1865.

Con todos esos precedentes citados se aprobó el Código Civil del Reino de Italia en 1865 (CCit)⁴⁴, en el que se incluía la regulación de la anticresis. Se regulaba en el Libro III, *Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle Cose*, Título XX *Dell'anticresi*, es decir en un Título exclusivamente destinado a ella y separadamente de la prenda o *pegno*, a la que se le dedica el título precedente, sin embargo a pesar de estar regulados en Títulos independientes viene a reconocer que comparten una misma naturaleza cuando en la regulación de la anticresis remite directamente a la aplicación de determinados preceptos de la prenda.

⁴³*Codice Civile Per Gli Stati Estensi*. Editorial: Eredi Soliani Tipografia Reali. Modena. 1851.

⁴⁴*Codice Civile del Regno D'Italia*. Editorial: Topografía Eredi Botta, Torino y Tipografía Reale, Firenze. 1865.

En su regulación específica se señalaba que la finca entregada en anticresis debía pertenecer al deudor y que el objeto del contrato se configuraba como el derecho del acreedor a hacer suyos los frutos del inmueble de su deudor, con la obligación de imputarlos anualmente a cuenta de los intereses, y en su caso al capital. Como puede verse no incorpora limitación alguna al importe de esos intereses sometiéndolos al límite de la tasa legal, a diferencia de los dos últimos códigos aprobados en los estados preunitarios. No exigía para su constitución ni forma escrita ni acto público, tal como ya hizo el CC de Parma y a diferencia de los de Cerdeña, Módena y Dos Sicilias, dejándola configurada del siguiente modo:

- a) Es un contrato con libertad de forma en su constitución.
- b) El objeto es la adquisición de frutos por el acreedor.
- c) La imputación de esos frutos, por el acreedor, al pago de los intereses y en su caso de al capital de su crédito.
- d) Imputación anual.
- e) Salvo pacto en contrario el acreedor viene obligado al pago de tributos y cargas.
- f) También al pago de los gastos de conservación y mantenimiento.
- g) Para soportar esos gastos podrá aplicar los frutos del inmueble.
- h) Facultad del acreedor de liberarse de las obligaciones asumidas, devolviendo el inmueble al deudor salvo renuncia a este derecho.
- i) Se establece la prohibición del pacto comisorio.
- j) Se remite a la vía procesal ordinaria para solicitar la venta del inmueble en los supuestos de incumplimiento.
- k) Interdicción al deudor de recuperar el disfrute del inmueble en tanto no se haya pagado la totalidad del crédito.
- l) Admisión de la anticresis compensatoria.
- m) Posibilidad de constituirse la anticresis por tercero.
- n) Derecho de retención para otras deudas nacidas y vencidas con posterioridad a la garantizada con anticresis (*pignus gordianum*).
- ñ) Indivisibilidad de la garantía.
- o) inoponibilidad a terceros.

Si comparamos esta configuración con la de la anticresis en el CCfr de 1804, nos encontramos que la redacción es exactamente la misma con tres excepciones: en el italiano no se exige forma alguna, mientras que en el francés se exige que el derecho debe quedar constituido por escrito⁴⁵; además, en el CCit se exige que el inmueble sea del deudor, en tanto que en el francés nada se dice al respecto; y por último en el italiano se reconoce el derecho de retención para las segundas deudas, en tanto que en el francés esta facultad no se contempla.

Si efectuamos la misma comparación con respecto al CCE de 1889, también los textos resultan idénticos con las siguientes salvedades: el inmueble no tiene por qué ser obligatoriamente del deudor; no se establece en el CCE, de forma expresa, la obligatoriedad de que la imputación de intereses deba efectuarse con periodicidad anual; tampoco se hace referencia alguna a que ese derecho sólo produzca efectos *inter partes*; y por último en el CCE quedó expresamente recogido que mediante la anticresis, al igual que con la prenda y la hipoteca, se puede asegurar toda clase de obligaciones.

Como podemos observar la diferencia sustancial entre esos tres códigos, todos ellos aprobados en el siglo XIX bajo el influjo de la codificación napoleónica que es lo que les hace comparables entre sí, y según nuestra opinión, se reduciría a tan solo una: la oponibilidad o no a terceros, puesto que al no manifestarse en sentido negativo los códigos francés y español, han permitido interpretar que la anticresis es un derecho real, mientras que en el código italiano quedó este contrato circunscrito al ámbito de los derechos personales.

2.1.2.3.- La reforma de 1942.

En el año 1942 se aprueba un nuevo código civil para Italia en donde la regulación de la que se dota al contrato de anticresis sufre un notable cambio. De entrada prenda y anticresis reciben un trato enteramente diferenciado, como si tuvieran naturaleza jurídicas distintas: el contrato de anticresis encuentra su

⁴⁵ Aunque ya hemos señalado más arriba que se trata tan solo de un requisito de prueba, no de solemnidad.

regulación en el capítulo XXIV *Dell'anticresi*, del Título III, *Dei singoli contratti*, del Libro IV *Delle obbligazioni*; mientras que la prenda encuentra su regulación en el Libro VI, *Della tutela dei diritti*, Título III *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, Capítulo III *Del Pegno*. Esta separación de ambas figuras, situando una entre las garantías contractuales de carácter personal y la otra entre las garantías reales, no hace más que resaltar la diferente naturaleza que a ambas se les atribuye en el derecho italiano.

La reforma del año 42, además, supuso una profunda modificación del contrato anticrético, que en la actualidad, entendemos, se configura de manera manifiestamente diferente del español. Así quedó establecida la obligación, bajo pena de nulidad, de que el contrato de anticresis debía quedar constituido por escrito (art. 1.350 CCit); también se introdujo una variante en la definición del objeto que pasó de ser *un contrato mediante el cual el acreedor adquiere el derecho a hacer suyos los frutos*(1865), a ser (1942) *un contrato mediante el cual el deudor o un tercero se obliga a consignar un inmueble al acreedor.*, de manera que en la actualidad el contrato como tal únicamente obliga a la futura entrega o consignación del inmueble, el contrato de anticresis existe pues desde que asume esta obligación, la consignación o entrega formará parte de lo que es la propia ejecución del contrato convenido.

Las antiguas obligaciones de mantenimiento y reparación necesaria del inmueble fueron, mediante esa reforma, ampliadas a la obligación de *conservar, administrar y cultivar* el inmueble como *un buen padre de familia*; obligaciones que son las que ahora nos encontramos en el CCCat y que no vienen así reflejadas en el CCE. La diligencia exigida, *un buen padre de familia*, parece situar el nivel de esa diligencia del acreedor en un estadio algo inferior al requerido en el CCCat que exige al acreedor obtener el máximo rendimiento posible. Fue novedosa pues la reforma de 1942 en este ámbito de obligar al acreedor a la correcta administración y explotación del inmueble, extremos estos que diferencian sustancialmente a la anticresis de la prenda fructífera.

También resultó novedoso el establecimiento de un plazo de duración máxima del contrato de anticresis (10 años), extremo que pareciéndonos razonable a

efectos de poder delimitar la duración de un contrato que separa el *ius fruendi* de la propiedad, y encontrándose también recogido en algún código iberoamericano sin embargo no es un criterio generalmente contemplado.

Por último también introdujo como novedad la extensión de la prohibición del pacto comisorio, a cualquier posible pacto posterior a la conclusión del contrato y mediante el que se determinase que la propiedad del inmueble pasase al acreedor en caso de falta de pago de la deuda. Como veremos son muchas las ocasiones en que se ha sostenido que el pacto comisorio que prohíbe el establecimiento de un derecho al acreedor a adquirir la propiedad del inmueble de su deudor no resulta de aplicación cuando ese acuerdo es alcanzado con posterioridad a la propia celebración del contrato de anticresis, sin embargo para la legislación italiana ese acuerdo posterior también resultaría nulo.

2.2.- IBEROAMÉRICA⁴⁶

Si procedemos a una aproximación general a los códigos iberoamericanos, pudiéramos pensar que en principio y por razones históricas debieran tener una íntima relación con la legislación española, pero esa influencia no es desde luego predicable respecto del contrato de anticresis, pues debe resaltarse que la totalidad de esos códigos (excepto el de Brasil y el de Cuba –que fue el código español-) fueron redactados con anterioridad al código español, de forma que aunque de ellos se predica⁴⁷ que fueron influido por el *Code Napoleon* y el proyecto de Código Civil Español de 1851 de GARCÍA GOYENA, resulta evidente que en cuanto a ese derecho anticrético se refiere tan solo pudieron inspirarse en el *Code Napoleon*, puesto que el proyecto español no recogía referencia alguna a este contrato que fue incorporado en última instancia al texto de 1889.

⁴⁶ Los datos históricos de la evolución del proceso de codificación en Iberoamérica han sido obtenidos de la obra de GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*. Editorial Aranzadi S.A. Cizur Menor (Navarra). 2006. Sirva esta cita general para advertir de cualquier otra particular que haya podido ser omitida por su constante reiteración.

⁴⁷ GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. Ob., cit., págs., 110 y ss.

Pensamos que visto el contenido concreto con el que en esos códigos se ha dotado a la anticresis (*el anticresis*, en alguno de ellos), fácilmente se inspiraron también en los códigos italianos de los estados preunitarios, puesto que algunas de las disposiciones recogidas en esos códigos y no contempladas en el francés encuentran reflejo en la codificación iberoamericana, así por ejemplo la limitación de la tasa de interés, o el establecimiento de un plazo de duración máxima.

Si comparamos los textos vigentes en la actualidad, como es natural el contrato de anticresis conserva elementos comunes y compartidos en todos ellos, como lo es que el objeto del contrato, sin excepción, es la percepción de frutos de un inmueble ajeno para hacerse pago de los intereses de una deuda y con el saldo excedente, si lo hubiere, del capital; a partir de ahí, y dentro de esos mismos parámetros, van regulándose mediante diversas alternativas que diferencian la figura entre un código y otro. Debe destacarse sin embargo, que a diferencia de los códigos europeos no es nada extraño encontrar remisiones en la regulación de la anticresis al arrendamiento, de forma que son varios los códigos que para determinar el alcance de las obligaciones del acreedor anticrético se remiten expresamente a la normativa que previamente han dejado establecida para el arriendo. En este sentido, además, resulta enormemente llamativo el uso social del contrato de anticresis como alternativa del de arrendamiento. Si a través de internet buscamos *finca o apartamento en anticresis*, son innumerables las ofertas que nos aparecerán sugiriendo la contratación de un inmueble en arrendamiento o en anticresis; esa práctica consiste en que el propietario del inmueble cede el uso del mismo y a cambio recibe un capital de notable importancia, ese propietario se retribuye por su cesión con los intereses que produce el capital que ha recibido y al término del tiempo convenido el propietario debe devolver el capital y el acreedor anticrético y poseedor del inmueble, restituir el mismo. Económicamente quizás solo resulta entendible en países con elevadísimas tasas de inflación, pues en otro caso se hace difícil imaginar que la tasa de interés de un cierto capital (obviamente nunca llegará a ser el precio total de la finca pues en ese caso ésta ya sería directamente comprada) llegue a compensar el valor de un arriendo. Eso, creemos, sólo puede darse si la tasa de interés –como resultado de la inflación- es muy elevada.

Debemos destacar también, casi como elemento común, el pronunciamiento expreso de muchos de esos códigos respecto de la naturaleza de la anticresis, manifestando si tal derecho tiene o no la consideración real, siendo claramente mayoritaria los que niegan el carácter real a ese derecho (tan solo no se pronuncia el código civil del Perú; el código civil Bolivia, no se pronuncia expresamente pero en cambio otorga *preferencia* y eso sí lo establece de forma expresa; y los de Nicaragua y Honduras guardando también silencio dejan claro que la constitución de la anticresis es un acto de *disposición* y que en el supuesto de insolvencia del deudor otorga preferencia al cobro sobre el valor del inmueble).⁴⁸

Resaltar que tan solo 4 códigos sobre un total de 20 (Bolivia, Argentina, Brasil y Panamá), admiten la posibilidad de que el acreedor proceda a la venta del inmueble en el supuesto de impago de la deuda; pero incluso de entre esos 4, dos de ellos (Argentina y Brasil) le niegan al acreedor preferencia alguna respecto de los restantes acreedores sobre el precio obtenido en la venta, de forma que sólo dos códigos de entre todos ellos reconocen plenamente el *ius distrahendi* en la figura anticrética (el código boliviano, que además es el más antiguo, y el código de la república de Panamá). Resulta llamativo ese planteamiento, porque los autores españoles al tiempo de plantearse si la anticresis española lleva implícita esa facultad de realización de valor o no y si es un derecho real, vienen a sostener que no puede ser entendida una anticresis en que tal facultad no sea reconocida y que si se admite la existencia de esa facultad es consecuencia obligada admitir también la preferencia, aunque el propio código español no la contemple. Pues bien, como podemos observar, las legislaciones iberoamericanas muy mayoritariamente no consideran esencia de la propia naturaleza de la anticresis la necesidad de que ésta conlleve realización de valor, tampoco contemplan como obligado que la realización de valor siempre implique el reconocimiento de una preferencia.

⁴⁸Sobre 20 códigos, 5 han eliminado la figura; 8 entienden que no es un derecho real; 3 lo declaran real de forma expresa; y 4 no lo definen de forma clara, aunque entre estos se encuentra Nicaragua, Honduras y Bolivia cuya regulación sobreentiende que estamos ante un derecho real.

Por último, y en esta misma línea, resaltar también que varios códigos contemplan la constitución anterior, simultánea o posterior, a favor de tercero pero también del propio acreedor anticrético, de un derecho de hipoteca independiente y separado de la anticresis misma, marcando con ello la diferencia funcional de ambas garantías, una que recae exclusivamente sobre los frutos y la otra sobre el valor del bien en sí mismo.

Y en su origen pudiera explicarse esa separación tan clara de la función económica de ambas garantías, el hecho de que en alguno de esos países determinados bienes inmuebles resultan inembargables (así en concreto en Chile, las minas), de forma que no pudiéndose embargar la propiedad de las mismas, si lo serían sus frutos⁴⁹.

Refiriéndonos exclusivamente a los países iberoamericanos, los ordenamos por su ubicación continental (Sudamérica, Centroamérica e Islas) y ordenándolos según la cronología de la fecha de aprobación de su primer código civil, la regulación del contrato de anticresis para cada uno de esos países sería la siguiente:

2.2.1.- Sudamérica.

2.2.1.1.- Bolivia.

El primer código civil aprobado en Sudamérica fue el Código civil de Bolivia de 1830 (aunque lo cierto es que Haití había aprobado el suyo en 1825, pero el código boliviano digamos que sería el primero en el sur del continente americano). Código aprobado bajo la presidencia del General Andrés Santa-Cruz, y conocido por ello como *el código de Santa-Cruz*, que tuvo evidente influencia en varios de los países de su entorno.

⁴⁹CLARO SOLAR, LUIS. “De la anticresis y especialmente de la prenda minera”. RDJ. Año. 1958. Tomo V. págs., 115 a 124: “La anticresis, que regula el título XXXIX del libro IV del Código Civil, no es un contrato de uso frecuente y casi no tiene hoy aplicación, sino en las minas, debido á que, en virtud del privilegio que la ley acuerda á los mineros de no poder ser embargada ni enajenada la mina del deudor, es ésta la única forma eficaz de pago que les queda á sus acreedores”.

En ese código la anticresis no viene contemplada como tal, sino que en la regulación de la prenda se hace una expresa referencia a “la prenda sobre los frutos de un inmueble”, siendo sin embargo su contenido y regulación plenamente coincidente con la regulación que de la anticresis se hacía en el *Code Napoleon* o en los de los estados preunitarios italianos que a esa fecha tuvieran aprobado un código. Así a pesar de no recibir esa denominación anticrética, la garantía se fundamenta tanto en el derecho de retención del inmueble como en el derecho de percepción de sus frutos para ser aplicados al pago de la deuda, no reconociéndose ni derecho de enajenación o venta en el supuesto de impago ni la facultad de quedarse con la propiedad del bien, siendo todo pacto en contrario nulo⁵⁰.

El código de 1830, resultó sustituido por un nuevo texto en 1975 (Decreto ley n° 2.760, de 6 de Agosto de 1975)⁵¹.en el que la anticresis se encuentra regulada en sus arts., 1.429 y ss., siendo esa numeración coincidente con la de 1830 sin embargo se cambió su contenido, comenzando por su propia denominación, que ahora sí se llama anticresis. Como ya hemos señalado es el único código que atribuye al acreedor anticrético el derecho de preferencia en el supuesto de venta del inmueble (art., 1.428 CCb), puesto que los códigos de Brasil y Argentina si bien otorgan al derecho de anticresis carácter real y lo dicen así expresamente en su articulado, sin embargo posteriormente le niegan derecho de preferencia en los supuestos de venta del inmueble. Este código de Bolivia sin decirlo expresamente también confiere a la anticresis el trato de derecho real por cuanto expresamente establece que será oponible a terceros desde su inscripción en el Registro, y en su Art 1.432., le reconoce el derecho a hacerse pagar *con preferencia* a otros acreedores sobre la cosa recibida en anticresis en los supuestos de venta del inmueble en pública subasta. (art., 1.433). Para su constitución exige otorgamiento de escritura pública (ya no sólo documento escrito) e inscripción en el registro.

⁵⁰*Código Civil Boliviano. Explicado y concordado.* Editorial: Tipografía de El Cruzado. Sucre 1885.

⁵¹*Código civil de Bolivia.* <http://www.iberred.org/>. Agosto 2011.

A pesar de que la sección destinada a la regulación de la anticresis resulta realmente breve sin detenerse a contemplar muchas variables, nos encontramos que algunos de los pronunciamientos habituales en sede de anticresis resultan ser regulados fuera de ese Título como lo es la prohibición del pacto comisorio, cuya prohibición general queda establecida en el art. 1.340 CCb cuando lo prohíbe para la pignoración, y posteriormente en su art. 1.398 nos refiere que la pignoración de los bienes muebles se llama prenda y la de los bienes inmuebles anticresis.

Admite el derecho de retención pero no hace referencia alguna al *pignus gordianum*, y deja establecida la obligación del acreedor de asumir personalmente el pago de los impuestos y cargas anuales del inmueble, y sin embargo los gastos de administración, conservación y cultivo que se encuentra obligado a realizar con la diligencia de un buen padre de familia, los podrá detraer de los frutos obtenidos. Coincidiendo con lo que se regula, por ejemplo, en el CCit (art. 1.961).

En cuanto a la facultad de venta establece que el acreedor, en caso de impago, podrá proceder a la venta del inmueble en pública subasta, otorgándosele un derecho de preferencia al cobro sobre el precio obtenido, siendo uno de los escasos códigos que así lo establecen según ya hemos señalado en la introducción de este apartado.

2.2.1.2.- Perú

El proceso de codificación propio del Perú debe entenderse ultimado en 1852 y como uno de los resultados producidos por la invasión del territorio peruano por el ejército boliviano. El General Santa Cruz, Presidente de Bolivia, entró en Perú con sus ejércitos, dividió Perú en dos estados, Estado Nor-Peruano y estado Sur-Peruano, constituyó la confederación Perú-Boliviana y acabó disponiendo que en ambos estados peruanos se promulgase como código civil propio una réplica del código de Bolivia, y que recibió el nombre de Código Civil Santa Cruz del estado Sur-Peruano y Código Civil Santa Cruz del estado Nor – Peruano, ambos

aprobados en 1836. Estos códigos al parecer recibieron la repulsa generalizada de los estamentos jurídicos autóctonos⁵².

Tras otra guerra contra los ejércitos de Chile la Confederación Perú-Boliviana quedó disuelta, reagrupándose los dos estados que habían sido previamente separados, conformando de nuevo una única nación peruana., y fue en 1852 cuando se aprueba un código civil realmente propio en sustitución de los Códigos Civiles de Santa Cruz⁵³.

El código peruano de 1852 contempló expresamente esta figura bajo la denominación de “*Del anticresis*”, dejando establecido que “cuando se da en prenda una cosa inmueble, concediendo al acreedor el derecho de recibir los frutos, el contrato se llama anticresis”.

Exigía para su constitución escritura pública en donde debía detallarse el precio del inmueble y la renta mensual o anual que había producido en los 3 años anteriores el propio inmueble. Sin embargo de ninguna de esas exigencias prevé consecuencia alguna, y a pesar de establecerse la exigencia de deber concretar el valor de inmueble, pese a ello no se le reconoce al acreedor más que el derecho de retener el inmueble en caso de impago y se le niega toda preferencia o derecho de venta al acreedor salvo que simultáneamente se hubiera constituido otra garantía que resultara de aplicación.

Ese código contiene una precisión no prevista en ningún otro: “Pagada la deuda, aunque sea antes del vencimiento del plazo, el dueño tiene derecho a recobrar el inmueble que dió en prenda”.

También debemos resaltar, incluso de ese propio párrafo transcrito, que el código otorgaba a la anticresis la naturaleza jurídica de prenda, así su art., 2.017 señalaba “El acreedor no podrá retener la prenda de un inmueble (...)”, o el 2.016 que decía: “Los deberes del acreedor con prenda de un inmueble (...)”.

⁵² GUZMÁN BRITO, A., ob., cit., págs., 161 y ss.

⁵³*Código Civil del Perú*. Editorial: Imprenta del Gobierno. Lima 1852. Digitalizado por Google.

El actual código data de 1984 (Decreto Legislativo n° 295, de 24 de Julio de 1984), sustituyendo otro anterior de 1936. La anticresis viene regulada en el Libro V, Derechos reales, Sección IV Derechos reales de garantía, Título II anticresis, arts., 1.901 y ss. Y pese a esa ubicación, nada se dice en su regulación sobre la naturaleza real o no de este derecho que por otro lado queda configurada como una anticresis ciertamente distinta de su contenido tradicional.

La regulación es extraordinariamente escueta, si bien en su art. 1.096 establece que “son aplicables a la anticresis las reglas establecidas para la prenda en lo que no se opongan a las consignadas en este título”.

La prenda venía regulada en el CCpe del art. 1.055 al 1.090, pero la Ley 28677 de 10 de Febrero de 2006, Ley de Garantías Mobiliarias, declaró expresamente derogados los artículos 1.055 al 1.090 del código civil. Esta nueva ley no regula la figura de la prenda, sin embargo en su disposición final tercera deja declarado que cualquier ley que se refiera o cite la *prenda civil* deberá entenderse referida a las garantías mobiliarias reguladas en esa nueva ley. Por ello cuando el art. 1.096 remite en la anticresis a las disposiciones establecidas para la prenda, deberá entenderse en la actualidad que nos está remitiendo a las disposiciones establecidas para las garantías mobiliarias en la ley que las regula.

El objeto del contrato de anticresis es definido en el código peruano vigente como la entrega de un inmueble como garantía de una deuda, concediendo al acreedor el derecho de explotarlo y percibir sus frutos. Sin embargo esa facultad de explotarlo y el derecho a percibir los frutos queda realmente alterado cuando inmediatamente se exige también que al tiempo de otorgar la escritura pública de constitución (bajo pena de nulidad), deberán hacerse constar en ella “la renta del inmueble y el interés que se pacte”, y posteriormente se añade que la renta del inmueble se aplica al pago de la deuda, De esta forma el acreedor anticrético que recibe el inmueble puede explotarlo, pero será una explotación exclusivamente a su riesgo y ventura, por cuanto previamente las partes deberán haber pactado el importe convenido de la renta, es decir, aparece una renta consensuada que será la que resultará de aplicación para el pago de la deuda.

Resaltar también la remisión, que nos encontraremos en varios de los códigos sudamericanos, a la regulación del arrendamiento para determinar el alcance de las obligaciones del acreedor poseedor, de forma que dada la regulación del arrendamiento en ese propio código civil (arts., 1.666 y ss. CCpe) las contribuciones y tasas sobre el inmueble las deberá pagar directamente el propietario sin que nada se le exija al acreedor anticrético; y toda vez que ha quedado ya indicado que la renta del inmueble debe quedar predeterminada al tiempo de su constitución, desde luego nada se regula (por inútil) sobre el deber de explotación del inmueble y sobre quién soporta los gastos de dicha explotación o si pueden ser deducidos éstos de los frutos.

Como también ya hemos señalado se define la anticresis como un derecho real de garantía, pero nada se indica sobre la posibilidad de venta del inmueble en los supuestos de impago de la deuda, con lo cual existe una cierta indefinición en torno a si el carácter real se refiere al derecho de percibir los frutos y sólo a él, o debe entenderse implícita la facultad de enajenación.

En este sentido podemos remitirnos al acuerdo del Pleno Jurisdiccional Civil (año 2000) de la Corte Suprema de Perú⁵⁴ en el que sometida a debate esa cuestión, por mayoría (35/15) se estimó que sí procedía la ejecución del bien inmueble por equivalencia de la anticresis con la prenda y porque el art. 1.069 CCpe se remite a las reglas de la prenda en todo lo que no se opusiera expresamente, y entre estas reglas se encuentra la venta del bien entregado en garantía. La opinión minoritaria sostiene que no procede la ejecución judicial de la anticresis porque el alcance de la garantía según la definición de su objeto es la afectación de los frutos del bien, pues la naturaleza de la anticresis es distinta de la de la prenda y de la hipoteca, no existiendo afectación del bien en sí mismo.

⁵⁴<http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/documentos/>. Consulta de 8 de Agosto 2011.

2.2.1.3.- Chile

El primer código civil de Chile fue aprobado el 14 de Diciembre de 1855 a partir del proyecto elaborado por Andrés Bello, y por ello en muchas ocasiones recibe la denominación *Código de Bello*, cuyo texto acabó teniendo definitiva influencia en los códigos de los restantes países iberoamericanos, convirtiéndose el código chileno en el referente de los mismos⁵⁵. El código se inspiró en el *Code Napoleon*, pero también en el austríaco, el del reino de las Dos Sicilias, en el de Cerdeña, en el de Louisiana, etc.,. Dicho código con todas las modificaciones introducidas a lo largo de los años sigue siendo el mismo siendo su último texto refundido el de 27 de Enero de 2010 (Decreto nº 391/2009 de 27 de Enero, del Ministerio de Justicia), y en cuanto a la regulación de la anticresis, se recoge ésta en su Libro IV, de las obligaciones en general y de los contratos, Título XXXIX de la anticresis, y no ha recibido modificación alguna desde su aprobación⁵⁶.

El objeto del contrato se sigue definiendo como aquel contrato por el que se entrega al acreedor una cosa raíz para que se pague con sus frutos, definición literalmente exacta a las utilizadas posteriormente por los códigos de Ecuador, Uruguay, Paraguay y Colombia, testimoniándose de esta forma la clara influencia a la que antes nos hemos referido.

El contrato de anticresis en Chile se perfecciona por la entrega del inmueble pero no otorga al acreedor ningún derecho real sobre la cosa entregada (art. 2.438 CCch), contemplándose expresamente que de forma simultánea, posterior o

⁵⁵ GUZMÁN BRITO, A. ob., cit., págs., 207 y ss.

⁵⁶*Código Civil de la República de Chile. 1855:*

http://www.paginaschile.cl/biblioteca_juridica/codigo_civil/libroc_uarto.htm

Código Civil de la República de Chile. Colección Códigos Europeos y americanos. Editorial: Establecimiento tipográfico de García y Caravera. Madrid 1881.

Código Civil Chile. <http://www.iberred.org/>.

Colección Códigos De La República De Chile. Editorial Sociedad Imprenta y Litografía UNIVERSO. Valparaíso 1912. University of Florida Digital Collections.

<http://ufdc.ufl.edu/UF00085994/00001/115j?search=codigo+%3dcivil+%3dchile>

precedente, entre acreedor y deudor puede constituirse sobre el mismo inmueble un derecho real de hipoteca que en todo caso será el vehículo adecuado para que el acreedor pueda proceder a la enajenación del inmueble para el cobro de su deuda (art., 2.441 CCch).

Se remite también este código a las disposiciones del contrato de arrendamiento para regular las obligaciones del acreedor anticrético (art. 2.440) y nada señala sobre la obligación de pagar tributos y cargas, que por ello corresponderá al deudor propietario.

No se hace referencia expresa alguna al derecho de retención ni tampoco remisión al contrato de prenda, ahora bien toda vez que el art. 2.444 CCCh prohíbe al deudor pedir la restitución del inmueble sino hasta después de haber pagado la totalidad de la deuda, nos encontramos que el derecho de retención por la deuda principal estaría reconocido de forma implícita, no así el *pignus gordianum* que quedaría excluido.

2.2.1.4.- Ecuador

A pesar de que Ecuador fue, de entre las colonias españolas en Sudamérica, el lugar en donde se produjo *el primer grito de independencia* (10 de Agosto de 1807), el código civil de la República del Ecuador data de 4 de Diciembre de 1860, aunque su aprobación fue en 1857, pero no fue sancionado hasta Marzo de 1858 y su promulgación se retrasó hasta el 4 de Diciembre de 1860⁵⁷ y su última versión fue publicada el 24 de junio de 2005⁵⁸.

Las disposiciones relativas al contrato de anticresis son literalmente las mismas⁵⁹ que las recogidas en el Código chileno de 1855 (así como las del

⁵⁷ GUZMÁN BRITO, A. ob., cit., pág., 219.

⁵⁸<http://www.derechoecuador.com/>

⁵⁹*Código civil y Código de Enjuiciamientos en materia civil de la República de Ecuador*. Editorial: Imprenta de Hallet y Breen. Nueva York 1871. Original procedente de New York Public Library. Digitalizado por Google.

posterior código colombiano) por lo que a sus comentarios precedentes nos remitimos, siendo la única variante introducida el hecho de que se establece un límite a los intereses, de forma que si éstos sobrepasaran el interés legal, el saldo diferencial deberá ser aplicado al pago del capital.

2.2.1.5.- Venezuela

Pocos códigos civiles habrán pasado por las vicisitudes del código venezolano. Aprobado inicialmente el 28 de Octubre de 1862, bajo la Presidencia de la República del General Pérez, quien como dictador la había ocupado en Octubre de 1861, sin embargo ese código resultó íntegramente derogado, con motivo de un nuevo cambio político, el 8 de Agosto de 1863 (9 meses de vigencia), restableciéndose entonces la legislación vigente hasta marzo de 1858. Es decir se deroga un código, pero no es sustituido por otro. El código derogado de 1862, era el código chileno con algunas adaptaciones.

En 1867 las cámaras legislativas ponen en marcha la aprobación de un nuevo código civil, para lo cual se designa una comisión a la que se le conceden 40 días para la redacción y presentación de un proyecto, por cuyo motivo se limitan a copiar el proyecto de García Goyena de 1851, y ese proyecto fue definitivamente aprobado en mayo de 1867 y entró en vigencia el 28 de Octubre del propio año; sin embargo, tan solo un día antes de su propia entrada en vigor, es decir el día 27 de ese mismo mes y año, se aprobó otro Decreto instando la necesidad de su reforma.

El Código Civil de Venezuela de 1862 (cuya vigencia, como decimos, fue de tan solo nueve meses) contemplaba la regulación de la anticresis⁶⁰, el contenido de

⁶⁰*Código Civil*. Edición Oficial. Editorial: Imprenta “El Independiente”. Caracas 1862. Digitalizado por Google. Es un código cuya estructura interna llama la atención, puesto que se organiza por Títulos pero éstos se dividen en *Leyes* y en cada ley se reinicia la numeración del articulado, así por ejemplo la anticresis se regula en su título XXII, Ley Única, artículos 1 al 10. Nos recordaría el sistema de numeración empleado, a diferencia de los códigos modernos, en la Novísima Recopilación que por otro lado era el texto vigente en España en las fechas en que se aprobó este código.

los 10 artículos dedicados a la regulación de la anticresis es literalmente exacto al del código civil chileno. Copia literal en la que tan solo cambia el tiempo verbal empleado⁶¹.

El código de 1867⁶², sin embargo no recogió esta institución toda vez que es copia del proyecto de García Goyena en donde tampoco se contemplaba, regulándose tan solo la prenda de bienes muebles.

El 20 de febrero de 1873, se promulgó un nuevo código civil venezolano que derogaba el de 1867 y que resultaba fundamentalmente inspirado en el código italiano de 1865, pero este código fue a su vez reemplazo por otros posteriores en 1880,1896,1904,1916,1922,1942 y 1982, aunque todos ellos fueron tomando como base el código de 1873.

El código civil vigente resultó pues aprobado el 6 de Julio de 1982, es ya por tanto el de mayor duración de todos los habidos en la República. La regulación de la anticresis que se establece en este código, sin resultar estrictamente literal (todo y que en muchos artículos, sí lo es) resulta plenamente coincidente con las disposiciones del código italiano de 1865.

La anticresis es en Venezuela un derecho personal, que no otorga sobre el propio bien inmueble ni sobre su valor preferencia alguna al cobro, reconociéndose al acreedor la facultad de percibir los frutos y de retener el inmueble en tanto no haya sido satisfecha íntegramente de su deuda, pero negándole toda preferencia o privilegio⁶³.

⁶¹ El código venezolano utiliza el verbo “poder” de forma algo diferente : “*Puede* darse al acreedor en anticresis...”; en tanto que el código chileno lo hace en tiempo verbal diferente: “*Podrá* darse al acreedor en anticresis...”. Fuera de esa mínima diferencia, que para nada modifica el sentido del texto, la literalidad del resto es exacta.

⁶²*Código Civil de los Estados Unidos de Venezuela*. Editorial: Imprenta de José R. Henríquez. Caracas 1867. Procedente de la Harvard Library School, digitalizado por Google.

⁶³ El Código de 1873 agregaba la siguiente disposición (tras afirmar que la anticresis no produce efecto sino respecto al acreedor y del deudor y sus herederos): “(...) pero esto no impide que el acreedor tenga los derechos del hipotecario, siempre que registre legalmente su título, determinándose la cosa y expresándose la cantidad debida”.

La única disposición que variaría respecto de las establecidas en el código italiano de 1865, sería la de la sujeción de la anticresis a un plazo máximo de vigencia que se determina en 15 años, el cual también resultará de aplicación para los supuestos en los que no se haya pactado plazo alguno, o que habiéndolo hecho éste resulte superior al legalmente establecido.

2.2.1.6.- Uruguay

El código civil de la República Oriental del Uruguay fue promulgado por Decreto de 23 de Enero de 1868⁶⁴, pudiéndose apreciar en su redacción las influencias del código chileno, del francés, del proyecto de García Goyena y también del proyecto de código argentino que resultaría aprobado poco después.

En la actualidad permanece vigente el mismo código, habiendo sido publicado de nuevo en 1994 para incorporarle las modificaciones habidas por las distintas actualizaciones (Ley 16.603, de 19 de Octubre de 1994)⁶⁵.

En cuanto a la anticresis, que no ha sufrido alteración alguna en su regulación, exige su constitución mediante escritura pública, pero sólo podrá ser opuesta frente a terceros si resulta efectivamente inscrita en el registro. El alcance del derecho se limita a la posesión, a la percepción de los frutos y al derecho de

PIETRI ALEJANDRO, *El Código Civil de 1916 y sus diferencias con el de 1904 e indicación de los artículos correspondientes en este y en el de 1896*. Editorial: Litografía del Comercio. Caracas 1916. Pág.488. Este autor en esta obra, refiriéndose al código de 1873 y a ese artículo que acabamos de transcribir, señalaba: “Así redactado el artículo nos parece que envolvía una contradicción, por que ¿si la anticresis no produce efecto sino entre las partes, cómo va a sustituir los efectos de la hipoteca que se extienden a los terceros?” “(…) Por otra parte, qué significa decir que el acreedor tiene los privilegios o los derechos del hipotecario? Es hacer también de la anticresis una hipoteca”

⁶⁴*Código Civil de la República Oriental del Uruguay*. Editorial: Imprenta La Tribuna. Montevideo 1868. Procedente de la Harvard Law Library, digitalizado por Google.

⁶⁵<http://www.iberred.org/legislacion-codigo-civil>.

retención en el supuesto de impago, pues la ley niega expresamente que la anticresis suponga derecho real alguno sobre el inmueble o sobre su valor, sin perjuicio de que pueda pactarse simultáneamente una garantía hipotecaria; simultaneidad referida a la concurrencia de ambos derechos, pues la garantía hipotecaria puede ser anterior o posterior a la anticrética.

Como ya hemos visto en otros códigos se remite también a las obligaciones del arrendatario para determinar el alcance de las obligaciones de conservación por el acreedor anticrético, sin señalar nada respecto de la obligación de tributos y cargas ni tampoco respecto del régimen de explotación sin solucionar si los costes de explotación se pueden o no detraer de los frutos.

2.2.1.7.- Argentina

Una ley de 25 de Septiembre de 1869 fue la que aprobó el primer código civil de Argentina, resultando vigente desde el 1 de Enero de 1871, y cuya primera edición oficial se hizo en Nueva York en 1870. Este código civil elaborado por VÉLEZ SARFIELD, es el resultado de un profundísimo trabajo de este autor no pudiéndose sostener que su proyecto resultase ser el fruto particular de un código precedente, y como indicó su propio autor para su elaboración acudió a la legislación europea, a la americana, a los jurisconsultos alemanes, a la obra de García Goyena, al código chileno del que dijo *que tanto aventaja a los códigos europeos* y sobre todo, reconoce el propio codificador, al proyecto brasileño de TEIXEIRA DE FREITAS, *del cual he tomado muchísimos artículos.*⁶⁶

A pesar de las modificaciones que se han podido ir introduciendo, obviamente y por el transcurso del tiempo, sigue siendo el código civil de 1869 el vigente en la República Argentina, si bien mediante Decreto Presidencial n° 191, de 23 de febrero de 2011 se creó “la comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los códigos civil y comercial de la nación”, voluntad de reformulación y unificación que ya se puso de manifiesto en el

⁶⁶ GUZMÁN BRITO, A. ob., cit., págs., 270-274.

proyecto de código civil de 1998 que habiendo quedado enteramente ultimado, finalmente no fue aprobado.

La anticresis en el código argentino (CCarg) se encuentra regulada en el Libro III destinado a los derechos reales, en su Título XVI de la anticresis y su contenido actual es exactamente el mismo que la redacción que ya le fue dada en 1868⁶⁷. Se concibe como un contrato real, que requiere de la tradición para su perfección y que constituye además un derecho real: “la anticresis es el derecho real concedido al acreedor...”, así se establece en su art. 3.239.

El objeto del contrato es la cesión al acreedor de la posesión del inmueble para la percepción de los frutos y con ello aplicarlos al pago de los intereses y de la deuda.

Es quizás el código que mejor contempla los derechos y obligaciones del acreedor anticrético determinando el alcance de los mismos, así podemos leerlo en sus artículos 3.249 y 3.250 CCarg, y en donde la diligencia exigible al acreedor que posee el inmueble siendo ésta la de un buen administrador, resolviendo además que ese acreedor puede bien explotar directamente la tierra percibiendo él los frutos, o ceder en arrendamiento la finca, o habitarla él personalmente recibiendo como fruto de ella el alquiler que otro pagaría y si introdujere mejoras deben serle estas satisfechas en la medida en que se incrementase de valor el propio del inmueble, pero nunca deberá ser resarcida por un importe mayor del que se pagó; no podrá ese acreedor cambiar la explotación del inmueble ni hacer ningún otro cambio sobre el mismo cuando como consecuencia de ello el propietario luego no pueda continuar con la explotación que realizaba antes de la cesión de la finca en garantía.

Son todos estos extremos circunstancias permanentemente comentadas por la doctrina en relación a los códigos civiles de Francia, Italia y España, sin embargo

⁶⁷*Código civil de la República de Argentina de 29 de Septiembre de 1869*. Editorial: Establecimiento bibliográfico La Pampa. Buenos Aires 1883. Edición del código corregido por Ley de 9 de Septiembre de 1882. <http://archive.org//bookreader/>
Código Civil de la República de Argentina, versión vigente en : <http://www.iberred.org/legislacion-codigo-civil>

el único código entre todos los analizados que entra a resolver y dejar establecido el alcance y límites de la explotación es este código argentino.

Como ya hemos señalado más arriba resulta llamativo sin embargo que reconociéndose al acreedor la facultad de enajenación o venta en los supuestos de incumplimiento, no se le otorgue sin embargo preferencia alguna sobre el precio obtenido en la subasta⁶⁸. De ello cabe concluir que la anticresis es un derecho real pero referido al *ius fruendi*, pues en cuanto al valor del bien no se le reconoce privilegio.

Se prohíbe el pacto comisorio, pero no en cambio que con posterioridad y antes o después al vencimiento de la deuda, el deudor pueda vender el inmueble al acreedor lo que se autoriza expresamente (art. 3.253 CCarg).

2.2.1.8.- Paraguay

El Paraguay no siguió en un inicio la voluntad de independencia argentina y menos someterse a una dependencia de ésta. Sin embargo el 30 de Septiembre de 1813 se constituyó como República independiente que a partir de 1814 pasaría a estar gobernada por un dictador, José Gaspar Francia quien no mostró interés alguno por iniciar un proceso codificador que sólo se inició a partir de su fallecimiento, en 1842, mediante la adopción del Código de Comercio español de 1829 con las adaptaciones necesarias⁶⁹.

⁶⁸art. 3.251: “No pagando el deudor el crédito al tiempo convenido, el acreedor puede pedir judicialmente que se haga la venta del inmueble. Es de ningún valor toda convención que le atribuya el derecho de hacer vender por sí el inmueble que tiene en anticresis”.

art. 3.255: “Pero si él solicitare la venta del inmueble, no tiene privilegio de prenda sobre el precio de la venta”.

art. 3.224: “No cumpliendo el deudor con el pago de la deuda al tiempo convenido, el acreedor, para ser pagado de su crédito con el privilegio que la ley le acuerda sobre el precio de la cosa, puede pedir que se haga la venta de la prenda en remate público con citación del deudor”.

art. 3.234: “La indivisibilidad de la prenda no priva a los demás acreedores de la facultad de hacerla vender, sin estar obligados a satisfacer antes la deuda. El derecho del acreedor se limita a ejercer su privilegio sobre el precio de la cosa”.

⁶⁹ GUZMAN BRITO, A. ob., cit., 276-277

Entre 1870 y 1875 tuvo lugar la guerra entre Paraguay de un lado, y Argentina, Brasil y Uruguay de otro, de la que el Paraguay resultó perdedora, y a partir de la cual este país cayó bajo una notabilísima influencia argentina, sustituyéndose su constitución por otra de clara influencia argentina y disponiéndose, posteriormente, la necesidad de aprobar para el Paraguay los códigos civil, penal y procesal civil.

Mediante Ley de 19 de Agosto de 1876 se ordenó la aprobación del código civil de Vélez Sarsfield, de forma que el proyecto que había sido elaborado para Argentina también pasó a ser el código civil de aplicación en Paraguay, todo y que su implantación suponía profundísimas reformas en la legislación paraguaya como lo fue la sustitución del régimen de tierras, puesto que el Estado que era el poseedor de las mismas las tuvo que subastar a los particulares.

Este código estuvo vigente hasta que el 1 de Enero de 1987 entró en vigor un nuevo código civil que había resultado aprobado el 23 de mayo de 1985.

El código civil de 1985 eliminó la figura de la anticresis, de tal manera que como derechos de garantía se contemplan la prenda para los bienes muebles y la hipoteca para los inmuebles. La eliminación del código del contrato de anticresis obviamente no lo elimina del mundo sino que lo transforma en un contrato atípico (su admisión se sustentaría en el art. 715 del código civil paraguayo) pero desde luego no prohibido.

La decisión entre mantener la regulación de un contrato que pueda estimarse que ha caído en desuso o eliminarlo del código, provocando que si excepcionalmente es utilizado lo pueda ser en perjuicio de las partes más débiles, es algo de exclusiva política legislativa⁷⁰.

⁷⁰Lo cierto es que si por internet buscamos “Anticresis en Paraguay”, nos aparecerán un buen número de ofertas.

2.2.1.9.- Colombia⁷¹.

Entre 1810 y 1886 Colombia tuvo un proceso constitucional desde luego excepcionalmente convulso, pasó de formar parte del Virreinato español de Nueva Granada a constituirse como Federación de Provincias de Nueva Granada (reconociendo todavía sin embargo la soberanía de Fernando VII), posteriormente se constituyó como Departamento de Cundinamarca incorporándose como tal en el Estado de Gran Colombia, y a su disolución se constituyó con el nombre de Nueva Granada, pero posteriormente esa República pasó a llamarse Confederación Granadina que terminó por transformarse en los Estados Unidos de Colombia de organización federal, para finalmente en la constitución de 1886 quedar definitivamente constituida como República de Colombia.

Durante todo ese proceso histórico fueron muchas las constituciones aprobadas reconociéndose en casi todas ellas la necesidad de aprobarse los distintos códigos. La constitución de 1863 de los Estados Unidos de Colombia, organizaba la nación de forma federal teniendo cada uno de los estados miembros “la facultad de legislar lo que a bien tengan por los trámites de su propia constitución”. Entre 1858 y 1866 los Estados de la Confederación Granadina ya habían aprobado sus respectivos códigos, la mayoría de ellos asumiendo el código civil de Chile, de Andrés Bello.

En 1886, la nueva constitución modificando aquel criterio federal, dispuso. “Mientras el poder legislativo no disponga otra cosa, continuará rigiendo en cada departamento la legislación del respectivo estado. El Consejo Nacional Constituyente, una vez asuma el carácter de cuerpo legislativo, se ocupará preferentemente en expedir una ley sobre adopción de códigos y unificación de legislación nacional”.

El 15 de Abril de 1887 se aprobó una ley con efectos en toda la República de Colombia que adoptaba como código civil para toda la nación un código que había sido ya aprobado y promulgado en 1873, pero entonces con efectos exclusivos sobre el distrito federal o para aquellos territorios nacionales que no

⁷¹ GUZMAN BRITO, A. ob., cit., pág., 220 a 234.

formaban parte de alguno de los estados o departamentos conformantes de la Unión⁷². Ese código civil que a partir de 1887 resulta de aplicación para toda la nación colombiana es el que todavía hoy se encuentra vigente y al que nos referimos a continuación⁷³. En lo que se refiere a la anticresis, como ya hemos señalado más arriba, resulta literalmente exacta con la establecida en el código civil chileno.

La regulación de la anticresis se recoge en su Libro Cuarto, De las obligaciones en general y de los contratos, en su Título XXXVIII, De la anticresis, arts., 2.458 a 2.468. Resultan estas disposiciones desde luego coincidentes con las del chileno, de tal manera que no exige una forma específica para la celebración del contrato pero sí la entrega o tradición del inmueble para su perfección. Los efectos del contrato tienen carácter personal entre las partes, puesto que según establece el código de forma expresa la anticresis no otorga por sí sola ningún derecho real sobre la cosa.

En cuanto a las obligaciones del acreedor anticrético también remite al contrato de arrendamiento y, del mismo modo que todos los inspirados en el chileno, no dispone nada sobre la obligación de pago por el acreedor en relación a los tributos y cargas que afecten al inmueble. No reconoce tampoco el *ius distrahendi*, ni privilegio o preferencia alguna sobre el valor del inmueble, aunque sí admite expresamente que junto con la anticresis pueda convenirse también la garantía hipotecaria.

Reseñar por último que el código de comercio colombiano dedica también el Título X del Libro Cuarto a la anticresis del establecimiento de comercio⁷⁴ y

⁷² Se trataba de los territorios poco poblados.

⁷³ *Código Civil Colombiano*. Expedido por el Congreso de 1873 y adoptado por la ley 57 de 1887. Edición Oficial. Editorial: Imprenta Nacional. Bogotá 1895. <http://archive.org/bookreader/>

⁷⁴ Por establecimiento de comercio entiende ese código: ARTÍCULO 515. <DEFINICIÓN DE ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO>. “Se entiende por establecimiento de comercio un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa. Una misma persona podrá tener varios establecimientos de comercio, y, a su

curiosamente se remite en la regulación no contemplada al usufructo y no a la anticresis civil.

2.2.1.10.- Brasil.

A pesar de que Brasil alcanzó su independencia de Portugal en 1822 y de que en 1823 se aprobó una ley, anterior a la propia constitución de 1824, en donde ya se preveía la aprobación de un código, declaración que luego resultó reiterada en la propia Constitución, el código civil no resultó aprobado y sancionado hasta el 1 de Enero de 1916, inspirándose fundamentalmente en el código civil alemán. Ese código de 1916 estuvo vigente hasta el 11 de Enero del año 2003 en que entró en vigor un nuevo código civil aprobado el 10 de Enero de 2002⁷⁵.

A pesar de su ascendente alemán y de que en ese código no se regula el contrato de anticresis, el código brasileño la regula en el Título X, de la Prenda de la Hipoteca y de la Anticresis, del Libro III de los Derechos reales de Garantía.

vez, un solo establecimiento de comercio podrá pertenecer a varias personas, y destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales”.

ARTICULO 516. <ELEMENTOS DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO>. Salvo estipulación en contrario, se entiende que forman parte de un establecimiento de comercio:

- 1) La enseña o nombre comercial y las marcas de productos y de servicios;
- 2) Los derechos del empresario sobre las invenciones o creaciones industriales o artísticas que se utilicen en las actividades del establecimiento;
- 3) Las mercancías en almacén o en proceso de elaboración, los créditos y los demás valores similares;
- 4) El mobiliario y las instalaciones;
- 5) Los contratos de arrendamiento y, en caso de enajenación, el derecho al arrendamiento de los locales en que funciona si son de propiedad del empresario, y las indemnizaciones que, conforme a la ley, tenga el arrendatario;
- 6) El derecho a impedir la desviación de la clientela y a la protección de la fama comercial, y
- 7) Los derechos y obligaciones mercantiles derivados de las actividades propias del establecimiento, siempre que no provengan de contratos celebrados exclusivamente en consideración al titular de dicho establecimiento.

⁷⁵ GUZMAN BRITO, A. ob., cit., pág., 316

Sus características esenciales serán que se reconoce a la anticresis como un derecho real, pero debemos nuevamente convenir que se trata de un derecho real sobre los frutos y con la facultad de retención sobre el inmueble, pues si bien el acreedor tiene la facultad de proceder a la venta del inmueble mediante subasta en los supuestos de incumplimiento, sobre el precio obtenido no se le reconoce privilegio o preferencia alguna y sin embargo se reconoce que junto con la anticresis pueda pactarse también entre acreedor y deudor una garantía hipotecaria, lo que señala muy claramente el distinto objeto de cada una de esas garantías.

Como solución original en su regulación incluye que para el supuesto en que el acreedor no obtenga los frutos esperados, o por ser ruinosa su administración, el contrato de anticresis se transformará en un contrato de arrendamiento y el importe que correspondería a este alquiler, declarado y valorado judicialmente, será el que se aplique a reducir la deuda.

2.2.2.- Centroamérica

2.2.2.1- México⁷⁶.

Desde la declaración de independencia de 1821 y la aprobación de la constitución federal de 1824, México vivió tal cantidad de convulsiones políticas que tuvo difícil poder llegar a consolidar una legislación de una manera más o menos estable.

La constitución federal de 1824 dio lugar a que determinadas regiones, constituidas como estados, tomaran la decisión de querer aprobar sus propios códigos. Así Oaxaca, antes incluso de que México se constituyera como estado federal, se declaró (1823) como estado libre y soberano miembro de la federación

⁷⁶ GUZMAN BRITO, A. ob., cit., págs., 152 y ss. Y 256.

mexicana, aprobando entre 1827 y 1829 el código civil para el estado libre de Oaxaca, adoptando a estos efectos el *Code Napoleon*.

Sin embargo a partir de 1836, México declaró organizarse como estado unitario y en 1843 en las *Bases Orgánicas de la República de México*, se hizo constar -de forma similar a como se hizo constar en la constitución española de 1812- que “los códigos civil, criminal y de comercio serán unos mismos para toda la nación, sin perjuicio de las variaciones que en algunos lugares podrá hacer el congreso por circunstancias particulares”.

Como decíamos, las vicisitudes políticas y las reacciones federalistas hicieron muy difícil que esa voluntad codificadora llegara a consolidarse. No es hasta 1870 que se aprobó el primer código civil para el estado de México, y fue el resultado de que dos regímenes políticos contrarios encargaron a una misma comisión la redacción y revisión del proyecto de código civil.⁷⁷

En 1867, durante el II Imperio Mexicano, se aprobó de forma parcial un texto de “Código Civil del Imperio Mejicano”, pero ese mismo año el régimen político del II Imperio fue abolido y reemplazo por un nuevo gobierno republicano bajo la presidencia, de nuevo, de Domingo Juárez, que hizo retomar los trabajos que él mismo había encargado y habían sido continuados por el emperador Maximiliano, de forma tal que en 1870 se aprobó definitivamente un texto completo del Código Civil Mexicano, que como texto completo resultaría ser el primero, pero como código civil aprobado para todo el estado de México sería pues el segundo⁷⁸.

El código de 1870 recibió pues la influencia directa del código del imperio (v.gr, de los 4.126 artículos que lo componen, 3.000 provienen de ese texto), pero todo

⁷⁷ Regímenes políticos contrarios como lo fueron el primer gobierno republicano de Domingo Juárez, quien encargó la redacción de un código civil, cuyo proyecto estaba parcialmente redactado cuando sobrevino el II Imperio Mexicano bajo el gobierno imperial de Maximiliano de Habsburgo, quien encargó a la misma comisión que estaba redactando el primer proyecto que continuase con su trabajo, aprobándose de forma parcial un texto de código civil del imperio mejicano en 1867.

⁷⁸ GUZMAN BRITO, A. ob., cit., págs., 261-262.

su conjunto se encontraría especialmente influido por el proyecto español de García Goyena y por sus propias “concordancias, motivos y comentarios”; al margen de esa notabilísima influencia también la tuvo de otro código como lo fue el portugués⁷⁹.

El código recoge la regulación de la anticresis, pero toda vez que esa figura precisamente no se encontraba recogida en el proyecto de García Goyena, por fuerza este contrato tuvo que ser tomado probablemente del *Code Napoleon* dada la proximidad de su contenido, si bien se utiliza menos la técnica de la remisión a la prenda para integrar en la propia regulación de la anticresis aquellas disposiciones que el *Code de Napoleon* tan solo regulaba en la prenda (y que en la anticresis se remite a ellas).

A pesar de que las coincidencias con la regulación anticrética del *Code Napoleon* son notables, también resultan remarcables sus diferencias: Se exigía para su constitución escritura pública como requisito constitutivo, a diferencia del *Code Napoleon* que exigía documento escrito como requisito de prueba, pero lo que caracterizaba a ese contrato en el código mexicano a diferencia de cualquier otro es que explícitamente ese contrato se encontraba referido a las deudas de dinero. No se concebía la anticresis como contrato para garantizar el cumplimiento “de una obligación”, sino exclusivamente para deudas de dinero:

“artº. 2.044: (...) con pacto de que sus frutos formen el interés del dinero que del dicho acreedor haya recibido”

Quedó pues establecida la garantía anticrética del código mexicano exclusivamente para las deudas de dinero, y ello la diferenciaba de cualquier otra anticresis a las que nos hemos referido.

⁷⁹ *Ibidem.*

Por lo demás sus características resultan coincidentes con el *Code*, debiéndose destacar tanto la presencia de la prohibición del pacto comisorio, como la falta de *ius distrahendi* propio y específico para este derecho⁸⁰.

En 1884 México aprobó un nuevo código, el “Código Civil del Distrito Federal y Territorios de Tepic y Baja California”, promulgado el 31 de Marzo de ese año, en él se dio una nueva regulación a la anticresis (artºs. 1.810 y ss.)⁸¹, incorporándose algunas modificaciones que resultaron ser esenciales, así por ejemplo se hizo desaparecer la vinculación de este contrato solo a las deudas de dinero, de forma que ya como las restantes regulaciones del contrato de anticresis ésta podía garantizar cualquier tipo de obligación; quedó establecida también la nulidad como efecto de la falta de forma sino se otorgaba escritura pública para su constitución, y dispuso que al tiempo de esa constitución debía convenirse el régimen de administración, y de no hacerse decía su artº. 1.812 “ (...) el acreedor deberá administrarlo de la misma manera que el mandatario general conforme al artículo 2.350”. También establecía expresamente que el acreedor gozaba de las facultades posesorias en defensa de sus derechos, y del “derecho de transferir a otro bajo su responsabilidad el usufructo y administración de la cosa”.

La garantía propia del derecho de anticresis se concretó en el derecho de retención hasta que la deuda fuera pagada íntegramente, y en cuanto a la facultad de venta se remitía a lo dispuesto para la prenda, de forma que la propiedad debía ser vendida en pública subasta mediante intervención judicial, pudiéndose pactar de forma expresa la venta extrajudicial e incluso el pacto marciano.

Todas esas referencias resultaban novedosas y muchas de ellas se han planteado posteriormente tanto en nuestra propia legislación (española y catalana) como en

⁸⁰*Código Civil del Estado de México*. Editorial: Tip. del Instituto Literario. Toluca 1870. Edición digitalizada por GOOGLE BOOKS.

⁸¹*Código Civil del Distrito Federal y Territorios de Tepic y Baja California*. Editorial: Librería de la VDª de CH. BOURET. 1902. Edición digitalizada por GOOGLE BOOKS, procedente de la biblioteca de la Universidad de Harvard.

otros de nuestro entorno. Así la discusión de si el acreedor anticrético dispone o no de las acciones de defensa de su posesión; o si el alcance del derecho de goce que se le transfiere es o no similar al usufructo; o si en lo no previsto el acreedor anticrético debe comportarse como un mandatario del propietario deudor.

Este código resultó sustituido por el de 1932. El Código Civil Federal vigente⁸² fue aprobado en 1928 publicándose en el Diario Oficial de la Federación en 4 partes a lo largo de ese año, y entró en vigor el 1 de Octubre de 1932, y en sus “Transitorios. Artículo Octavo” dispone: “Los contratos de censo y de anticresis celebrados bajo el imperio de la legislación anterior continuarán regidos por las disposiciones de esa legislación”.

El código de 1932 no recoge la anticresis, de forma que hoy en día ha desaparecido de ese ordenamiento jurídico y no es fácil imaginar que desde el año 1932 todavía subsista vigente alguna anticresis constituida con arreglo a la legislación anterior y que permitiese la aplicación del código de 1884. Así pues en la actualidad es una figura contractual extinta en ese ordenamiento.

2.2.2.2.- Guatemala y Las Provincias Unidas del Centro de América.

Con ocasión de la independencia de México (1821) se estableció en la América Central, sobre la base de lo que en tiempos coloniales fue la Capitanía General de Guatemala, una república federal que tuvo corta vida (1824 a 1838) y que estuvo integrada por lo que hoy sería Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua y Costa Rica⁸³.

En 1844 Guatemala se separó de derecho de la república federal. En 1875 un Acuerdo (Decreto) de 26 de Julio designó por vez primera una comisión encargada de la redacción de un código civil y tras una guerra con El Salvador el

⁸² *Código Civil Federal*. Última reforma Diario Oficial de la Federación. 09/04/2012. www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/. Mayo 2012.

⁸³ GUZMAN BRITO, A. ob., cit., pág.,187

proyecto de código civil pudo ser aprobado por Decreto del Presidente de la República el 8 de Marzo de 1877.

El código, fundamentalmente coincidente con el código civil del Perú⁸⁴, contemplaba el contrato de anticresis en su Artº. 2.008, estableciendo que “cuando se da en prenda una cosa inmueble, concediendo al acreedor el derecho a percibir los frutos el contrato se llama anticresis” y declarando igualmente que en méritos de ese contrato no se da al acreedor otro derecho que el de recibir los frutos o rentas del inmueble. Para su constitución se exigía escritura pública y su inscripción en el registro para que pudiera ser oponible a terceros. No reconocía el derecho de retención por otras deudas, salvo pacto expreso en contrario, y en los supuestos de impago tampoco se reconocía facultad de enajenación alguna limitándose a la facultad de retención⁸⁵.

El código civil de 1877 fue sustituido por un nuevo cuerpo legal en 1933 (13 de Mayo), pero no fue un código completo puesto que dispuso que se elaboraría un código separado para la regulación de “las Obligaciones y Contratos”, y en tanto éste no fuera aprobado continuarían en aplicación las disposiciones del código de 1877.

El “Código de las Obligaciones y de los Contratos” nunca fue aprobado, pero en 1963 (14 de Septiembre) se aprobó un nuevo código civil completo. El Dictamen de la Comisión Revisora, de 9 de Septiembre de 1963, dejó expresamente indicado que: “Se suprimió el capítulo relacionado con la anticresis porque esta ha sido una institución que no ha tenido aplicación práctica en nuestro medio y por estimarse que otros contratos, por ejemplo el fideicomiso, pueden sustituirla con mayor ventaja”.⁸⁶ Nos encontramos pues con otro ordenamiento jurídico del que también ha desaparecido este contrato.

⁸⁴ *Ibíd*em págs., 189- 190.

⁸⁵ *Código Civil de la República de Guatemala. 1877*. Colección de Códigos Civiles Americanos y Europeos. Tomo 3. Editor: F. Góngora y Compañía. Madrid 1880. Florida International University, Law Library. Digital Collection <http://ufelc.ufl.edu/IR0000016/00001/2j> (Marzo 2012)

⁸⁶ Exposición de motivos código civil guatemalteco.

2.2.2.3.- Costa Rica

Formando parte de la República Federal de Centroamérica desde 1824, Costa Rica se dotó de una carta constitucional en 1825 llamada “Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica”⁸⁷, y en 1841 se separó de la República Federal constituyéndose oficialmente desde 1848 en república soberana e independiente, pero de hecho la República Federal ya no funcionaba desde 1835.⁸⁸

Costa Rica estuvo bajo el gobierno del dictador Braulio Carrillo quien era abogado y profesor de derecho, y por tal motivo asumió personalmente la redacción de un Código General del Estado o Código General de la República de Costa Rica (texto que recibió ambas denominaciones) y que fue aprobado mediante Decreto de 30 de Julio de 1841 y en el que se incluían de hecho 3 códigos: el civil, el penal y el de procedimientos judiciales.

En lo referente al código civil reprodujo el texto del código civil de Santa Cruz, y en su Libro III, Título XIX, Capítulo II, arts., 1.425 y ss., recogía la figura de la prenda inmobiliaria y no propiamente la de la anticresis, aunque la realidad de su contenido ofrecía una regulación enteramente coincidente con la regulación que para la anticresis se recogía en el *Code Napoleon*⁸⁹.

Este código civil fue sustituido por un nuevo texto aprobado por Decreto de 26 de abril de 1886 y que entraría en vigor el 1 de Enero de 1888⁹⁰. En su regulación

<http://es.scribd.com/doc/5446554> (Mayo 2012)

⁸⁷ GUZMAN BRITO, A. ob., cit., pág., 163.

⁸⁸ GUZMAN BRITO, A. ob., cit., pág., 164.

⁸⁹ *Código General de la República de Costa Rica*. Edit: Imprenta de Wynkoop, Hallenbeck y Thomas. Nueva York 1858. 2ª Edición, anotada por D. Rafael Ramírez. Digitalizada por Google.

⁹⁰ *Código Civil*. Editorial: Tipografía Lehmann. 1916. Edición digitalizada por la Universidad de Florida. <http://ufdc.ufl.edu/>

fue eliminada la prenda inmobiliaria y tampoco existe referencia alguna a la figura de la anticresis. Este es el código que sigue vigente en la actualidad⁹¹.

2.2.2.4.- Honduras

También Honduras había formado parte de la Capitanía General de Guatemala, y se independizó en 1821 para integrarse en el Imperio Mexicano en 1822, pasando posteriormente a independizarse también de éste y a confederarse con los restantes miembros de la República Federal de Centroamérica en 1824. En 1825 aprobó su primera constitución como estado miembro de la federación, pero en 1838 se separó definitivamente de ésta y en 1839 aprobó una nueva constitución ya como estado plenamente soberano e independiente.

En 1880 aprobó su primer código civil que estuvo vigente hasta 1898 fecha en la que un nuevo código vino a reemplazarlo, aunque también éste resultó de nuevo derogado para ser sustituido por un nuevo texto en 1906 que es el actualmente vigente⁹².

No hemos podido tener acceso a la edición de 1880, sin embargo la de 1889⁹³ es copia literal del código civil español, pero ese código en lo que a la anticresis se refiere resultó enteramente modificado por el código civil vigente en Honduras que como hemos señalado data de 1906⁹⁴. La anticresis se regula en sus artículos 2.164 y ss, que recogen íntegramente los mismos preceptos que para esta figura se establecen en el código civil de Nicaragua de 1904. Estos códigos instrumentan una regulación verdaderamente sorprendente puesto que la totalidad de los otros textos examinados dedican a este contrato una escasa

⁹¹*Código Civil de la República de Costa Rica*. Sistema costarricense de información jurídica. <http://www.pr.go.cr/scij/>

⁹² GUZMAN BRITO. ob., cit., págs., 247,248 y 300

⁹³*Código Civil de Honduras.1898*. Editorial Tipografía Nacional. Tegucigalpa 1898. Edición Digitalizada. <http://archive.org/stream>

⁹⁴<http://www.iberred.or/sites>

decena de artículos mientras que estos dos códigos (nicaragüense y hondureño) lo hacen a través de 34 artículos, lo que significa que se ha procedido a regularla de forma muchísimos más casuística que en cualquier otro código.

Remitiéndonos al código de Honduras característica de su regulación es que se sanciona con nulidad la constitución del derecho que no sea realizada mediante escritura pública inscrita y otorga al acreedor como garantía del crédito tan solo el derecho de retención sin ir acompañado de la facultad de enajenación, pero a pesar de ello el artº. 2.194 dispone que en los supuestos de concurso o quiebra el acreedor anticresista verá satisfecho el importe de su crédito con el valor de la cosa dada en anticresis incluso con preferencia a los acreedores hipotecarios anteriores. Es un artículo que resulta extraño por cuanto no admitiéndose la enajenación del inmueble en los supuestos de incumplimiento, sí se prevé que se producirá tal enajenación en los supuestos de insolvencia del deudor y en ese supuesto de enajenación no es que se le reconozca al acreedor el derecho preferente tan solo referido a los frutos (lo que se establece, por ejemplo, en la ley concursal española) sino que esa preferencia se le otorga respecto del propio valor del inmueble en su realización y además se antepone incluso a los créditos hipotecarios anteriores a la propia existencia de la anticresis⁹⁵, aunque claramente refleja un supuesto de posposición de cargas.

2.2.2.5.- El Salvador

Similar fue también el discurrir político en la independencia de El Salvador, que en 1821 declaró su independencia para unirse al Ier Imperio Mexicano del que se independizó poco después para integrarse también primero en la República Centroamericana y posteriormente, junto con Honduras y Nicaragua, en la Confederación Centroamericana (1842-1852).

⁹⁵ El artº. 2.194 literalmente dispone: “El acreedor anticresista en caso de concurso o quiebra debe ser respetado en su derecho, y será pagado con preferencia con el valor de la cosa dada en anticresis. La preferencia la tiene aun contra los hipotecarios anteriores, con tal que hayan consentido el contrato en que se entrega la cosa en anticresis”

Su primer código civil fue aprobado el 23 de Agosto de 1859, entrando en vigor el 31 de Mayo de 1860, código que asumió literalmente el código civil chileno de 1855. Este código de El Salvador todavía hoy mantiene su vigencia.⁹⁶ Respecto de la anticresis su regulación resulta coincidente con el código civil chileno y cabe destacar su negación expresa a que dicho derecho pueda ser considerado como derecho real : “la anticresis no da al acreedor, por si sola, ningún derecho real sobre la cosa entregada”. Aunque esa entrega es desde luego requisito de perfección del contrato.⁹⁷ En cuanto al uso y administración del inmueble se remite al contrato de arrendamiento, y reconoce el derecho de retención para los supuestos de impago. No prevé la enajenación forzosa más que si se acompaña la anticresis de un contrato de hipoteca que así asegure también el recobro del capital, pero admite la apropiación del inmueble por el acreedor si así se hubiera pactado expresamente.

2.2.2.6.- Nicaragua

La evolución política de la República de Nicaragua fue idéntica a la de los otros países centroamericanos. Formó parte de la Capitanía General de Guatemala, se independizó en 1821 pasando a formar parte del I Imperio Mexicano (1822), se separó de él y se confederó en la Confederación de Centroamérica (1824) hasta 1838 y se constituyó como República Independiente en 1852.⁹⁸

Su primer Código Civil data de 1867, aunque no entró en vigor hasta 1871 fecha de su publicación. Contempla dicho código la regulación de la anticresis⁹⁹ en su

⁹⁶ GUZMÁN BRITO, A. ob., cit., pág., 190.

⁹⁷ *Código Civil de la República de El Salvador*. Editores Dutriz Hermanos. San Salvador. 1912. Quinta Edición.

Código Civil de El Salvador. Leyes Civiles y de Familia. 2004. Editorial Lis. San Salvador. 2004.

⁹⁸ GUZMÁN BRITO, A. ob., cit., pág., 246.

⁹⁹ *Código Civil de la República de Nicaragua*. 1867. Editorial: Imprenta El Centro-Americano. Managua. 1871. Digitalizado por Google, procedente de la University of Michigan. <http://books.google.es/books>

Libro IV Título XXXIX, resultando su contenido exacta y literalmente coincidente con la regulación recogida en el Código de El Salvador (también en su Libro IV y Título XXXIX), la coincidencia es palabra con palabra y artículo con artículo, sólo dos elementos las diferenciaban. El pacto comisorio en este código nicaragüense estaba enteramente prohibido y se establecía así mismo un límite a los intereses en los supuestos de lesión enorme.

El código de 1867 fue sustituido por un nuevo texto, actualmente vigente, que data de 1904¹⁰⁰ pero la regulación del instituto de la anticresis es ahora enteramente coincidente, palabra por palabra, artículo con artículo, con la redacción que a dicho contrato se le da también en el código civil de Honduras, aunque este de Nicaragua es algo anterior al de Honduras (1904/1906). Sólo pequeñísimas diferencias los separan¹⁰¹. Como ya hemos dichos estos dos códigos son los que regulan de forma más casuística esta institución y dada su extrema coincidencia, cuanto hemos dejado dicho para el código de Honduras resulta también válido para este.

2.2.2.7.- Panamá

Panamá fue reconocido como estado federal integrado en la antigua República de Nueva Granada en febrero de 1855, y en el ámbito de sus competencias legislativas aprobó para sí un código civil el 23 de Octubre de 1860, sancionando como propio el código que había promulgado Cundinamarca en 1859 que a su vez era copia del de Chile¹⁰².

¹⁰⁰ *Código Civil de la República de Nicaragua*. www.iberred.org

¹⁰¹ Quizás la diferencia más sustancial (y eso mismo nos aclara hasta qué punto resultan coincidentes sus 34 artículos) se produce en que si bien en ambos textos se señala que el acreedor puede dar en arriendo, no por más de dos años, el inmueble objeto de anticresis, sin embargo en el código de Nicaragua se establece que el precio de este arriendo será fijado por peritos.

¹⁰² GUZMAN BRITO, A. ob., cit., pág., 250.

En cuanto a la regulación de la anticresis el texto transcrito en el código civil de Panamá de 1860 es literalmente exacto de las disposiciones transcritas en el código civil chileno de 1855¹⁰³, de forma que no quedó configurada como derecho real por disposición expresa de la ley; requería de la tradición del inmueble como requisito de perfección del contrato; otorgaba como garantía un derecho de retención y no conllevaba la facultad de disponer de la propiedad salvo que se hubiese pactado simultáneamente la hipoteca del propio inmueble, tampoco el acreedor adquiriría derecho preferente alguno sobre el bien salvo que se hubiese constituido la hipoteca simultánea.

Posteriormente ese código civil del Panamá resultó sustituido cuando se dispuso que toda la República de Colombia, de la que Panamá formaba parte como estado federal, debía regirse por un único código civil por lo que el código propio de Panamá de 1860 quedó reemplazado por el código de Colombia de 1873¹⁰⁴ texto al que ya no hemos referido más arriba, pero que a su vez era copia del código chileno. De esta forma Panamá pasó de tener un código propio copiado del chileno, a tener un código impuesto que también estaba copiado del chileno.

Panamá se independizó plenamente el 3 de noviembre de 1903 pero se mantuvieron vigentes los códigos y leyes colombianas, hasta que en 1916 se aprobó un nuevo código civil que entraría en vigor en 1917¹⁰⁵.

En cuanto a la anticresis se refiere sufrió una reforma muy sustancial mediante ley de 7 de noviembre de 1962¹⁰⁶, conforme a dichas disposiciones la anticresis en Panamá actualmente es considerada un derecho real por disposición expresa de la ley, su constitución se sanciona con nulidad si no se instrumenta mediante

¹⁰³*Código civil del Estado de Panamá*. Editorial: Imprenta de Esteban Hallet. Nueva York 1861. Digitalizado por Google books procedente de la Harvard Law Library.

¹⁰⁴ Véase Supra epígrafe 2.3.1.9.

¹⁰⁵ *Código Civil de la República de Panamá*.
<http://docs.panama.justia.com/federales/codigos/codigo-civil.pdf>

¹⁰⁶ No hemos podido tener acceso al texto original del código de 1916, pero como señalamos en 1962 se aprobó una ley cuyo contenido fue exclusivamente la reforma del contrato de anticresis en el código civil.

escritura pública inscrita; el plazo máximo de duración del contrato se establece por un período de 20 años. Expresamente se prevé que la finca podrá quedar en poder del deudor, si bien en este caso el acreedor, para el supuesto de incumplimiento, no dispondría del derecho de retención. En cuanto a la facultad de venta, no se reconoce esta facultad remitiéndose al procedimiento ordinario de embargo y enajenación judicial .

2.2.3.-Islas: Santo Domingo Y Cuba.

2.2.3.1.- Haití

Haití proclamó su independencia en 1804, el mismo año en que se aprobó el *Code Napoleon*, y en la constitución de 1816 ya se dispuso que debía redactarse un código civil común a toda la República.¹⁰⁷ El código fue aprobado como “*Code Civil de la République d’Haïti*” el 27 de marzo de 1825. Todo el código, y desde luego las disposiciones referidas a la anticresis resultan ser una copia literal de lo dispuesto en el código francés: de esta forma la anticresis encuentra su sede en el *nantissement*, que cuando se encuentra refreído a bienes muebles recibe el nombre de *gage*, y cuando se encuentra referido a bienes in muebles el de *anthicrèse*¹⁰⁸. Este código y su regulación sobre la anticresis se encuentran vigentes todavía hoy, de forma que sin duda es el código civil vigente más antiguo de todo Iberoamérica y lo mismo puede decirse de su regulación anticrética.

2.2.3.2.- República Dominicana

Los vaivenes políticos que afectaron a la República Dominicana y a la división de la Isla de Santo Domingo fueron tales que hasta resulta difícil determinar cuál es la fecha exacta de su independencia definitiva. Podemos tomar como tal la de 1844, fecha en que separándose de Haití se constituye en República Dominicana

¹⁰⁷ GUZMAN BRITO, A. ob., cit., pág., 143.

¹⁰⁸*Code Civil D’Haïti*. Editorial: Blaise Jeune, Libraire. Paris 1826.

(aunque en 1861 pasaría a ser de nuevo, por voluntad propia, provincia española, y a separarse y tomar nueva independencia en 1865)¹⁰⁹.

Esta república de habla española desde ese año 1844 adoptó el código civil de Haití en su redacción oficial francesa; y a pesar de que luego fue sustituido para que directamente resultase de aplicación el código civil francés (en su redacción de 1816, no en la de 1804) se hizo también adoptándolo en su redacción en lengua francesa; no fue hasta 1844, y tras distintas iniciativas, que no se llegó a promulgar un código civil propio y en lengua castellana. A pesar de ello el Código Civil de la República Dominicana, no es más que la traducción al castellano del código civil francés en su versión de 1876.¹¹⁰

En la regulación de la anticresis que concentra en tan solo siete artículos, exige para su constitución forma escrita, centra la garantía en el derecho de retención, no admite ni el pacto comisorio ni otorga facultad de enajenación, resultando en definitiva su contenido sustancialmente similar a lo dispuesto en el *Code Napoleon*.

2.2.3.3.- Cuba

Cuando en España se aprobó el código civil de 1889, tan solo Cuba y Puerto Rico se encontraban bajo la soberanía española y también a ellas les resultó aplicable el CCE aprobado, así lo dispuso el RD de 31 de Julio de 1889¹¹¹. El texto pues del CCE es el que resultó aplicable a Cuba.

Tras la guerra en Cuba entre España y los Estados Unidos de América del Norte, Cuba tomó su independencia en 1902, pues desde 1899 hasta 1902 esta isla se encontró bajo el gobierno militar de los Estados Unidos, pero se mantuvo

¹⁰⁹ GUZMÁN BRITO, A. ob., cit., pág.,144.

¹¹⁰ *Ibidem*, pag., 150.

¹¹¹ *Leyes vigentes en Cuba. Código Civil*. Editorial Imprenta y Papelería de Rambla, Bouza y C^a. Habana 1924.3^a Edición, pág., 12.

vigente el CCE y así no fue hasta 1987 que se aprobó propiamente el Código Civil Cubano¹¹².

En cuanto al contrato de anticresis este código no lo recoge en forma alguna (ni propiamente la anticresis ni ninguna figura similar), de hecho además en su artº. 242 prohíbe expresamente que tanto las obligaciones monetarias como las de cualquier otra clase puedan generar intereses, y el artº. 380 prohíbe también que en el préstamo pueda pactarse la obligación de intereses (con la excepción de los créditos concedidos por las entidades bancarias, estatales o de comercio exterior). Pero no solo esta prohibición sino también la misma configuración del derecho de propiedad inmobiliaria, que entre otros requisitos para su transmisión exige la previa autorización del estado, impedirían la existencia del derecho anticrético.

2.3.- CONCLUSIÓN.

De la revisión que acabamos de realizar sobre la regulación de la anticresis en los países de nuestro entorno jurídico, creo que pueden apreciarse algunos rasgos comunes en la concepción y regulación del contrato de anticresis, y que adquirir conciencia de ello quizás nos pueda ayudar a comprender mejor los caracteres esenciales de esta garantía.

Resulta unánime el concepto del propio contrato en todas las legislaciones estudiadas, de manera que la anticresis es siempre el derecho a percibir los frutos de un inmueble para con ellos proceder al pago de una deuda y de sus intereses, y en esa propia definición del objeto es también elemento común que el acreedor recibe la finca para explotarla y adquirir los frutos, por ello adquisición originaria de los mismos.

¹¹²Ley nº 59 de 16 de Julio de 1987, publicado el 15 de Octubre del propio año . *Código Civil de la República de Cuba*. Editorial Dykinson. Madrid.2005.

Del mismo modo es también elemento común en todos los códigos, sin excepción, que la anticresis otorga un derecho de retención sobre el inmueble, de forma que el deudor no puede solicitar la devolución de su propiedad en tanto no haya pagado el importe total de la deuda.

Y quizás resulte más llamativo el tercero de los elementos comunes, sin que en este caso haya unanimidad por existir alguna excepción, y es que son muy mayoritarios los códigos en que no se reconoce un derecho de *preferencia* a favor del acreedor sobre el precio obtenido en la venta del inmueble¹¹³. Con relación a la preferencia debemos de nuevo recordar que no existe unanimidad, sobre si el derecho de anticresis otorga o no un derecho de realización de valor: nos encontramos códigos en los que el *ius distrahendi* se recoge expresamente (Bolivia, Argentina y Brasil, y en Perú se admite, aunque no se recoja en su CC, por interpretación de su Corte Suprema); otros códigos se refieren a la posibilidad de proceder a la venta del inmueble por la vía ordinaria (curiosamente de forma unánime también los europeos¹¹⁴, Francia, Italia, España); y por último habría algunos códigos que guardarían silencio al respecto, pero que se remiten expresamente a la garantía hipotecaria para indicarnos la oportunidad de simultanear ambas garantías (Ecuador, Chile, Uruguay, Colombia, Venezuela) en clara indicación de que el *ius distrahendi* no es facultad propia de la anticresis. Sin embargo no existiendo unanimidad, sí que es cierto que la tendencia mayoritaria es no reconocer el *ius distrahendi* y por tanto, y en

¹¹³ Realmente existirían algunas excepciones que merecerían ser comentadas: Bolivia reconoce expresamente en su código *ius distrahendi* y preferencia. Perú guarda silencio, pero se remite a la legislación relativa a la prenda (hoy ley de garantías mobiliarias) en todo aquello que no resulten incompatibles prenda y anticresis. La ley de garantías mobiliarias, sobre los bienes muebles, contempla el *ius distrahendi* y el derecho de preferencia. El acuerdo del Pleno Jurisdiccional de la Corte Suprema de Perú, según acuerdo que ya hemos referido, entendió que aunque la regulación de la anticresis no lo contemple debe entenderse que el acreedor dispone de *ius distrahendi*, e interpretamos nosotros que con el mismo razonamiento también tendrá preferencia.

Por otro lado Nicaragua y Honduras, recogen esa preferencia en los supuestos de insolvencia o quiebra del deudor, y en esos casos la preferencia no solo sobre los frutos sino sobre el valor del inmueble, anteponiéndose incluso a las hipotecas anteriores si estos acreedores hubieran consentido la constitución del derecho de anticresis.

¹¹⁴ Recuérdese de todas formas que el código francés cambio esa posición en el año 2006, y que recientemente ha eliminado ese contrato sustituyéndolo por la prenda inmobiliaria.

su consecuencia, tampoco la preferencia. Y si minoritario es el reconocimiento de esa facultad de realización de valor, mucho más lo es el reconocimiento de un derecho de preferencia al cobro sobre el valor obtenido con la venta del inmueble, pues en ninguno de todos los códigos referidos, con excepción exclusiva de Bolivia (y Nicaragua y Honduras de forma expresa para los supuestos de insolvencia), se reconoce al acreedor un derecho de preferencia sobre el precio obtenido en el supuesto de venta, pues incluso códigos que contemplan expresamente el *ius distrahendi* con un proceso de venta o ejecución propio (Argentina y Brasil), incluso esos códigos, luego se preocupan de negar expresamente la preferencia, como también se preocupa de negarla expresamente algún código que para nada contemplan la posibilidad de venta del inmueble en el supuesto de incumplimiento (Venezuela).

Tiene trascendencia ese común criterio de no reconocer preferencia o privilegio al acreedor anticrético sobre el valor del inmueble, por cuanto en algunas legislaciones, como lo fue en la francesa y lo es en la española, determinados sectores de la doctrina han venido sosteniendo que la preferencia debe entenderse implícita en el *ius distrahendi* pues en caso contrario esa facultad carecería de sentido, argumento que a nosotros en modo alguno nos parece convincente¹¹⁵, pero que además esas otras legislaciones como la argentina o la brasileña demuestran claramente que en modo alguno resulta indisociable la preferencia del *ius distrahendi*.

Así pues, frutos, retención y no preferencia, serían los elementos comunes en todas las legislaciones relativas a la anticresis, y las restantes circunstancias o alternativas que pueden darse en la concepción teórica de este contrato, como así lo es la naturaleza real o personal del derecho, la existencia misma de esa facultad de realización de valor, los límites a la tasa de interés, el *pignus gordianum*, el plazo de vigencia del contrato, las formas o solemnidades exigidas para su constitución o perfección, su oponibilidad o no a terceros y la relación con el registro, el pago o no de tributos y cargas por el acreedor y su deducibilidad de los frutos obtenidos, las condiciones de administración y

¹¹⁵ Véase más abajo página epígrafe 4.5

explotación del inmueble, etc., todas esas circunstancias y alternativas obedecen a regulaciones diferentes en atención a la sensibilidad, influencias e historia de cada ordenamiento jurídico, los únicos elementos comunes son pues los ya citados: frutos, retención y no preferencia.

Y si a la vista de todos los códigos examinados tuviéramos que establecer una anticresis estándar (en el bien entendido, de que por estándar estaríamos admitiendo aquellas circunstancias que resultan mayoritarias) diríamos que la anticresis es un derecho mediante el cual el acreedor adquiere el derecho a percibir los frutos de un bien inmueble de su deudor con la obligación de aplicarlos al pago de la deuda y de sus intereses, y que para su constitución requiere escritura pública y una vez constituido no tiene carácter de derecho real, ni otorga facultad de enajenación ni de apropiación del bien en caso de incumplimiento, ni por supuesto otorga derecho de preferencia alguno, y en todo lo no previsto la figura a la que debemos remitirnos para saber las obligaciones del acreedor y del deudor es a la del arrendamiento. Pero quede claro que esa figura es casi un juego, el puzle resultante de haber escogido las características que son mayoritarias de entre aquellas en las que hemos fijado nuestra atención en las distintas legislaciones.

3.- CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA ANTICRESIS EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL Y EN EL CÓDIGO CIVIL CATALÁN

3.1.- CONCEPTO

La definición legal que nos ofrece el CCE del derecho de anticresis entendiéndola como el derecho que adquiere el acreedor a percibir los frutos de un inmueble de su deudor, con la obligación de aplicarlos al pago de sus intereses, si se debieren y después al capital de su crédito, aunque no difiera conceptualmente de la definición legal que formula el CCCat sí que presenta apreciables diferencias.

La definición, recogida en el art. 1.881 CCE, no es desde luego enteramente satisfactoria puesto que si bien recoge algunas de las facultades que corresponden al acreedor, no contempla la totalidad de los derechos que por esta institución se le atribuyen¹¹⁶ silenciando por ejemplo toda referencia a la propia naturaleza o incluso a la causa del negocio.

El CCCat en su art., 569-23 da una definición mucho más próxima a la que propone la doctrina científica, haciendo expresa referencia a las facultades de posesión y disfrute que adquiere el acreedor, a la función económica de esos frutos y a la propia facultad de realización de valor en su función de derecho de garantía.

En la doctrina, ALBALADEJO nos ofrece un concepto de esta figura en los mismos términos en los que lo hace el CCCat concibiéndola como un derecho real que atribuye al acreedor de una obligación principal, la posesión de un bien inmueble ajeno, en cuya virtud, para garantizar el cumplimiento de aquella y el cobro de los intereses que devengue, está facultado para percibir sus frutos, promover su enajenación si la obligación es incumplida y que le reconoce

¹¹⁶GUILARTE ZAPATERO, VICENTE. "De la Anticresis". *Comentarios al código Civil*. Tomo XXIII. 2ª Edición. EDERSA. Madrid. 1990. págs., 637 y ss.

preferencia al cobro sobre el precio obtenido ¹¹⁷. Es ésta una definición con la que estará de acuerdo una buena parte de la doctrina¹¹⁸, y de la que, como veremos más adelante, nosotros discrepamos.

En esa definición además de conferirle carácter real, introduce la facultad de poder realizar la venta que se le reconoce al acreedor como fundamento de la garantía (facultad que no viene expresamente recogida en el art. 1.881, pero que muchos autores entienden que se deduce de lo establecido en el art. 1.884) e igualmente recoge la preferencia para el cobro sobre el producto de la venta de ese bien¹¹⁹.

Así en la definición ofrecida por ALBALADEJO, no sólo se hace hincapié en la facultad de disfrute y en el carácter de ser propiamente un derecho real de garantía lo que refleja en la facultad de realización de valor, sino que también incluye la subsiguiente preferencia al cobro del importe adeudado sobre el producto obtenido con ocasión de la realización de valor.

¹¹⁷ALABADALEJO GARCÍA, MANUEL. *Manual de Derecho Civil*. Volumen III-2. 2ª Edición. Editorial Bosch. Barcelona. 1.976. Pág., 266.

Y en el mismo sentido SANTOS BRIZ, JAIME. (Dir.). *Tratado De Derecho Civil*. Editorial Bosch S.A. Barcelona. 2003. Tomo II. pág., 466.

¹¹⁸Véase CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Editorial Reus. Madrid.1978. Tomo Segundo, Volumen Segundo. Págs., 519, quien define la anticresis como: “un derecho real constituido en garantía de una obligación y que autoriza a su titular para percibir los frutos de un bien inmueble del deudor con el fin determinado de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren y después, o cuando no fueren debidos, a la satisfacción del capital de su crédito.

También ESPÍN CÁNOVAS, DIEGO, *Manual de Derecho civil español*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1975. 4ª Edición., Vol.II. Pág., 507, la define como “garantía real caracterizada porque, además de otorgar el *ius distrahendi* para el caso de incumplimiento de la obligación asegurada otoga el disfrute de la cosa para la aplicación de los frutos que produzca en pago de los intereses si se debieren, y después de la obligación principal”.

¹¹⁹Por todos, CASTÁN TOBEÑAS, J. ob., cit., pág., 525. PUIG BRUTAU, JOSÉ. *Fundamentos de Derecho Civil*. Volumen III-3º. Bosch. Casa Editorial. Barcelona.1974. pág., 51.

Como iremos analizando a lo largo del presente trabajo nosotros discrepamos esencialmente de esta concepción, ni pensamos que el *ius distrahendi* sea propio de la anticresis, ni que deba reconocérsele preferencia alguna sobre el importe de la venta. Nos sorprende además esta concepción cuando difiere sustancialmente, como ya hemos visto en el capítulo anterior, del concepto que de la anticresis se tiene en la gran mayoría de los códigos extranjeros.

Debe resaltarse también que tanto en la definición legal ofrecida por el CCCat como en el concepto que elabora ALBALADEJO, se prescinde de toda referencia al deudor, falta de referencia que las distingue de la definición del CCE que expresamente hace constar “*derecho que adquiere el acreedor (...) de su deudor*”. Aunque con seguridad deba darse por sobreentendido que tanto en el CCCat como para el propio ALBALADEJO ese derecho tan solo puede ser adquirido procediendo del deudor (o del tercero constituyente, en garantía de deuda ajena), esa visión *unilateral* del derecho prescinde del matiz que le confiere la condición de que, tanto por su propio origen como por su función, este derecho se configura en un contrato en méritos del cual se desgaja el *ius fruendi*; pero una cosa es esa facultad desgajada de la propiedad y otra bien distinta el propio contrato de anticresis en cuyo seno nos encontramos derechos y obligaciones recíprocas entre acreedor y deudor. Estimamos nosotros que no tener presente a ambos sujetos en la concepción del derecho conduce a que pueda perderse el carácter conmutativo del contrato y con ello que se olvide que este contrato cumple con una función compensatoria o de pago, y en su consecuencia prevalezca la voluntad de quererlo dotar de una facultad de realización de valor que no le es propia pero que puede aparecer como instrumentalmente necesaria si se contempla el *ius fruendi* de manera aislada y sin reconocerle su propia función causal que encuentra tan solo en lo que es propiamente el contrato de anticresis.

Nosotros estimamos que en la definición que el CCE hace de la anticresis, se centra el concepto en torno a la cesión del derecho a percibir los frutos que concede el titular de un inmueble a su acreedor, para con su producto hacer frente al pago de los intereses de la deuda y, en su caso, del capital. Esa transmisión del *ius fruendi* para hacer frente al pago, debiera situar el derecho anticrético más entre los medios de pago que entre los derechos de garantía,

aunque son muchos los autores que prefieren destacar su hipotética facultad de realización de valor o su innegable derecho de retención, del que la anticresis se encuentra dotada, para afirmar su carácter de derecho de garantía.

Frente a esa tendencia nos parece obligado referirnos de nuevo al concepto de “pura o verdadera anticresis” que los estudios de BADOSA Y HERNÁNDEZ-MORENO, han hecho aflorar de forma más reciente¹²⁰, destacando que la anticresis consistía en el contrato en el que se convenía que mutuante y mutuuario lo eran de forma recíproca. Sin embargo es evidente que, tanto por la ubicación de la anticresis entre los derechos de garantía en ambos códigos (catalán y español), como por el contenido del que se ha dotado a este contrato (de forma específica en el caso de la anticresis catalana), nos encontramos en la actualidad estudiando una proyección del derecho de anticresis como derecho de garantía y no un derecho de anticresis como contramutuo, como derecho a gozar de una finca ajena en compensación por los intereses o el propio capital recibido en mutuo. Se destaca pues la búsqueda de la garantía sobre la finalidad de la compensación, y en este punto, y sin perjuicio de lo que más adelante podamos llegar a examinar, debe señalarse las claras diferencias que presenta la definición legal de anticresis ofrecida por el CCE de la definición que para el mismo derecho ofrece el CCCat.

A la vista de las dos definiciones legales que del derecho de anticresis se nos ofrecen tanto el CCE como el CCCat, las diferencias más notables –por su simple lectura– consistirían: en la calificación que de dicho derecho se hace en el código catalán de ser la anticresis un derecho real de garantía, concepción que no se recoge expresamente en el CCE, si bien son absolutamente mayoritarios los autores que califican la anticresis como tal; en el requisito del traslado de la posesión; y en la facultad de realización de valor (expresamente establecida en el CCCat, y atribuida por doctrina y jurisprudencia en el CCE).

Ambas anticresis, la catalana y la española, han sido ubicadas, desde un punto de vista sistemático, de manera idéntica en sus respectivos códigos. Pero siendo para ambos códigos un derecho de garantía, en su definición hay una diferencia

¹²⁰ Véase notas 9 y 10.

sustancial como lo es la calificación de derecho real para la anticresis del CCCat, y el silencio en dicha calificación para la del CCE español. Determinar si esta anticresis es también en el CCE un derecho real o no, corresponde al examen de su naturaleza jurídica que es tarea a la que nos enfrentamos unas líneas más abajo, nos limitamos aquí a señalar que en la propia definición legal de derecho en un código se incorpora este carácter y en el otro no.

Y lo mismo sucede con la posesión y el *ius distrahendi*, que son dos características del derecho que en el CCCat forman parte de su propia definición legal, mientras que de ellas se guarda silencio en el CCE.

En el derecho catalán, la anticresis merece desde un inicio el mismo trato que los otros derechos de garantía: El Libro Quinto del Codi Civil de Catalunya, Derechos reales, en su Título VI <Derechos reales Limitados>, Capítulo IX <Derechos reales de Garantía>, Sección Primera, arts., 569-1 y 569-2¹²¹, establece determinadas disposiciones generales, entre las cuales y como primera de ellas, deja regulado que para asegurar el cumplimiento de una obligación principal pueden concebirse determinadas garantías reales, entre las que contempla el derecho de retención, la prenda, la anticresis y la hipoteca. Todas ellas reciben la misma consideración y el mismo trato, todas en el mismo capítulo, sin perjuicio de su regulación específica, y las tres primeras: retención, prenda y anticresis, en la misma sección segunda bajo la denominación de “garantías posesorias”. La hipoteca se relega a una sección propia. El elemento diferencial que provoca que las tres primeras se agrupen en una misma sección y no así la hipoteca, sería pues que a las tres primeras garantías se les reconoce un derecho de retención, conformado a partir de la posesión material del bien, a diferencia de lo que sucede con la hipoteca en donde tal posesión no se da.

El art. 569-24 del CCCat exige como requisito esencial para la constitución del derecho de anticresis la transmisión de la posesión de la finca al acreedor o a una tercera persona, y en la definición del concepto de anticresis, el art. 569-23 lo refiere como aquel derecho que se puede constituir sobre un inmueble

¹²¹La regulación en el Libro V del CCCat. encuentra su precedente en la ley de los Derechos reales de Garantía. Llei 19/2002.

fructífero en garantía del pago de cualquier obligación y en cuyos méritos el acreedor queda facultado para poseerlo y percibir los frutos, que deberán ser aplicados al pago de los intereses de la deuda y en su caso del capital; además, en los supuestos de incumplimiento la garantía confiere la facultad de realización de valor.

Por el contrario y refiriéndonos a la anticresis del CCE, puede sostenerse que dada la ubicación de la anticresis en capítulo distinto del de la prenda y al no someterse ambas figuras a la misma definición, para algún autor no es requisito de la anticresis el traspaso de la posesión al acreedor¹²².

Nos parece sin embargo que si bien es cierto que el art. 1.881 CCE no exige de forma expresa la transmisión de la posesión para la efectiva constitución de la anticresis, también lo es que por otro lado tanto el art. 1.883, al referirse a que el deudor no podrá readquirir el goce del inmueble, como el 1.882, que obliga al acreedor a atender las contribuciones y cargas que pesen sobre la finca y a hacer los gastos necesarios para su conservación y reparación, lo que están haciendo es dejar establecida la premisa de que la anticresis lleva consigo traslación de la posesión.

Y eso, de ordinario, será así; ahora bien, ¿cabrá –por no negarlo ni prohibirlo el CCE- constituir anticresis sin traslación de la posesión?, desde luego esa cuestión no es ni planteable en el CCCat que al amparo de lo previsto en su art. 569-24., establece esa transmisión posesoria como requisito de constitución.

Ante la falta de pronunciamiento en el CCE, aparentemente resultaría posible la existencia de una anticresis con posesión del bien inmueble por el acreedor anticrético y de otra anticresis que no conllevara aparejada tal posesión. Habrá

¹²²SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. “El Derecho de Preferencia en la Anticresis”. RDP. 1943, págs., 223 y ss., en particular pág., 225: “esta corrección de método implica una doble consecuencia: a) que deja de ser en nuestro derecho un requisito esencial de la anticresis el traspaso de la posesión al acreedor, punto este confirmado por la Resolución de la Dirección de los Registros del 15 de Marzo de 1.909.

Y en este mismo sentido GUILARTE ZAPATERO, V. loc. cit., pág., 637.

que determinar si en ese caso debiéramos hablar de dos derechos de anticresis distintos o de un mismo derecho que, ocasionalmente, puede darse sin posesión del bien inmueble por el acreedor; y que, habitualmente, se daría mediando esa posesión(o por un tercero, o incluso por el propio deudor mediando una inversión del concepto posesorio).

Visto desde su aparente función económica, como medio *de pago o para el pago*, desde luego resulta más comprensible que la anticresis deba constituirse con entrega de la posesión que sin ella¹²³.

Lo cierto es que los autores no han prestado ninguna atención ni concedido relevancia a la circunstancia de que el contrato de anticresis se pactase o no con traslación de la posesión, y sin embargo –en opinión de quien suscribe– es este un elemento de suficiente relevancia como para ayudar a determinar la propia naturaleza jurídica del derecho de anticresis, cuyo examen resulta necesario para poder acabar definiendo su concepto.

De esta forma, desde las definiciones recogidas en ambos códigos, la primera gran diferencia que debiéramos resaltar entre la anticresis del derecho civil español y la anticresis del derecho civil catalán, es el carácter esencial de la traslación de la posesión. Mientras que para el CCCat el traslado de la posesión, bien al acreedor bien a un tercero designado de común acuerdo, es un elemento esencial en su constitución, para el CCE esa posesión puede darse o no¹²⁴.

¹²³Al respecto véanse dos comentarios de HERNÁNDEZ-MORENO, A. loc. cit., pág., 1.931 y 1.932, en donde señala: “Porque si nos atenemos a la primera de las normas citadas, la finalidad principal del contrato de anticresis consiste en servir de medio de extinción de una obligación a través de la creación de un derecho real de fruición sobre un inmueble” y anteriormente: “Lo cierto es que la Ley no exige para que exista el derecho real de anticresis la entrada en la posesión de la finca por parte del acreedor, por lo que, a mi juicio, es perfectamente compatible la existencia de un tal derecho de fruición con la posesión de la finca “dada” en anticresis por parte del deudor o a un tercero... En suma, el derecho de anticresis es insoluble de la dirección económica de la finca, más no de la efectiva posesión de esta misma.”

¹²⁴ Como hemos señalado más arriba, véase GUILARTE ZAPATERO, V loc. cit., pág., 637; y SANZ FERNÁNDEZ, A. loc. cit., pág., 225.

Y en cuanto al *ius distrahendi* el CCCat lo ha incorporado también de forma expresa a su definición legal. Como hemos visto más arriba es esta una facultad que no suele acompañar a este derecho aunque sí es cierto que algún código iberoamericano también la reconoce (como ya hemos señalados son los menos: Bolivia, Argentina y Brasil) y que en el *code napoleon* y en el CCE es una facultad que queda establecida de forma ambigua por lo que ha generado discusión doctrinal sobre su existencia o no¹²⁵. La incorporación de esta facultad a la propia definición legal lo cierto es que llega a alterar el propio concepto del derecho, cuya finalidad esencial no es quedar configurado como un derecho de realización de valor, sino la transmisión del *ius fruendi*. No creemos por ello que esa facultad deba formar parte del concepto. Quizás mediante su inclusión se ha querido buscar reforzar el carácter de derecho de garantía, pero como señalaremos a continuación quizás ni todas las garantías reales tiene que terminar siendo derechos de realización de valor, ni la anticresis es *per se* un derecho de garantía.

Estos tres elementos que hemos destacado de entre el concepto de anticresis: derecho real; traslado de la posesión; y realización de valor, son los que a continuación examinaremos para definir la naturaleza jurídica de este derecho.

3.2.- NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE ANTICRESIS.

El examen de la naturaleza jurídica de la anticresis nos lleva forzosamente a estudiar tanto si se trata de un derecho real¹²⁶ como si lo es de garantía; ambos códigos, español y catalán, sitúan a la anticresis entre los derechos de garantía, pero estimamos que en modo alguno esto sea algo que no admita discusión.

¹²⁵ Véase *infra* epígrafe 4.4.1.1.1

¹²⁶ Entendiendo por derecho real el concepto usado por ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL. *Manual de Derecho Civil*. Tomo III. Vol. Primero. Librería Bosch. Barcelona 1976, Segunda Edición. Pág., 11: "...es un poder directo e inmediato sobre una cosa, que concede a su titular un señorío, bien pleno (propiedad), o bien parcial (derecho real en cosa ajena) sobre aquella, de forma que en el ámbito de poder concedido (que varía según el derecho real de que se trate) tiene la cosa sometida a su dominación.

En Cataluña el carácter real de la anticresis viene expresamente reconocido por la ley, pero no queda así establecido en el caso de la anticresis española en donde, como veremos a continuación, los autores tienden a reconocerle ese carácter sin ser ésta una posición unánime.

3.2.1. Naturaleza real de la anticresis en el ámbito del derecho civil de Cataluña.

La naturaleza real del derecho de anticresis en el ámbito del derecho civil de Cataluña aparentemente no admite discusión de ningún tipo¹²⁷. El Libro V, Título VI del CCCat recoge su regulación en el Capítulo IX, bajo el título “Los Derechos reales de garantía”, y el art. 569-1 expresamente le otorga tal naturaleza. Su regulación proviene de la anterior ley de Derechos reales de Garantía, ley 19/2002, de 5 de junio, de la Generalitat de Catalunya¹²⁸, donde también se le otorgaba esa misma naturaleza y en cuyo preámbulo se anunciaba:

“Esta ley amplía el derecho real de retención a los inmuebles. Se trata de considerar el derecho real de retención sobre inmuebles como un derecho real y darle los mismos efectos actualmente establecidos para el derecho

¹²⁷ ANDERSON, MIRIAM. “L’anticresi: algunes qüestions de naturalesa i de règim jurídic.” LN, 11/12 noviembre/diciembre 2003.pág., 136, examinando la naturaleza jurídica de la anticresis en la Ley catalana 19/2002, de 5 de julio de Derechos reales de garantía: “En última instancia, y con independencia de cual fuera el origen de la figura, la decisión respecto de un determinado derecho únicamente recae sobre el legislador y no parece que haya ningún tipo de duda de que el legislador catalán ha querido configurar la anticresis como un derecho real de garantía. Así se desprende, expresamente, del Preámbulo y de los arts., 1.c, 2, por los efectos que atribuye a los tres derechos mencionados en el artículo anterior (la retención, el pacto anticrético implícito, la realización de valor y la accesoriedad respecto al crédito) y de los tres preceptos dedicados en el Capítulo IV al derecho que nos ocupa y que contiene sendas remisiones a la regulación de la prenda (con respecto a las obligaciones susceptibles de ser garantizadas con prenda, la pluralidad de prendas y la indivisibilidad y la retención hasta el completo pago del crédito) y de la retención inmobiliaria (en lo relativo a la realización de valor)”.

¹²⁸La regulación del derecho de anticresis en el ámbito del derecho catalán aparece por primera vez al amparo de esta ley, por lo que en lo relativo cualquier derecho de anticresis constituido con anterioridad, se estará a lo dispuesto en el CCE, en méritos de la irretroactividad de esa norma establecida expresamente en la disposición transitoria de la Ley 19/2002 y en la vigésima del libro V del CCCat.

de retención sobre bienes muebles. Ello supone, de acuerdo con la legislación hipotecaria, la constancia registral de este derecho. La regulación del derecho de retención sobre inmuebles hace que deba preverse una regulación del derecho real de anticresis, teniendo en cuenta que la única diferencia entre el derecho de retención de inmuebles y la anticresis radica en que el derecho de retención es de constitución unilateral, impuesto por la persona retenedora, mientras que la anticresis es de constitución bilateral, a partir de un acuerdo de voluntades”¹²⁹.

El contenido de ese propio texto legal, en lógica consecuencia con ese preámbulo, otorgaba naturaleza real a la anticresis a partir de su propio art. 1º¹³⁰.

En cualquier caso, sin perjuicio de la declaración legal de la naturaleza real del derecho de anticresis, de la regulación que de ella se hace en el CCCat no cabría deducir otra solución, puesto que expresamente se han establecido todas las condiciones necesarias para su calificación como tal. Así, se prevé que sólo puede ser constituida por aquel que tenga la libre disposición del inmueble, y forzosamente debe llevar aparejada transmisión de la posesión, deberá además constar en escritura pública y otorga a su titular la adquisición de los frutos y la facultad de realización de valor, y ese propio proceso de ejecución de la garantía, regulado por remisión del art. 569-26 al 569-8, en el que se autoriza la venta del inmueble bien por enajenación directa o bien por subasta pública notarial, sólo resulta admisible si nos encontramos ante un derecho real. De forma que el carácter real del derecho de anticresis regulado en el CCCat no sólo proviene de que expresamente es declarado como tal, sino que toda su regulación ha sido configurada por el legislador en atención a esa naturaleza. Sin embargo, a pesar

¹²⁹En cuanto al carácter bilateral de la anticresis determinado por este preámbulo de la LDRG puntualiza BADOSA COLL, FERRAN, en “Las garantías reales en el CCCAT”, en *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*. Dir. Elena Lauroba Lacasa. Coordinación. Jaume Tarabal Bosch. Editorial Marcial Pons. Madrid 2012. Pág., 161, que: “La afirmación es falsa puesto que la constitución de la anticresis también es unilateral aunque por acto del titular del poder de disposición sobre la finca (...). La diferencia en la constitución de ambos derechos consiste en que la del derecho de retención corresponde al acreedor al que la ley atribuye la “decisión de retener” y la de la anticresis al propietario”.

¹³⁰art. 1. “Los derechos reales de garantía que pueden constituirse para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, regulados por la presente ley son: a) El Derecho de retención b) La prenda c) la anticresis”.

de ese “dibujo” perfecto de la anticresis como derecho real, el art. 569-24.2 de ese libro V dispone:

“El derecho de anticresis debe constituirse *necesariamente* en escritura pública y *sólo puede oponerse a terceras personas* a partir del momento en que se inscribe en el Registro de la propiedad”

Nos resulta extraño ese requisito de la inscripción en el Registro de la propiedad, cuya bondad es reconocida cuando se trata de derechos reales que pueden carecer de manifestación externa o que pudieran permanecer ocultos, pero cuando se trata de un derecho del cual, como requisito de constitución, se exige que haya escritura pública y tradición posesoria parece, que la inscripción en el Registro debiera quedar sometida al régimen general de publicidad y no debiera precisar ser recogido expresamente en el texto del artículo, resultando ese aparente requisito un tanto inútil. En cualquier caso, según el texto de ese artículo del CCCat, para que la anticresis, constituida mediante escritura pública, sea oponible frente a terceros, y adquiriera por tanto su condición real “*erga omnes*” debe estar inscrita en el Registro de la propiedad¹³¹.

ANDERSON, al tiempo de examinar la anticresis regulada en la Ley 19/2002 sobre los derechos reales de garantía, previa al actual libro V, se planteaba el carácter real de este contrato, cuestionándose ya si la transmisión de la posesión del inmueble era requisito necesario del contrato o no. Y concluyendo que no debiera serle atribuido dicho carácter por cuanto del art. 21 del texto legal entonces comentado, no se desprendía inequívocamente ese carácter. Señala en ese análisis que la entrega de la posesión como requisito se mezcla con otros temas que pueden calificarse de capacidad y otros de forma, por cuyo motivo debe entenderse que la exigencia del “poder de disposición” y de la “transmisión de la posesión” a “la anticresis, constituida por cualquier título” provoca que no resulte claro si se está refiriendo a un derecho de anticresis ya existente porque ha nacido al configurarlo o a los requisitos necesarios para su

¹³¹ Ese trato diferenciado para la “constitución” del derecho y su “oponibilidad *erga omnes*” una vez inscrito, se reproduce en distintas ocasiones en el CCCat, así también lo podemos encontrar en la regulación de v.gr. el derecho de superficie (564-3); el derecho de vuelo (567-2.3), etc., aunque no por su reiteración deja de resultar paradójico.

nacimiento, en cuyo caso estima, al ser dudoso, es preferible entender que ese requisito no lo es de constitución.

Sin embargo nosotros discrepamos de esa interpretación, porque siendo cierto que la expresión utilizada en el art. 21 de la LDRG establece que “La anticresis constituida por cualquier título requiere:...”, admite ser interpretada tanto en el sentido de exigirse que cualquiera que sea el título utilizado siempre requiere transmisión de la posesión, pero también permite (tal y como hace ANDERSON) interpretarlo en el sentido de que una vez constituida la anticresis como requisito ya de eficacia y no de constitución, deberá entregarse la posesión del inmueble, siendo cierta esa consideración, no lo es que en ese propio artículo y en ese mismo epígrafe se exige también “poder de disposición” del constituyente, y si se trata de la constitución de un derecho real esa capacidad de disposición nos parece que es requisito esencial del título constitutivo, en otro caso estaríamos ante una promesa de anticresis. Y si concluimos que el requisito de capacidad es requisito constitutivo, entonces también nos parece que el otro requisito exigido en el mismo epígrafe del precepto (la transmisión de la posesión) debe merecer el mismo trato, pues se hace difícil entender que simultáneamente podamos reconocer carácter diferente a requisitos exigidos de forma conjunta.

En contra de ello, también podemos referirnos al epígrafe 2 de este propio art. 21 LDRG, que establecía: “El derecho de anticresis debe hacerse por escrito y debe ser formalizado en documento público para realizar su inscripción registral” Del texto transcrito se deduce dos extremos que forzosamente deben tener que decir cosas diferentes: “*debe hacerse por escrito*” y “*debe ser formalizado en documento público*”. A nuestro entender el derecho de anticresis, con arreglo a ese criterio, exigía como requisito de constitución forma escrita, y además para poder ser inscrito, se exigía el documento público. ¿Qué significado puede tener sino ese *debe hacerse por escrito*? Y si admitimos eso, entonces la entrega de la posesión no será constitutiva, puesto que el derecho existirá siempre que se haya hecho por escrito.

En la actualidad derogada la LDRG y sustituida por el CCCat, éste en su art. 569-24 exige, como requisitos generales para la constitución de la anticresis, la transmisión de la posesión de la finca al acreedor (o a una tercera persona) y

necesariamente también debe constituirse mediante escritura pública¹³². Visto así tendríamos que el contrato de anticresis tendría carácter formal y real¹³³, por cuanto exige para su perfección una forma especial: el documento público y la entrega efectiva de la posesión. Pero cumplidos estos dos requisitos y sin llegar a ser inscrito el derecho creado en el Registro de la propiedad, no siendo oponible *erga omnes*, ¿se tratará tan solo de un derecho personal entre las partes contratantes?. El propio art. 569-24 regulador de la “constitución” del derecho, en su epígrafe 2, establece una doble exigencia que es que para ser constituido el derecho de anticresis debe serlo mediante escritura pública¹³⁴, y luego para ser oponible a terceros, deberá ser inscrito en el Registro de la Propiedad. ¿Qué ocurre si se constituye mediante escritura pública y no se inscribe? El efecto previsto es que no resulta oponible a terceros y si a eso le diéramos trascendencia absoluta entonces deberíamos negar que la anticresis pudiera ser un derecho real salvo que resulte inscrita. La inscripción sería entonces constitutiva. Como más abajo justificaremos, entendemos que la falta de inscripción en unos casos sólo afectará a la facultad de realización de valor y preferencia al cobro, pero no a la propia existencia del derecho de anticresis; mientras que en otros supuestos producirá la inoponibilidad a terceros inscritos por aplicación del art. 32 de la LH.

En cualquier caso entender la inscripción como requisito constitutivo, no es algo extraño, también algún autor lo predica de la anticresis española estimando que la anticresis convenida sólo alcanzará la naturaleza de derecho real en el momento en que resulte inscrita, al igual que ocurre con la hipoteca¹³⁵.

¹³² Critica esa exigencia, DEL POZO CARRASCOSA, PEDRO en “La Nova regulació del Dret de Retenció, la Penyora y l’Anticresi”. *La Codificació dels drets reals de Catalunya. Materials de les Catorzenes Jornades de Dret Català a Tossa*. Universitat de Girona. 2006. pág., 265 “ La exigencia de la escritura pública es una decisión del legislador que, todo y ser técnicamente correcta, no comparto...”.

¹³³ ANDERSON, M., loc. cit., pág.,138.

¹³⁴ Aquí ha habido una pequeña modificación puesto que la anterior ley exigía *documento público* y ahora *escritura pública*, que no es exactamente lo mismo.

¹³⁵ PUIG BRUTAU, J. ob., cit., pág., 120. “Por tanto la inscripción es indispensable para ejercitar el derecho frente a terceros, por lo que dicha inscripción es propiamente constitutiva y forma parte integrante del negocio jurídico creador de este derecho real

En esta misma línea y de la misma forma en que refiriéndonos a la hipoteca¹³⁶, la escritura pública es forma sustancial del acto constitutivo de manera que el consentimiento contractual necesariamente debe ser formal. Pero la inscripción en el Registro se erige en pieza constitutiva del derecho real de hipoteca, aunque sin esa inscripción no cabe entender constituida la hipoteca “*inter partes*” pero carente de eficacia *erga omnes*, sino que lo que ocurre es que no nace el derecho tampoco entre quienes han sido parte en el contrato formal¹³⁷.

Sin embargo no nos parece que ese argumento sea trasladable a la anticresis del derecho civil catalán, pues del texto del art. 569-24.2 se desprende que lo único que ocurre, si la anticresis no ha sido inscrita en el registro de la propiedad, es que sería válida *inter partes* pero no *erga omnes*¹³⁸. La falta de inscripción pensamos que no afecta a la validez del negocio, sino que estaríamos ante el supuesto general de los derechos reales inmobiliarios, de manera que su no inscripción puede afectar a su configuración como derecho de eficacia real absoluta, frente a una eficacia *relativa* que pudiera predicarse de los derechos reales inmobiliarios no inscritos. Es decir el derecho real inmobiliario no inscrito es un derecho real que produce plena eficacia entre las partes que lo transmitieron o crearon y también frente a terceros no inscritos, pero no tiene plena y absoluta eficacia *erga omnes* puesto que no pudiera ser opuesto a los terceros adquirentes a los que se refiere el art. 32 de la LH.

cuya razón de ser precisamente es la posibilidad de ejercitarlo frente a cualquier adquirente de la finca hipotecada...”

¹³⁶LACRUZ BERDEJO, JOSÉ L. *Elementos de Derecho Civil*. 2ª Edición. Editorial Dykinson. Madrid. 2004. Tomo III. Volumen Segundo. pág., 262.

¹³⁷ Aunque también aclara más adelante que “negar eficacia de hipoteca a aquella en que falte la inscripción no quiere decir, pues, que el título carezca de una eficacia distinta. El contrato creador del derecho real, aun cuando no consumado es, como ya he dicho, perfecto en cuanto contrato”

¹³⁸ En este sentido GUILARTE ZAPATERO, V. loc. cit. pág., 584: “Este valor constitutivo de la inscripción en la hipoteca ha sido reiteradamente reconocido por la jurisprudencia y debe entenderse en el sentido de que si falta no es que se produzca la suspensión de la eficacia del derecho o que limite sus efectos a quienes fueron parte en el contrato, sino que aquel, como derecho real de garantía, no ha nacido”

Cuando el art. 569.24.2 CCCat establece que el derecho de anticresis solamente será oponible frente a terceros cuando conste inscrito en el Registro de la Propiedad, está tan solo limitando la plena eficacia del derecho. Y cuando se refiere a *terceros*, creemos que debe entenderse al tercero inscrito, a aquel que siendo enteramente ajeno a la relación jurídica anticrética inscribió su título de adquisición, debiéndose entender que cuando la existencia de ese derecho real se opone ante un titular no inscrito éste tampoco gozará de la protección del art. 32 de la LH, puesto que su propio título no constando inscrito tampoco será oponible a terceros¹³⁹.

De todo ello, entendemos, cabe deducir lo siguiente en relación con el derecho de anticresis constituido al amparo del Libro V del Codi Civil de Catalunya.

1.- Si las partes convienen el establecimiento del derecho de anticresis mediante contrato celebrado sin escritura pública, no estaríamos ante un derecho anticrético sino en todo caso ante un compromiso que pudiéramos equiparar a la promesa de anticresis¹⁴⁰. La falta de la forma exigida como requisito “necesario” para la constitución de la anticresis, nos impide poder reconocer que tal derecho haya podido quedar constituido.

2.- Si la anticresis ha sido constituida mediante escritura pública, pero ésta no ha sido debidamente inscrita en el registro de la propiedad, entonces nos encontramos ante un derecho real que producirá efectos entre las partes intervinientes y frente a los terceros decaerá ante aquellos que tengan un mejor derecho inscrito.

¹³⁹GARCÍA GARCÍA, MANUEL. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Editorial Revista de Derecho Privado (EDERSA). Madrid. 1.999. Tomo VII, Vol.4º págs., 301 y ss.

¹⁴⁰ ANDERSON, M. loc. cit., pág., 139 “La exigencia de forma escrita parece un requisito de constitución y, por tanto, el contrato de anticresis debiera ser considerado como un negocio sujeto a forma solemne, de forma que su celebración verbal supondría una mera promesa de anticresis, pero en ningún caso conllevaría la constitución de un derecho real.

No nos parece que esa situación pueda afectar, en cualquier caso, al régimen de los frutos: el acreedor, que en la anticresis del derecho catalán siempre es poseedor (salvo que lo sea un tercero), adquirirá los frutos como poseedor y con título suficiente para ello, título que decaería únicamente ante los terceros adquirentes de buena fe, inscritos.

3.- Cuando la anticresis sujeta al CCCat haya sido efectivamente constituida mediante escritura pública e inscrita en el Registro de la propiedad, entonces adquiere, además de su naturaleza real, una más completa función de garantía¹⁴¹ porque entendemos que sólo a partir de ese momento esa anticresis conlleva el derecho de realización de valor, cuyos efectos señalaremos más adelante.

Sin inscripción la realización de valor deberá sujetarse a los procedimientos ordinarios de ejecución sin que le resulte aplicable el procedimiento al que remite el art. 569-26 del CCCat.

3.2.2.- La controvertida naturaleza real de la anticresis en el derecho español

En el ámbito del derecho civil español, y aunque no sean abundantes, hay autores que expresamente admiten como una dualidad viable la posibilidad de que tanto pueda constituirse el derecho de anticresis con carácter estrictamente obligacional entre las partes, como también otra de carácter real¹⁴² (extremo éste que en el ámbito del derecho civil catalán es concluyente, de manera que resultaría impropio denominar anticresis a aquel contrato cuasi anticrético al que nos hemos referido anteriormente).

¹⁴¹ Desde el momento de su inscripción en el Registro de la Propiedad, adquirirá la función de garantía que justifica su ubicación entre los otros derechos de garantía, pero, como decimos, más adelante se destacará la diferencia entre función de garantía y *ius fruendi*.

¹⁴² Así GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO. *Comentarios del Código Civil*. 2ª Edición. Director: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. Editorial Bosch, S.A. Barcelona 2006. Tomo 9, pág., 196.

Al examinar esta cuestión no puede evitarse tener que estudiar, simultáneamente, su calificación como derecho de garantía, puesto que su reconocimiento como derecho real puede venir en gran medida predeterminado por aquello que simultáneamente se reconozca en su función de garantía¹⁴³. Así por ejemplo, si se admite que el acreedor anticrético dispone de *ius distrahendi* como facultad propia de la función de garantía, no podrá negarse en ese caso a la anticresis su naturaleza real. Pero si le negamos esa facultad de realización de valor, tampoco eso será argumento para no reconocerle su naturaleza jurídico real; otra cuestión es en qué categoría de los derechos reales situamos esa figura.

Queriendo resaltar su capacidad de aseguramiento, aun careciendo de *ius distrahendi*, y como punto de partida resulta evidente que no se encuentra en la misma posición jurídica aquel acreedor que ha recibido de su deudor un bien inmueble para que pueda cobrarse con sus frutos, intereses y en su caso capital, que aquel otro que no ha recibido nada de ese deudor. Si únicamente comparamos esas dos situaciones, es concluyente que cualquier acreedor preferiría escoger la primera posición frente a la segunda, luego no puede negarse que esa situación otorga al acreedor beneficiado por la anticresis una “mayor seguridad” en el cobro frente al acreedor que carece de esa posesión. Puede objetarse que eso no es un derecho de garantía sino una medida tendente a asegurar y encauzar el cobro, también podrá defenderse que limitar los efectos de la anticresis a la percepción de frutos no sería –en principio– negarle una función económica propia, y a partir de ahí podrá discutirse si debe ser situada más próxima a los medios de pago o a los derechos de garantía típicos: se entrega un bien, mejor los futuros frutos de ese bien, para satisfacer una deuda. El derecho que adquiere el acreedor es el derecho a percibir los frutos para el pago de su crédito, primero intereses y luego capital y en eso se aproxima a los medios de pago. Pero desde luego tampoco puede olvidarse la presencia *ab initio* del derecho de retención que acompaña siempre a la anticresis y la retención deberemos situarla sin duda entre las garantías.

¹⁴³HERNÁNDEZ MORENO, A. loc., cit., pág., 1928: “ (...) En la definición que da el art. 1.881 aparece como un puro convenio para la extinción de la deuda entre acreedor y deudor (...) que tendrá naturaleza real si su constitución va acompañada de la posesión del inmueble por el acreedor anticrético

El derecho de retención, que siempre tiene origen legal, puede aparecer en algunas circunstancias previstas por el código, como garantía del cumplimiento de una obligación desatendida cuya naturaleza era estrictamente personal. Y es cierto que el derecho de retención aparece en general como resultado de un incumplimiento, pero en el derecho de anticresis esta situación es algo diferente pues junto con un derecho de retención, digamos que de carácter tradicional puesto que desplegaría sus efectos ante el incumplimiento del deudor (art. 1.886 CCE), existe otro derecho de retención que surge desde el mismo instante de la constitución de la garantía anticrética, esto es aún no habiendo incumplimiento, y que forma parte del propio contenido esencial de esa garantía: sería el derecho de retención del art. 1.883.2 CCE. Que aparezca esa retención desde el origen, y todavía sin incumplimiento, sólo es posible si estamos ante un verdadero derecho real.

Pensamos que quizás calificar el derecho de anticresis como derecho de goce instrumentado para el pago o como derecho de garantía, dependerá de dónde pongamos el foco de nuestra luz, pero deberá determinarse primero si estamos ante un derecho real o personal.

3.2.2.1.- Posiciones que niegan su carácter real y afirman su naturaleza obligacional:

Los argumentos utilizados para la defensa de su carácter personal vienen recogidos de forma bastante homogénea por la doctrina y cabría resumirlos de la siguiente forma¹⁴⁴ :

¹⁴⁴ROCA SASTRE, RAMÓN. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Editorial Bosch Casa Editorial. Barcelona.1941. Tomo I. Pág., 373. GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, JUAN. “Acerca de la Naturaleza Jurídica del Derecho de Anticresis”. RCDI. Año XXI. Julio-Agosto 1945. nº 206-207. págs., 457-478. SANZ, ÁNGEL. loc. cit. pág., 224.

- 1) La anticresis recae únicamente sobre los frutos del inmueble; éste no queda afecto al crédito; el derecho de anticresis se limita a la percepción para aplicarlos a los intereses y en su caso al capital.
- 2) El código no califica a la anticresis de derecho real.
- 3) El anticresista no tiene derecho de preferencia pues el art. 1.884 del código civil le concede únicamente la facultad de pedir la venta del inmueble, pero no la de cobrarse con preferencia a los demás acreedores y los arts., 1.921 y ss., del CCE no contemplan esa preferencia.
- 4) La anticresis no otorga al acreedor la facultad de perseguir la cosa; siendo la acción de persecución una nota inherente y esencial a todo derecho real, por ello no puede afirmarse que la anticresis lo sea.

Antes de proceder al comentario particular de cada uno de esos extremos, queremos resaltar que entre sus argumentos se entremezclan tanto los que tienden a defender el carácter estrictamente obligacional de la anticresis junto con los que tienden a negar su naturaleza de derecho real de garantía. Obviamente la naturaleza jurídica del derecho, real o personal, y calificación como derecho de garantía, de goce, o cualquiera otra que pueda estimarse, son cuestiones diferentes, pero como ya hemos señalado no siempre es posible tratarlas de forma enteramente separada.

GULLÓN es quizás uno de los autores que en la actualidad pone más en duda el carácter real del derecho de anticresis así como su función de garantía¹⁴⁵, resultando ser también quien mejor acredita la evolución que en la doctrina española ha ido teniendo la consideración de si la anticresis conlleva realización de valor puesto que si en un principio eso resultaba prácticamente indiscutido, hoy en día son muchos los autores que lo dudan o lo niegan y alguno de ellos, como el señalado, ha ido cambiando de criterio¹⁴⁶.

¹⁴⁵GULLÓN BALLESTEROS, A. loc., cit., pág., 196.

¹⁴⁶En el manual, *Sistemas de Derecho Civil*, publicado conjuntamente por DÍEZ PICAZO, L Y GULLÓN BALLESTEROS, A. ob., cit., la posición de estos autores ha ido

También enteramente rotundo se muestra CARRASCO PERERA, quien no se pronuncia sobre si es o no un derecho real, pero sí le niega ningún derecho de preferencia, ni facultad de realización de valor, ni oponibilidad y cuya opinión transcribimos al pie dada la rotundidad de sus argumentos¹⁴⁷.

evolucionando. Así en la 2ª edición de 1981. Editorial Tecnos.Madrid, 1981. Volumen III pág., 621, sostienen el carácter de derecho real de garantía de la anticresis: “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”.

Sin embargo en su 7ª edición, 5ª reimpresión. Editorial Tecnos. Madrid 2005. Volumen III pág., 507 señalan. “ La anticresis no confiere un ius distrahendi al acreedor para el eventual pago de su crédito mediante la realización del inmueble objeto de aquel derecho”.

Y por último el propio GULLÓN BALLESTEROS, A. en *Comentarios del Código Civil*, Tomo 9, pág., 196, pone en duda que pueda calificarse la anticresis de derecho real de garantía.

¹⁴⁷CARRASCO PERERA, ÁNGEL. *Tratado de los Derechos de Garantía*. Obra Colectiva. Carrasco Perera. Cordero Lobato y Marín López. Editorial Aranzadi. Cizur Menor (Navarra).2002. pág.,61. Dada la rotundidad de su opinión creemos que merece ser transcrita, se encuentra recogida en el prólogo de la obra citada: “ El lector advertirá igualmente que entre las garantías inmobiliarias no hemos tratado la anticresis. Leídos desapasionadamente los preceptos correspondientes del Código Civil tenemos que estar de acuerdo con que la anticresis no produce ningún derecho de preferencia sobre el inmueble, ni es concebida exactamente por el legislador como un derecho de realización de valor. Ninguna ley posterior ha conferido tampoco al acreedor anticrético un derecho de ejecución separada equivalente al de la hipoteca o la prenda. Este contrato, que no comparte con la hipoteca ni con la prenda las reglas fundamentales comunes a todo derecho de garantía (obsérvese que el art.1886 CC no remite a los arts.1857.1º y 1858 CC), es concebido como un derecho de disfrute liquidatorio. El derecho de realización a que se refiere el art. 1884 II sólo tiene sentido para una modalidad de anticresis sometida a término final, pues lo propio del tipo contractual del art.1881 CC parece ser que el acreedor se satisfaga directamente (como un usufructuario) con las rentas del disfrute, hasta amortizar su crédito. Y además este derecho de realización del art.1884 II es un derecho de realización genérico, común al que corresponde a cualquier acreedor de una cantidad de dinero. No goza de especial procedimiento en la LECiv y ni tan siquiera tiene asegurado con carácter típico su acceso a las reglas de la ejecución de títulos extrajudiciales”.

3.2.2.1.1- En cuanto que la anticresis no es un derecho real porque recae únicamente sobre los frutos del inmueble:

Uno de los primeros criterios utilizados para negar el carácter de derecho real de garantía de la anticresis fue expuesto por los comentaristas del *Code Napoléon*¹⁴⁸, quienes, partiendo del reconocimiento del derecho del acreedor a percibir los frutos del bien inmueble, y de que, en consecuencia, se parecería al usufructuario, niegan su condición de derecho real por cuanto habría una diferencia sustancial: el usufructuario tiene un derecho *en la cosa*, mientras que el anticresista, no. El acreedor anticrético tiene tan solo un derecho sobre los frutos, pero no en la cosa. La percepción de los frutos para aplicarlos al pago de los intereses y luego del capital es de esta forma un derecho y una obligación: es en interés de las dos partes que se acordó la anticresis con el acreedor. El anticresista posee como acreedor, para hacerse pagar aquello que le es debido, sin derecho sobre la cosa, posee en nombre del deudor, quien se libera de la deuda mediante la percepción de los frutos que adquiere el acreedor a quien le ha sido entregada la finca.

Sin embargo, deberá convenirse en que este razonamiento hoy no nos presenta gran resistencia. Es cierto que la anticresis recae sobre los frutos pero no concibiendo éstos como elementos separados del inmueble que los produce, sino como parte integrante o inherente a él¹⁴⁹. El acreedor anticrético, respecto de esos frutos, se comporta como si fuera propietario de la cosa que los produce y los podrá reivindicar a un poseedor de mala fe¹⁵⁰. El acreedor los percibe directamente. Es y habrá sido su único propietario, con independencia de la causa que justifique su título sobre ellos.

¹⁴⁸ LAURENT, FRANÇOIS. *Principes de Droit Civil Française*..3ª Edición. Edit. Brylan-Christophe & Editeurs.Bruxelles. Librairie A. Marescq, Ainé. Paris.1878. Tomo XXVIII págs., 525 y ss.

¹⁴⁹ CASTAN TOBEÑAS, JOSÉ. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Editorial Reus. Madrid.1978. Tomo Tercero. págs., 522.

¹⁵⁰ROCA SASTRE, R. ob. cit., pág., 373.

Así este argumento utilizado para negar el carácter real al derecho de anticresis viene a reconocer la realidad de que el anticresista adquiere la propiedad de los frutos pero observa éstos ya como bienes muebles, separados del inmueble¹⁵¹. El único derecho del acreedor anticrético consistirá en cobrarse sobre los frutos. LAURENT, en defensa de esa tesis, nos señala que entender la anticresis como *forma de pago* no cambia para nada la naturaleza de la obligación: si ella es quirográfica, permanece quirográfica.

La misma corriente sostiene que el acreedor no tiene ningún derecho en la cosa que pueda oponer a los terceros (pues la ley no prescribe ninguna medida en interés de esos terceros, no obliga a ninguna formalidad que tenga como finalidad el impedir el fraude a terceros) y que si el legislador hubiera querido reconocer al acreedor anticrético un derecho *en la cosa*, derecho oponible a terceros, entonces este derecho debiera haber sido hecho público como todos los privilegios inmobiliarios, o cuando menos el legislador habría decidido someter su constitución a determinadas formalidades; y que la ley no prescribe ninguna forma, ninguna condición en interés de los terceros. Ello también probaría que el legislador no ha querido concebir la anticresis como un derecho oponible a terceros, por lo que debe concluirse que la anticresis es un derecho personal y no real, porque la cosa queda al margen de la garantía constituida.

Frente a ellos los autores españoles en general estiman que según el CCE, al constituirse una anticresis, se produce una transmisión o desplazamiento de un valor patrimonial, consistente en el derecho a disfrutar de una cosa de otro¹⁵². Tanto es así, que la anticresis surge de un negocio de disposición. El art. 1.881 CCE, no se expresa diciendo que por la anticresis el deudor “se obliga” a transmitir el derecho a percibir los frutos, sino que el acreedor “adquiere” el derecho a percibir los frutos. El acreedor tiene derecho a los frutos naturales y civiles; aquellos los hace suyos mediante la separación y los civiles los adquiere por percepción, pero para ello se hace necesario desde luego la tradición posesoria. Este argumento entendemos que quedaría condicionado a que

¹⁵¹ LAURENT, F. ob. cit., pág., 549.

¹⁵² Véase ROCA SASTRE, R. ob. cit., pág., 375. También PUIG BRUTAU, J. ob. cit., pág., 14.

podamos admitir, o no, la existencia de una verdadera anticresis sin traslado de la posesión, pues como más adelante tendremos ocasión de comentar determinadas posiciones defienden que la anticresis española puede convenirse tanto con desplazamiento de la posesión como sin ella.

El propio ROCA SASTRE, al tiempo de examinar las condiciones que deben darse para que la anticresis pueda resultar inscrita, resalta que no hará falta determinar la extensión de su contenido, pues bajo el concepto de anticresis se entenderá inscrito dicho derecho con la extensión que le atribuye la ley; pero sí deberá hacerse constar, sin embargo, si se ha pactado o no el desplazamiento de la cosa gravada, pues este no es un elemento natural de la anticresis, admitiéndose pues de forma implícita por este autor que podrá darse la anticresis sin desplazamiento de la posesión.

A nosotros nos parece, y más adelante insistiremos, que resulta verdaderamente extraño pensar que se haya podido adquirir un derecho originario sobre los frutos de una finca ajena mediante un negocio que pudiera haber sido celebrado sin título público y sin *traditio* posesoria del inmueble.

La cuestión será determinar si cuando las partes acreedora y deudora convienen en un contrato que para el pago de los intereses o del capital de una deuda se sujetan los rendimientos o frutos que pueda producir un inmueble, y ello lo hacen sin que se produzca ningún tipo de transmisión posesoria (ni real ni instrumental), si entonces estas partes están creando algo que puede encontrar cobijo en la regulación del contrato de anticresis (promesa de anticresis lo denomina PUIG BRUTAU)¹⁵³; o por el contrario si este contrato y esta denominación se encuentran exclusivamente reservados para cuando las partes constituyen la anticresis mediando transmisión posesoria (bien tradición real, bien tradición instrumental).

¹⁵³ PUIG BRUTAU, J. ob., cit., pág., 15.

Y ante esta cuestión no nos ayuda que el propio CCE deje de calificar de forma expresa la anticresis como derecho real, que es otro de los argumentos utilizados para sostener que la anticresis como tal carece de naturaleza real.

3.2.2.1.2.- En cuanto que el código no califica la anticresis de derecho real:

Lo cierto es que tampoco se dice en ningún lugar del código español (a diferencia del catalán) que la anticresis sea un derecho real o personal¹⁵⁴, y tampoco determina el código que la prenda y la hipoteca tengan carácter real (aunque debiera señalarse que el art. 1.862 CCE sí indica expresamente que la promesa de constituir prenda o hipoteca sólo produce acción personal entre los contratantes.). Lo que sí hace el CCE en su art. 1.858 es disponer que resulta de la propia esencia del contrato de prenda e hipoteca el *ius distrahendi* sobre el objeto ofrecido en garantía, y ello en relación con lo también dispuesto en los arts., 1.922 y 1.923 del propio código, que reconocen a los titulares de estos derechos la facultad de percibir el cobro con preferencia a los restantes acreedores (arts. 1.926 y 1.927), otorgaría a los derechos de prenda e hipoteca, su condición de derechos reales de garantía. Reconociéndose la facultad de realización de valor como *esencia* de estas dos garantías (hipoteca y prenda) de valor, forzoso es reconocer que ineludiblemente tendrán entonces carácter de derecho real¹⁵⁵.

Sin embargo, el art. 1.858 CCE no resulta aplicable a la anticresis, por lo que desde luego –y como más adelante señalaremos- habrá que discutir si conlleva o no el *ius distrahendi*, y tampoco se encuentra expresamente reconocido en su favor ni privilegio ni preferencia, pues los arts., 1.923 y 1.927 guardan absoluto silencio respecto de ella, lo que no refuerza las tesis de los que defienden el presunto carácter real de esa garantía. En opinión de GULLÓN “nada garantiza

¹⁵⁴ GULLÓN BALLESTEROS, A. loc., cit., pág., 196: “ En efecto en la definición que da el art.1,881 aparece como un puro convenio para la extinción de la deuda entre acreedor y deudor (...)”.

¹⁵⁵ PUIG PEÑA F, ob., cit., pág., 19.

la anticresis, pues la satisfacción del acreedor no se logra ejercitando un *ius distrahendi* como el acreedor pignoraticio o hipotecario sobre el bien dado en garantía, a fin de realizar el valor del mismo para obtener el cobro de la deuda.”¹⁵⁶

La naturaleza de cada derecho resultará de las disposiciones mediante las que se regula cada institución, por ello si de los textos de donde se deduce que la prenda es un derecho real son disposiciones particulares para esta institución y que sólo afectan a la prenda de bienes muebles, o disposiciones particulares para la hipoteca en los bienes inmuebles, no pueden extenderse esas disposiciones particulares a la anticresis de los bienes inmuebles, que no podrá tener naturaleza real por aplicación de disposiciones particulares que no le son propias (podrá tenerla por otras razones, pero no por esa).

De hecho el código exige determinados requisitos para que la prenda y la hipoteca resulten oponibles frente a terceros; vienen establecidos en el art. 1.857 del CCE para ambas instituciones, pero además particularmente exige que la prenda deberá constar en instrumento público para ser oponible a tercero; y para la hipoteca además exige su inscripción en el Registro de la Propiedad. Ambos requisitos, sin ser equivalentes, es evidente que buscan finalidades similares: en la prenda, donde existe el acto aparente, por visible, del desplazamiento efectivo de la posesión, se requiere el instrumento público para dar fe pública de su fecha de constitución a efectos de que ésta pueda ser oponible frente a terceros; en la hipoteca, en donde no existe tal desplazamiento posesorio, la inscripción registral persigue la publicidad de su existencia frente a terceros.

En la anticresis no se exige ni lo uno ni lo otro, lo que resulta verdaderamente extraño si estamos hablando de un derecho de idéntica naturaleza¹⁵⁷. Pudiera pensarse que si el legislador hubiera querido reconocer a la anticresis carácter real hubiera exigido de ella bien una transmisión efectiva de la posesión, bien una tradición instrumental (en el hipotético supuesto en que el acreedor no fuera

¹⁵⁶ GULLÓN BALLESTEROS. loc., cit., pág., 196

¹⁵⁷ En el mismo sentido *ibidem*

el adquirente de esa posesión), bien su inscripción en el Registro de la propiedad, y si además hubiera querido configurarla como derecho real de garantía, la hubiera dotado, adicionalmente, de la misma facultad expresa de enajenación, de los mismos derechos de preferencia y le hubiera exigido idénticas formalidades para ser oponible frente a terceros, pero nada de todo ello es predicable de forma enteramente cierta respecto de la anticresis, porque como ya hemos reiterado el código guarda total silencio.

Prestemos atención a que ni tan siquiera los requisitos exigidos en ninguno de los tres primeros epígrafes del art. 1.857 CCE, se predicán para la anticresis¹⁵⁸. Así, cuando ese artículo exige que para la prenda y la hipoteca la cosa pignorada o hipotecada debe pertenecer en propiedad al que la empeña o hipoteca, esa exigencia no la traslada al deudor anticrético, y sin embargo en la regulación particular de la anticresis el art. 1.886 se remite expresamente al 1.857 para establecer que su último párrafo *también* es aplicable a la anticresis, dejando por ello expresa y conscientemente al margen de esa aplicación todas las otras disposiciones que se recogen en ese artículo. Todo ello redundaría en dar solidez al argumento de que la anticresis es un derecho personal porque el código ni le reconoce las mismas cualidades (falta de *ius distrahendi*, y preferencia) ni le exige los mismos requisitos que a la prenda y a la hipoteca.

Quizás una cuestión planteable a ese respecto para ayudarnos a conocer su naturaleza real o no, es determinar si para poder constituir un derecho de anticresis se precisa inexcusablemente ser el propietario de ese bien. ¿Puede, el titular de un derecho arrendaticio, de larga duración, sobre una finca rústica, cederla en anticresis para garantizar o asegurar el pago de una obligación que debe ser satisfecha en, por ejemplo, tan solo tres años? Nada, con arreglo al CCE

¹⁵⁸ Pero la doctrina entiende que aunque la remisión esté mal formulada debe estimarse que ese art. 1.857 resulta plenamente aplicable a la anticresis. Así, por ejemplo, GUILARTE ZAPATERO V, loc., cit., pág., 679.

HERNÁNDEZ MORENO, A. loc., cit., pág., 1.939, critica que la remisión lo sea tan solo al último párrafo del art. 1.857, y parece que de ello deduzca que fue voluntad de la Comisión General de Codificación, que disponía de los antecedentes necesarios para haber hecho una remisión más íntegra, precisamente no reconocer a la anticresis como un derecho real de garantía.

Claro que entonces cabe preguntarse por qué esa misma comisión la incluyó en el Título XV del Libro IV del CCE.

parece impedirlo. Cuestión distinta serán los efectos que esta garantía pudiera ofrecer al acreedor anticrético si el arrendatario incumple sus obligaciones frente al propietario del inmueble: Aparentemente la falta de remisión completa al art. 1.857, entendemos que permitiría esa posibilidad y pondría de manifiesto que no es tan solo que la ley no defina la anticresis como derecho real, sino que de las consecuencias que se producirían a partir de las disposiciones que la regulan no cabría deducir ese carácter. Sin embargo resultaría concluyente que el acreedor anticrético, incumplida la obligación de pago o extinguido el contrato de arrendamiento, no dispondría ni de *ius distrahendi* sobre el inmueble ni tampoco de derecho de retención, de forma que el arrendatario-deudor que quiso entregar la finca en anticresis a su acreedor, tan solo cedió el derecho a explotarla y a percibir sus frutos y obviamente ello sometido a la obligación de pagar las rentas arrendaticias, por lo que más parece haberse cedido el derecho de arriendo *para el pago de la deuda* que haberse constituido un verdadero derecho de anticresis. Como veremos más adelante podrá discutirse si la anticresis en derecho español conlleva o no el *ius distrahendi*, pero desde luego lo que no admite discusión es que siempre conlleva un derecho de retención (1.883 y 1.886 CCE), y para poderlo constituir en los términos en que se prevé en el CCE se precisa, sin lugar a dudas, que la cesión del bien provenga del propietario del inmueble o cuando menos éste preste su consentimiento expreso.

De la misma forma que el usufructuario puede disponer de su derecho de usufructo¹⁵⁹, pero no propiamente del objeto (salvo en los supuestos de usufructos que conllevan tal facultad), el arrendatario aparentemente también pudiera ceder en anticresis no propiamente la finca sino su derecho de arriendo que es el que le da acceso a la finca, pero como decimos no pudiéramos hablar de una auténtica anticresis puesto que carecería desde luego del derecho de retención¹⁶⁰.

¹⁵⁹LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS. Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones. Editorial Dykinson. Madrid.1999. Volumen Segundo. pág., 24.

¹⁶⁰Siguiendo a LACRUZ BERDEJO JOSÉ LUIS, *Elementos de derecho civil. III Derechos reales*. Volumen Primero. Editorial DYKINSON. Madrid., 2008. Pág., 10. El arrendatario tiene el *derecho real de posesión*. En esos términos desde luego, en el ámbito temporal de su arrendamiento y con respeto a las limitaciones que puedan existir sobre la obligatoriedad del arrendatario de usar el inmueble por sí mismo sin facultad de cederlo a terceros, no sería descabellado poder defender que puede ceder en anticresis el *ius*

3.2.2.1.3.- En cuanto a la falta de preferencia:

Otro argumento que como decíamos más arriba también ha sido utilizado para negar la naturaleza real al derecho de anticresis es que el anticresista no tiene derecho de preferencia, pues el art. 1.884 del CCE únicamente le concede la facultad de pedir la venta del inmueble, pero no la de cobrarse con prelación a los demás acreedores.

En este sentido se dice que la facultad de venta que tiene el acreedor anticrético sobre la finca que le ha sido entregada en garantía es una facultad de venta ordinaria, la facultad que tiene cualquier acreedor ante los bienes de su deudor para todos los supuestos de incumplimiento de sus obligaciones; que del art. 1.884 CCE no se desprende, ni cabe deducir, un *ius distrahendi* específico, como el que se reconoce en el art.1.858 a los acreedores prendarios e hipotecarios; pero, además, la diferencia sustancial con éstos también radica en que el acreedor anticrético carece de preferencia alguna¹⁶¹, que no tiene más que el derecho de retener y percibir los frutos y desde luego siempre que la finca le haya sido efectivamente entregada al tiempo de constituirse la anticresis.

Como decíamos más arriba, ni el art. 1.923 ni el 1.927 le reconocen preferencia o privilegio, y en su consecuencia estos le son negados en méritos del 1.925, todos ellos del CCE.

Pero esta negación es discutida pues esa falta de previsión sobre la venta forzosa y la preferencia a cobrarse con su producto, puede proceder de una defectuosa y precipitada redacción, no ya sólo del código español sino también del código civil francés que es el que reintrodujo esa figura, y además ¿qué especie de derecho de garantía es aquel que no permite al acreedor cobrarse con preferencia a los

fruenti del inmueble. Especialmente si entendemos que el elemento esencial de la anticresis es la cesión de la finca para la percepción de los frutos y que el derecho de retención no es elemento esencial de la misma sino tan solo una garantía complementaria. En estos términos de la misma forma que admitimos que el usufructuario puede constituir anticresis debiéramos también admitirlo para el arrendatario.

¹⁶¹ GULLÓN BALLESTERO, loc., cit., pág., 201

demás acreedores? Efectivamente carecería de sentido reconocer una facultad de realización de valor, y no reconocer en cambio una preferencia al cobro¹⁶². CASTAN sostiene que los derechos de persecución y preferencia (ergo también los de realización de valor) han de darse por sobreentendidos porque sin ellos la anticresis sería una garantía irrisoria y una institución inútil¹⁶³. Sin embargo no debemos dejar de hacer notar que se contradice en sí mismo, puesto que si para acreditar que se trata de un derecho de garantía necesitamos que conlleve *ius distrahendi* y entonces sostenemos que esa facultad hay que presumirla porque es un derecho real de garantía, entonces hemos incurrido en un error en la aplicación de la lógica.

Tratándose de un derecho de garantía ambas características debieran ir unidas, de hecho la verdadera garantía no radica en el proceso de venta sino en la preferencia al cobro. Frente a esto habrá que determinar si lo que regula el código es una verdadera facultad de venta (y en ese caso si conlleva la preferencia al cobro) o si lo que regula bajo la denominación de anticresis no es un verdadero derecho de garantía, aunque el código lo incluya entre los contratos que vienen definiéndose como contratos de garantía.

3.2.2.1.4.- En cuanto a la facultad reipersecutoria:

Por último, nos queda por examinar si la anticresis otorga o no al acreedor la facultad reipersecutoria (*droit de suite*), algo que niegan aquellos comentaristas a los que nos referíamos¹⁶⁴ al inicio del examen de los principales argumentos contruidos para defender la tesis de que la anticresis es un derecho estrictamente obligacional.

¹⁶²GARCÍA-GRANERO. FERNÁNDEZ, J. loc, cit. pág., 467.

¹⁶³CASTÁN TOBEÑAS, J. ob., cit., pág., 523.

¹⁶⁴Véase Supra 3.2.2.1

Ciertamente, la ley guarda absoluto silencio respecto de este extremo. Sin embargo debe señalarse que desde un punto de vista de estricta lógica, parece que esa facultad debiera estar implícitamente entendida, por su propia naturaleza, en el ámbito de los derechos del acreedor anticrético: si estamos unánimemente de acuerdo en que el acreedor recibe la finca para poder cobrar su crédito con los frutos que produzca, lo lógico parece que sea entender también que ese acreedor pueda defender su derecho, pueda perseguir la cosa cualquiera que sean las manos en que ésta se encuentre. Otra cosa es que vinculemos el *droit de suite* a la realización de valor, puesto que en ese caso sí que resulta discutible que el acreedor anticrético pueda pretender la enajenación del bien cualquiera que sea su titular (como ocurre con la hipoteca)¹⁶⁵. Si le negamos al acreedor anticrético la facultad de enajenación, carecerá de la reipersecutoriedad con ese fin pero eso no querrá decir que no sea un derecho real, porque lo que habremos hecho es reconocer solo la reipersecutoriedad a los derechos de enajenación. De esta forma o admitimos que la reipersecutoriedad puede reconocerse en un abanico más amplio de derechos reales (todos los posesorios) o la reipersecutoriedad deja de ser un elemento definitorio de los derechos reales para pasar a serlo de los derechos reales de enajenación de valor.

Si entendemos la reipersecutoriedad en los términos en los que lo hace DÍEZ-PICAZO¹⁶⁶, es decir en el sentido de que “se le atribuye a su titular la posibilidad legalmente protegida (*droit de suite*) de perseguir o ir a buscar la cosa donde quiera que esté y quienquiera que sea la persona que la detente o la tenga en sus manos”, pues en ese caso no se alcanza a entender por qué se niega la facultad de reipersecutoriedad al acreedor anticrético que se encuentra en posesión de la finca y ha sido despojado de ella.

Negación que sin embargo fue sostenida por alguno de los primeros comentaristas, especialmente franceses, al entender, como ya hemos indicado,

¹⁶⁵Este sentido parece dárselo DE REINA TARTIERE, GABRIEL. “Teoría General de las Garantías reales”. RCDI n° 724, Marzo 2011, pág., 730 en donde dice “(...) de ahí que el derecho de persecución pueda reducirse igualmente a un mandato al Estado para que se ejecute el bien...”

¹⁶⁶ DÍEZ-PICAZO, LUIS. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. 5ª Edición Edit. Thomson Civitas. Pamplona.2.008.Vol. III. pág., 916.

que la anticresis no otorga ningún derecho sobre el inmueble¹⁶⁷, sino tan solo sobre los frutos –bienes muebles- y por ello el derecho de anticresis no sería un derecho inmobiliario sino un derecho mobiliario. En este caso tener *droit de suite* dependerá de que se estime que la anticresis otorgue o no un derecho originario sobre los mismos¹⁶⁸ quedando limitado a la persecución de los frutos, pero no del inmueble.

Sin embargo, en los términos en que se recoge esa figura en el código español, y también en el francés, es más que discutible que el derecho de anticresis se refiera exclusivamente a los frutos con absoluta independencia del inmueble. El art. 1.882 CCE atribuye al acreedor unas obligaciones directamente relacionadas con el inmueble: así, el acreedor estará obligado al pago de las contribuciones y cargas que pesan sobre la finca y a hacer los gastos necesarios para su conservación y reparación. Y estas son obligaciones de las sólo que puede liberarse si obliga al deudor a reentrar en el goce de la finca. Queda muy claro que el acreedor por medio de la anticresis recibe el goce de la finca, goce que se limitará a la producción y percepción de frutos, pero recibe la finca.

Sí reconocemos al acreedor anticrético como poseedor de la finca y sabemos que tiene el derecho a adquirir los frutos de forma originaria, le estamos

¹⁶⁷LAURENT, F. ob., cit., págs., 524, 548. PLANIOL, MARCEL. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Editorial Cultural S.A. La Habana.1942. Tomo 12, 1ª parte. Traducción: Mario Díaz Cruz. pág., 291

POTHIER, R J. ob., cit., Tome Cinquième. pág., 598, sostiene que si bien el anticresista no dispone de la misma acción serviana que el acreedor hipotecario, si tiene una acción real equivalente, *actio in factum defectum alterius nominis*, que tendría lugar contra todos aquellos que impidiesen al acreedor (sea el propio deudor, sean unos terceros) hacer uso de su derecho.

¹⁶⁸Se adquiriría la propiedad de los frutos de manera originaria en todos aquellos casos en que de una forma u otra se hubiese transmitido la posesión del inmueble al acreedor anticrético o bien si se estima que el derecho de anticresis tiene carácter real y aunque no se adquiera la posesión (de ninguna forma, ni real ni instrumental) los efectos de este derecho real sería desgajar de la propiedad la facultad de percibir los frutos que adquiriría el titular de la anticresis aun no siendo poseedor.

reconociendo dos facultades que son esencia misma del derecho real: la inherencia¹⁶⁹, de la que se deriva la reipersecutoriedad, y la exclusividad.

3.2.2.2.- Posiciones que afirman el carácter real del derecho de anticresis

En la vinculación de la anticresis a los derechos de garantía no resulta para nada intrascendente la ubicación de su regulación en el CCE, en el Título XV del Libro IV, pues nos parece que con toda seguridad de encontrarse recogida la misma regulación en otro Título en el examen de la figura se hubieran tenido presentes muchos otros matices.

Aun cuando resulta cierto que la regulación de la anticresis se recoge en el Título XV del CCE, sede de los derechos de garantía y su carácter de tal le vendría reconocida por la propia remisión que hace el art. 1.886 al art. 1.861, también debemos resaltar que efectivamente, se ubica junto a ellas, pero no se entremezcla con ellas. Así el Título XV del Libro IV, común a todas, no habla de “derechos de garantía”, sino de “contratos de prenda, hipoteca y anticresis”. La imputación de su carácter de derecho de garantía le viene dada, sin duda, por la remisión del art. 1.886 al 1.861 y al 1.857, en donde viene a referirse que la anticresis es válida para “asegurar” toda clase de obligaciones.

En este sentido pudiera defenderse que el derecho de retención es también un derecho de garantía, y que las referencias que hace la norma al “aseguramiento” de las obligaciones puede entenderse que van referidas al derecho de retención y no tanto a un derecho de realización de valor para cuya apreciación hay que forzar mucho la interpretación del art. 1.884 CCE. Es cierto que la posición mayoritaria de la doctrina defiende que el derecho de retención no es un derecho real¹⁷⁰ pero en cualquier caso desde luego no se le suele negar su función de

¹⁶⁹ Entendida esta en los términos en que lo hace LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS. *Elementos de derecho civil. III Derechos reales. Posesión y propiedad*. Editorial Dykinson. Madrid., 2008. Volumen Primero, pág., 2: La inherencia significa la posibilidad del titular de obtener de la cosa el provecho correspondiente a su derecho sin mediación de otra persona no precisando de acto ajeno para satisfacer su interés”.

¹⁷⁰ Vid, por todos, BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, PABLO. “El Derecho de retención”. RDP. Enero 1952. N° 418. pág., 1.013.

garantía¹⁷¹, e incluso algunos le llegan a reconocer su condición de derecho real de garantía¹⁷² por entender que pueden ser oponibles *erga omnes*; quizás la posición más generalizada es la de condicionar su carácter real o no al derecho o a la relación jurídica a la que pueda estar vinculada esa retención de forma tal que en algunos casos sólo tendrá efecto *inter partes* y en otros *erga omnes*. Incluso la propia jurisprudencia del TS parece así entenderlo¹⁷³.

¹⁷¹ LEÓN ALONSO, JOSÉ R. “Artículo 1.730” *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Edit. EDERSA. Madrid.1986. Tomo XXI, pág., 438.

¹⁷² PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL. *Derechos reales. Derecho Hipotecario*. Centro de Estudios Registrales. Madrid 1999. Tercera Edición, pág., 359.
Y calificación que expresamente le otorga el CCCat.

¹⁷³ Así es tradicionalmente reconocida la STS de 24 de Junio de 1941, que dejó establecido el siguiente pronunciamiento:

“...porque notorio como es que por él no ha sido regulado el derecho de retención como institución sustantiva, aunque sean numerosas sus aplicaciones en materia civil (artículos 453, 464, 502, 1600, 1730, 1780 y 1892, entre otros) y en materia mercantil (artículos 276, 704, 842 y 868, «ad exemplum») se da el caso, por falta de esa unidad conceptual y méritos de esa dispersión, de que sean también diversas las consecuencias jurídicas y económicas de ese derecho que, en unos supuestos, como el contemplado por el artículo 502 del Código Civil, lleva anejo un derecho de reintegro; en otros, se traduce en una preferencia o prioridad como en la de los eventos a que aluden los números 4º, 5º y 7º del artículo 1922 y en algunos, como en los casos a que se refieren los artículos 276, 704 y 842 del Código de Comercio, el privilegio originario, se aproxima, casi hasta la confusión, a un derecho de garantía; lo que permite concluir legítimamente, que si no puede aplicarse el derecho de retención una norma general, que no existe, ni regularlo por un criterio único deducido de la uniformidad de sus consecuencias, según el régimen variadísimo del derecho patrio, sólo una norma específica permitiría llegar a la conclusión que el recurrente mantiene y autorizaría el juego concordado del artículo 1922 del Código Civil, a que hace referencia el 913 del de Comercio, en el supuesto a que alude el artículo 15 de la Ley sobre Suspensión de Pagos; y es notorio que el primero de dichos preceptos sólo incluye entre los créditos privilegiados para todos los efectos del último de los artículos, los garantizados con prendas; concepto que no se identifica, como se ha demostrado, con el derecho de retención aisladamente considerado; sin que tampoco sea lícito autorizar una extensiva interpretación, que veda la naturaleza excepcional de la norma, solución esta en la que, como en el caso antes estudiado, coincide con el propio parecer, la interpretación ajena, frente a los mismos”.

O la sentencia también del TS, que desarrollando el criterio que acaba de transcribirse entiende que en el derecho de retención que se reconoce al mandatario por los gastos del mandato, sí estamos ante un verdadero derecho real de garantía. STS de 7 de Julio de 1987:

Reconociendo la función de garantía que sin duda presta el derecho de retención el hecho de que la regulación de la anticresis se encuentre agrupada a otros derechos de garantía no es en sí mismo definitorio de su naturaleza, pues desde luego no “son todos los que están” y pudiera suceder que tampoco todos los que están lo sean (derechos de garantía). El Título XV del CCE, se titula “De los contratos de prenda, hipoteca y anticresis”, haciendo en ese título especial hincapié en la relación jurídica más que en su propia función de garantía.

Lo cierto es que la generalidad de los autores, estudiosos de la naturaleza jurídica de la anticresis del CCE, vienen a declarar, casi de forma unánime, el carácter real de ese derecho¹⁷⁴.

Tradicionalmente ha venido estimándose que el acreedor anticrético fundamenta su derecho en dos grandes pilares: percibir los frutos del bien ajeno para aplicarlos al pago de los intereses y, en su caso, del capital; y la acción de realización de valor, acción que implícitamente debiera llevar unido el privilegio en el crédito y la facultad de persecución del bien¹⁷⁵.

“...lo que en el caso de la presente controversia permite concluir que el artículo 1730 del Código Civil al disponer que «el mandatario podrá retener en prenda las cosas objeto del mandato hasta que el mandante realice la indemnización y reembolso de que tratan los artículos 1728 y 1729», reconoce a favor del mandatario una garantía legal pignoratícia con todos los efectos de este derecho real, es decir, con la facultad de poder enajenar las cosas objeto del mandato en la forma que autoriza el artículo 1872 y con la preferencia que reconocen los 1922, número 2 y 1926 regla 1.ª, y que ello, al propio tiempo, conlleva la consecuencia de que, como tal derecho real, sea oponible «erga omnes» y no sólo frente al mandante que entregó los contenedores con el encargo de hacerlos llegar a su propietario, sino también frente a este último...”.

¹⁷⁴ Así, ROCA SASTRE, R. ob., cit., pág., 372. ALBALADEJO GARCÍA MANUEL, *Manual de Derecho Civil*. Volumen III-2. 2ª Edición. Edit. Bosch. Barcelona. 1.976.pág., 315; DÍEZ-PICAZO L, *Fundamentos de derecho Civil Patrimonial. Vol II*. Edit. Civitas. Madrid, 1996. Pág., 70; MORENO QUESADA, LUIS, *Las Garantías reales y su constitución por tercero*. Edita Universidad de Granada. Departamento de Derecho Civil. Granada. 1987. pág., 64.

¹⁷⁵GUILARTE ZAPATERO,V. loc., cit., pág., 442

GUILARTE¹⁷⁶ aporta nuevos argumentos para sostener el carácter real de la anticresis. Estima en primer lugar que la inmediatividad de la relación entre el acreedor y la cosa no cabe ponerla en duda, y la facultad de percibir los frutos accesorios de la cosa gravada, en cuyos méritos el acreedor anticrético puede hacerse pago con ellos sin necesidad de intervención de ninguna otra persona, ni tan siquiera del propietario, es una manifestación que evidencia esa inmediatividad.

Desde luego parece que tal facultad de adquirir los frutos por el acreedor, de forma originaria (sin intermediación del propietario), una vez ha sido realizada en su favor la cesión del goce del inmueble, sólo se da si estimamos que dicha facultad nace de un derecho real. Ciertamente es que la adquisición de los frutos de forma originaria también se produce por el poseedor de buena fe (art. 451 CCE), pero además en el presente caso el poseedor anticrético es también poseedor legítimo, con *ius possidendi*, en tanto que cesionario anticrético del bien inmueble, y la posesión de la cosa es, en sí mismo también, un derecho de naturaleza real¹⁷⁷ aunque quizás tan sólo tenga ese carácter de forma provisional (sin duda claudicante ante un mejor derecho a poseer, pero en tanto ese mejor derecho no se ejercite, real frente a todos los demás)¹⁷⁸.

Un segundo argumento aportado por GUILARTE, coincidiendo con GARCÍA-GRANERO, refiérase al art. 1.883 por corresponderle al acreedor la posesión de la finca y el *ius retentionis* que, dice GUILARTE, lógicamente debe facultarle para perseguirla y reclamarla no sólo a través de la protección interdictal, sino además mediante la acción petitoria¹⁷⁹.

¹⁷⁶GUILARTE ZAPATERO, V. loc. cit., págs., 640-641

¹⁷⁷ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL. *Manual de Derecho Civil*, Tomo III-1, Librería Bosch. Barcelona 1976. pág., 54. Con mayores prevenciones DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial III*. Edit. Thompson Cívitas. Pamplona. Quinta Edición 2008 pág., 634., igual que LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS. *Elementos de derecho civil. III Derechos reales. Posesión y propiedad*. Editorial Dykinson. Madrid., 2008. Volumen Primero., pág., 33 y 34.

¹⁷⁸GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO y DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS. *Sistemas de Derecho Civil*. Tomo III. Edit. Tecnos. 4ª Edición. Madrid. 1.981. pág., 115

Y como tercer argumento, aporta GUILARTE que el art. 1.884 sanciona explícitamente la facultad de realización de valor del inmueble, facultad que según él señala “resulta nervio y soporte” de toda garantía real. Ciertamente si admitimos que el art. 1.884.2 CCE contiene el reconocimiento a una facultad de realización de valor, eso sólo puede entenderse desde la consideración de la anticresis como un derecho real y por ello oponible frente a terceros. Entiende este autor que esta facultad debe admitirse como expresamente establecida, y en ese caso pensar que es tan solo una facultad que debe atenderse únicamente en el ámbito de las obligaciones personales contraídas exclusivamente entre las partes, es prácticamente un sinsentido: para ello ni resultaría necesaria la previsión legal de ese artículo ni la anticresis aportaría nada especial que no tuviera cualquier otra relación obligatoria¹⁸⁰.

No debe sin embargo pasar desapercibido, como facultad esencial de ese derecho de anticresis, el derecho de retención que se le atribuye, al que ya nos hemos referido anteriormente, y mediante el que se le reconoce al acreedor el poder seguir conservando la posesión del inmueble en tanto no le haya sido enteramente satisfecha la deuda. Si estimamos que el contrato de anticresis es sobre todo un cauce para el pago, entonces el derecho de retención pasa a ser pilar esencial del derecho y ello especialmente, en el ámbito del derecho civil español y quizás no así en el catalán en el que se configura como eje esencial de la propia *garantía* anticrética la facultad de enajenación, aunque no olvidemos que el propio código catalán ubica esa facultad de enajenación de la que dota a la anticresis como consecuencia final del derecho de retención que también le reconoce. Es decir cuando el CCCat concede a la anticresis una facultad de realización de valor, remite al procedimiento previsto para el derecho de retención, no a los procedimientos previstos para la prenda o para la hipoteca.

¹⁷⁹En el mismo sentido ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL. *Manual de Derecho Civil*. Volumen III-2. 2ª Edición. Edit. Bosch. Barcelona. 1.976pág., 268.

¹⁸⁰ Sin embargo véase más abajo epígrafe 4.5, nuestra opinión contraria, relativa a la falta de este *ius distrahendi* y que este autor reconoce para el derecho de anticresis.

3.2.2.2.1.- Determinación de los elementos definidores de la anticresis: La posesión como fundamento de su carácter real.

PUIG-BRUTAU¹⁸¹ para sostener el carácter real de la anticresis, explica que de la regulación recogida en el CCE no surge una relación simplemente personal entre acreedor y deudor, sino que en virtud de los derechos de prenda, anticresis e hipoteca, queda establecido un poder que el acreedor puede ejercitar directamente sobre los bienes gravados. El acto creador de este poder, nos dice, es un acto de disposición (que por tanto pudiera ser intervivos o mortiscausa). Del contrato que en su caso instrumente ese acto de disposición, propiamente, sólo nacen obligaciones. Puede existir el contrato dirigido a preparar la creación de un derecho real de garantía; es decir, un contrato que no dejará establecido el derecho real, pero obligará a constituirlo. Para este autor aunque el Título XV del Libro IV del CCE se refiere a “los contratos de prenda, hipoteca y anticresis”, en su regulación lo que se recoge es el contenido de estos derechos como negocios jurídicos de disposición, y su carácter contractual en todo caso se ve reflejado en el art. 1.862 CCE en relación con la “promesa de constituir prenda e hipoteca” y que aunque tan solo se refiera a estas dos instituciones debe hacerse extensivo también a la anticresis.

En su lógica consecuencia, PUIG-BRUTAU viene a defender que la anticresis, una vez correctamente constituida, tendrá siempre carácter real; cosa distinta sería que el acuerdo anticrético se quedase como mero pacto previo al de la propia disposición, en cuyo caso tendría validez como promesa de futuro contrato y su naturaleza sería obviamente de carácter personal. Por tanto, según esa tesis, el nacimiento del derecho de anticresis requiere un contrato (el contrato será el cauce habitual, pero como ha quedado dicho también caben otras clases de negocio jurídico. Cuestión que examinaremos más adelante.), pero junto con él requiere también algo más que es lo que nos conducirá a poder considerar que se ha constituido un derecho real, presumiblemente ese algo más será bien un título público, bien la traslación de la posesión.

¹⁸¹PUIG BRUTAU, J. ob. cit., pág., 14

Si meditamos en torno a la constitución de los derechos reales y a los requisitos exigidos en el art. 609 del CCE, obviamente deberíamos aceptar que la anticresis se encontraría recogida en “la celebración de ciertos contratos mediante la tradición” cuando su constitución tenga carácter contractual, y en este caso siendo –por su definición- el objeto del derecho de anticresis siempre un bien inmueble, su tradición debería sujetarse a cualquiera de las formas previstas en los arts., 1.461 y siguientes de ese propio código.

Y en estas circunstancias traemos nosotros a colación la referencia que hemos realizado sobre la traslación de la posesión: pues ha quedado justificado que, en el ámbito del CCE, no se exige la traslación posesoria para la constitución de la anticresis, otra cosa es los efectos que de ello se derivan cuando se hace con o sin transmisión posesoria . No se trata ahora de examinar los requisitos para su constitución, lo que veremos más adelante, sino de determinar el alcance del derecho según se haya constituido de una forma u otra, entendiéndose que cuando la anticresis se constituya mediante transmisión de la posesión, ésta podrá producirse mediante cualquiera de las formas previstas en los citados arts., 1.461 y ss. del CCE.

El CCE no exige, como requisito de validez, la constitución de la anticresis mediante escritura pública. Cabría por ello plantearse que el acuerdo anticrético revista cualquier forma¹⁸², siendo enteramente imaginable que pudiera constar en documento privado suscrito entre acreedor y deudor, y como hemos referido también más arriba, tampoco es exigida la transmisión de la posesión¹⁸³.

¹⁸²Opina ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A. ob. cit. pág., 217., que “Como contrato la anticresis se perfecciona por el solo consentimiento; como derecho real, la anticresis exige y presupone la puesta en administración en manos del acreedor o de un tercero que posea en su nombre. La posesión es, por tanto, constitutiva de la anticresis como derecho real.”

¹⁸³ En este mismo sentido CORDERO LOBATO, ENCARNA. *Comentarios al Código Civil*. Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. 3ª Edición. Edit. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2009. pág., 2.135.

ALBALADEJO¹⁸⁴ opina que la anticresis puede ser constituida por contrato o por cualquier otra forma, pero refiriéndose en particular a la constitución contractual destaca que no requiere forma especial alguna, y que tampoco el contrato es real como el de prenda. De esta forma en cuanto a la entrega del inmueble, no ya para la perfección del contrato sino para el nacimiento del derecho real de anticresis, cree que ésta se hace precisa (que puede ser, dice, naturalmente, instrumental: 1.462.2) a tenor del art. 609.2º, ya que se trata de constitución por contrato y el derecho de anticresis es posible.¹⁸⁵

En esa situación, ante una anticresis constituida mediante documento privado y sin traslación de la posesión ¿habrían constituido las partes un derecho real? ¿cuál de entre las facultades propias de este derecho habrá adquirido el acreedor anticrético?

La doctrina suele entender que se requiere la tradición o traspaso posesorio para la perfecta constitución de los derechos reales posibles¹⁸⁶, carácter que a nosotros nos parece esencia de la propia garantía anticrética (posesión necesaria para adquirir los frutos en origen, y posesión necesaria para la aplicación del derecho de retención que se le reconoce en su regulación). Otra cosa bien distinta es que esa posesión pueda ser mediata o inmediata.

Pactada la anticresis *sin* traslación de la posesión, habrá que aplicar los frutos del bien afectado por la garantía al pago de los intereses, pero la propiedad de esos frutos, en tanto no le sean entregados al acreedor, ¿pertencerán en origen al propietario del bien inmueble, quien deberá hacer su entrega a su acreedor? Si así fuere sería una obligación estrictamente personal. Y para que así no sea, para que el *ius fruendi* quede expresamente separado del dominio, parece que debiera hacerse con arreglo a lo dispuesto en el art. 609 del CCE.

¹⁸⁴ ALBALADEJO GARCÍA, M. ob. cit., pág., 267

¹⁸⁵ Véase la Resolución de la DGRN de 15 de Marzo de 1909.

¹⁸⁶ DÍEZ-PICAZO, L. ob., cit., pág., 91. Y en el mismo sentido O' CALLAGHAN MUÑOZ, X, quien no sólo califica la anticresis como derecho real sino que además entiende que es un contrato que requiere entrega de la posesión, como en la prenda. loc., cit., pág., 351.

SANZ¹⁸⁷ sostiene que aunque la anticresis se limita a los frutos, es evidentísimo que es un derecho real, y se apoya en comparar el art. 1.881 CCE con los que reconocen igual derecho para el arrendatario y el usufructuario. Pero, quizás olvida, que en todos esos casos el adquirente de los frutos está en posesión del bien, y en la anticresis sin transmisión de la posesión el deudor sigue siendo el único poseedor del inmueble.

Por otro lado, impagados los intereses y vencida la obligación principal, podrá dirigirse el acreedor contra el bien inmueble en igualdad de condiciones que respecto de los restantes bienes del patrimonio del deudor, y no parece que respecto de aquellos que supuestamente se afectaron a un derecho de anticresis vaya a poder hacerlo con crédito privilegiado si concurre con otros acreedores.

Incluso, en la actualidad, más evidente nos parece esta situación cuando la nueva Ley Concursal de 2003, en su art. 90, viene a establecer los créditos privilegiados especiales frente a los privilegios generales, y en su apartado 2º reconoce como crédito privilegiado especial el derecho de anticresis respecto de los frutos para el pago de intereses, pero no respecto de la deuda principal para la que no reconoce (obviamente negándole el privilegio) que el acreedor tenga una facultad de realización de valor. De esta forma el trato que la Ley concursal confiere a la anticresis parece que sea negándole su carácter de derecho real pues en otro caso nos conduce a una solución que estimamos que carece de sentido: pues si la anticresis tiene carácter real, la propiedad de los frutos pertenece desde su origen al acreedor anticrético quien quiera que sea el poseedor material de la finca, y si el acreedor anticrético es el propietario de esos frutos desde su nacimiento, qué sentido tiene que la Ley concursal le reconozca un privilegio a recibir unos bienes que ya son suyos. Ninguna. Y si la anticresis carece de naturaleza real, y la ley estima que sólo produce efectos obligacionales entre las partes, ¿qué razón habría para reconocer al acreedor anticrético un privilegio especial al cobro de esos frutos?(y no olvidemos que los intereses de las obligaciones ordinarias, en la Ley concursal merecen la condición de créditos

¹⁸⁷ SANZ FERNÁNDEZ, A. loc. cit. pág., 226, ver nota al pie de página.

subordinados y la primera finalidad de la anticresis es, precisamente, satisfacer los intereses).

3.2.2.2.2.- Determinación de los elementos definidores de la anticresis: El acto constitutivo como fundamento de su carácter real o personal

Otra cuestión que pudiera plantearse es si verdaderamente, para el caso en que en el acuerdo anticrético no hubiera habido acto de disposición, si en ese caso puede o no hablarse de una auténtica constitución del derecho de anticresis.

Como ya hemos referido anteriormente, con arreglo al CCE la anticresis es un contrato consensual que no requiere forma especial alguna y no hay precepto que así lo establezca. Y no sólo no hay precepto que lo declare sino que, además, el art.1.886, que refiere la aplicabilidad a la anticresis de ciertos artículos dictados para la prenda o la hipoteca, no recoge el 1.863 que es el que determina el carácter real del contrato de prenda. Aunque, bien es cierto, parte de la doctrina viene a sostener también que aunque el art. 1.886 CCE remite solo parcialmente a determinados preceptos de la prenda y de la hipoteca (“son aplicables a este contrato el último párrafo del art. 1.857, el párrafo segundo del art. 1.866 y los arts., 1.860 y 1.861”), sin embargo las analogías y aplicación de los preceptos dictados para la prenda e hipoteca son más amplias¹⁸⁸.

Por ello quizás la conclusión con la que nos encontraríamos más conformes sería, siguiendo el criterio de ALBALADEJO, que la anticresis como contrato tiene carácter consensual y por ello aquellos acuerdos anticréticos convenidos sin traslación de la posesión (ni real ni instrumental) no tendrán efectos reales sino meramente obligacionales; o bien admitiendo la tesis de PUIG BRUTAU al referirse a la anticresis como acto de disposición, el acuerdo anticrético sin traslación de la posesión es sólo “una promesa de anticresis” no teniendo por ello –obviamente– naturaleza real, pero en ese caso tampoco pudiéramos hablar

¹⁸⁸ Véase en este sentido PUIG BRUTAU, J. ob. cit. pág., 18, y SANTOS BRIZ, J. ob., cit., pág., 467.

ciertamente de un verdadero derecho de anticresis, ni tan siquiera de naturaleza personal¹⁸⁹.

Son dos posiciones, próximas pero distintas. Para ALBALADEJO existirá un contrato de anticresis de contenido estrictamente obligacional (por supuesto habrá otro de naturaleza real), para PUIG BRUTAU, hay un único contrato de anticresis, siempre de naturaleza real, y además puede convenirse una promesa de anticresis¹⁹⁰.

Y aún habría una tercera postura, que vendría a sostener el carácter real de la anticresis aún sin traslado de la posesión, y que la encontraríamos reflejada en la resolución de la Dirección General de Registros de 15 de Marzo de 1909¹⁹¹, que dejó establecido lo siguiente:

Considerando que, á tenor de lo dispuesto en el art. 1258 del código civil art..1258 RD de 24 julio 1889, los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, obligando desde entonces á los contratantes al cumplimiento de lo pactado y de sus consecuencias legales. *y que no exigiendo los arts., 1881 y siguientes art..1881 RD de 24 julio 1889 para la validez del contrato de anticresis que se ponga al acreedor en posesión del inmueble afecto*, carece de base la apreciación hecha por el Registrador en la primera parte de su nota;

Considerando que tampoco puede argüirse, como se expresa asimismo en dicha nota, que sin la realidad de la entrega, faltan por completo la materia, supuestos necesarios y fines del contrato de anticresis, ya que si se

¹⁸⁹ALBALADEJO GARCÍA, M. ob. cit., pág., 267: “ En cuanto a, no ya para la perfección del contrato, sino para el nacimiento de derecho real de anticresis, creemos que es precisa la entrega (que puede ser, naturalmente, instrumental: 1.462, 2º) de la cosa...”. Y PUIG BRUTAU, J. ob. cit., pág., 14 y 15: “ En este sentido, aunque el Título XV del Libro IV del código civil se refiere a “los contratos” de prenda, hipoteca y anticresis, debe entenderse que regulan el establecimiento de estos derechos reales por medio de negocio jurídico de disposición y el contenido de los mismos derechos; mientras que, en realidad, lo que debe ser considerado como contrato en relación con los mismos derechos es lo que el art. 1.862 califica de “promesa de constituir prenda e hipoteca” .

¹⁹⁰ En el mismo sentido que ALBALADEJO, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A. ob. cit., pág., 218: “... puede pactarse la continuación de la anticresis como derecho personal”,

¹⁹¹RJC. 1909. Tomo Decimoquinto. pág., 366.

reconoce como su principal objeto la creación de un derecho real, resulta de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, se considerará constituido, en cuanto conste su inscripción en el Registro, con arreglo á lo establecido en los arts., 2.º y 23 de la ley Hipotecaria y 1.º de su Reglamento ;

Considerando que si el legislador hubiera querido establecer en el código civil RD de 24 julio 1889 una excepción á esta doctrina hipotecaria, habría exigido como requisito esencial para constituir el contrato de anticresis la entrega del inmueble, en forma análoga a la establecida en el art. 1863 RD de 24 julio 1889 para el de prenda, y no habría omitido este artículo en la enumeración de los que como aplicables á aquel contrato se citan en el 1886 art..1886 RD de 24 julio 1889¹⁹².

A mayor abundamiento de la lectura de los antecedentes de hecho que se recogen en esa resolución, que proceden de la Audiencia Provincial de Albacete cuya resolución a su vez fue ratificada por ésta, parece desprenderse que pudiera configurarse un derecho de anticresis sin traslación de la posesión:

“(...) basta que para la efectividad de la percepción de frutos en la anticresis con que el acreedor disponga del predio grabado en el momento en que aquella haya de realizarse, aparte de que si la ley hubiera querido la entrega del predio, la habría exigido expresamente, cuyo silencio no autoriza á requerir en el contrato de referencia lo que no requiere en la hipoteca, á la cual se asemeja más que á la prenda; (...)”

En esa misma línea, la tesis defendida por los constituyentes de la anticresis cuya inscripción fue inicialmente denegada por el Registrador de la Propiedad era que aun no pactándose de forma expresa la autorización para penetrar en el inmueble en tiempo oportuno, cuando sus frutos han de ser recolectados, esa autorización se encuentra implícita en el propio derecho anticrético de tal forma que el propietario deudor no perdería la posesión, sino que tan solo se vería obligado a soportar la entrada del acreedor para la recolecta de esos frutos.

¹⁹² ALBALADEJO GARCÍA, M. ob.cit., pág., 268. Opina al respecto que la Resolución de 15 de Marzo de 1909, aunque encaminada a negar la necesidad de la entrega para “el perfeccionamiento del contrato” de anticresis, sin embargo, parece presuponer la innecesidad de *traditio* para la constitución del derecho real, por no deslindar debidamente la entrega como perfeccionadora de aquel y como creadora de éste.

Si buscamos encontrar caracteres reales en una anticresis constituida de forma que el deudor/propietario no pierda la posesión civil del inmueble, que es la teoría que parece querer recogerse en la precitada resolución de la DGRN así como en la SAP de Albacete de la que traía causa, nos encontramos que el derecho a percibir los frutos por el acreedor pudiera instrumentarse de dos maneras diferentes: (i) bien porque el acreedor adquiere un derecho a penetrar en la finca ajena para percibir los frutos y el deudor/propietario/poseedor del inmueble únicamente se ve obligado a soportar esa entrada al tiempo de la recolección; (ii) o bien porque el deudor deberá él mismo recolectar los frutos y una vez recolectados entregárselos al acreedor.

Desde luego de estas dos opciones que planteamos, la segunda de ellas carece de toda connotación real, se trataría tan solo de una nueva obligación personal del deudor quien se obligaría a efectuar el pago con los frutos recibidos de un inmueble en particular, pero sobre él ni habría inherencia alguna, ni ese derecho resultaría oponible a terceros, no habiendo habido ni traslación posesoria ni inscripción en el registro de la propiedad.

Algo distinta sería la primera de las dos opciones: el deudor conservaría el goce del inmueble y por tanto su posesión, pero debiera soportar la *entrada* del acreedor para la recolección de los frutos que le pertenecen¹⁹³. Con apoyo en el CCE se ha querido sostener la innecesidad de la entrega del bien no ya para la existencia del contrato sino para el carácter real de la anticresis cuyo alcance se limitaría tan solo a la percepción de los frutos y cuyo *pati* para el deudor/propietario sería tan solo el tener que soportar esa percepción directa por el acreedor.

Sin perjuicio de que ya hemos señalado anteriormente que según nuestro criterio la anticresis del CCE, aunque no lo indique expresamente, exige la entrega del inmueble, y ello se deduce tanto del art. 1.883 que impide al propietario deudor

¹⁹³Esta cuestión, en estos términos, resulta implanteable en el ámbito del derecho catalán, puesto que con arreglo a ese derecho se exige como requisito de constitución la entrega del inmueble.

recuperar el goce del inmueble hasta el completo pago de su deuda, como del 1.882 que no tendría justificación alguna sino se presupone la transmisión posesoria del inmueble, como tampoco y por último por el derecho de retención que se le reconoce al acreedor en aplicación de lo dispuesto en los arts., 1.886 y 1.866.2, y dejando al margen todo ello (que es mucho dejar), no encontraríamos entonces con una anticresis realmente anómala: está claro que el propietario/deudor/poseedor conservaría el goce pero tendría que soportar la percepción y recolección de los frutos por el acreedor y en ese caso ¿quién sería el responsable de la producción de esos frutos? ¿debiera soportar el propietario que el acreedor accediera al inmueble tantas veces como resultara necesario para la producción de esos frutos? ¿quién tomaría las decisiones jurídicas y económicas para dirigir esa producción? ¿quién gestionaría y administraría el inmueble orientado a esa producción?. Si estas facultades se las reconocemos al deudor propietario, además de dejar de tener sentido la mayoría de los artículos reguladores de la anticresis, habríamos convertido ésta en algo similar a un censo en donde el propietario pasaría a tener la carga de entregar los frutos producidos (más que a entregar a permitir la percepción) al acreedor.

Si esas facultades se las atribuimos al acreedor, entonces resulta difícilmente imaginable que el propietario deudor conserve la posesión de la finca que es administrada y gestionada por su acreedor¹⁹⁴.

No nos parece que pueda ser defendida la tesis aparentemente sostenida por la AP de Albacete y reflejada en la resolución de la DGRN comentada, conforme a la cual cabría imaginar una anticresis que a semejanza de la hipoteca no conllevaría pérdida de la posesión por el propietario deudor, pero en la que la afección de los frutos producidos al pago de la deuda tuviera carácter real.

¹⁹⁴El art. 1.630 CCE, para el censo enfiteútico, ofrece una solución algo próxima aunque con grandes diferencias en su fondo: el censalista tiene derecho a estar presente en las operaciones de recolección. Sin embargo la diferencia de calado se produce porque en modo alguno el censalista adquiere la propiedad de los frutos hasta que éstos le son entregados, y la administración de la finca la tendrá siempre el censatario que por ello es quien tiene la obligación de pagar todos los gastos y contribuciones.

3.2.2.2.3.- Determinación de los elementos definidores de la anticresis: Una opción alternativa, ¿La anticresis, obligación propter rem?.

De seguir esa tercera posibilidad nos obligaría a determinar si en ese caso el derecho a adquirir los frutos de la finca ofrecida en garantía anticrética, sin transmisión de la posesión y sin documento público, pudiera ubicarse dentro de las cargas reales toda vez que sería más un comportamiento que debiera observar el deudor en relación a su propiedad, que una facultad desgajada del derecho de propiedad y transmitida al acreedor anticrético¹⁹⁵.

DIEZ-PICAZO¹⁹⁶, cuando expone que existen algunos casos en los cuales el sujeto pasivo de un derecho real puede venir obligado a la realización de una prestación positiva, estima que en ese supuesto estamos ante las llamadas cargas reales que imponen al propietario de un fundo la obligación de pagar un canon o una prestación periódica. En esta situación el propio DIEZ-PICAZO cree que la naturaleza de estos derechos es verdaderamente discutida pues para algunos se trata de verdaderos derechos reales puesto que gravan de manera directa e inmediata una cosa y son derechos reales que excepcionalmente imponen al sujeto pasivo una prestación de carácter positivo (derechos reales in faciendo). Según otros autores, en cambio, nos encontramos en presencia de simples derechos de obligación, en los cuales el deudor aparece determinado por el hecho de ser propietario o poseedor de una cosa, y es deudor de la prestación quien en cada momento sea propietario de una cosa.

¹⁹⁵ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL. *Manual de Derecho Civil*, Tomo III-1, Librería Bosch. Barcelona 1976. pág., 21, define las cargas reales como Las cargas reales se definen como aquel poder sobre la cosa que autoriza a su titular a obtener prestaciones (cumplimiento de obligaciones) a cargo de ella, de forma que el titular de la cosa gravada viene obligado a proporcionarlas. Lo que es un gravamen sobre la cosa: a) en el sentido de que es con los rendimientos de esta cosa con lo que se cubre la realización de la prestación que, en ese sentido lato, se obtiene de la cosa; b) en el sentido de que no proporcionada la prestación, el titular de la carga tiene como si dijéramos una garantía en la propia cosa gravada, en cuanto que puede obtenerla sobre ésta o sobre el valor que la misma proporciona, enajenándola.

¹⁹⁶DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Vol. 1. Edit. Cívitas. 5ª Edición. Madrid.1996. pág., 66.

Es el caso del deudor anticrético que hubiere transmitido a un tercero la titularidad de la finca, salvo subrogación, no se produciría la transmisión de la deuda pero la finca sí continuaría gravada a favor del acreedor anticrético con el derecho a percibir los frutos con cuyo importe pagar los intereses y en su caso el capital de esa deuda, lo que pondría en evidencia que es una carga que recae sobre el bien, pero para ello esa anticresis debiera haberse otorgado mediante escritura pública limitando su alcance a la mera percepción de los frutos e inscribirse en el Registro de la Propiedad.

En opinión de GERMÁN DE CASTRO¹⁹⁷ la carga aparece formada por dos elementos: la obligación *propter rem* y la responsabilidad sobre el inmueble, y si la obligación tiene importancia práctica (se trata de la recepción por el titular de prestaciones periódicas y esto sólo puede ser calificado como obligación) la afección del inmueble en garantía reviste gran trascendencia para la caracterización general de la institución como derecho real.

¿Pudiéramos entonces considerar la anticresis sin traslación de la posesión como una carga real?. Para que pudiera ser equiparada, el deudor anticrético que conserva no sólo la tenencia sino también la “entera posesión” (sin inversión del concepto posesorio de ninguna clase) debiera asumir la obligación específica de obtener frutos de esa finca para permitir que posteriormente el acreedor entrara a su recolección y percepción¹⁹⁸ Admitiendo esa opción sin embargo se produce otra consecuencia, que es que en ese caso parece que el contrato de anticresis se desfigura por cuanto la obtención de frutos ya no es una facultad, o una obligación, del acreedor sino que pasa a serlo del deudor.

Además resulta bastante evidente que en la anticresis dejaría de darse una de las características esenciales que resultan predicables de las cargas reales: aún queriendo entender que el deudor anticrético asume él la obligación de producir los frutos esta obligación nunca gravaría la finca a modo de contenido *in*

¹⁹⁷ DE CASTRO VÍTORES, GERMÁN. *La Obligación real en el Derecho de Bienes*. Centro de Estudios Registrales. Madrid. 2.000.pág., 109.

¹⁹⁸ Puesto que si fuera el propio deudor quien tuviese que entregar los frutos ya estaríamos en el supuesto (i) que sería una anticresis sin ningún contenido real.

faciendo. Sería una obligación personal y no podría sostenerse que ese deudor dejase de serlo por el hecho de transmitir el inmueble a un tercero: el deudor anticrético sería deudor personal y lo seguirá siendo hasta la extinción total de la deuda, no quedando en modo alguno liberado por la transmisión o abandono de la titularidad del fondo, característica ésta propia de las cargas, ni tampoco la responsabilidad de la deuda quedaría limitada al estricto valor del inmueble sino que el deudor anticrético es responsable del pago de la deuda de forma universal con todos sus bienes, presentes y futuros.

Por ello debemos concluir que si no hay pérdida de la posesión por el deudor anticrético y correlativa adquisición de la misma por el acreedor, puede haberse convenido un contrato de contenido anticrético pero no un derecho real de anticresis.

3.2.2.3.-Conclusión

Así pues, y a modo de resumen podemos encontrarnos:

(i) con una anticresis constituida mediando escritura pública y tradición del inmueble (que podrá ser tradición real o también instrumental, pero en este caso obviamente deberá desprenderse del documento que no existe voluntad contraria), y habrá que concluir que estaremos ante un derecho real de anticresis.

(ii) Podremos encontrarnos también ante una anticresis constituida sin escritura pública pero mediando tradición (aquí sólo cabrá tradición real), y también habrá que concluir que estamos ante un derecho real.

(iii) Y por último nos podemos encontrar con anticresis constituidas bien mediante escritura pública bien sin ella pero siempre sin tradición posesoria (obviamente, de la escritura deberá desprenderse inequívocamente esa falta de tradición, y además no deberá haber habido tampoco tradición real); en este caso estaremos ante un contrato que guardará algunas diferencias con el propio contrato de mutuo del que presuntamente es garantía o al que se vincula: el

deudor en este contrato se compromete a pagar capital e intereses mediante la entrega de los frutos producidos por la finca teóricamente afecta, y que deberá ir entregando al acreedor en los términos convenidos; y de no hacerlo los efectos del incumplimiento se pueden encauzar de dos formas diferentes: puede el deudor querer cumplir con la devolución de capital e intereses pero entregando frutos distintos (por ejemplo, dinero en lugar de frutos naturales), algo que en cualquier caso el acreedor no tiene por qué aceptar; y puede incumplir porque no entregue nada. En ambos casos deberá responder por incumplimiento, pero en ninguno de ellos el acreedor tendrá acción directa alguna ni sobre los frutos ni sobre la finca; será un acreedor ordinario sin que disponga de ningún tipo de afección real sobre la finca ni sobre sus frutos, en garantía de su derecho.

Pese a ello se hace preciso destacar que de ese contrato también se desprenden unas obligaciones que serían distintas que aquellas que se desprenderían del simple contrato de mutuo.

En este contrato no se da la cesión de la finca ni la desmembración del derecho a percibir los frutos, habrá un compromiso de atribución de esos frutos, pero con un carácter estrictamente obligacional; no se dará en ningún caso el contrauso y así se pondrá de manifiesto la carencia de un requisito que es esencial y necesario para poder hablar apropiadamente de anticresis. En este supuesto el deudor no ha hecho entrega de la facultad de obtener los frutos futuros, sino que el deudor estará pagando mediante frutos presentes, ya obtenidos, y que salen de su patrimonio para, como medio de pago, incorporarse en el patrimonio del acreedor. Así el contrato creado tendrá una cierta tendencia a asimilarse al de anticresis por su contenido liquidativo de una deuda con base a la percepción de unos frutos (¿cuasi anticresis?), pero en modo alguno puede ser calificado como contrato anticrético.

Por ello nos parece más acertada la posición de ALBALADEJO cuando se pronuncia en el sentido de admitir la existencia de un contrato de anticresis con efectos estrictamente personales, con contenido propio, pero que no puede generar un derecho real, y que como tal contrato debiera quedar diferenciado del derecho real de anticresis. Ahora bien ese contrato que es algo más que una

mera promesa (en los términos de PUIG BRUTAU)¹⁹⁹, ciertamente tampoco es una auténtica anticresis pues faltaría un contramutuo y carecería del derecho de retención, por eso sería adecuada la calificación de contrato cuasi anticrético.

3.3. EL DERECHO DE ANTICRESIS Y SU ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

También se resalta como argumento determinante de la naturaleza real de la anticresis que es un derecho que resulta inscribible en el Registro de la propiedad, algo que si bien no está recogido explícitamente ni en el CCE ni en la Ley Hipotecaria, sí ha resultado contrastadamente admitido por numerosas resoluciones de la DGRN al amparo del art. 2 de la L. Hipotecaria, que declara inscribibles los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres *y otros cualesquiera reales*.

Claro que quizás pudiera objetarse a esa opinión que éste no es propiamente un argumento para defender el carácter real de la anticresis, puesto que precisamente ese artículo permite el acceso del derecho de anticresis al Registro de la propiedad si es que este derecho es real, impidiéndolo en otro caso: lo que hace la DGRN es admitir la inscripción porque estima que la anticresis es un derecho real y como tal procede ser inscrita, no a la inversa ²⁰⁰.

La anticresis, pues, resulta inscribible a través de esa vía interpretativa que de la naturaleza real del derecho, realiza la DGRN. Cosa distinta sería si la propia

¹⁹⁹ PUIG BRUTAU J. ob., cit., pág., 15.

²⁰⁰Véase la ilustrativa sentencia del TS. De 3 de Marzo de 1995, en cuyo Fundamento de Derecho tercero, establece: “El primer motivo con base en el número 5.º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa la infracción del art. 38 de la Ley Hipotecaria, párrafo 2.º y jurisprudencia cuyas sentencias invoca. Hay que tener presente que la categoría de Derecho Real no se produce por el simple acceso al Registro de la Propiedad sino que deviene por su íntima naturaleza jurídica que la inviste de una eficacia «erga omnes» y constituye por lo tanto una petición de principio hacer uso y aplicación del precepto hipotecario que se invoca en el motivo...”.

normativa del CCE, como así sucede en el CCCat (art. 569-24), tuviera previsto que el derecho de anticresis es en sí mismo inscribible pues de ello cabría interpretar que, implícitamente, se estaría reconociendo su carácter real.

GARCÍA-GRANERO argumenta que el derecho de anticresis es efectivamente oponible a terceros, toda vez que el art. 1.883 del CCE establece que “el deudor no puede readquirir el goce del inmueble sin haber pagado antes enteramente lo que debe a su acreedor”, y resulta natural pensar que tampoco podrá el deudor incumplir esta norma mediante la enajenación del inmueble a un tercero. Quizás pudiérase matizar que el derecho resultará o no oponible a terceros en función de su carácter real. Sin embargo, sí que parece bien llamado ese art. 1.883 CCE para sustentar el carácter real del derecho, puesto que la función del mismo es establecer una limitación a los derechos del propietario. El propietario no podrá readquirir el goce del inmueble (limitación absoluta a su derecho de propiedad) en tanto no haya pagado enteramente lo que debe al acreedor. De esta forma, sin perjuicio del alcance de los derechos que adquiere el acreedor anticrético y que luego estudiaremos, resulta evidente que, constituido el derecho de anticresis con traslación de la posesión, ha nacido un derecho en favor del acreedor y limitativo del de propiedad, y por ello oponible al propietario y a quien de él traiga causa.

Destaca entonces la *traditio* como elemento esencial para la determinación de la naturaleza real de la anticresis y a partir de ahí habrá que determinar el alcance de sus efectos y si ese derecho debe ser entendido como de garantía o de goce.

Como ya hemos señalado anteriormente el CCE no dispone de un artículo equivalente al 569.24.2 del CCCat, que se manifieste en el sentido de que la anticresis deba inscribirse y que de no hacerlo resulte inoponible a terceros (inscritos). Dispone sin embargo de otros argumentos que creemos que la conducen por el mismo camino.

El art. 609 CCE no condiciona la adquisición ni del dominio ni de los demás derechos reales sobre inmuebles a su inscripción en el Registro de la Propiedad,

pero como señala GARCÍA GARCÍA²⁰¹ esos derechos reales podrán tener efectos limitados mientras no cumplan con el requisito de la publicidad registral, produciendo efectos reales –no sólo personales- entre las partes contratantes y los terceros no inscritos, y adquiriendo la eficacia real plena y absoluta frente a todo el mundo cuando accedan al registro, teniendo dicha inscripción un carácter *configurador* de la plena eficacia real y absoluta del derecho inscrito.

²⁰¹GARCÍA GARCÍA, J.M. loc., cit., pág., 340.

4.- TIPOLOGÍA DE LA ANTICRESIS EN TANTO QUE DERECHO REAL

4.1.- LA ANTICRESIS COMO DERECHO REAL DE GARANTÍA

GARCÍA-GRANERO²⁰² ha venido a compendiar muchos de los argumentos utilizados, en el derecho español, para identificar la anticresis como un derecho real de garantía : se refiere en un primer lugar a que el código español incluye la anticresis, juntamente con la hipoteca y la prenda, en el Libro IV Título XV, de forma que el legislador al tratar conjuntamente estas tres instituciones demuestra que tenía de ellas un concepto unitario como distintas manifestaciones de una idea común de la garantía real. Como manifiesta el propio autor²⁰³ , este carácter aún resultaba más acusado en el *Code de Napoleon* cuya concepción unitaria de prenda y anticresis, quedaba acentuado bajo la conjunta denominación de *nantissement*²⁰⁴ (art. 2.701), estableciendo como única diferencia entre una y otra la naturaleza mueble e inmueble de la cosa sobre la cual se constituye.

El segundo de los argumentos a los que se refiere GARCÍA GRANERO vendría por la aplicación analógica a la anticresis de ciertos preceptos de la prenda y de la hipoteca, y tal y como antes hemos expuesto no son pocos los autores que además consideran que la remisión prevista en el art. 1.886 CCE debe ser interpretada más ampliamente de forma que aun aquellos preceptos no expresamente mencionados en el 1.886, pero reguladores de prenda e hipoteca, también resultarían de aplicación en la anticresis²⁰⁵.

²⁰² GARCÍA-GRANERO FERNÉNDEZ, J. loc. cit. pág., 464

²⁰³E igualmente PUIG BRUTAU, J. ob. cit., pág., 13.

²⁰⁴Sin embargo hay que precisar que no es que el *nantissement* recogiera ambas figuras (prenda y anticresis) las cuales tenían una regulación autónoma propia, sino que venía a regular el depósito en garantía tanto de los bienes muebles como de los inmuebles. Véase arts. 2.071 y ss. *Code Napoleon*.

²⁰⁵HERNÁNDEZ MORENO, A. loc., cit., pág., 1.939.GUILARTE ZAPATERO,V. loc., cit., pág., 679.PUIG BRUTAU, J. ob., cit., págs., 118 y 119.

Sin embargo ya hemos señalado más arriba que esa ubicación y esa remisión pueden resultar ilustrativas, pero que la naturaleza del derecho viene determinada por las disposiciones que le sean propias y no por aquellas que resultan aplicables tan solo a otras figuras aunque resulten afines.

Y el tercer argumento utilizado es que dada la remisión del art. 1.886 al 1.861, la anticresis puede asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria, por lo que este mismo autor se pregunta: ¿qué garantía va a representar la anticresis para el crédito por cuya seguridad se constituye si no es una verdadera y propia garantía real?²⁰⁶.

Este último argumento viene a resultar indirectamente discutido por PUIG-BRUTAU²⁰⁷ quien denuncia la dudosa utilidad práctica de la remisión del 1.886 al 1.861 pues la anticresis es una garantía, dice, que puede convenir a las obligaciones puras pero no a las condicionales, pues para garantizar el cumplimiento de esas obligaciones condicionales la percepción de los frutos tendría carácter pignoraticio pero no anticrético. El acreedor los recibiría en prenda a la espera de que la obligación condicional resultara líquida y exigible, pero no recibiría esos frutos en anticresis, puesto que en ella los frutos se perciben para ser inmediatamente aplicados al pago de los intereses o en su caso del capital. Opinión que a su vez es rechazada en la obra de SANTOS BRIZ²⁰⁸ que la considera demasiado sutil frente al carácter absoluto del art. 1.861, y por no existir imposibilidad jurídica alguna para poder pactar la liquidación de la deuda para cuando se produzca su existencia en supuestos de condición suspensiva o su extinción en caso de condición resolutoria, sin que por eso deje de ser anticresis, que es siempre un derecho análogo a la prenda.

También resulta francamente evidente, que la anticresis se configura como un derecho similar a la prenda pero sobre inmuebles, y que no existiría ningún argumento suficientemente poderoso como para admitir la naturaleza real de

²⁰⁶ GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J. loc., cit., pág., 464.

²⁰⁷ PUIG BRUTAU, J. ob., cit., pág., 18.

²⁰⁸ SANTOS BRIZ, J. ob. cit. pág., 468.

garantía de la prenda para los bienes muebles y negarla en cambio para los bienes inmuebles, pues el mismo fundamento debe existir en uno y otro caso para sostener la naturaleza de real de garantía del derecho establecido sobre la cosa. Añade GARCÍA-GRANERO que existe una absoluta identidad de razón y fin entre ambas instituciones por lo cual no dejaría de ser bastante arbitrario decir de una de ellas que es un derecho real de garantía y de la otra que no (evidentemente salvo que se admita la anticresis sin traslado de la posesión, de ningún tipo, pues entonces sí nos encontraríamos ante unos derechos francamente diferentes: En la prenda la entrega del bien es esencial y constitutiva y en la anticresis resultaría innecesaria). Y no existiendo en el código español ninguna declaración formal que se pronuncie en uno u otro sentido, parece mucho más lógico conceder a la anticresis el rango de derecho real análogo al que surge de los contratos de prenda e hipoteca.

PUIG-BRUTAU²⁰⁹ también aporta dos argumentos que necesariamente deben ser tomados en consideración: este autor hace referencia al último párrafo del art. 1.857 CCE que establece que “las terceras personas extrañas a la obligación principal pueden asegurar ésta pignorando o hipotecando sus bienes” y que en méritos del art. 1.886, también podrán esas mismas personas asegurar el cumplimiento de aquella obligación principal constituyendo sobre sus propios bienes inmuebles derecho de anticresis. De esta forma, afectar la propiedad de un bien inmueble al cumplimiento de una obligación ajena, y comprometiendo sólo los bienes afectados y no la generalidad de patrimonio del garante, sólo podrá hacerse desde la propia existencia de un derecho real de garantía.

PUIG-BRUTAU emplea este argumento, en el sentido de defender que si el art. 1.862 habla de promesa de constitución de hipoteca o prenda, y que esa promesa tiene sólo carácter personal, es porque luego, cuando efectivamente queda constituida la tal prenda o hipoteca, éstas tienen carácter real. Y, añade, si eso es válido para la prenda e hipoteca, forzosamente debe ser también válido para la anticresis, puesto que el 1.886 CCE al hacer remisión al 1.857, sin lugar a dudas –y aunque no lo cite expresamente– se está refiriendo también al 1.862.

²⁰⁹PUIG BRUTAU, J. ob.cit., pág., 15.

También aporta, PUIG-BRUTAU, como segundo argumento el carácter indivisible del derecho real de garantía. El art. 1.886 CCE remite para la anticresis a lo establecido en el 1.860 para prenda e hipoteca, artículo que establece que “la prenda y la hipoteca son indivisibles aunque la deuda se divida entre los causahabientes del deudor o del acreedor. No podrá, por tanto, 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”.

Y en su consecuencia, remarca dicho autor, en la circunstancia en que nos encontremos ante una única deuda asegurada con un derecho de garantía también único, y la obligación quede fragmentada en su lado pasivo, el derecho real de garantía no podrá seguir la misma suerte. Cabe, añade, que ciertamente la cosa se divida en dos o más, pero los nuevos propietarios no pasarán a ser, sin más, deudores personales de aquella obligación asegurada, y sin embargo la garantía pesará invariablemente sobre la misma cosa.

De esta forma podemos concluir que cuando se transmite una finca gravada con anticresis, o esta finca se divide en varias nuevas fincas que son adjudicadas a distintos nuevos titulares, por aplicación de los arts., 1.866 y 1.860 CCE, ni la garantía se divide ni tampoco se extingue; y al igual que ocurre con el adquirente de una finca hipotecada que el nuevo propietario no pasa *ope legis* a ser deudor del acreedor hipotecario (aunque su nueva propiedad siga respondiendo ante la falta de cumplimiento de la obligación asegurada y deba soportar (o pagar) la ejecución de la garantía), igual ocurrirá con la garantía anticrética que seguirá gravando la finca sobre la que recae independientemente de quien sea su titular, poniéndose en evidencia de esta forma el distinto discurrir del propio derecho de anticresis que siempre recaerá sobre el mismo inmueble, con la titularidad de la deuda principal.

Por cuanto antecede son muchos los argumentos que perfilan ese derecho real de anticresis como un derecho real de garantía y cuya enunciación sería la siguiente:

1. Por su ubicación en el CCE, junto con los derechos reales de garantía.

2. Por la aplicación analógica a la anticresis del conjunto de disposiciones establecidas en el CCE para la prenda y para la hipoteca.
3. Por la extensión del art. 1.861 CCE.
4. Porque reconocida la naturaleza real para la prenda de bienes muebles, no tendría sentido negársela a la de los inmuebles.
5. Por disponer el acreedor del *ius retentionis* (art. 1.883 CCE).
6. Por ser un derecho independiente respecto de la propia obligación principal y que recaer especial y exclusivamente sobre el bien ofrecido en anticresis (art. 1.857 CCE).
7. Por el carácter indivisible del derecho y la imposibilidad de cancelación parcial debida a la división del objeto o de la deuda (art. 1.860).

4.1.1.- La facultad de realización de valor como sostén de los derechos reales de garantía y su reconocimiento en el derecho de anticresis.

4.1.1.1.- La realización de valor como elemento identificativo de los derechos reales de garantía: Su contenido.

Para ALBALADEJO, el elemento esencial que identifica a los derechos reales de garantía es, precisamente, el *ius distrahendí*²¹⁰; e igualmente para LACRUZ cuando manifiesta que la inmediatez propia de los derechos reales se evidencia en la facultad de instar la venta de la cosa en el caso de impago de la deuda y que ello puede realizarse sin la cooperación del propietario; es más, contra su voluntad²¹¹. Para este autor el carácter real de los derechos de garantía, no se manifiesta, como en los derechos de goce en proximidad y aprovechamiento de la cosa, sino en la facultad de conservación de su valor mediante la acción de devastación en la fase de seguridad y en la facultad de enajenación de la misma y satisfacción del crédito con el precio obtenido en la fase de realización de valor.

²¹⁰ ALBALADEJO GARCÍA, M. ob., cit., pág., 24.

²¹¹ LACRUZ BERDEJO, J.L. ob., cit., pág., 204 y ss.

El dominio, nos dice, se ve limitado en el *ius abutendi*²¹² durante la primera fase, y en el *ius disponendi* durante la segunda. Y, concluye, que por todo ello procede calificar estas figuras como derechos reales no de goce ni de adquisición, sino de garantía²¹³.

Resulta mayoritaria la postura doctrinal que sostienen que la facultad de realización de valor resulta determinante para los derechos reales de garantía²¹⁴, incluso es frecuente denominar indistintamente a los derechos reales de garantía como derechos de realización de valor²¹⁵, o como hace ya directamente DÍEZ-PICAZO prescindir de la clasificación tradicional de los derechos reales de garantía, para referirse exclusivamente –en la clasificación– a los derechos reales de realización de valor, eso sí con función de garantía y entre los que ubica al derecho real de anticresis²¹⁶. Es muy abrumadora la doctrina que se pronuncia en este sentido:, GUILARTE estima que la realización de valor, unida a la sujeción de la cosa al cumplimiento de la obligación asegurada y el derecho de preferencia que otorga a su titular para cobrarse, representa el nervio de este tipo de garantía en el Derecho moderno y en ello radica el carácter real de esos

²¹² CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO. *Derecho o Carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca*. Editorial CEDECS EDITORIAL S.L. Barcelona. 1998, págs., 173 y ss, explica citando a Fernández Elías que la palabra *abutendi* no significaba entre los romanos lo que quieren hacerla significar los tratadistas –esto es, abuso–; no, no era como estos dicen, el derecho a incendiar la cosa que estaba en el dominio, no era el derecho de destruirla por capricho; era el derecho de disfrutar de ella en toda la extensión de la cosa misma, de consumirla, de destruirla cuando esto resultaba necesario para que la cosa en cuestión realizase su objeto.

Para este propio autor el *ius disponendi* comprende la posibilidad de enajenación, de cesión y transferencia a tercero, de renuncia, de extinción del derecho por destrucción de la cosa y de autolimitación mediante la imposición de cargas y gravámenes o de derechos reales limitados.

²¹³ Y en el mismo sentido también DIEZ PICAZO Y GULLÓN. ob., cit., pág., 544.

²¹⁴ LACRUZ BERDEJO, J L. ob., cit., pág., 18.

²¹⁵ ALBALADEJO GARCÍA, M. ob., cit., pág., 221: “Operando mediante enajenación de la cosa objeto del derecho real de garantía, para obtener su precio, con el que cubrir la obligación garantizada, es de esencia la atribución al acreedor de la facultad de promover la enajenación...”

²¹⁶ DÍEZ-PICAZO, L. ob., cit., pág., 117.

propios derechos²¹⁷; del mismo modo para DIEZ PICAZO las garantías reales significan la concesión y afección de un derecho a la realización de valor sobre una cosa para la satisfacción del crédito²¹⁸, y en el mismo sentido LACRUZ para quien la inmediación de los derechos reales de garantía se manifiestan en la facultad de enajenación²¹⁹.

Sin embargo, pese a lo usual que resulta vincular la realización de valor a los derechos de garantía, a nosotros no nos parece que esta facultad sea el elemento esencial y definitorio de los mismos. Siguiendo la opinión de ESPEJO LERDO DE TEJADA²²⁰, estimamos con él que más allá de las figuras tipificadas de la prenda y de la hipoteca respecto de las que el art. 1.858 CCE establece la posibilidad de su enajenación como elemento esencial de ambas, para los restantes casos “la correlación garantía realización de valor no tiene por qué darse. No hay ninguna razón sistemática, dogmática o funcional que así lo imponga.”²²¹

La caracterización del *ius distrahendi* como elemento esencial de los derechos reales de garantía merece ser comentada pues aun cuando, como hemos visto, son muchos los autores que determinan que esa facultad es el elemento definitorio de este tipo de derechos, nosotros creemos que la verdadera función

²¹⁷ GUILARTE ZAPATERO, V. Loc.cit., pág., 451. También MORENO QUESADA, L. ob., cit., pág., 13. E igualmente ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A. ob., cit., pág., 117.

²¹⁸ DIEZ PICAZO, L. ob., cit., pág., 62.

²¹⁹ Aunque también resalta que para la anticresis esa inmediación y la limitación a la propiedad aparecen con la cesión del derecho de goce. LACRUZ BERDEJO, JL, ob., cit., pág., 204.

²²⁰ ESPEJO LERDO DE TEJADA, MANUEL. “Autonomía privada y Garantías reales”, en Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo. Editorial Thompson-Cívitas. Madrid.2003.Tomo III. Págs., 3.747 y ss.

²²¹ Quizás sin tanta rotundidad FERRANDIS VILELLA, JOSÉ, se pronuncia en el mismo sentido. “Introducción al estudio de los derechos reales de garantía”. ADC. Enero Marzo 1960. Tomo XIII. Fascículo I. pág., 47. Y más adelante en su pág., 49, concluye: “ la realización del valor es un remedio para el caso de incumplimiento. Pero el derecho real de garantía no se dirige a *remediar el incumplimiento*, sino a *asegurar el cumplimiento*”.

de garantía no está tanto en la enajenación como en el privilegio (y la preferencia)²²².

La facultad de enajenación que concede un derecho real de garantía entendemos que no es más que el cauce procesal para el ejercicio de una acción. Cualquier deudor responde universalmente con todo su patrimonio de la totalidad de sus deudas, y por tanto cualquiera de sus acreedores podrá dirigirse al juez solicitando el embargo de sus bienes y la venta judicial de los mismos. La constitución de un derecho real de garantía lo que le aporta, como elemento diferencial respecto del crédito ordinario, es la afección (útil tan solo cuando el bien afecto salga del patrimonio del deudor) y el privilegio (siempre y en cualquier caso).

Que la facultad de realización de valor permita al acreedor iniciar un proceso de enajenación al margen del proceso judicial ordinario, simplifica la vía del ejercicio de la acción pero pensamos que no aporta nada esencialmente diferencial respecto del derecho de crédito²²³, por tanto los elementos que en todo caso creemos que caracterizan a los derechos reales de garantía serían la afección y el privilegio, porque la concurrencia o no de ellos sí diferencia un derecho de otro.

Entendida la afección en los términos en los que la define ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, esto es, “la vinculación jurídica de un bien al cumplimiento de una obligación mediante la enajenación jurisdiccional del mismo en caso de incumplimiento”²²⁴, esta afección es lo que va a permitir que efectivamente ese bien en particular quede vinculado al pago de una deuda concreta, y esa afección o vínculo es lo que hará que ese derecho sea oponible *erga omnes*. Y este sí es un elemento absolutamente diferencial.

²²² En este mismo sentido se manifiesta también DE REINA TARTIÈRE, G. ob., cit., pág., 719: “(...) En cambio, la garantía supone algún medio de reforzamiento de la posición del acreedor común. (...). En la medida en que el acreedor obtenga una preferencia frente a otro acreedor, o frente a terceros adquirentes, o la afección especial de una cosa, o pueda ejecutar un nuevo patrimonio, habrá garantía”.

²²³ MORENO QUESADA, L. ob., cit., pág., 28.

²²⁴ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A. ob., cit., pág., 117.

La facultad de enajenación contra la voluntad del deudor y sin contar con su participación se da en todos los créditos que entren en un proceso de ejecución judicial, acogerse a un derecho real de garantía *típico*, desde un punto de vista procesal, lo único que hace es simplificar el procedimiento y sustancialmente poder saltarse la fase declarativa del derecho (que no siempre es precisa, vgr: la ejecución de títulos valores). Lo que va a diferenciar una ejecución de otra es la *afección*.

Y si esa *afección* distingue sustancialmente la extensión de la responsabilidad entre una obligación ordinaria y una obligación con garantía real, no es en modo alguno menos trascendente el privilegio (y la preferencia) que es lo que hace culminar con eficacia la *afección*. El privilegio quebrará el principio de *la par conditio*. Frecuentemente se separa el concepto de privilegio del concepto de derecho de garantía, sosteniéndose que los derechos reales de garantía tienen origen convencional y los privilegios legal²²⁵; sin embargo eso tampoco nos parece del todo cierto. Las garantías reales típicas producen sus efectos aseguradores, precisamente por estar *tipificadas*, de forma que los efectos que se producirán no los pueden convenir las partes sino que tienen origen legal. De hecho en la discusión doctrinal sobre la posibilidad de que los particulares puedan crear nuevos derechos reales *no tipificados*²²⁶, ROCA SASTRE, pronunciándose en contra, señala que es realmente difícil crear derechos reales *ex novo*²²⁷ y que en todo caso lo que ocurrirá es que se utilizarán estructuras ya existente para ser aplicadas modificando tan solo determinadas circunstancias o variando la finalidad para las que fueron creadas. Y eso con mayor motivo ocurrirá también

²²⁵Ibídem.

²²⁶ A favor, LACRUZ BERDEJO, JL. ob., cit.,. Pág., 203. Mucho más reticentes se manifiestan PUIG BRUTAU, J. ob., cit., pág., 35; y PUIG PEÑA, FEDERICO. *Tratado de Derecho Civil Español*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1972. Tomo III. Vol I., pág., 25.

²²⁷ ROCA SASTRE, RAMÓN M^a Y ROCA SASTRE MUNCUNILL, LUIS, en *Derecho Hipotecario*. Edit. Bosch. Barcelona.1979. Tomo IV- 2º. Pág., 670.

en los derechos reales de garantía en donde deben entrar en juego el privilegio, y el origen de éste siempre deberá ser legal²²⁸.

CABRILLAC, entendemos que acertadamente, sostiene que afección y privilegio son verdaderamente los elementos esenciales de toda garantía real²²⁹. Y lo cierto es que a nosotros lo que nos parece definitorio de la garantía no es tanto el procedimiento que debe seguirse para su efectividad, sino la seguridad de que el bien afecto ya no escapará de responder por la deuda a la que ha quedado vinculado y la circunstancia de que una vez enajenado ese bien, sobre el valor obtenido el acreedor en méritos del privilegio (y en su caso de la preferencia) adquiere la seguridad de que él será el primero que cobrará su crédito enteramente, sin las limitaciones propias de *la par conditio*.

Por tanto podemos hablar de la facultad de realización de valor como la manifestación principal de los derechos reales de garantía, pero ese *ius distrahendi* deberá ser entendido en esos casos, no tanto en su vertiente procesal sino como la acción que conlleva afección y privilegio, sólo entonces es verdaderamente esencia de los derechos reales de garantía.

4.1.1.2.- La presencia de la facultad de realización de valor en la anticresis regulada por el CCE.

En la actualidad, que la anticresis constituye un derecho de realización de valor es algo que, sin decirlo expresamente el CCE, ha venido siendo admitido de forma prácticamente unánime por doctrina y jurisprudencia, aunque últimamente parece apreciarse un cierto cambio de criterio entre algunos autores²³⁰.

²²⁸ MORENO QUESADA, L. ob., cit., pág.,74.

²²⁹ En este sentido CABRILLAC, MICHEL; MOULY, CHRISTIAN, CABRILLAC SÉVERINE, PÉTEL, PHILIPPE. *Droit des Sûretes*. Editorial Lexis Nexis.S.A. Paris.2010. 9ª Edición. Pág., 413.

²³⁰LACRUZ BERDEJO, JL, ob.cit., pág., 300, a quien le parece cuestión muy dudosa.

Cierto es que la redacción dada al art. 1.884 CCE es, desde luego, desafortunada; pero, según se cuestiona ALBALADEJO²³¹, si al acreedor anticrético se le negase la facultad de poder proceder a la venta del inmueble, ¿qué garantía hubiera recibido ese acreedor para asegurar el cobro de su crédito?.

Hemos señalado más arriba, que en su origen la anticresis era el pacto que acompañaba al *pignus*, tanto del bien mueble como inmueble, y que suponía que junto al derecho de retención tuviera el acreedor la facultad bien de compensar los frutos con los intereses de la deuda, bien de aplicarlos primero al pago de esos intereses y luego al capital; y que es a partir del Siglo II d.C. en que la jurisprudencia consideró como “elemento natural” del *pignus* con pacto anticrético, además, la facultad de realización de valor.

En este mismo sentido para PUIG-BRUTAU²³² para quien la anticresis en su origen acompañaba siempre al *pignus* o a la hipoteca, pero modernamente (al

Igualmente DE COSSIO Y CORRAL, ALFONSO, *Instituciones de Dº Civil*. Edit. Civitas. Madrid.1988. pág., 349.

También se formula dudas. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A. , ob.cit., pág., 216, quien abiertamente entiende que la anticresis no conlleva *el ius distrahendi*: “... a mi entender no hay razón para excluir la posibilidad de constitución de un derecho real de garantía que consiste sólo en la puesta en administración de un bien. Históricamente el *ius distrahendi* aparece como un pacto agregado al *pignus* y la garantía real se funda en la cesión posesoria y no en la realización de valor. La definición del *pignus* es la de una posesión con fines de garantía. Del mismo modo, en el derecho moderno, el carácter real de anticresis se puede fundar en la oponibilidad a terceros de una puesta en administración y no en el derecho de retención.

Recordemos que GULLÓN Y DÍEZ-PICAZO, como ya hemos señalado mediante nota en el epígrafe 3.2.2.1 han evolucionado en su opinión pues mientras en un inicio defendían que “la anticresis, como derecho real de garantía, comporta siempre el *ius distrahendi*...”, posteriormente se manifiestan en el sentido contrario: “La anticresis no confiere un *ius distrahendi* al acreedor para el eventual pago de su crédito mediante la realización del inmueble objeto de aquel derecho...”

²³¹ ALBALADEJO GARCÍA, M. ob.cit., pág., 271.

²³²PUIG-BRUTAU,J. ob.cit., pág., 51

incorporarla a los códigos) se constituye como nueva figura independiente separada de los otros derechos, y de esta forma el *ius distrahendi* que siempre existió en tanto que formaba parte no de la anticresis sino de la prenda o de la hipoteca, queda también atribuida a la anticresis pero respecto de ésta es una facultad nueva. Facultad, que al regularse de manera autónoma el propio derecho de anticresis debió entenderse como de necesario mantenimiento²³³.

Si procedemos a examinar la presencia de la afección y el privilegio en la anticresis, para cuya efectividad se debiera instrumentar la facultad de realización de valor, nos encontramos que en el CCE (a diferencia del catalán que examinaremos más abajo), a la anticresis no se le reconoce privilegio y tampoco afección. Lo que se produce es una transmisión de la posesión del bien inmueble, pero no una afección propiamente dicha. Y si entendemos, como así hacemos, que fruto del convenio anticrético nace un derecho real con transmisión posesoria, lo que sucederá es que el acreedor anticrético podrá defender su posesión y su *ius fruendi, erga omnes*, por el contenido del propio derecho real.

El carácter de derecho real de realización de valor le viene reconocido a la anticresis, entre otras, por la resolución de la DGRN de 11 de marzo de 1932 que establecía:

“Que prescindiendo de la naturaleza, tan discutida en todas las legislaciones –ya desde la romana- del gravamen anticrético, que vuelve a mirarse con tanto interés en los países de crédito territorial más avanzado, porque sustituye con ventaja a las varias combinaciones de la hipoteca y el usufructo –usufructo de seguridad o de garantía-, y aun equiparada la anticresis, con carácter de verdadero derecho real, a la hipoteca por la jurisprudencia de este centro directivo, en cuanto supone, igualmente, - aparte el característico derecho al percibo de los frutos, una potencial enajenación de la propiedad del inmueble...”

Y siendo ésta la interpretación absolutamente mayoritaria en nuestro derecho, tanto por los distintos autores que comentan el art. 1.884 CCE como por la

²³³Es esta una conclusión, que como ya hemos señalado muy insistentemente estamos en franco desacuerdo, no hay nada, ningún antecedente que permita deducir que la facultad de *ius distrahendi* quedó atribuida a la anticresis cuando ésta se incorporó a los códigos como figura contractual independiente.

jurisprudencia, lo cierto es que la regulación del CCE no lo establece expresamente, a diferencia del CCCat.

De la lectura literal del art.1.884, prescindiendo –por el momento- de que esa literalidad pueda conducirnos a un absurdo, resultará que el derecho de anticresis sólo llevaría aparejada facultad de enajenación para la realización de valor en aquellos supuestos en que o bien las partes lo hubieran pactado expresamente o bien las propias partes hubieran convenido un *pacto comisorio*, que al ser declarado nulo por la ley, esa misma ley atempera o rebaja los efectos de tal declaración de nulidad, en el sentido de prohibir al acreedor la adquisición directa del derecho de propiedad, pero permitiéndole por contra proceder a la venta de ese bien en pública subasta.

Como ya hemos visto una gran mayoría de autores vienen a manifestar que si se niega el derecho de realización de valor, la garantía anticrética pierde todo su sentido. También hay algún autor que se manifiesta indeciso pues al tiempo de determinar que el *ius distrahendi* es un elemento esencial de los derechos reales de garantía, sin embargo al referirse a la anticresis opina que siendo éste un derecho real de garantía puede que se constituya sin la facultad de realización de valor²³⁴.

Si negáramos a la anticresis la facultad de realización de valor, la percepción de frutos se aproxima mucho a una función de pago, y en ese caso probablemente se tendría que sustraer su regulación del Título XV, donde se recogen las garantías reales, para remitirlo a otra sede.

La anticresis, en cuanto percepción de frutos, podrá ser calificada como derecho real porque atribuye una adquisición originaria de los frutos, pero su ubicación en el ámbito de los derechos de garantía únicamente puede tener sentido, lógicamente, si se configura como un derecho de realización de valor²³⁵.

²³⁴ÁLVAREZ CAPEROCHIPPI, JA. ob., cit., págs., 117 y pág., 216.

²³⁵En este sentido GUILARTE ZAPATERO, V. loc.cit., pág., 642.

POTHIER²³⁶ ya ponía el acento, al señalar la identidad de la anticresis frente a otras figuras, precisamente en que en la anticresis el acreedor no adquiere el derecho de vender la heredad, y eso proviene ya del derecho romano (/Digesto Libro XX.Tit.1.11.1) y en opinión de Pothier, esta referencia “*retinet possessionem pignoris loco...*” que hacía la ley y no al “*pignoris iure*”, es lo que justificaba que la anticresis ni en origen, ni al ser reestablecida en el derecho francés, contuviera la facultad de realización de valor²³⁷. Y siendo pues, tal y como se define en el derecho francés un derecho de garantía, se establece su regulación entre los restantes derechos de garantía aunque ello no implique que conlleve la facultad de realización de valor. Y ello era exactamente igual en el código civil francés vigente hasta marzo de 2006²³⁸, en cuya regulación se establecía que el acreedor anticrético no devenía propietario del inmueble en caso de impago de la deuda principal, para cuya *persecución* debía acudir el acreedor a las vías legales (ordinarias). (art. 2.088 del código civil francés, vigente hasta esa fecha²³⁹ . Y la

E igualmente se pronuncia también CORDERO LOBATO, E. loc., cit., pág., 2.135, para quien “a pesar de lo previsto en el art. 90.1.2º de la Ley Concursal, la garantía no recae sobre los frutos sino sobre el inmueble mismo.”

²³⁶ POTHIER., ROBERT JOSEPH. *Oeuvres de Pothier*, publicadas por M. Dupin. Editorial Pichon-Bechet, Libraire. Paris 1827. Tomo Quinto. Pág 597.

²³⁷ En este sentido D’ORS, expone que la garantía que ofrece el *pignus* es, en principio, de carácter tan solo coactivo: el acreedor, al retener la posesión pignorada y privar de ella al pignorante, le fuerza a cumplir, o hacer cumplir, la obligación, pues sólo cumpliéndola podrá recuperar la cosa de que se ve privado. Pero el pignorante puede autorizar al acreedor para aprovecharse de la prenda que éste retiene: con ese fin puede convenir un pacto de renuncia a su acción en determinados supuestos (*pactum conventum*), y entre ellos el pacto de *antichresis*. D’ORS PÉREZ-PEIX, A. ob., cit., pág., 475 y ss..

²³⁸El 24 de Marzo de 2006, el código civil francés sufrió una profunda reforma que alteró sustancialmente el régimen de ejecución de los préstamos hipotecarios y de la anticresis, fruto de dicha reforma hoy en día la anticresis lleva aparejada la facultad de realización de valor, por remisión expresa del art., 2.388 al art., 2.458 que es el que recoge la facultad de enajenación de las fincas hipotecadas. La actual regulación de la anticresis en el código civil francés queda establecida en los arts., 2.387 y siguientes

²³⁹ Señala GUILARTE ZAPATERO, V, loc.cit., pág., 670 y ss., que la jurisprudencia francesa venía reconociendo la facultad de realización de valor, en contra de la tesis de Pothier y aunque ello no estuviera expresamente recogido en la legislación anterior.

regulación de la anticresis en el código civil francés era prácticamente igual a la que con posterioridad recogió el CCE.

En esta misma línea también debe destacarse que en la regulación de la anticresis en el código civil italiano, tampoco se recoge en favor del acreedor ninguna facultad que permita la realización de valor (Arts. 1.960 a 1.964).

Del mismo modo tampoco fue recogido el *ius distrahendi* en la mayoría de los códigos iberoamericanos: en tan solo 3 sobre 20, si bien en dos de esos tres no se reconoce privilegio alguno.

Son estos unos precedentes sin duda indicativos, pues no podemos olvidar que la incorporación de la anticresis en el CCE es una importación pura, literal, e imprevista de lo establecido en el código francés, no estando ni tan siquiera atisbada en el anteproyecto del código español, de forma que, consecuentemente, si en el código francés no se reconocía la facultad de *ius distrahendi*²⁴⁰ a favor del acreedor y tampoco en los restantes códigos del resto de nuestro entorno jurídico vigentes al tiempo de ser aprobado el CCE, en buena lógica esta facultad tampoco debiera estar presente en el código español, ni cabe presumir que deba darse por sobreentendida.

El art. 1.884 CCE, a diferencia del francés, se divide en dos párrafos, lo que produce una cierta confusión con el pronombre “ce” /“este”; pues si bien en el artículo francés, está claro que el “ce” puede ir referido al caso previsto en la primera frase, de forma que la lectura del artículo sea “*Le créancier ne devient point propriétaire de l'immeuble par le seul défaut de paiement au terme convenu; (...) en ce cas, il peut poursuivre l'expropriation de son débiteur par les voies légales*”; en el CCE eso no es posible al estar en párrafos separados por un punto y a parte. Todo y que, desde luego todos los autores entienden que debe ir referido también a ese mismo supuesto.

²⁴⁰ LAURENT, F. ob., cit., pág., 543. BAUDRY-LACANTINERIE, G. ob., cit., pág., 181.

En sentido contrario PLANIOL. ob., cit., pág., 354. quien aprueba la interpretación hecha por los tribunales franceses en el sentido de equiparar la anticresis a la prenda, reconociéndole por tanto al acreedor la facultad de venta del inmueble y el derecho preferente a percibir el cobro de su crédito con el importe obtenido.

GUILARTE estima que carecería de sentido que el legislador hubiera introducido el *ius distrahendi* sólo como alternativa para una situación ilegal y no para los supuestos en que no estuviera presente el pacto comisorio²⁴¹, pero a nuestro juicio lo que debe ser objeto de estudio es si el art. 1.884 reconoce un auténtico derecho de *ius distrahendi* o trata simplemente de salvar la nulidad de todo el contrato anticrético, reduciendo a sancionar como nulo tan solo el pacto comisorio y remitiendo a la vía ordinaria la reclamación de la deuda pendiente de pago y que, al no producir efectos la adjudicación convenida, debe ser de algún modo satisfecha.

El propio ALBALADEJO cree que sería absurdo entender que cuando se ha establecido el pacto comisorio, siendo éste nulo, entraría en juego la venta judicial y en los restantes supuestos no, por lo que debe entenderse que en los supuestos de incumplimiento estará siempre presente la facultad de enajenación. Por otro lado, refiriéndose a la redacción dada en el código español, se plantea el problema considerando que si estuviéramos a la literalidad del precepto, éste resultaría inocuo puesto que el pago de la deuda siempre lo podemos pedir y, en cuanto a la venta, si ésta no fuera posible la obligación garantizada por la anticresis se vería abocada a ser únicamente satisfecha mediante los frutos de la finca, lo que podría convertir este derecho en uno de duración indefinida, algo que el legislador ni permite ni persigue²⁴².

Sin embargo nos parece que esa es una justificación muy débil para reconocer el *ius distrahendi* en una garantía cuando no se encuentra expresamente contemplada. Efectivamente, si negamos la existencia de ese *ius distrahendi*, habrá que convenir con ALBALADEJO que la facultad del acreedor se reduce a reintegrarse de las deudas con los frutos y ampararse en el derecho de retención del art. 1.883, pero eso en modo alguno significa que vencida la obligación no pueda el acreedor iniciar las acciones ordinarias para reclamar el importe de su crédito como cualquier otro acreedor ordinario, y entendemos nosotros que

²⁴¹ GUILARTE ZAPATERO, V. Loc.cit., pág., 669.

²⁴²ALBALADEJO GARCÍA, M. ob., cit., pág., 270.

resulta posible una lectura distinta del precepto, pudiéndose entrar a considerar distintos elementos no siempre contemplados en su valoración e interpretación.

Como ya se ha señalado anteriormente, la constitución de la anticresis no requiere una forma especial, ni tan siquiera requiere documento escrito. Imaginemos la constitución de un derecho de anticresis mediante documento privado y entrega efectiva de la posesión: en ese caso, y en un supuesto de incumplimiento de pago del capital, el acreedor para reclamar lo que se le adeuda debería acudir primero a la vía judicial ordinaria para el reconocimiento de su deuda y solicitar la declaración de condena al pago de la misma, y posteriormente para poder hacer efectivo el cobro debiera ejecutar la propia sentencia declarativa. Ahora bien durante todo ese procedimiento, desde luego y al amparo del art. 1.883 CCE, podrá retener en su poder el bien inmueble.

Por ello, toda vez que no cabe en la vía judicial la ejecución de un documento privado ni acudir a la vía de apremio con apoyo en ese propio documento²⁴³, si queremos sostener que tal derecho de anticresis conlleva la efectiva realización de valor deberá resolverse que la anticresis precisa de escritura pública (algo que no se dice en la ley española pero que sí se requería, por ejemplo, en la ley francesa o se exige en la ley catalana). Pero si sostenemos que la anticresis queda válidamente constituida mediante la entrega efectiva de la posesión, en este caso la posible venta judicial vendrá siempre condicionada por la previa declaración judicial de condena al pago de la cantidad garantizada; pues la posesión tan solo nos otorgará un derecho de retención anticrética pero no de realización de valor.

Lo cierto es que la ley no exige escritura pública para la constitución de la anticresis, y por tanto es válida la que se haya constituido sin ella; sin embargo no puede negarse que es más que probable que se haya constituido mediando esa escritura pública. ¿Significa eso un cambio sustancial respecto de la constituida con documento privado (o por acuerdo verbal)? Si se constituyó mediante instrumento público, la discusión estribaría en saber si el bien es

²⁴³A excepción, claro está y a mayor abundamiento de este propio argumento, de los títulos valores que tienen una regulación específica.

atacable porque así lo declara el art. 517-4 de la LEC o por resultarle de aplicación el 1.884.2º del CCE.

Desde luego habiéndose otorgado escritura pública se podrá acudir a la acción ejecutiva (art. 517 LEC) que conducirá a una declaración judicial de embargo para la subsiguiente venta del inmueble, es decir el inmueble quedará afectado no por el derecho de anticresis sino por la declaración de embargo que no es más que un instrumento o herramienta de la que dispone el Juez para hacer efectiva su orden de ejecución²⁴⁴, de forma que así se pondrá en evidencia que no se está ejecutando una garantía autónoma sino el crédito propiamente dicho.

²⁴⁴ La Sentencia del T.S de 28 de Diciembre de 1999 (RJ 9618), declara que el embargo consiste, como mejor dice la doctrina, en una afectación o adscripción, por declaración judicial, de determinados bienes a la actividad de apremio que ha de realizarse en el proceso de ejecución del que dicho embargo forma parte.

Y también STS de 21 de Febrero de 1975 (RJ 666) que se refiere al embargo como resultado de una providencia judicial dirigida únicamente a garantizar las consecuencias del juicio.

Sentencia T.S. de 14 de Noviembre de 1.995 (RJ 8603): “(...) mediante el embargo se constituye una verdadera vinculación del valor de realización de una cosa en funciones de garantía del cumplimiento de una obligación dineraria, de tal manera que el embargo de una cosa mueble desempeña una función similar al de la prenda («pignus iudiciale»), al igual que el de un inmueble (anotado preventivamente) se corresponde con la función de una hipoteca.”

De la Jurisprudencia menor resulta especialmente ilustrativa la Sentencia de fecha 16 de Julio de 1999 (AC 1999/7537) de la Audiencia Provincial de Alicante que declara: “el embargo consiste en una declaración de voluntad mediante la cual determinados bienes, que se consideran pertenecientes al ejecutado, se afectan o adscriben a la actividad de apremio que ha de realizarse en el mismo proceso de ejecución del que forma parte dicho embargo. (...) Este concepto de embargo ejecutivo englobaría los siguientes puntos: 1.-La estructura simple y unitaria. Estructura simple por considerar que el único acto integrante del embargo es la declaración jurisdiccional de afección, (...) La doctrina mayoritaria procesalista considera al embargo como una actividad procesal compleja, integrada por la localización de los bienes del ejecutado, la elección de los bienes que han de ser trabados, la afección de dichos bienes a la ejecución y las medidas de garantía de la traba. Pero «sólo la afección» es esencial. El embargo cobra existencia con esa mera declaración y, si la misma falta, el embargo no puede considerarse verificado; los restantes actos tienen carácter contingente; si se realizan, forman parte del embargo, pero su ausencia no implica la inexistencia del embargo. Dice el procesalista Montero que el embargo propiamente dicho se resuelve en la afección, en la declaración de voluntad del Juez que afecta un bien a la ejecución y desde ese momento existe la traba con relación a las partes procesales; y sigue manifestando que la fase siguiente no se refiere a

El art. 517-4 de la LEC, efectivamente, declara ejecutivas todas las obligaciones recogidas en instrumentos públicos o escritura pública, pero no sujeta especialmente ningún bien al cumplimiento de la obligación recogida en tal instrumento. Esto significa que si el acreedor anticrético deseara ejercitar la garantía “estrictamente” con base a la escritura, podría dirigirse contra cualquier bien del deudor previa su solicitud de orden de embargo. Si, por el contrario, entendemos que resulta aplicable el 1.884.2, porque el bien queda especialmente afecto al pago de esa garantía la ejecución no necesitará de tal declaración de embargo. (otra cosa es que no constando inscrito el derecho de anticresis, el acreedor prefiera acudir a la acción ejecutiva ordinaria –perdiendo la preferencia que la afección le da- o prefiera solicitar primero la inscripción registral, para luego solicitar su ejecución judicial).

Pudiera opinarse que discutir si la escritura pública permite una acción ejecutiva y que la simple posesión no, es una cuestión estrictamente procesal que no puede afectar a la propia naturaleza del derecho, pero es que quienes invocan que la anticresis conlleva la facultad de realización de valor lo hacen con base en el art. 1.884 y ese artículo precisamente nos remite a la vía procesal.

4.1.1.3.- La anticresis y la realización de valor conforme al Código Civil Catalán, facultad esencial o no.

Sentado pues que por nuestra parte creemos que el derecho de anticresis en su regulación en el CCE no conlleva la facultad de realización de valor²⁴⁵, debemos referirnos a que esa facultad sí viene expresamente recogida en el CCCat.

Es obvio, porque así los dispone en art. 569.23 CCCat al definir el concepto de anticresis, que para el derecho catalán la facultad de realización de valor forma

la constitución de la traba, sino a garantizar su existencia frente al ejecutado y frente a terceros, de manera que los actos de garantía no constituyen el embargo en sí, aunque determinados efectos del mismo pueden referirse a ellos...”

²⁴⁵Recordemos que en este sentido se pronuncia también tajantemente, CARRASCO PERERA, A. ob., cit., pág., 61

parte de la propia naturaleza del derecho, de forma que la anticresis ofrece al acreedor anticrético no sólo la garantía del derecho de retención (que también queda recogida en el art. 569.25.1) sino la propia de la realización de valor²⁴⁶.

La incorporación de forma expresa de esta facultad, rompe con la tradición en los códigos de nuestro entorno, diferenciándose sustancialmente de lo establecido en los códigos francés, italiano y español.

Simultáneamente, sin embargo, señala una nueva tendencia a seguir en la regulación de esta institución, pues el propio Código Civil francés, y como ya hemos citado anteriormente, a partir del año 2006 incorporó la realización de valor a la garantía anticrética, si bien con posterioridad ya en el 2009 eliminó esa figura de su ordenamiento pasando a quedar substituida por la prenda inmobiliaria.

Disponiendo la anticresis catalana de esa facultad de realización de valor y encontrándose expresamente definida como un derecho real de garantía, poco puede dudarse de que efectivamente esa sea su naturaleza. Sin embargo no podemos dejar de resaltar que esa norma catalana ofrece al acreedor dos vías distintas para recuperar su crédito, como son la percepción de frutos y la realización de valor; y seguimos pensando, según ya hemos dejado establecido más arriba, que la que resulta verdaderamente definitiva del derecho es la percepción de frutos para aplicarlos al pago de la deuda siendo la realización de valor un añadido que ciertamente no pertenece a la propia naturaleza del derecho

Cierto es que tal y como se encuentra regulado no puede negarse que la facultad de realización de valor forma parte del derecho de anticresis, pero creemos que no es su carácter esencial, pues si en aplicación del art. 111.6 CCCat, las partes convinieren en que el acreedor no podrá enajenar la finca, pensamos que el derecho de anticresis seguiría subsistiendo y, sin embargo, no nos parece que suceda lo mismo si a lo que se renuncia es a la percepción de los frutos pues una

²⁴⁶Véase entre otros, ANDERSON, M. loc., cit., pág., 54. Y también, CARRASCO PERERA, A y CARRETERO GARCÍA, A. loc., cit., pág., 26.

anticresis sin que el acreedor pueda percibir los frutos ni pueda tampoco aplicarlos al pago de intereses y/o capital, reduciría la figura a un contrato cuya única finalidad sería un posible derecho de retención y la facultad de venta del inmueble.

Desde luego resulta incontestable que la anticresis regulada en el CCCat conlleva *ius distrahendi*, pero a nuestro parecer no dispone de esa facultad por serle propia a ese derecho sino como efecto del derecho de retención que también se le reconoce. En el CCCat el derecho de retención ha sido configurado como un derecho real de garantía que no se limita a la mera retención, que es lo que ocurre en el CCE, sino que culmina con un proceso de enajenación propio, habiéndose dotado a ese derecho de retención de un *ius distrahendi* del que carece en la regulación española. A la anticresis se le ha reconocido el derecho de retención, que ese sí pensamos forma parte de su propia naturaleza, y reconociéndole esa facultad entonces debía serle también reconocida la facultad de enajenación: de ahí que cuando se trata del proceso de venta de la finca entregada en anticresis, el CCCat se remita a las normas de la retención y no a las de la prenda o hipoteca.

4.1.1.4.- ¿Tendría la anticresis naturaleza de derecho real de garantía, si se le negase la facultad de realización de valor?.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, aún sosteniendo la tesis de que resulta admisible la creación de derechos reales atípicos en los cuales pudiera darse la circunstancia de que el dueño pudiera ceder con fines de garantía tan solo las facultades de retención y goce, como para los inmuebles se prevé con la anticresis, sin embargo sostiene que en la anticresis *típica* estaría expresamente prevista la facultad de realización de valor y ese derecho *ordinariamente* formaría parte de la propia garantía anticrética, si bien entiende como perfectamente previsible que las partes pudieren convenir una anticresis en la que el acreedor no dispusiera de *ius distrahendi*²⁴⁷. De ello, entendemos nosotros, para este

²⁴⁷PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL. ob., cit., Págs., 358 y 76.

autor, por ejemplo, la facultad de realización de valor no resultaría esencial en este derecho real de garantía.

FERRANDIS VILELLA²⁴⁸ buscando la esencia del derecho real de garantía desarrolla la tesis de diferenciar lo que es propiamente el *aseguramiento del cumplimiento* de lo que es el *remedio al incumplimiento*; y entiende que la realización de valor es una función satisfactoria del crédito pero no una función de garantía, la cual se logra a través de la sujeción de una cosa al cumplimiento de la obligación, señalando que el que en un momento dado pueda procederse a la venta del inmueble –refiriéndose en ese caso a la hipoteca- es una fase ulterior que no se dirige propiamente a la función de garantía sino a la función satisfactoria.

Admitiendo esa estructura, la anticresis conserva su carácter de derecho de garantía en la medida en que su función esencial es sujetar la capacidad de producir frutos de un inmueble al cumplimiento de una obligación.

Examinando cuáles son las facultades que el deudor anticrético cede al acreedor, deberemos concluir que serán fundamentalmente dos: la percepción de los frutos para satisfacer intereses y capital, y la facultad de retener y conservar el derecho a la adquisición originaria de esos frutos en tanto la deuda principal no haya sido satisfecha (art. 1.883 CCE), y en esa facultad de retención conservando el derecho al uso (lo que la diferencia de cualquier otro derecho de retención), es en donde se encontrará la garantía²⁴⁹. No existe razón para identificar la garantía sólo con la facultad de realización de valor²⁵⁰, que a nuestro juicio se pudiera

²⁴⁸FERRANDIS VILELLA, J. loc., cit., pág., 49.

²⁴⁹CARRASCO PERERA, A., y CARRETERO GARCÍA, A., “Los derechos de retención y anticresis en la ley 19/2002 de Cataluña, de derechos reales de garantía”, RJC.2004.pág.,28, refiriéndose al derecho de anticresis en su anterior regulación catalana (LDRG) en donde no se recogía la facultad de realización de valor en la anticresis, ponían de manifiesto que “... al carecer de suyo de un privilegio de cobro y de un *ius distrahendi* propio, la anticresis es garantía en sentido vulgar de constituir un mecanismo que procura el cumplimiento de una obligación por medio de la *fruitio* de un bien ajeno, pero no en el sentido de que fortalezca la posición del acreedor ante el incumplimiento del deudor.

situar más en el ámbito de la satisfacción del crédito -en este sentido como lo es también la percepción de los frutos por el acreedor anticresista.

La garantía, como nos señala DÍEZ PICAZO, añade al crédito algo que por sí mismo no tiene, de forma que el acreedor adquiere mayor seguridad de que se verá satisfecho su crédito²⁵¹, circunstancia ésta que desde luego deberemos entender que se persigue en la anticresis, cuando se le cede al acreedor la facultad de percibir los frutos del inmueble de su deudor.

Si acudimos a otro instituto, recogido por la jurisprudencia, como es la venta en garantía que no es otra cosa que la venta en *fiducia cum creditore*²⁵², el fiduciario no se hace dueño real del objeto transmitido, salvo el juego del principio de la apariencia jurídica, sino que ha de devolverlo al fiduciante una vez cumplida la finalidad protegida con la fiducia. Y el fiduciario, caso de impago de la obligación garantizada, ha de proceder contra el fiduciante como cualquier acreedor, teniendo la ventaja de que cuenta ya con un bien seguro con el que satisfacerse, pero sin que ello signifique que tiene acción real contra el mismo. Precisamente con base en esta jurisprudencia pudiéramos sostener o admitir, como doctrina consolidada, la licitud de las ventas fiduciarias *cum creditore* (siempre y cuando tales ventas funcionen como verdaderas ventas en garantía y no sujetas, ni directa ni indirectamente, a pacto comisorio alguno, siempre nulo), y en esos casos a pesar de la apariencia externa nos encontraremos : 1) que ha habido una transmisión posesoria; 2) que la transmisión se hace en garantía del

²⁵⁰ GINÉS CASTELLET, NURÍA. “Algunas Reflexiones en torno al concepto de derecho real de garantía y sus principios rectores”. *Derechos reales: principios, elementos y tendencias*. AAVV. Coordinador, De Reina Tartiere, Gabriel. Editorial Heliasta. Buenos Aires. 2008. Pág., 428, sostiene precisamente lo contrario: “En cuanto a la vinculación, destinación o afectación del bien a la satisfacción del derecho de crédito, puede afirmarse que es la esencia y razón por la que nos hallamos ante un derecho real. Como es sabido y reconocido, el acreedor en estos casos va a disponer de un poder directo, que representa una ventaja para él en cuanto titular del derecho real de garantía, puesto que, esencialmente, consiste en la facultad de promover la venta en pública subasta ...”.

²⁵¹DÍEZ PICAZO, L. ob., cit., pág., 395. En el mismo sentido ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. loc., cit., pág., 3.756.

²⁵²Especialmente elocuente resulta, la STS 26 de Abril de 2001 (EDJ 2001/5101).

cumplimiento de una obligación; 3) que no supone una transmisión de la propiedad; 4) que por ello el acreedor y titular fiduciario aun siendo poseedor de la finca deberá iniciar una acción judicial ordinaria para obtener la condena al deudor al pago de su crédito y, actuando como cualquier otro acreedor, dirigirse contra la titularidad del bien que ya posee, aunque en opinión de GINÉS CASTELLET en modo alguno eso pudiera ser considerado un derecho real de garantía²⁵³.

Pues bien, esta situación no resultaría tan lejana del derecho de anticresis si a éste le reconocemos, únicamente, la facultad de aplicar los frutos al pago de los intereses de la obligación y en su caso del capital, pero le negamos la facultad de realización de valor.

Como ya hemos señalado la doctrina científica ha venido reconociendo la facultad de realización de valor como una facultad implícita, pero esencial y definitoria del derecho de anticresis, por entender que carecería de todo sentido reconocer un derecho de retención por el acreedor anticrético sobre el bien recibido en garantía, y en cambio negarle la facultad de realización de valor.

Cabe imaginar también que, al igual que ocurre con la fiducia *cum creditore*, incumplida la obligación principal, el acreedor anticrético adquiere un derecho de retención que le permitirá perseguir el pago o cumplimiento de la obligación por la vía ordinaria, con la ventaja que le otorga –frente a los posibles restantes acreedores- el ser titular de un derecho de retención, ventaja que sólo decaería y se perdería en el supuesto de insolvencia general del deudor, por no significar dicho derecho de retención privilegio o crédito preferente alguno²⁵⁴.

No parece que esta lectura resulte disconforme con lo expresamente establecido en el CCE. De esta forma podemos entender que la anticresis es un derecho real

²⁵³ GINÉS CASTELLET, N. loc., cit., manifiesta : “ (...) ya que en sí (la garantía) sólo recae sobre el valor en venta y no autoriza otras facultades sobre el bien que no persigan y no estén justificadas por la preservación y/o realización de ese valor en venta”.

²⁵⁴ En los mismos términos en que ha quedado establecido para la anticresis en la nueva Ley concursal.

de goce limitado a la administración y explotación de los bienes para aplicar sus rendimientos al pago de intereses y capital, y que en méritos del traslado posesorio del que va acompañada su constitución, aparece en favor del acreedor un derecho de retención (1.883) para el caso de incumplimiento de la obligación principal, que le otorgaría las ventajas no sólo de retener sino además de conservar el derecho de goce del inmueble con la percepción de sus frutos, pero no conllevaría la existencia de una facultad de realización de valor.

Esta interpretación me parece más pacífica con el contenido de la regulación dada al derecho de anticresis en el CCE, si bien, no deja de ser cierto que el art. 1.884 cuando menos hace referencia a una venta judicial del inmueble aunque, insistimos, lo hace dentro de una genérica remisión a la ley procesal civil.

4.1.2.- La negación del derecho de anticresis como derecho de garantía.

El principio de responsabilidad universal del deudor nos obliga a diferenciar entre responsabilidad y garantía. El deudor responde con todos sus bienes presentes y futuros (1.911 CCE), la afección general de todo su patrimonio al pago de sus deudas forma parte del propio concepto de responsabilidad principal. La garantía supone desde luego y siempre un complemento a la responsabilidad del deudor, un plus²⁵⁵. Como señala DÍEZ-PICAZO a pesar de que la doctrina francesa e italiana reconoce en esa afección general de todo el patrimonio del deudor al pago de sus deudas un derecho de garantía, esa tesis resulta inadmisibles tanto por cuanto se da “la imposibilidad de constituir un derecho subjetivo autónomo que tenga por objeto el entero patrimonio de la persona”²⁵⁶ como porque la idea de garantía supone siempre un refuerzo al crédito, y mal puede hablarse de refuerzo cuando esa afección es común a todos los deudores y a favor de todos los acreedores²⁵⁷.

²⁵⁵LACRUZ BERDEJO, JL. “La causa en los contratos de garantía”. RCDI. Mayo-Julio 1981.pág., 710.

²⁵⁶ DÍEZ PICAZO, L. ob., cit., pág., 126.

²⁵⁷ Y en el mismo sentido GUILARTE ZAPATERO, V. loc., cit., pág., 7.

La función de la garantía es pues aumentar objetivamente la seguridad del acreedor en que su crédito resultará satisfecho, asegurándolo más allá de la propia responsabilidad general y genérica de ese deudor. Las garantías podrán ser personales o reales, aunque cuando la garantía la ofrece el propio deudor, esa garantía siempre deberá tener carácter real puesto que su responsabilidad personal universal va implícita en todas sus deudas. Como señala LACRUZ “la garantía personal habrá de ser de tercero, pues la propia no es accesorio a la deuda, sino principal”²⁵⁸.

Sólo esta conclusión que acabamos de transcribir ya pone seriamente en duda que aquella anticresis (o cuasi anticresis) de carácter obligacional o personal (sin traslado posesorio de ningún tipo) a la que nos referíamos más arriba²⁵⁹ pueda ser calificada como derecho o contrato de garantía. En estos supuestos perderá esa condición y deberá ser considerada como medio de pago y no de garantía.

Las garantías, en definitiva vendrán caracterizadas, en opinión de LACRUZ²⁶⁰: a) bien por la adscripción de otro patrimonio al cumplimiento de la obligación del deudor; b) o por la afectación concreta y *erga omnes* de un bien del patrimonio del deudor al pago de la deuda, afectación que conlleva la posible aplicación de un procedimiento especial de enajenación en el que se va a quebrar el principio de *la par conditio*: estaremos en este caso ante el contrato típico de garantía real, y que el propio LACRUZ identifica como prenda, hipoteca y anticresis.

Vamos pues a ocuparnos nosotros en determinar si efectivamente, como afirman la generalidad de los autores de nuestra doctrina, tiene la anticresis la naturaleza de derecho real de garantía.

GUILARTE caracteriza los derechos reales de garantía, siguiendo la opinión ya transcrita de LACRUZ, como aquellos derechos que conllevan la especial sujeción

²⁵⁸ LACRUZ BERDEJO, J L. loc., cit., pág., 732.

²⁵⁹Supra epígrafe 3.2.2.2.2

²⁶⁰Ibídem pág., 724.

de un bien al cumplimiento de la obligación, la existencia de un procedimiento de enajenación propio y diferenciado del procedimiento general ordinario y el derecho de preferencia que se atribuye al acreedor sobre el precio obtenido²⁶¹.

En nuestra opinión si éstos son los elementos que comúnmente se atribuyen a los derechos reales de garantía: afección, enajenación singular y preferencia, estamos ante unos derechos que se caracterizarían por su *pasividad*; queremos con ello señalar que esos caracteres se encuentran a la expectativa de que la obligación efectivamente llegue a ser incumplida, y que entrarán en juego a partir de ese incumplimiento. No será el caso, desde luego, de la afección puesto que este carácter entra en juego desde el mismo momento de la constitución del derecho, pero sí es característica propia de los otros elementos identificativos de las garantías: no entran en aplicación en tanto no se produzca el incumplimiento²⁶². Y esta circunstancia desde luego no se da en el derecho de anticresis, en donde sus efectos precisamente se despliegan durante la vigencia del crédito y precisamente para que éste pueda ser cumplido. Así la cesión del bien y la constitución del derecho no se hace fundamentalmente para prever las consecuencias del incumplimiento sino como instrumento para obtener el cumplimiento voluntario.

ROCA TRIAS identifica como elementos propios de las garantías, la accesoriedad, la adicionalidad, y la reipersecutoriedad. La accesoriedad porque se habrá creado un derecho nuevo cuya función resulta siempre auxiliar de otro negocio principal, de forma que si éste se extingue también se extingue la garantía; la

²⁶¹ GUILARTE ZAPATERO, V. loc., cit., pág., 442.

²⁶² GINÉS CASTELLET, N. *La Enajenación de Bienes inmuebles con Fin de Garantía*. Edit. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España. Madrid. 2004. pág., 56 señala que "(...) el propio resorte de la garantía convencional reclama el transcurso de un lapso de tiempo entre su nacimiento (el de la garantía) y su actuación, que tiene lugar como regla general, a raíz del incumplimiento de la obligación asegurada".

También en el mismo sentido ROCA TRIAS ENCARNACIÓN. "Rasgos básicos de la regulación española en materia de negocios de garantía", *Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil*. Obra Colectiva: Coordinador, Ubaldo Nieto y José Ignacio Bonet. Editorial Cívitas. Madrid. 1996. Tomo I. págs., 140 y 141.

adicionalidad, entendida como que el derecho de garantía siempre adiciona alguna facultad al derecho del acreedor (el plus de Lacruz, al que nos referíamos más arriba), entiende la autora que esa característica es solamente propia de los derechos de garantía de carácter personal y que esta adición no está presente en los derechos reales de garantía que tan solo otorgan al titular de la garantía real la posibilidad de accionar los mecanismos de la ejecución forzosa; y la reipersecutoriedad que es característica propia de los derechos reales, entendiéndola como la facultad que tiene el acreedor para hacer valer su derecho frente a cualquier titular de la cosa²⁶³.

Con arreglo a estos criterios tendríamos que los derechos de garantía de carácter personal se caracterizarían por ser accesorios y por la adición de facultades al acreedor. Y las garantías reales por la accesoriedad y la reipersecutoriedad.

Pues bien de esas características efectivamente en la anticresis concurrirían las tres: la accesoriedad, porque aparentemente la única causa del contrato de anticresis es precisamente su vinculación a una deuda principal y para su pago; la adicionalidad porque curiosamente el único de entre los derechos reales típicos de garantía que adiciona alguna facultad propia del deudor al acreedor es precisamente la anticresis: prenda e hipoteca, para desplegar sus funciones deben esperar al incumplimiento, mientras que la anticresis otorga al acreedor la facultad de hacer suyos los frutos desde el primer momento y los hace suyos para el pago de la deuda; y reipersecutoriedad, si entendemos ésta simplemente como la facultad que se reconoce al titular del derecho de garantía de ejercitar su derecho frente a cualquiera que sea el titular del bien, y aunque esa facultad se asocia siempre con la enajenación forzosa también está presente en la anticresis, en donde el acreedor podrá hacer valer su derecho a la posesión y a la percepción de los frutos frente a cualquier posterior adquirente del bien inmueble gravado.

De esta forma nos encontramos que efectivamente pueden reconocerse en la anticresis estos caracteres que serían propios de las garantías según el criterio de ROCA TRIAS, pero quizás de estos tres elementos el que merece ser examinado con más detenimiento es precisamente el primero de ellos, la

²⁶³Ibídem

accesoriedad. Y para plantearnos esta cuestión no debemos olvidar que el art. 1.857 del CCE expresamente establece como requisito o carácter propio de prenda e hipoteca esa accesoriedad, y por el contrario la remisión del 1.886 parece prescindir de ella para la anticresis. ¿es pues verdaderamente la anticresis un contrato accesorio?

Desde luego lo es en el sentido de que acompaña siempre a una deuda y no tiene causa propia sino se vincula a la propia deuda. La anticresis no puede ser concebida sino se vincula a una deuda y no tiene por ello autonomía propia, como tampoco lo tiene, por ejemplo, la cesión para pago.

El art. 1.857 CCE cuando determina la accesoriedad de la prenda y de la hipoteca, lo hace exigiendo no tanto esa dependencia funcional sino exigiendo que la causa de su constitución sea una causa accesoría y en función de garantía, textualmente dice: “ Que se constituya *para asegurar* el cumplimiento de una obligación principal”. De forma que la accesoriedad, en estos derechos, no significa simplemente la existencia condicionada a la deuda principal o el acompañamiento a esta, la accesoriedad significa que su existencia queda condicionada a la de la deuda pero por su función de aseguramiento.

Son muchos los autores que entienden que cuando el art. 1.886, no se remite al 1.857-1, es porque resulta absolutamente innecesario o es un mero olvido²⁶⁴. Quizás no, quizás es que la función de la anticresis no es la de *asegurar el cumplimiento*.

Si observamos las otras garantías reales típicas, prenda e hipoteca, como ya hemos señalado más arriba, resulta que ellas entran en funcionamiento concretamente solo en el supuesto de incumplimiento, y su vigencia se encuentra plenamente vinculada a la propia vida del crédito garantizado.

²⁶⁴Véase a título de ejemplo, PUIG BRUTAU, J. ob., cit., pág., 19. Y mucho más recientemente así parece darlo a entender DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS. *Fundamentos de derecho civil patrimonial. Derechos reales*. Editorial Aranzadi S.A. Cizur Menor (Navarra). 2012. Tomo VI, pág., 543.

En la anticresis eso no es así: la *garantía anticrética* (?) comienza a producir efectos desde el mismo instante de su constitución, y a partir de ahí los frutos ya pertenecerán en origen al acreedor y en esos momentos aún no se habrá dado todavía ningún tipo de incumplimiento; es más, cuando el incumplimiento, en su caso, llega producirse, en ese instante la función anticrética deja de ser el efecto principal del contrato y pasa a serlo el derecho de retención.

Por otro lado la función económica del contrato no va dirigida al aseguramiento, sino que se instrumenta como un cauce especial para el pago de la deuda: si la finca da frutos suficientes, se irán liquidando los intereses y luego el capital y a diferencia de la prenda fructífera, esa es la finalidad contractualmente buscada. En la prenda fructífera la aplicación de los frutos a la reducción de la deuda es una consecuencia del mero hecho de que esa prenda en su situación de retención puede seguir produciendo frutos y esos frutos deben tener una aplicación económica que la ley ha optado que sea la de reducir la deuda, pero en la anticresis esa es la finalidad propia del contrato, en él todo se organiza y orienta para la percepción de esos frutos y con la única finalidad de que mediante ellos se consiga cuando menos reducir la deuda.

En conclusión, podemos estar de acuerdo, porque así es, en que la anticresis es un contrato accesorio de una deuda principal, pero no puede concluirse que lo sea en función de garantía.

Ello nos lleva al examen de la causa de ese contrato y, siguiendo a GINÉS CASTELLET, dos son los elementos que nos pueden ayudar a detectar si en una transmisión patrimonial existe o no una causa de garantía²⁶⁵: 1) si la enajenación ha sido convenida o realizada con anterioridad al vencimiento de la obligación y, 2) la subsistencia íntegra de la deuda.

El examen lo hace esta autora en la búsqueda de la causa de garantía cuando hay transmisiones patrimoniales que se han servido de tipos patrimoniales no

²⁶⁵La cesión con carácter real del *ius fruendi* entendemos nosotros que es desde luego una transmisión patrimonial.

específicamente contemplados como instrumentos de garantía (así, la *fiducia cum creditore*, v.gr.); pensamos que este análisis también nos puede resultar útil para determinar si la anticresis tiene o no una verdadera causa de garantía, pues aunque GINES emplea ese método para descubrir la garantía en aquellos contratos que tipicamente debieran producir otros efectos, a nosotros nos servirá en la función contraria: reconociéndose de manera tipificada que el contrato es de garantía, veamos si la función económica responde a lo que se espera de las garantías.

Como indicábamos el primero de esos elementos requiere que el acreedor reciba la propiedad del bien de forma condicionada al posterior cumplimiento o no de la obligación: eso desde luego no se da en la anticresis, para ella ya hemos señalado que el elemento definitorio de la misma es la adquisición de los frutos y que entendemos que en la anticresis del CCE (a diferencia de la del CCCat) no hay *ius distrahendi*, de forma que la única función económica de la anticresis es la satisfacción del crédito o de sus intereses, de manera que esa adquisición de frutos es como medio de pago y con carácter definitivo, no hay condición alguna que pueda acabar alterando la adquisición de la propiedad de esos frutos.²⁶⁶

El segundo de los elementos que debe ayudarnos a poder determinar si una transmisión patrimonial tiene o no causa de garantía es que la deuda subsista íntegramente hasta el vencimiento del plazo, circunstancia que tampoco se da en la anticresis en donde el acreedor adquirente del *ius fruendi* de un bien ajeno, lo adquiere precisamente para ir reduciendo el importe de su deuda.

En resumen podemos concluir que la anticresis en su función jurídica y económica principal (la percepción de los frutos por el acreedor) carece de aquellos elementos que resultarían propios de los derechos reales de garantía y que serían:

²⁶⁶Ibidem, obviamente se está refiriendo a supuestos en que se ha producido la transmisión de la propiedad de un bien, pero con una verdadera función de garantía, esa adquisición de la propiedad quedaría de alguna forma condicionada al cumplimiento de la obligación. Nosotros no estamos hablando de la propiedad plena, pero sí de una de las facultades que conforman esa propiedad, el *ius fruendi*, y entendemos que cuando la autora se refiere a la propiedad eso es válido para cualquier derecho real limitado transmisible, como lo es por ejemplo la transmisión del *ius fruendi*.

- i) El carácter expectante o subsidiario del incumplimiento, del que la anticresis carece puesto que despliega sus efectos antes de que ese incumplimiento se haya producido.
- ii) La conservación del importe íntegro de la deuda, que es precisamente lo contrario de lo perseguido por el acreedor anticrético que pretende ir recibiendo los frutos para irse cobrando la deuda.
- iii) Por último la falta de un mecanismo o de un procedimiento propio de apremio que permita al acreedor la agresión al derecho de propiedad de su deudor sobre un bien específico.

Y si ese contrato no lo es de garantía, parece por el contrario que se aproxima mucho más a la propia función de pago siendo pues como decíamos un cauce válido para llegar a instrumentar la liquidación de la deuda. Sin embargo también resulta evidente que no es *medio de pago*, puesto que la constitución de la anticresis no satisface nada sino que tan solo se constituye con la pretensión de que pueda llegar a producirse ese pago, entendiéndose que al término de su vigencia (la del contrato de anticresis, que tampoco tienen por qué resultar coincidente con la fecha de vencimiento de la deuda) ese pago podrá haberse dado de forma íntegra, parcial o podrá no haberse liquidado nada ni tan siquiera los intereses (rendimientos negativos, incluso).

Por ello nos parece a nosotros que la causa de este contrato, entendida ésta como la función jurídica y económica del propio contrato, resulta verdaderamente coincidente con el contrato de cesión de bienes para el pago de deudas. No se trata de entrar aquí en la disputa relativa a si la cesión de bienes para el pago de deudas de carácter convencional²⁶⁷ encuentra su soporte en el

²⁶⁷Entendido tal y como el negocio jurídico por el cual el deudor entrega al acreedor o acreedores la posesión de sus bienes con el mandato irrevocable de que los enajenen y con el precio obtenido se hagan pago de sus créditos”. Definición de O’CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER. *Código Civil Comentado*. Editorial La Ley S.A. Fuenlabrada (Madrid). 2001. Pág., 1.174.

art. 1.175 del CCE, o es puramente una creación de la doctrina y reconocida por la jurisprudencia al amparo del principio de libertad contractual²⁶⁸.

Está claro que no resultan coincidentes la anticresis y la cesión para pago²⁶⁹, puesto que ésta se dará siempre en supuestos de incumplimiento y con deuda ya vencida, siendo un medio que ambas partes aceptan para dar solución a ese incumplimiento; y la anticresis no es fundamentalmente así, pues en ella se pacta que para el pago de los intereses (aún por nacer) y en su caso del capital (aún por vencer) se aplicará el precio obtenido con los frutos (aún por llegar) al pago de la deuda.

Sin embargo ambas figuras resultan coincidentes en que conllevan la cesión de la posesión de un bien y la facultad de proceder a su realización (en la anticresis reduciéndonos a los frutos, obviamente) con la obligación de aplicar su importe al pago de las deudas contraídas²⁷⁰.

De esta manera ambas figuras comparten la transmisión de la posesión del bien inmueble para ser aplicado al pago de unas deudas sin que éstas se extingan más que por la aplicación del líquido obtenido. Se diferencian desde luego en que en la anticresis tan solo nos referimos a los frutos y en la cesión *pro solvendo* al derecho de propiedad pleno (habitualmente), de forma que el alcance de la cesión en ambos casos es bien distinta, pero la causa es idéntica: se cede la posesión de un bien (inmueble, en la anticresis) para ser liquidados (frutos o propiedad) y el producto ser aplicado al pago de la mayor deuda y sin que ésta se extinga si no se alcanza su total importe.

²⁶⁸BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO y VALLADARES RASCÓN, ETELVINA. “Artículo 1.175”. *Comentarios al Código Civil*. Editorial EDERSA. Madrid. 2004,.2ª Edición. Tomo XVI, vol 1º. Págs., 262 y 263.

²⁶⁹Hemos preferido tratar aquí la disyuntiva entre anticresis y la cesión para pago, y no en el epígrafe destinado a las figuras afines, por cuanto se plantea la cuestión de su proximidad precisamente al querer definir la naturaleza jurídica del contrato de anticresis y su función económica.

²⁷⁰ STS 13 Febrero 1989 (RJ 831).
STS 28 Junio 1997 (RJ 5403)

Otro carácter diferenciador sería que en la *cesio pro solvendo* la transmisión de la posesión sólo tiene alcance personal²⁷¹ y esa transmisión posesoria deberá por ello ir acompañada del otorgamiento de unos poderes de carácter irrevocable; en tanto que en la anticresis, de carácter real, la transmisión posesoria conlleva la adquisición de los frutos de forma originaria por su titular de manera que los poderes resultan absolutamente innecesarios toda vez que los frutos únicamente pertenecen al acreedor.

Pero aún a pesar de esas diferencias nos parece que la causa de la cesión es idéntica: se instrumenta para la extinción de una deuda. Y pensamos que ésta es la verdadera causa de la anticresis, la cesión para pago. También para la anticresis regulada por el CCCat puesto que aunque en ellas se recoja el *ius distrahendi*, esa es una incorporación que nos parece extraña o innecesaria para el propio derecho: da respuesta al derecho de retención que se reconoce en el supuesto en que la deuda quede incumplida y como tal enajenación va orientada a solventar los supuestos de incumplimiento, pero no forma parte del conjunto de relaciones que se estructuran con ocasión de la constitución y vigencia de la anticresis.

4.2.- LA ANTICRESIS COMO DERECHO REAL DE GOCE.

¿Se trata entonces, la anticresis, de un derecho real de goce o tiene quizás naturaleza mixta, tal y como ya se planteó GARCÍA-GRANERO²⁷²? ¿O quizás, como señala ese propio autor, y señalábamos más arriba, la anticresis reviste también el carácter de ser un medio de pago, dado que si los frutos sobrepasan a los intereses, y no se trata de una anticresis compensativa sino extintiva, aquellos se irán aplicando progresivamente a la cantidad debida, extinguiéndola en la medida correspondiente?.

²⁷¹ STS 1 Marzo 1969 (RJ1.137)
STS 28 Junio 1997 (RJ 5403)

²⁷² GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J. loc. cit. pág., 472.

La anticresis, como veremos más adelante, guarda semejanza con el denominado usufructo y en particular con el usufructo en garantía²⁷³, pero también puede ser relacionado con el derecho de hipoteca²⁷⁴ y en concreto así lo hace por ejemplo la DGRN en su resolución de 11 de marzo de 1932, aunque la propia DGRN también ha querido señalar sus diferencias²⁷⁵. COSSÍO²⁷⁶ se plantea esa disyuntiva sin optar por ninguna de ambas posibilidades, nos dice que el derecho que el acreedor adquiere es el de disfrutar la finca, para imputar sus frutos o rendimientos a los intereses que se adeuden y hechos efectivos estos, al capital adeudado, para lo cual ha de recibir la posesión de la finca, como se deduce del art. 1.882 CCE. Se trata por tanto de un derecho real que grava los frutos y que preferentemente se establece para asegurar la efectividad de los intereses y sólo secundariamente para responder del pago del capital: es una

²⁷³Infra epígrafe 11.2 .En principio habría una diferencia sustancial que es la obligación de explotar o administrar la finca, conducta que en la anticresis le es exigible al acreedor y cuyo incumplimiento pudiera suponer incluso la extinción del derecho.

²⁷⁴Así por ejemplo el derecho real de prenda inmobiliaria, regulado recientemente por el código civil francés en sustitución de la anticresis, se remite en muchos de sus apartados a la regulación de la hipoteca; pero esa remisión ya se producía antes del cambio de denominación y cuando conservaba la identidad de anticresis.

²⁷⁵Resolución de 11 de marzo de 1932. Base de datos El Derecho.EDD 1932/3:“PRIMERO.- que, prescindiendo de la naturaleza, tan discutida en todas las legislaciones - ya desde la romana -, del gravamen anticrético, que vuelve a mirarse con tanto interés en los países de crédito territorial más avanzado, porque sustituye con ventaja a las varias combinaciones de la hipoteca y el usufructo - usufructo de seguridad o garantía -, y aun equiparada la anticresis, con carácter de verdadero derecho real, a la hipoteca, por la jurisprudencia de este Centro directivo en cuanto supone. igualmente, aparte el característico derecho al percibo de los frutos, una potencial enajenación de la propiedad del inmueble

Resolución de 31 de Julio de 1915 (Base de Datos, El Derecho EDD 1915/11) : “PRIMERO.- que aun cuando el derecho de anticresis es de naturaleza real y presenta algunos puntos de semejanza con el de hipoteca, tiene sin embargo, carácter y efectos propios que le distinguen perfectamente, de éste, regulándose por las disposiciones especiales relativas al mismo contenidas en el Código civil”

²⁷⁶ DE COSSÍO Y CORRAL, ALFONSO. *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. II. Edit. Cívitas. Madrid.1.988. pág., 348.

forma análoga, aunque no idéntica –nos señala- al llamado usufructo de garantía del derecho alemán.

Sin embargo, añade este propio autor, sería erróneo pensar que únicamente los frutos quedaban afectos a la responsabilidad de la deuda, ya que sostienen que no ofrece duda que el derecho real afecta a la finca misma, y no sólo esto, sino que, además, por imperativo del citado art. 1.886 CCE adquiere el acreedor un derecho de retención de la finca y goce de la misma, si mientras la retiene en su poder el deudor contrajere con él otra deuda exigible antes de haber pagado la primera; derecho de retención que se extenderá hasta que se satisfagan ambos créditos “aunque no se hubiere estipulado la sujeción de la finca a la seguridad de la segunda deuda”.

ALBALADEJO²⁷⁷ también viene a reconocer esa ambivalencia del derecho de anticresis, toda vez que el acreedor percibe los frutos de la cosa y a la vez la tiene en garantía, no en el sentido de que la garantía le proporcione el usufructo, sino en el de que la misma cosa proporciona simultáneamente disfrute y garantía.

El art. 1.881 al definir la anticresis declara que el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos, pero no extiende la facultad del goce del bien a cualquier otro uso, antes al contrario parece que éste queda limitado a la percepción de frutos para el pago de la deuda y exclusivamente para ello:

“...El derecho a percibir los frutos de un inmueble de su deudor, con la *obligación* de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren y después al del capital de su crédito”.

Cierto es que, posteriormente, el art. 1.883 CCE declara que el deudor no puede readquirir el goce del inmueble sin haber pagado antes enteramente lo que adeuda.

²⁷⁷ ALBALADEJO GARCÍA, M. Ob. cit., Pág., 266 y ss.

Así, el término *goce* utilizado por ese art. 1.883, tomado literalmente pudiera interpretarse que pudiera ir más allá del *derecho a percibir los frutos* que se recoge en el 1.881. Pero no nos parece suficiente argumento, en el sentido de atribuir un verdadero y pleno derecho de uso al acreedor anticrético, como para contravenir la literalidad del 1.881 en donde más parece que se está concediendo, exclusivamente, un derecho a percibir los frutos, y sólo eso.

Distintos autores²⁷⁸, han venido manifestando la necesidad de que el bien inmueble resulte fructífero para poder ser objeto de garantía anticrética, lo que excluiría aquellos bienes inmuebles no susceptibles de generar frutos ni naturales ni civiles, situación que –aunque extraña- puede llegarse a producir (por ejemplo determinadas áreas declaradas reservas humanas de la biosfera²⁷⁹, donde pudiendo haber fincas privadas, no se admite ningún tipo ni de uso ni de explotación humana).

En cualquier caso, ese carácter fructífero del bien inmueble pone en evidencia que no tanto se cede el uso como simplemente el derecho a percibir los frutos, para aplicarlos al pago de la deuda.

Del mismo modo GUILARTE-ZAPATERO²⁸⁰: “...sin embargo, es incuestionable, a mi juicio, que con la posesión se confiere al acreedor una verdadera administración del inmueble, de facultades variables y desiguales, dependientes de las circunstancias de hecho que en cada caso concurren en la cosa gravada dirigida, en ocasiones, a la explotación económica de ésta. SCAEVOLA, entiende que al acreedor le corresponde no sólo la administración, sino el principal protagonismo en la dirección de la explotación del fundo y le atribuye facultades para tomar las decisiones más importantes en relación con aquellas”. Y más adelante: “Los límites de dicha intervención para la producción y percepción de

²⁷⁸ Entre otros, GUILARTE ZAPATERO, V. loc. cit., pág.,643; ALABALDEJO GARCÍA, M. ob. cit., pág., 267; DÍEZ PICAZO, L Y GULLÓN A., ob. cit. pág., 621; y LACRUZ BERDEJO, J L. ob., cit.,pág., 303.

²⁷⁹LEY 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

²⁸⁰GUILARTE ZAPATERO,V. loc. cit., págs., 646 y 648.

los frutos no aparecen directamente fijados por el código civil, por lo que, en mi opinión, la actuación del acreedor debe delimitarse con arreglo a los criterios propios de un administrador más que como titular de un verdadero derecho de goce de la finca a diferencia de lo que acontece con el usufructo”.

De esta forma queda claro que para estos autores la posesión que adquiere el acreedor, no lo es tanto con base en un derecho de goce sino como derecho a la adquisición de los frutos.

Procede por último cuestionarnos qué ocurre con el uso propio, uso satisfactivo de las necesidades propias que pueda hacer el acreedor del bien inmueble recibido en anticresis. No habría en ese uso un fruto explícito sino la satisfacción de una necesidad propia (vgr: utilizar el inmueble como residencia). Por ello debemos cuestionarnos ¿hasta dónde alcanza ese derecho de goce/uso/explotación del inmueble que adquiere el acreedor? ¿Estaría legitimado el acreedor anticrético para utilizar el inmueble con finalidades distintas de la de obtener los frutos?. Ello al menos nos parece posible en la anticresis compensatoria²⁸¹. El acreedor anticrético podrá disfrutar del bien de la manera que estime oportuna, siempre y cuando lo conserve y mantenga en las mismas condiciones recibidas. Aunque el articulado no lo dice expresamente, resulta claro que el acreedor-poseedor adquiere el uso a la explotación con la obligación de conservar su forma y sustancia. Con esa limitación el acreedor podrá utilizar el bien en todas sus facetas, obteniendo frutos naturales y civiles, y satisfaciendo también cualquier necesidad de aprovechamiento propio mediante el uso directo de la finca²⁸².

²⁸¹ Sobre anticresis compensatoria y anticresis extintiva, véase nota n° 16.

²⁸². Posibilidad que se vio negada por la sentencia de la A.P. de Barcelona, Secc.14ª. de fecha 9.5.2005, (Jur 170432) interpretando el concepto de “fruto” establecido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Marzo de 1965, conforme a la cual fruto civil es todo beneficio o rendimiento que por su propia sustantividad se deriva de la “utilización o explotación de una cosa”. A partir de este criterio la citada sentencia de la A.P. de Barcelona, declaró que la utilización de la finca por el acreedor anticrético y para sí mismo, no constituye “fruto”, en el sentido lato, de que cualquier utilidad de la finca constituye “per se” el derecho de hacer uso de la misma para aplicarlo en pago del crédito. De admitirse que el acreedor anticrético puede obtener “los frutos de la finca” mediante su uso directo por sí mismo se produciría, dice la referida sentencia, una especie anómala de arrendamiento a favor del acreedor anticrético que poseería la finca

Obviamente para poder obtener los frutos o rendimientos de un inmueble resulta necesario tener un derecho de goce, pero la finalidad de la cesión es la obtención de esos frutos, no propiamente el goce. Y cualquier uso que del inmueble haga el acreedor deberá ser económicamente valorado en la necesaria rendición de cuentas.

Y esto es, precisamente, lo que va a permitir, en el ámbito del CCE, que la anticresis pueda ser configurada bien mediante transmisión material de la posesión bien sin ella a través del *constituto posesorio*, porque el derecho a la adquisición de los frutos será siempre el mismo, independientemente de quién resulte ser su poseedor. Por ello pudiéramos decir que aun no habiendo transmisión de la posesión material, la adquisición de los frutos por el acreedor anticrético es una adquisición originaria, no derivativa, de forma que el poseedor del inmueble –su propietario/deudor- al crear el derecho de anticresis ha separado la producción de los frutos del derecho de propiedad y también del

para su propio uso a cambio de amortización de interés o capital. Y esta no es la finalidad del contrato.

Sin embargo, creemos que tal pronunciamiento resulta enteramente discutible. Si el art. 1.885 CCE permite el pacto entre los contratantes en méritos del cual pueden estipular que se compensen los intereses de la deuda con los frutos de la finca dada en anticresis, desde luego en ese caso la ley no hace pivotar la existencia de la anticresis a la obtención efectiva de un rendimiento. Para este supuesto de “anticresis compensatoria”, y en un cierto ámbito de contrato aleatorio, se está autorizando cualquier uso que el poseedor anticrético pueda hacer del inmueble recibido en garantía.

Por otro lado, los frutos se producen cualquiera que sea el titular que los percibe.

En este sentido, no nos parece suficientemente sólido el argumento empleado por la sentencia de la Audiencia de Barcelona, para negar la posibilidad de que en el contrato de anticresis las partes puedan convenir que el acreedor podrá utilizar, en su propio beneficio, el bien inmueble entregado en garantía. También nos parece obvio que este uso para satisfacer necesidades propias, o del que se desprendan satisfacciones propias, será susceptible de ser valorado en dinero y su importe aplicado al pago de la deuda.

BADOSA COLL, F. ob., cit., pág., 762., se pronuncia en el sentido de que la anticresis compensatoria admitiría uso satisfactivo de necesidades propias por el acreedor anticrético.

hecho material de la posesión, de forma que su percepción, la percepción material de los frutos, lo será como simple poseedor instrumental.

En este sentido nuestra legislación no recoge un art. como el 821 del código Italiano, que establece: “Los frutos naturales pertenecen al propietario de la cosa que los produce, excepto cuando su propiedad está atribuida a otro. En este último caso, la propiedad se adquiere con la separación”.

Pese a ello, el art. 451 CCE, nos llevaría de todas formas a una conclusión similar.

Y si nos parece claro que el traslado al acreedor de la posesión del bien propiedad del deudor es sólo en concepto de administración sin otorgar mayores facultades de goce, lo mismo debemos concluir cuando el traslado de la posesión se hace a un tercero ajeno a la relación obligatoria, quien recibirá ese bien en tal concepto de administración, pero que en modo alguno puede obtener beneficio propio, salvo que éste resulte valorable en dinero y por ello atribuible a los frutos.

Esta situación queda especialmente clarificada en el ámbito del derecho civil catalán, cuyo art. 569-23 deja establecido que: “*El dret d’anticresi... faculta als creditors a posseir-lo, per ells mateixos o per una tercera persona si s’ha pactat, i a percebre’n els fruits per aplicar-los al pagament dels interessos...*”.

Ese precepto, a los efectos que ahora nos ocupan, establece de forma concisa tres elementos:

- i).- Que el bien inmueble debe ser fructífero²⁸³.
- ii).- Que debe producirse una traslación de la posesión.

²⁸³ Se debiera añadir que para aquellos quienes consideren la inscripción de la anticresis en el Registro de la propiedad como un requisito de constitución, habrá que exigir no sólo que sea fructífera sino a su vez que esté efectivamente inscrita. Aunque es ésta una circunstancia que no afecta a la finca sino a la situación jurídica en que ésta se encuentre y enteramente subsanable por cuanto bien a través de la inmatriculación, bien a través del restablecimiento del tracto, la finca tendrá acceso al Registro.

iii).- Faculta a los acreedores a percibir los frutos para aplicarlos al pago de los intereses.

i) En cuanto a que el bien inmueble debe ser fructífero: Debemos remitirnos a lo manifestado más arriba pues, efectivamente, a diferencia del CCE, el catalán lo exige expresa y formalmente, pero ello en nada cambia la valoración dada del art. 1.881 CCE, pues los frutos podrán ser naturales o civiles, y como hemos señalado, aunque resulte imaginable, será excepcional el supuesto de bienes inmuebles no fructíferos²⁸⁴.

ii) En cuanto a la traslación de la posesión: Respecto del segundo de los requisitos exigidos por el art. 569-23 CCCat., relativo a la traslación de la posesión, bien al acreedor bien a un tercero, del texto se deduce su carácter esencial para la constitución de la anticresis en el Derecho catalán, así también lo exige –además– el art. 569-24 del propio código, y si bien no define el alcance de esa posesión sí lo hace de forma indirecta: El art. 569.2.2 del CCCat., en el ámbito de las disposiciones generales de los derechos reales de garantía deja establecido que el primero de los efectos del derecho real de anticresis es “la retención de la posesión del bien hasta el completo pago de la deuda garantizada”.

De hecho se produce una difícil integración de los arts., 569-2.2 y 569-23 del CCCat, pues mientras éste define el derecho de anticresis dirigido a poseer un bien inmueble para obtener frutos y aplicarlos a la redención de la deuda, el primero de los artículos citados (569.2.2) ofrece la idea de que la primera finalidad es facilitar la retención del bien “y además imputar los frutos al pago de los intereses de la deuda garantizada y en su caso al capital”. Pero no deja de ser curioso que al art. 569-23 prevea como consecuencia del incumplimiento, la realización de valor, y el 569-2 prevea como efecto principal, el derecho de retención (aunque es verdad que luego ese derecho de retención también conduce a la realización de valor, de la misma forma que el art.569-26. –específico para la anticresis– también remite al mismo procedimiento).

²⁸⁴ En el mismo sentido LLEBARÍA SAMPER, SERGIO. “Comentarios al art. 569-23”. *Comentarios al libro V del Código Civil de Cataluña*. AAVV. Decanato Autonómico de los Registradores de Cataluña. Edit. Bosch. Barcelona 2008. Tomo III. Pág., 1.903.

El art. 569-6.3 del CCCat., cuando establece del régimen posesorio del bien objeto del derecho de retención se refiere al acreedor indicando que “aunque recupere la posesión...” reconociendo pues que el simple hecho de retener supone un hecho posesorio, contemplando que esa propia retención puede efectuarse contra la expresa voluntad del titular (569.5.1). Quizás entonces al retenedor debiera ubicársele en la figura del “tenedor” (detentador) del art. 521-1.2 más que en la de un verdadero poseedor. Lo que nos conduce obligatoriamente a revisar el régimen posesorio del derecho de anticresis.

Cuando el art. 569.2.2 del CCCat. asume para los efectos de la anticresis lo establecido para el derecho de retención y para la prenda (en el 569.2.1.a)) y le atribuye derecho de retención a la anticresis, parece que también, en su consecuencia, le resulta aplicable lo dispuesto, en el art. 569-6.2 “los retenedores han de conservar el bien retenido con la diligencia necesaria y no pueden hacer ningún otro uso que no sea el meramente conservativo”. Se estaría entonces limitando el alcance de la posesión al simple hecho de retener.

En contra, pudiéramos decir, el art. 569.25.1 se remite a determinados artículos concretos de la prenda para dejar establecido el régimen de la anticresis, y entre esos artículos al 569.19.1, dejando por ello excluido de la remisión, el art.569.19.2 que es, precisamente, el que obliga al acreedor pignoraticio a conservar diligentemente el bien recibido en prenda y le prohíbe cualquier uso del mismo. En su consecuencia pudiéramos pensar que en cuanto a la anticresis la intención del legislador ha sido no querer regular nada especialmente predeterminado respecto del régimen posesorio. Y eso, desde luego, parece evidente, pues tanto para el derecho de retención como para la prenda, regulados en la misma sección 2ª del Capítulo IX Título IV del Libro V, prevé especialmente un régimen posesorio, algo que como decimos deja de hacer para la anticresis. Y remitiéndose, como se remite, al régimen posesorio de la prenda para determinados preceptos, sin embargo no lo hace respecto de la prohibición de uso del bien por el acreedor anticrético.

Por ello, en el ámbito del derecho catalán, deberá considerarse que el acreedor anticrético, o en su caso el tercero, serán poseedores legítimos del bien y su

posesión se regulará con arreglo a lo dispuesto en el título II del Libro V y que su posesión, pese a lo que inicialmente pudiera parecer, no es como mero retenedor.

iii) En cuanto a la facultad de percibir los frutos para aplicarlos al pago de los intereses: En cuanto al tercer apartado al que hacíamos referencia de los señalados en el art. 569-23 CCCat, conforme al cual se faculta a los acreedores a percibir los frutos para aplicarlos al pago de los intereses, parece claro que ese es el verdadero objetivo del derecho de anticresis: Se atribuye al acreedor la facultad de percibir los frutos de la cosa cedida en anticresis, facultad que se separa del derecho de propiedad por corresponder su titularidad al acreedor anticrético.

En conclusión, si nos parece claro que la anticresis separa el *ius fruendi* de la propiedad, pero que ese derecho a los frutos se limita tan solo, en su alcance, a esos frutos y no otorga ninguna otra facultad de goce también se hace difícil otorgarle la naturaleza jurídica de derecho real de goce.

4.3.-. LA ANTICRESIS COMO MEDIO DE PAGO²⁸⁵ O LIQUIDATIVO DE LA DEUDA.

Ahora bien esta facultad de percibir los frutos, como se ha señalado más arriba es, con toda probabilidad, la facultad definidora y diferenciadora del propio derecho real de anticresis; así nos lo parece a la vista de las cuatro facultades que adquiridas por el acreedor anticrético, identificarían este derecho y que son:

1. La posesión.
2. La de percibir los frutos para aplicarlos al pago de la deuda;

²⁸⁵BADOSA COLL, F en loc.cit., pág., 176 y 177 utiliza el término *satisfacción*, como diferenciado del *pago*, por cuanto entiende que el pago extingue la deuda y el pago no es divisible, lo que no sucede con el efecto liquidativo de la anticresis, la imputación al pago acredita insuficiencia y por tanto divisibilidad y no extinción total.

Sin embargo ambos códigos utilizan el término *pago* cuando definen la finalidad del propio contrato de anticresis, de ahí que en esa misma dimensión lo utilicemos nosotros sin perjuicio de que efectivamente la imputación de los frutos percibidos no conlleve el pago de la obligación, sino la satisfacción parcial de la misma que podrá finalizar con su total extinción y pago, o no.

3. La de retener el bien en caso de incumplimiento;
4. La de realización de valor junto con la preferencia al cobro. (Facultad que nosotros no reconocemos para la anticresis del CCE, y que para el CCCat entendemos que se encuentra más vinculada al derecho de retención que a la propia anticresis, pero que no por ello podemos dejar de incluir como una de las facultades que se derivan de la anticresis en el régimen catalán).

De todas esas facultades la que es propia y exclusivamente una facultad que encontramos tan solo en el derecho de anticresis²⁸⁶ es la de percibir los frutos. De la redacción dada a los arts., 569-23 y 569-25.4, parece que pudiera plantearse alguna duda: De esta forma, mientras el art. 569-23, establece que el derecho de anticresis faculta al acreedor a percibir los frutos, el art. 569-25.4 establece una clara obligación a los acreedores imponiéndoles una buena y eficaz administración del bien recibido, y además, dice el artículo, los titulares del derecho de anticresis (llama la atención que no se refiera a los acreedores, sino al titular del derecho de anticresis, como si éste pudiera ser distinto de aquel), *“tienen derecho a hacer suyos los rendimientos netos para aplicarlos al pago de la obligación garantizada”*.

De la literalidad de esa redacción pudiera pensarse que la facultad de adquirir los frutos para aplicarlos al pago de la deuda sea una facultad que la adquiere el

²⁸⁶En este sentido ver, ANDERSON, M., loc. cit., pág., 137. Así debe destacarse que en la anterior normativa, constituida por la Ley de Derechos reales de garantía de la Generalitat de Catalunya, en su art. 2.b), se atribuía la facultad de imputar los frutos de la cosa al pago de los intereses de la obligación garantizada a la totalidad de los derechos de garantía (retención, prenda y anticresis) sin embargo en la actual regulación, establecida por el Libro V del Codi Civil de Catalunya, esa imputación de frutos al pago de intereses ha quedado excluida para los supuestos derecho de retención y de prenda. En cuyos casos, y toda vez que los titulares de ambos derechos no tienen ninguna capacidad de uso únicamente cabría plantearse qué ocurre con los frutos naturales – puesto que los civiles o industriales requieren de un uso por su titular que les está vedado a dichos acreedores- y si concluimos que el titular de esos derechos no es un verdadero poseedor, sino en todo caso un simple tenedor o detentador, entonces deberá concluirse también que esos frutos naturales deben ser atribuidos al propietario del bien.

acreedor una vez los frutos ya han sido producidos²⁸⁷ (véase que el artículo habla de “rendimientos netos” , es decir una vez producidos y liquidados todos los gastos necesarios para esa producción; de tal forma que el acreedor no adquiere los “rendimientos brutos”, sino que su adquisición sería desplazada a un momento posterior, practicada ya la liquidación de gastos), pero en realidad lo que este artículo está disponiendo es un orden preestablecido en la administración y liquidación de obtención de frutos, el acreedor quien los percibe deberá aplicarlos en primer lugar al pago de todos cuantos gastos se hayan producido para su obtención, y el remanente lo aplicará a la amortización de intereses y capital. Entendemos que la referencia a “rendimiento neto” obliga al acreedor anticrético, poseedor de la finca, a aplicar parte de los frutos obtenidos al pago de los gastos necesarios realizados para su obtención, y que sólo se aplicará al pago de intereses (o en su caso capital) el excedente que pueda obtenerse: el deudor anticrético cede lo mismo que él hubiera obtenido de seguir siendo el poseedor de la finca, el excedente, los rendimientos netos. Por ello no cabe deducir que la expresión “rendimiento neto” signifique que es el deudor quien obtiene los frutos, para entregarlos al acreedor una vez deducidos sus costes de producción.

El art. 569-23, hablando exclusivamente de los frutos, define el derecho de anticresis como aquel derecho en méritos del cual el acreedor queda facultado a percibir los frutos del bien que se le entrega en garantía para aplicarlos al pago de los intereses y a la amortización del capital. Y sin embargo el 569-25.4 establece que los intereses se aplicarán al pago de la obligación garantizada y si procede a sus intereses, de tal forma que más bien parece que se configure el derecho de anticresis como un derecho de garantía de la obligación principal y que esa garantía tan sólo resulta extendible a los intereses cuando efectivamente proceda, es decir cuando las partes expresamente lo hubieren convenido.

Leído en la forma que acabamos de exponer, desde luego ambos preceptos (569-23 y 569-25.4) resultan contradictorios puesto que el 569-23 deja establecido

²⁸⁷BADOSA COLL F, loc., cit., pág., 175 señala que “ la satisfacción por imputación de los frutos exige su previa producción que se genera a partir de la gestión del bien ajeno por el anticresista. El acreedor anticresista se contempla como un gestor en interés propio (art.1.882 CC) de manera que sólo imputará los rendimientos netos...”.

que los frutos son percibidos por el acreedor anticrético para pagar los intereses de la obligación, siempre y en cualquier caso y por el contrario el 569.25.4, tan solo cuando proceda. Sin embargo pensamos que esa contradicción es estrictamente semántica, que como decimos procede de una poco afortunada redacción, pues “ese cuando proceda” deberá ser entendido de forma que se refiera a todos aquellos casos en que la deuda genere intereses, aunque, bien es cierto, también permite acoger la posibilidad de que las partes no lo pactasen así; es decir, que deudor y acreedor pactasen que los frutos se destinen a pagar capital y no intereses²⁸⁸.

En cualquier caso debe pensarse que tal desmembración es un derecho exclusivamente creado como medio de pago, siendo la anticresis más que un derecho real de goce, un medio de pago de las obligaciones. Aunque esto no nos soluciona la disyuntiva de su naturaleza, pues una cosa es la facultad del *ius fruendi* que queda separada del derecho de propiedad, y por ello se configura como derecho real independiente, y otra cosa distinta es la finalidad que deba dársele a los frutos obtenidos. *Sería pues un derecho real de goce en función de pago.*

En conclusión de cuanto antecede, creemos que la naturaleza real del derecho de anticresis en el ámbito de los derechos reales limitados cabe ubicarla entre los derechos reales de goce, si bien éste limitado a la obtención de frutos para el pago de la deuda; de hecho, sería un derecho real dirigido a la explotación económica del bien dado en anticresis²⁸⁹, explotación que además pasa a ser obligatoria para su titular y con la finalidad de procurar alcanzar el pago de una deuda²⁹⁰.

²⁸⁸BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO. “Artículo 1.173” *Comentarios del código Civil*. Ministerio de Justicia. Madrid.1.991. Tomo II. págs., 237 y ss. Posibilidad que no queda prohibida por el art. 1173.CCE.

²⁸⁹En este mismo sentido, véase ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A. ob. cit., pág., 216.

²⁹⁰ Pese a esta conclusión, no podemos sin embargo obviar que aún siendo varios los autores que estiman que efectivamente la anticresis es más un derecho de goce o un derecho híbrido entre al garantía y el pago que un derecho de garantía, dada su tradicional calificación como tal (ratificada recientemente por el CCCat), siguen refiriéndose a ella como “derecho de garantía”. Por ello en el presente trabajo, a pesar de

Fruto de esta conclusión y a partir de esta calificación debiéramos abstenernos de referirnos, en el presente trabajo, a la anticresis como derecho de gananía, y así lo haremos. Sucede que en ocasiones la propia terminología legal conlleva el uso de *garante o garantía*, por lo que no siempre nos será posible evitar el uso de estos términos, si así sucede no será una incongruencia, a modo de *contradictio interminis*, sino una obligada referencia técnica.

que nos pronunciamos como partidarios de resaltar su naturaleza de derecho real de goce en función de pago, podremos seguir refiriéndonos a ella como derecho de garantía. No se tratará pues de una incongruencia, se trata de posibilitar un análisis de la figura paralelo al que ha venido haciendo la doctrina toda vez que el derecho se ubica en ambos códigos entre los derechos reales de garantía.

5.- LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DERECHO DE ANTICRESIS.

5.1.- TÍTULO CONSTITUTIVO.

Se diferencian la legislación estatal y la catalana en la ubicación sistemática del derecho de anticresis en sus respectivos códigos, en la medida en que el CCE regula la anticresis en el Libro IV destinado a los contratos y el CCCat lo hace en el Libro V destinado a los derechos reales. De ahí pudiera parecer que ambos códigos contemplan el mismo derecho desde dos posiciones diferentes: El CCE desde la perspectiva de su acto o título constitutivo y el CCCat desde la propia naturaleza del derecho. Sin embargo lo cierto es que superada esa distinta ubicación, resultan ambos plenamente coincidentes en calificar el derecho como *derecho de garantía* y por ello lo tratan junto con la prenda y la hipoteca²⁹¹.

De forma unánime la doctrina, y ante el silencio de los textos legales, ha venido a sostener que el derecho de anticresis puede ser constituido mediante cualquier título: negocio jurídico intervivos, mortis causa e incluso prescripción adquisitiva. Este posicionamiento doctrinal, en lo que respecta a la legislación catalana, se habrá visto incluso legalmente apoyado a partir de la redacción del art. 21 de la LDRG y actualmente de la del art. 569-24.1 CCCat²⁹².

La realidad es que ambos textos se ocupan exclusivamente de la constitución mediante contrato y de ello nos ocuparemos a continuación, pero para el caso de quererse utilizar otra vía constitutiva deberemos plantearnos cómo realizarlo y qué efectos produciría esa constitución.

²⁹¹Trato que como ya hemos señalado, epígrafe 4.4.3, a nosotros nos parece inadecuado puesto que no es la garantía la primera de las funciones llamadas a ser desempeñadas por este derecho.

²⁹². No deja de ser paradójico, sin embargo, que este artículo indique que la anticresis se puede constituir mediante cualquier título, y al mismo tiempo exija su constitución mediante escritura pública y la inscripción del título en el registro de la propiedad, paradoja a la que nos enfrentamos unas líneas más abajo, epígrafe 5.3.

5.1.1.- Constitución mortis causa

La constitución del derecho de anticresis no puede verse como un acto dispositivo unilateral del deudor²⁹³. Y si se admite esa tesis cabrá desde luego admitir su constitución por testamento. Sin embargo nosotros entendemos que para que la constitución de la anticresis no basta con la separación del *ius fruendi* sino que se hace necesario, además, que el acreedor acepte la gestión de un bien ajeno y acepte también la modalización del *ius percipiendi* siendo destinado al pago de *su crédito*; la asunción de la gestión –con todas las obligaciones que de ello se derivarán- y modificación del pago o satisfacción de la deuda son elementos esenciales de la anticresis (tan esenciales como la propia separación del *ius fruendi*), por lo que a nuestro juicio eso impide que pueda ser constituida como acto dispositivo unilateral y ello impedirá que la anticresis pueda quedar constituida vía testamentaria.

En lo que respecta a la constitución mortis causa, no es difícil imaginar que en un testamento el causante que transmite alguna deuda a un sucesor, para aliviarle en la obligación de pago de la misma, constituya sobre un inmueble de su propiedad transmitido a ese propio heredero o legatario o a otro de los llamados a la herencia, un derecho de anticresis. Se tratará de querer instrumentar un mecanismo legal para que aquel que se va a ver gravado con el pago de una deuda del causante, encuentre en la misma herencia un medio de pago que en principio le permita realizarlo sin tener que acudir a su propio patrimonio. El causante podrá querer constituirlo con carácter real –es decir, que el inmueble gravado con anticresis sea efectivamente entregado a su acreedor- o con carácter estrictamente obligacional, de forma que al causahabiente del inmueble se le obligue a entregar sus frutos al acreedor en pago de la deuda²⁹⁴.

²⁹³ En sentido contrario, BADOSA COLL, F. loc., cit., pág., 161.

²⁹⁴ Esa anticresis obligacional, sin carácter real, constituida en testamento y en la que deudor y persona gravada con la entrega de los frutos fueran personas distintas, nos conduciría probablemente a considerar este gravamen como un modo.

La constitución de un derecho real de anticresis a través de testamento sin embargo no siempre será posible puesto que para la efectiva constitución del mismo se requerirá el consentimiento del acreedor pues al tiempo de la constitución este acreedor asume unas obligaciones de gestión y administración que puede no querer aceptar. La constitución *mortis causa* del derecho real resultará ineficaz si el acreedor no acepta; y si la acepta, realmente las obligaciones de dirección económica que asume no las estará contrayendo con el causante, sino con su causahabiente por lo que el negocio de constitución propiamente dicho no será entre causante y acreedor sino entre causahabiente y acreedor.

Frente a ello puede sostenerse que de la misma forma en que puede constituirse una hipoteca unilateral y también una hipoteca testamentaria, podrá constituirse un derecho de anticresis de la misma manera. Sin embargo esta tesis tampoco es pacífica entre la doctrina, en donde encontramos a muchos autores que entienden que la falta de consentimiento del acreedor hipotecario no es sólo un requisito de eficacia sino que impide la constitución del propio derecho²⁹⁵.

Debe hacerse especial hincapié en el carácter bilateral del derecho de anticresis, a diferencia de lo que ocurre en la hipoteca. En ésta para su plena eficacia desde luego resulta necesaria la aceptación del acreedor, pero no es un negocio jurídico

²⁹⁵ALBALADEJO GARCÍA,M. “La hipoteca unilateral” ADC. 1950. Págs. 84, se pronuncia: “(...) pensamos que la aceptación registrada es la que produce tanto la adquisición como el nacimiento del derecho de hipoteca”. LACRUZ BERDEJO,J.L. ob., cit., págs., 266 y ss. quien también entiende que hasta la aceptación del acreedor no existe más que un aviso de hipoteca posible. Y también Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, LUIS. *Fundamentos de derecho civil patrimonial. Tomo VI*, Editorial Aranzadi S.A. Cizur Menor (Navarra), 2012. Pág., 418, para quien la constitución unilateral de hipoteca es tan solo una reserva de rango. Sin embargo el propio Díez-PICAZO separa la *hipoteca testamentaria* de la hipoteca unilateral, entiende que la hipoteca testamentaria tan solo podrá ser inscrita si se unen la declaración unilateral de constitución y la declaración unilateral de aceptación “de forma que estamos lejos de una constitución unilateral o de una constitución verdaderamente testamentaria”.

Y en sentido contrario, esto es aceptando que la hipoteca unilateral del art. 141 de LH es una verdadera y completa hipoteca, se pronuncian ROCA SASTRE, R y ROCA-SATRE MUNCUNILL, L., ob., cit., págs., 689 y ss: “(...) el acto dispositivo del dueño es por sí mismo un *negocio jurídico unilateral*, o sea, un acto perfecto o completo como tal, y que tiene el vigor suficiente para *constituir* una hipoteca. La aceptación de ésta por el acreedor es un simple presupuesto legal o *conditio iuris* de la adquisición del derecho real de hipoteca ya constituido”.

bilateral; serán, constitución y aceptación, dos negocios unilaterales sucesivos. Cuando el acreedor acepta la hipoteca, acepta un beneficio, una garantía, que ha sido reconocida en su favor. En todo caso deberá diferenciarse el negocio jurídico del que nace la obligación asegurada y en donde se determinan todos los elementos de la obligación (vencimiento, intereses, etc.), del acto constitutivo de la garantía hipotecaria en el que se afecta el valor en venta de un inmueble al cumplimiento de esa obligación.²⁹⁶

Sin embargo en la anticresis el acto constitutivo deberá ser necesariamente bilateral: en él se convienen y se determinan obligaciones para las partes que forman parte del propio derecho anticrético, que resultan independientes respecto de lo que es la propia obligación principal. Nada tiene que ver la obligación de explotación del inmueble que asume el acreedor, con la propia obligación principal que debe ser satisfecha. Nada tiene que ver el pagar contribuciones y cargas, con la deuda de origen. Incluso puede suceder que nada tengan que ver los frutos que puedan ser obtenidos, con la *especie* del objeto que constituye la deuda principal. El consentimiento anticrético no es pues el resultado de la suma de dos consentimientos unilaterales, es un único consentimiento conformado a partir de una oferta y una aceptación. Y si además a todo ello le unimos la necesidad de que se produzca la tradición o entrega (curiosamente necesidad inexcusable conforme al derecho catalán, que es quien precisamente también de forma expresa se manifiesta afirmando que la anticresis se podrá constituir por “cualquier título”) que requiere voluntad de transmitir por parte de quien entrega y de adquirir por parte de quien recibe, se hace muy difícil poder admitir que el derecho real de anticresis pueda ser constituido *mortis causa*.

También pudiera suceder que la pretensión del causante fuera menos ambiciosa y tan solo quisiera constituir una anticresis estrictamente obligacional, imponiendo a su heredero o legatario la obligación de destinar los frutos de un determinado bien inmueble al pago de una deuda. Tampoco sería una verdadera anticresis, ni en el derecho catalán que exige expresamente la tradición del inmueble, ni en el CCE por cuanto requeriría el consentimiento expreso del

²⁹⁶ROCA SASTRE, R y ROCA-SATRE MUNCUNILL, L. ob., cit., pág., 690.

acreedor para transformar su crédito puro y simple en crédito anticrético y ese acuerdo contractual no puede quedar establecido testamentariamente²⁹⁷.

Quizás pues la única posibilidad de admitir la constitución de una anticresis testamentaria, sería en que el propio testador impusiese a un heredero o legatario la obligación de pago de una deuda nueva a favor de otro legatario o beneficiado en la herencia, y determinase que su pago se instrumentase a través de una anticresis por él mismo constituida. Pero también para este caso aparecen múltiples sombras: para su nacimiento seguirá siendo necesario que obligado y beneficiado acepten la herencia, y que una vez aceptada se entregue y reciba el inmueble, situación que nos lleva considerar que se habrá constituido una anticresis sometida a condición suspensiva. Y no olvidemos que además en Cataluña se exige como requisito de constitución el otorgamiento de escritura pública, y ésta desde luego sería otorgada con posterioridad a la aceptación del contenido de la herencia por las partes implicadas; por lo que el causante podrá ordenar o disponer que se constituya una anticresis, pero no constituirla por sí mismo.

²⁹⁷Pese a todas esas objeciones son muchos los autores que se manifiestan en el sentido de admitir que cabe constituir el derecho de anticresis mediante cualquier título, incluso *mortis causa*.

ALBALADEJO GARCÍA, M, ob., cit., pág., 267, sin mayor explicación y para nosotros sorprendentemente a la vista de lo que él mismo sostiene para la hipoteca testamentaria. “Aunque el código sólo ha tenido presente la constitución por contrato, cabe, en principio, de cualquier otra manera como por testamento, usucapión, etc.”.

En el mismo sentido parece pronunciarse GUILARTE ZAPATERO, V. loc., cit., pág., 644. Más explícito es O’CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER. *Compendio de Derecho Civil*. Editorial Revista de Derecho Privado (EDERSA), Madrid. 1988. 2ª Edición Tomo III, Derechos reales e hipotecario. pág., 350: “(...) la anticresis se puede constituir por cualquiera de los medios de constitución de los derechos reales: negocio jurídico *inter vivos* o *mortis causa* o usucapión y el contrato es un medio más de constitución, como *título*, que requerirá el *modo*”.

Y también MORENO QUESADA, L. ob., cit., pág., 121.

Para el derecho catalán ANDERSON, M. ob., cit., pág., 138.

5.1.2.- Adquisición por usucapión.

Del mismo modo cabe plantearse la adquisición del derecho de anticresis por usucapión: deberemos partir de una relación obligatoria existente en la que el acreedor se encuentre en posesión de un inmueble (sin título para el *ius fruendi*) y que pasa a explotarlo para aplicar los frutos al pago de esa deuda. Es decir, el alcance de la posesión por el acreedor usucapiante debe limitarse al *ius fruendi* y además en esa función de pago de una deuda preexistente pues en otro caso estaría usucapiendo un usufructo o un derecho de goce más o menos amplio, pero no un derecho de anticresis. Pero se hace difícil llegar a imaginar esa hipotética situación: Que un acreedor adquiriera por usucapión el derecho a percibir los frutos de un inmueble ajeno para con ellos hacerse pago de un crédito. Quizás la posibilidad que resulta más razonable es imaginarla en los supuestos de usucapión por nulidad del título adquisitivo (usucapión ordinaria de conformidad con el CCE), en donde el acreedor puede estar poseyendo desde un inicio como acreedor anticrético, y estando el título afecto de nulidad cuando el propietario del inmueble quiera recuperar la posesión de su finca le pueda ser opuesta la prescripción.

También pudiera darse que quien estuviera usucapiendo la propiedad de la finca fuera el deudor o el tercero que hubiese constituido el derecho de anticresis entregando la finca al acreedor, como un acto más de ese *ius disponiendi* que se encuentra en trance de usucapir. En los casos en que esto suceda, ocurrirá que en derecho catalán el plazo de adquisición prescriptiva de la propiedad por el constituyente de la anticresis siempre se consumará de forma previa o como mucho al mismo tiempo que el plazo de la usucapión por el acreedor, en cuyo caso este acreedor no adquirirá su derecho de anticresis por usucapión sino por contrato con el usucapiante de la propiedad. Pero con arreglo al CCE, esta situación puede ser distinta puesto que podemos encontrarnos que aquel que está usucapiendo la propiedad lo haga de forma extraordinaria, pero en cambio el acreedor titular de la anticresis posea con justo título y buena fe, en ese supuesto su adquisición pudiera consumarse en fecha anterior a la adquisición del propio constituyente.

Imaginable o no, desde luego no existe obstáculo legal alguno que impida reconocer que siendo la anticresis un derecho que otorga la posesión del inmueble, pueda este derecho ser adquirido por vía de la prescripción, pero eso será así si observamos la anticresis como un derecho que otorga simplemente el *ius fruendi*, pero en cuanto consideremos la función de ese *ius fruendi* y que determina su naturaleza, *en función de pago*, esa diáfana posibilidad puede cambiar.

No puede olvidarse, como ya hemos señalado para el hipotético supuesto de adquisición mortis causa, que siendo la anticresis un derecho real de goce en función de pago su constitución siempre será el fruto de un contrato convenido entre acreedor y deudor, y esa *función de pago* predetermina no sólo la naturaleza del derecho sino también el vehículo de su constitución. El derecho de propiedad, o el usufructo o tantos otros pueden ser adquiridos por cualquiera de los medios de adquisición previstos en los arts., 609 del CCE y 531-1 del CCCat, y por tanto el adquirente de la propiedad puede adquirir su derecho por ocupación, por sucesión... y por el título y modo; pero el anticresista no puede adquirir la *función de pago* por usucapión, esa causa que determina el nacimiento del derecho como anticrético sólo puede ser fruto de un contrato. Sólo el *ius fruendi* no constituye una anticresis, para serlo ese derecho de goce debe quedar afecto o sujeto a la función de pago de una obligación concreta, la anticresis conlleva esas dos facetas: percepción de los frutos de manera originaria, y aplicación de los mismos al pago de una deuda, si al derecho creado le falta una de esas facultades u obligaciones el derecho no es una anticresis. La adquisición del usucapiente es siempre una adquisición unilateral²⁹⁸, quien usucape lo hace por su posesión en concepto de dueño o titular del derecho usucapido pero ambas cuestiones son comportamientos unilateralmente realizados y decididos por el propio poseedor y sólo por él. El nacimiento de un derecho de anticresis será siempre frutos de un acuerdo entre acreedor y deudor para instrumentar el nacimiento de ese derecho como vehículo para el pago de una deuda o de sus intereses, de esta forma la usucapión a la que nos hemos referido más arriba toda vez que hemos indicado que la anticresis es un derecho

²⁹⁸ GUILARTE ZAPATERO, V. loc., cit., pág., 485. Este autor precisamente por este motivo entiende que no cabe la adquisición del derecho de prenda por usucapión

real posesorio y por ello usucapible, esa usucapión lo más que puede llegar a hacer es a legitimar el título del constituyente, es decir podemos encontrarnos que se haya creado una apariencia de anticresis porque el constituyente, carente de título suficiente para la disposición del *ius fruendi* de un inmueble, lo entregue al acreedor anticresista conviniendo que con los frutos de ese bien se pagará la deuda o los intereses. Tendremos entonces una anticresis que dispondrá de todos sus elementos necesarios, pero el acto de disposición del *ius fruendi* estará falto de contenido puesto que nadie puede disponer lo que no tiene, puede suceder en este caso que el acreedor anticrético acabe usucapiendo ese *ius fruendi*, que se transforma en anticresis en virtud del pacto habido con el constituyente no titular.

De esta forma tampoco para la usucapión podemos afirmar que la prescripción adquisitiva sea vehículo apto para la adquisición del derecho anticrético, que teniendo un insustituible e irremplazable contenido bilateral, por esencia, precisa siempre para su creación de forma contractual.

Por último señalar que no sería un supuesto de adquisición prescriptiva, pero sí de constitución del derecho por un no dueño, la aplicación de los efectos del art. 34 de la LH, pudiéndose reconocer como verdadero tercero hipotecario a aquel quien acepta la garantía anticrética de quien aparece como titular inscrito, y a su vez inscribe su título en el Registro de la propiedad (obviamente cumpliendo también con el requisito de la buena fe). Este adquirente del *ius fruendi anticrético* será defendido en su adquisición ante el verdadero propietario que aparezca con posterioridad intentando hacer valer su derecho.

En todos estos supuestos el propietario que ve limitado su derecho real pleno por la existencia de un derecho de anticresis adquirido bien mediante usucapión, bien por efectos del art. 34 de la LH, quedará en una posición jurídica similar a la del tercero que voluntariamente constituye un derecho de anticresis interés de un deudor. No asume por tanto obligación ninguna respecto de la deuda asegurada.

5.1.3.- Constitución por contrato.

Concluimos pues la necesidad de que la anticresis sea constituida mediante contrato²⁹⁹, que es la figura contemplada por ambos códigos en sus regulaciones específicas, a pesar de que el CCCat se manifiesta expresamente en el sentido de que podrá constituirse anticresis *mediante cualquier título* (art.569-24) y que respecto del CCE la doctrina también se manifiesta en este mismo sentido³⁰⁰.

El carácter bilateral de la anticresis nos parece elemento esencial de la misma. No es equiparable al derecho de propiedad adquirido mediante contrato de compraventa más la tradición, puesto que en este cabe perfectamente diferenciar el contrato del derecho de propiedad, derecho que es independiente y pleno de forma absolutamente aislada respecto del contrato adquisitivo. En la anticresis eso no opera del mismo modo, lo haría si nos limitásemos a hablar del *ius fruendi*, pero no sucede así cuando ese derecho de disfrute queda vinculado a la función de pago, condición que entendemos que determina plenamente el título constitutivo de este derecho. A mayor abundamiento durante la propia vigencia del derecho, aparecen obligaciones para el acreedor anticresista frente a su deudor o frente al tercero constituyente, así la de rendición anual de cuentas³⁰¹.

El carácter bilateral de la anticresis proviene no solo de su necesaria constitución contractual de las propias obligaciones recíprocas que de él se desprenden para las partes (cierto es que algunas de ellas pueden entenderse como obligaciones sin sinalagma –el pago de las contribuciones- pero otras, como la que hemos señalado de la rendición anual de cuentas es verdadera manifestación del carácter recíproco de las obligaciones establecidas), pero además la bilateralidad es necesaria en su propia constitución por cuanto el acreedor debe aceptar ser satisfecho mediante un acuerdo que en muchas ocasiones conllevará contenido novatorio bien porque los frutos sean de especie distinta del objeto de la deuda principal, bien porque la constitución de la anticresis puede conllevar la modificación del plazo de cumplimiento.

³⁰⁰ALBALADEJO GARCÍA, M. ob., cit., pág., 267.

³⁰¹MANRESA Y NAVARRO, J.M. ob., cit., pág., 527, califica este derecho como derecho de carácter unilateral.

5.2.- LOS SUJETOS.

5.2.1.- Requisito de Capacidad.

La anticresis presupone siempre la existencia de una deuda principal. En esa relación obligatoria habrá de partirse de un sujeto deudor y de un sujeto acreedor a los que les será de aplicación cuanto se dispone en la teoría general de las obligaciones. Sin embargo en lo que es propiamente el contrato anticrético, también un tercero ajeno a esa relación obligatoria puede aparecer como constituyente de la garantía. Veamos pues los requisitos de capacidad que deben exigirse a los distintos intervinientes en razón de la calidad con la que intervengan.

En la relación obligatoria que quiere asegurarse los requisitos de capacidad son obviamente los generales de la ley y a ellos debemos remitirnos. La única especialidad que podemos plantearnos es que el deudor fuera un menor de edad: en ese caso en cuanto traspasamos el umbral de la obligación y nos introducimos en el de los derechos reales, la constitución de la anticresis deberá ser realizada por sus padres o tutores quienes precisarán de la autorización judicial toda vez que estamos ante un acto de disposición o gravamen de un bien inmueble. (arts., 166 CCE y 236-27 CCCat).

Igualmente pudiera suceder que fuera el acreedor quien tuviese la condición de menor de edad. Como titular de un crédito no se presenta problema alguno, ahora bien en cuanto se pretende constituir un derecho de anticresis, nos encontraremos que el contrato anticresis obliga al acreedor a administrar el inmueble y en ese caso resultaría que el menor no puede asumir por sí mismo la administración de ese inmueble. Como veremos más adelante en esa obligación de administración el acreedor, en méritos del contrato que celebra, se sitúa en posición bastante próxima a la del mandatario, y si aceptamos esa tesis, desde luego resultará de aplicación lo dispuesto por el art. 1.716 del CCE de forma que podrá recibir la finca en anticresis tanto el mayor de edad como el menor emancipado.

El menor no emancipado no puede asumir y obligarse en la administración de un inmueble por falta de capacidad, lo que no evita que de hecho esta situación pueda darse. Parece claro que el menor de edad no emancipado a quien se le haya confiado una finca en anticresis podrá explotarla dentro de los límites de su propia capacidad natural, y si pensamos que los principios del contrato de mandato pueden ser aplicados a la relación que la anticresis reproduce, que resultan equivalentes a las relaciones internas entre mandante y mandatario, en este caso configurados como deudor anticrético (mandante) y acreedor (mandatario), el deudor no podrá exigir responsabilidad alguna a ese menor, excepción hecha por supuesto de todo aquello que le haya producido enriquecimiento, y que tratándose precisamente la anticresis de un contrato dirigido a la obtención de frutos, resultará fácilmente previsible que efectivamente se haya producido: ello significaría que el menor, en la medida en que haya obtenido frutos, deberá aplicarlos al pago de la deuda o de sus intereses, pero en caso de una administración frustrada o ruinosa quedará exento de toda responsabilidad³⁰².

5.2.2.- Poder de disposición.

5.2.2.1.- Facultad de disposición sobre el bien inmueble.

Para la constitución del derecho real de anticresis se exige al constituyente que tenga poder de disposición sobre los bienes inmuebles, o sobre su derecho a percibir los frutos, toda vez que la cesión de esta facultad es considerada un acto de disposición y no de mera administración. La facultad de disposición se refiere tanto a las condiciones subjetivas del constituyente en razón de la edad o capacidad de obrar, como a la naturaleza del derecho del que sea titular sobre el bien inmueble.

³⁰² LEÓN ALONSO, JOSÉ R. “Artículo 1.716”. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1986. Tomo XXI. Pág., 166.

En la RDGRN de 11 de Marzo de 1932 se declara que la prohibición de enajenar y gravar bienes en méritos de un fideicomiso impide la inscripción de una anticresis constituida por los fiduciarios por considerarse la anticresis un acto de disposición. Debemos resaltar precisamente que la *ratio decidendi* del Registrador que denegó la inscripción lo fue el hecho de estimarse que “*indudablemente la anticresis es un gravamen o derecho real que priva a los deudores de una de las facultades del dominio –acaso la más interesante y positiva- cual es la de hacer suyas las rentas*”³⁰³.

Tanto el CCE como el CCCat conciben la anticresis, en principio, como el derecho que adquiere el acreedor sobre un bien de su deudor para adquirir los frutos del mismo y aplicarlos al pago de una deuda, a partir de ahí se explicita por parte de la doctrina que el deudor (o el tercero constituyente de la garantía) deberá tener la facultad de disposición del bien inmueble que cede³⁰⁴, aunque nos parece más ajustado sostener que no resulta necesario que el deudor tenga la facultad de disposición plena sino tan solo una facultad absoluta que le otorgue el derecho a percibir los frutos, de forma que podrá desde luego el propietario constituir anticresis sobre sus bienes, pero también podrá hacerlo por ejemplo el enfiteuta o el usufructuario mientras dure el usufructo. No podrá sin embargo constituir el derecho el arrendatario, puesto que el derecho que éste tiene sobre la cosa es un derecho de carácter personal, pues si bien es verdad que el arrendatario tiene derecho a percibir los frutos de la finca arrendada su derecho no se fundamenta en un derecho sobre la cosa o inmueble sino estrictamente en la autorización que consiente la propiedad en méritos del arriendo.³⁰⁵

³⁰³ EDD 1932/3.

³⁰⁴ DÍEZ PICAZO, L y GULLÓN, A. ob., cit., pág., 508. PUIG-BRUTAU, J. ob., cit., pág., 50.

³⁰⁵ PUIG PEÑA, F., ob., cit., pág., 466. BATLLE VÁZQUEZ, M. loc., cit., pág., 700. BAUDRY-LACANTINERIE, G. ob., cit., pág., 657, quien además resalta que la anticresis constituida por un usufructuario no puede ofrecer eficacia más allá de la duración del propio usufructo.

5.2.2.2.- Anticresis del copropietario o anticresis de cuota.

Especial referencia debe hacerse sobre la posibilidad de constituirse anticresis por el copropietario de un inmueble, algo que parece que puede tener cabida tanto en el art. 399 del CCE como también en el art. 561-11.2 del CCCat.

Respecto de la legislación española el citado art. 399 dispone que “*todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte y la de los frutos y utilidades que le correspondan pudiendo (...) aun sustituir otro en su aprovechamiento...*”. Sin embargo, señala DÍEZ-PICAZO, lo que en ese artículo se contempla se trata tan solo de una simple relación obligatoria³⁰⁶ y debe ser diferenciado de la constitución de un usufructo sobre cuota, que también se encuentra contemplado en el art. 490 CCE y en donde efectivamente se constituye un derecho real de usufructo sobre una cuota parte de una propiedad común; usufructo de cuota que atribuye a su titular todas las facultades que corresponderían al propietario en lo referente a la administración y percepción de frutos. Y en el mismo sentido se pronuncia también RIVERO³⁰⁷ para quien el usufructuario ocupa la misma posición que el copropietario en todo lo relativo al usufructo, también para la administración, en el ejercicio de un derecho propio y en su interés, estando directamente legitimado para ello, percibiendo por tanto los frutos y rendimientos sin intervención para nada del nudo propietario, aunque obviamente en la proporción que corresponda por su cuota.

Admitiéndose que en el usufructo de cuota el usufructuario adquiere el derecho de administración del inmueble en lo que a su cuota parte le pueda corresponder, nada podrá oponerse a que el copropietario pueda constituir en lugar de un usufructo un derecho de anticresis sobre su cuota parte.

En cuanto al derecho civil catalán los arts., 561-11 y 561-9, desde luego autorizan también a que el usufructuario pueda ceder su cuota parte *por cualquier título* por lo que entre ellos estaría el de la constitución de la anticresis.

³⁰⁶ DÍEZ-PICAZO, L. ob., cit., pág., 1.035.

³⁰⁷RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO. *El Usufructo*. Editorial Aranzadi S.A. (Cívitas). Cizur Menor (Navarra). 2010. Pág., 987.

Sin embargo el art. 552-6 pone ciertos límites al uso que cada copropietario puede hacer de la cosa común y al hacerlo parece que venga a limitar la propia expresión del art. 569.25.4 que obliga al acreedor anticrético a quien se le entrega la finca a obtener el *máximo rendimiento posible*, mientras que el 552-6.3 prohíbe a todo copropietario (y por tanto también al anticresista de cuota) a introducir ningún tipo de modificación ni tan siquiera para hacer más fructífero el bien común de manera que aparentemente 552.6.3 y 569.25.4 propondrían opciones incompatible: prohibición de las mejoras aún haciendo la finca más fructífera y exigencia de hacer la finca precisamente más fructífera.

Ese requerimiento a obtener el máximo rendimiento posible y esa limitación que impide la incorporación de mejoras, creemos que no son obstáculo alguno, toda vez que la limitación del art. 552-6.3 es una limitación legal que vendría a determinar el propio alcance del “rendimiento *posible*”. Si la ley hace imposible una modificación, aunque sea productiva, esa opción de explotar la finca mediante esa modificación ya quedaría por si misma fuera del máximo rendimiento *posible*.

De esta forma no vemos problema en que se pueda ceder la cuota parte de una copropiedad fructífera para que sea el acreedor quien perciba los frutos, y tampoco pensamos que produzca especial problema la aplicación de los otros efectos del derecho anticrético. La facultad de realización de valor de la que se dispone en la anticresis catalana afectará a esa cuota parte, y entendemos que también deberá admitirse la viabilidad del derecho de retención que se reconoce tanto en la legislación española como en la legislación catalana para los supuestos en que vencida la obligación el acreedor que no haya sido enteramente satisfecho.

Entendemos que encontrándose el bien inmueble en régimen de copropiedad, su posesión (ahora retención) no puede excluir la posesión de los restantes copropietarios; por lo que la retención se limitará a la retención de todos los derechos de uso que se deriven de la cuota de copropiedad. Así el acreedor anticrético que posea un bien inmueble en méritos de una cuota de copropiedad y que precisamente por el régimen de uso deba ceder esa posesión a otro copropietario, ni podrá negarse hacerlo invocando su derecho de retención

anticrética ni podrá entenderse que ha perdido esa posesión para sostener que se extinguió su derecho de retención.

La entrega del bien a otro copropietario distinto del deudor anticrético no es entrega de la posesión de la cuota *al propietario*, y por tanto deberá entenderse que el derecho de retención se mantiene, incluso aunque con posterioridad cualquier copropietario no repusiera en la posesión al anticresista sino que entregara el bien al copropietario constituyente de la anticresis, puesto que para ese caso la pérdida de la posesión habría sucedido sin la voluntad del acreedor anticrético y retenedor³⁰⁸.

5.2.3.- Terceros intervinientes.

5.2.3.1.- El Tercero constituyente de la anticresis.

Cuando la anticresis es constituida por un tercero ajeno a la relación obligatoria, la posición de éste será la de tercero en cuanto a la obligación, pero de sujeto principal en lo que se refiere propiamente a la anticresis, de forma que en realidad nos aparecerán dos relaciones jurídicas paralelas.

La posibilidad de que la anticresis sea constituida por un tercero no deudor, viene expresamente recogida en ambos códigos, en el CCE por aplicación de lo dispuesto en el art. 1.857 al que se remite el 1.886, y en el CCCat por cuanto establece el art. 569-14, al que se remite el 569-25.1.

Esta figura del tercero no deudor, que consiste en un tercero ajeno a la deuda que entrega en anticresis una finca de su propiedad al acreedor para el pago de los intereses y de la deuda de otro, provoca consideraciones realmente encontradas al tiempo de querer determinar la exacta posición jurídica en la que se encuentra ese tercero, empezando por su propia denominación y naturaleza, y terminando por los efectos que su intervención provoca.

³⁰⁸ En este sentido se pronuncia PUIG FERRIOL, LLUIS. *Institucions Del Dret Civil de Catalunya*. Puig i Ferriol y Roca i Trias. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. 2007. Vol. IV, pág., 778.

Para su estudio, nos debemos remitir a cuanto se ha escrito relativo al tercero hipotecante puesto que ninguna línea los autores han destinado al tercero constituyente de anticresis, pero obviamente como ambos encuentran la justificación de su existencia en el art. 1.857 CCE (para la anticresis catalana, el 569-14 de similar contenido) muchos de las cuestiones que han sido tratadas al estudiar la figura del hipotecante no deudor resultan igualmente aplicables al tercero que constituye anticresis por una deuda ajena.

En cuanto a su denominación y también respecto de su naturaleza, entre los tratadistas no es pacífica la posición en que se sitúa a ese tercero no deudor que para algunos debe ser tratado como un “fiador real”³⁰⁹, y para otros tal expresión, en lo puramente terminológico, “repugna al rigor científico”³¹⁰, resultando pues quizás más admisible para todo el mundo la denominación de “tercero garante”³¹¹.

La anticresis constituida por tercero se nos presenta, al igual que la prenda o la hipoteca, como derecho real accesorio de la obligación principal y por ello para ser constituida no requerirá la participación del deudor garantizado, siendo un acuerdo negocial entre el tercero y el acreedor³¹², pero, a diferencia de aquellos, una vez constituida la garantía el acreedor comenzará a percibir los frutos del inmueble recibido, es decir que este derecho, a diferencia de los otros, no sólo es propiamente garantía de cobro de la obligación sino medio de pago de la misma. Y pudiera suceder entonces que si el deudor no hubiera tenido conocimiento de la constitución de la anticresis, ese deudor estuviera satisfaciendo el pago de conformidad con los términos de su obligación y, simultáneamente, el acreedor que hubiera convenido la explotación de la finca precisamente para el cobro lo

³⁰⁹ GUILARTE ZAPATERO V. ob., cit., pág., 447.

³¹⁰ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO. “El Hipotecante no deudor: ¿Un “fiador real” cobijado por la analogía en el régimen de la fianza?”. ADC. Octubre 2006. Págs., 1662.

³¹¹ Utilizada entre otros por CORDERO LOBATO, ENCARNACIÓN en *Tratado de los Derechos de Garantía*, dirigida por Carrasco Perera, A, ob., cit., pág., 479

³¹²CORDERO LOBATO, E. ob., cit., pág., 481, refiriéndose a la hipoteca.

estaría percibiendo por duplicado. Ello nos lleva a la necesidad de comunicar al deudor la constitución de la anticresis para evitar la aplicación del art. 1.158 del CCE.

Respecto a la condición que asume ese tercero garante sobre la deuda asegurada deberá entenderse que el constituyente en modo alguno se convierte en deudor de la obligación, al igual que de manera prácticamente unánime se acepta para la hipoteca³¹³. Este mismo criterio debe sostenerse con el tercero anticrético y aún más claro nos lo parece puesto que la finca es entregada precisamente ya en función de pago a diferencia de la hipoteca en donde la garantía se constituye para asegurar el cumplimiento de una obligación con vencimiento futuro, es decir la hipoteca cuando queda constituida entra en una fase de seguridad previa al cumplimiento de la obligación y que no siempre conducirá a su ejecución, y esa fase de seguridad previa al cumplimiento de la obligación no se da en la anticresis, que cuando se constituye ya se entrega en función de pago.

Esta función de pago que no se encuentra prevista ni en la prenda ni en la hipoteca es precisamente el elemento diferencial entre la anticresis y las garantías reales, y esta circunstancia nos obliga a apreciar que no es exactamente la misma posición la que ocupa el tercero en la anticresis que la del tercero garante en la pignoración o en la hipoteca. En estos dos casos, los del tercero que pignora o hipoteca por deuda ajena, se está ofreciendo una garantía que entrará en juego en los supuestos de incumplimiento de la obligación principal; por el contrario y como ya hemos señalado la anticresis entra en funcionamiento de forma directa en el cumplimiento efectivo de la obligación, de hecho este *ius fruendi* no se instrumenta para asegurar el cumplimiento –que también- sino para el pago del mismo.

La cesión del *ius fruendi* de la finca no puede ser calificada como pago por tercero puesto que se está cediendo (de hecho así se concibe el contrato de

³¹³ Son muy mayoritarios los autores que así lo estiman: PUIG BRUTAU., ob., cit., pág., 69. GUILARTE ZAPATERO, V. loc., cit., Pág., 448. CORDERO LOBATO, E., ob., cit., pág., 478. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A. ob., cit., pág., 146. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. loc., cit., pág., 1.664 A 1.666. CARPÍ MARTÍN, REBECA. *La Hipoteca en garantía de deuda ajena*. Centro de Estudios Registrales. Madrid.2002. pág., 78.

anticresis) para el pago de una deuda todavía no exigible por no estar vencida y que genera intereses que irán produciéndose según vaya transcurriendo el tiempo, y para cuyo pago se utilizarán los frutos que vaya obteniendo el propio acreedor con el uso de la finca; pero evidentemente en el momento de constituirse el derecho todavía no se habrán devengado. La cesión de este *ius fruendi* no extingue ninguna obligación sino que tan solo es un medio para que pueda ser satisfecha en el futuro (algo que además ni tan siquiera es seguro, pues la explotación del inmueble puede llegar a ser deficitaria). En su consecuencia, pensamos, que no debe serle de aplicación cuanto se dispone en el art. 1.158 del CCE relativo a la figura del pago por tercero, por cuanto la cesión del *ius fruendi* del inmueble no se produce “en pago” sino “para pago” y si no es pago habrá que examinar de qué forma el tercero será resarcido de aquello que habrá sido satisfecho con los rendimientos de su patrimonio.

La cuestión que nos parece necesario plantear es determinar qué efectos se van a producir entre el constituyente no deudor y el deudor, toda vez que la cesión del *ius fruendi* no es en sí mismo pago alguno sino tan solo un instrumento para el pago. El acreedor recibe el inmueble con la obligación de administrarlo y trata de obtener los frutos correspondientes, y cuando los obtenga, deberá aplicarlos al pago de la deuda; pero como ya hemos señalado más arriba quien los obtiene es el acreedor por tanto a éste no se le están entregando unos bienes en pago sino que esos frutos los adquiere ya por sí mismo, y sólo tras la liquidación de gastos y cargas, el saldo restante se aplicará al abono de la deuda.

No estamos pues ante un supuesto en el que pueda plantearse si procede o no la subrogación (1.210.2.º CCE) o los efectos del pago por tercero que se derivan de los arts., 1.158 y 1.159 CCE, porque en modo alguno el constituyente no deudor está pagando, y a partir de ahí pensamos que los efectos que se producirán entre ese constituyente no deudor y deudor serán los propios del enriquecimiento sin causa de manera que el tercero no deudor podrá reclamar al deudor todos aquellos provechos que éste haya podido obtener o beneficiarse como consecuencia de la cesión del *ius fruendi*, pero siendo ésta una nueva relación obligatoria y sin que se haya efecto subrogatorio alguno entre acreedor y tercero. Y como la causa de este resarcimiento es el enriquecimiento, no procede considerar si la cesión se hizo con el conocimiento o con el consentimiento del

deudor, o contra su expresa voluntad, puesto que en cualquier caso el tercero garante sólo podrá reclamar al deudor aquello que en la cesión le haya resultado útil.

Sin embargo también entendemos que la situación descrita puede quedar desdibujada cuando el tercero cede un inmueble que ya se encuentra produciendo frutos ciertos y determinados, así por ejemplo una rentas arrendaticias, y no digamos ya si estas rentas tuvieran algún tipo de fianza o garantía prestada por el arrendatario. La figura se desdibuja porque el anticresista va a recibir unos frutos predeterminados y valorados, y eso se aproxima mucho a la cesión de una renta periódica cierta *en pago* de la deuda. Obviamente habrá que observar cada caso concreto para conocer si estamos verdaderamente ante una anticresis o ante una cesión en pago: y nos parece que pueden encontrarse dos elementos que quizás nos ayuden a discernir correctamente en qué situación efectivamente estamos en cada caso, dichos elementos serían la gestión o administración que asume el anticresista y la aleatoriedad del resultado, sino inmediata cuando menos futura.

En cuanto a la gestión o administración por el acreedor, nos parece que el contrato de anticresis deberá reflejar de algún modo la participación del anticresista en la obtención de los frutos, en su administración o en su gestión, para que efectivamente pueda llegar a ser calificado como tal, pues si la participación del acreedor anticrético se limita tan solo a percibir rentas seguras y predeterminadas para aplicarlas al pago de la deuda entonces desde luego no estaríamos ante una verdadera anticresis aunque las partes lo hayan calificado como tal.

Y respecto a la relativa aleatoriedad del resultado, nos parece que cuando hablamos de rentas *seguras y predeterminadas*, significa ello que el acreedor no asume ninguna eventualidad respecto de su obtención, es decir rentas que resulten ciertas para el total período de vigencia del contrato de anticresis o que también con certeza cubran la total deuda, pues si tal certeza o seguridad se da pensamos que estamos más ante una cesión de bienes en pago de las deudas que ante un verdadero contrato de anticresis; si por el contrario en algún momento de la vida de la anticresis constituida esas rentas pudieran dejar de

resultar seguras y en esas circunstancias, permaneciendo vigente la anticresis, el acreedor se viera en la necesidad de tomar decisiones respecto de la explotación económica del inmueble, si en esas circunstancias el anticresista ejercitase o debiera ejercitar su control económico³¹⁴ sobre la finca, entonces ciertamente estaríamos ante un verdadero contrato de anticresis.

Con todo lo dicho, sin embargo, la cuestión relativa a los efectos que pueden producirse entre tercero y deudor no queda cerrada respecto de la anticresis sujeta al derecho catalán, pues en cuanto a la anticresis española ya hemos señalado en este trabajo que entendemos que no conlleva *ius distrahendi*, pero desde luego esta facultad sí acompaña a la anticresis del derecho catalán, por lo que el tercero (garante) cuando cede el inmueble en anticresis no sólo está cediendo el *ius fruendi* sino también el *ius distrahendi*, siendo perfectamente conocedor de que la propiedad del inmueble queda comprometida al pago o cumplimiento de las obligaciones aseguradas.

5.2.3.2.- El tercero (garante) ante el pago efectivo de la deuda.

Como señalábamos en el ámbito del derecho catalán, vencida la obligación si el deudor no cumple con la misma el acreedor podrá ejecutar la garantía³¹⁵, pudiendo desde luego el garante proceder al pago de la deuda por sí mismo o como respuesta a la notificación notarial del art. 569-8 CCCat, o soportando la ejecución forzosa prevista (art. 569-26).

En las relaciones que estamos analizando entre tercero anticrético y deudor, debemos cuestionarnos qué efectos se producen entre ellos como consecuencia tanto del pago voluntario como de la ejecución. Es esta una cuestión que estimamos diferente en el CCE y en el CCCat puesto que como ya hemos referido nuestra opinión es que en el CCE el contrato de anticresis no conlleva *ius*

³¹⁴ HERNÁNDEZ MORENO, A. loc., cit., pág., 1.931. Para este autor “el derecho de anticresis es indisoluble de la dirección económica de la finca”.

³¹⁵ Aquí resultará apropiada utilizar el término *garantía*, por cuanto esa es la finalidad perseguida por el *ius distrahendi*.

distrahendi, por ello si vencida la obligación el no deudor paga lo estará haciendo bien para recuperar la posesión del inmueble evitando la aplicación del derecho de retención, bien como un tercero ajeno a la deuda puesto que su propiedad no se ve comprometida por el impago; en el derecho catalán eso sin embargo se proyecta de una manera diferente puesto que el tercero garante puede acabar perdiendo la propiedad por el proceso de ejecución legalmente previsto.

Hemos estimado más arriba que cuando el tercero pretende resarcirse de los frutos producidos por el bien cedido en anticresis y aplicados al pago de la deuda o de sus intereses, deberá para ello apoyarse en el principio que no permite el enriquecimiento injusto y que sería aplicable al deudor que se ha visto beneficiado por la percepción de esos frutos por su acreedor y que han significado la satisfacción, total o parcial, de su deuda. Ahora cuando nos planteamos el resarcimiento del tercero anticrético de las cantidades por él directamente satisfechas, no ya deuda satisfecha mediante los frutos sino pago directo realizado por el propio tercero, debemos cuestionarnos también si su acción de resarcimiento podrá encauzarla por la vía de lo dispuesto en el art. 1.158 CCE y concordantes reguladores del pago por tercero; o podrá pretender los efectos de la subrogación (1.210.3º); o simplemente tan solo procederá la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto, como así hemos entendido para el supuesto de los frutos.

Como bien señala CARPÍ³¹⁶, difícilmente podrá negársele al tercero garante que paga la deuda principal la acción de reembolso que se recoge en el art. 1.158 CCE, puesto que si tal acción es reconocida para cualquier tercero que paga ¿cómo se le va a negar a ese mismo tercero en el que simplemente concurre, a mayor abundamiento, que ya dispuso de una finca para asegurar ese propio cumplimiento?. Entendemos también que le resultarán oponibles las excepciones previstas en los arts., 1.158.2 y 1.159 CCE.

Cuestión distinta es si ese pago produce o no los efectos de la subrogación, siendo ésta una cuestión nada pacífica que a modo de breve síntesis podemos reconducir en tres posiciones diferentes: Parte de la doctrina, quizás mayoritaria,

³¹⁶ CARPÍ MARTÍN, R. ob., cit., págs., 179-192.

vendría a sostener que el garante real de una deuda ajena que paga, efectivamente se subroga en los derechos que tuviere el acreedor frente a su deudor por cuanto a ese garante le resultan de aplicación los mismos principios que al fiador, por más que la técnica de la garantía sea diferente en cada caso³¹⁷, de forma que ese tercero dispone tanto de la acción de regreso como de la opción de poderse subrogar en cuantos otros derechos tuviera el acreedor frente al deudor principal.

Otros autores vienen a sostener que efectivamente el tercero garante que paga tiene la posibilidad de subrogarse en la posición del acreedor frente a su deudor pero que en modo alguno precisan acudir a la aplicación analógica de la fianza, sino que ese tercero es un *tercero que tiene interés en el cumplimiento* y por ello le resulta directamente aplicable el art. 1.210.3º CCE, incluso debiéndose rechazar de forma tajante toda aplicación de los artículos referidos a la fianza³¹⁸.

Y puede encontrarse una tercera línea, más restrictiva que las anteriores, que vendría a defender la posibilidad de la subrogación para el garante admitiendo que efectivamente le son aplicables, por analogía funcional, las reglas previstas para la fianza en los arts., 1.838 y concordantes, pero destacando especialmente que eso sólo resultará posible cuando ese tercero garante haya pagado de forma voluntaria la deuda que aseguró, pues si esta deuda fue satisfecha mediante la ejecución forzosa de la garantía tal ejecución no constituye propiamente *pago* y eso impediría la subrogación puesto que no se da la figura del tercero que paga³¹⁹, de tal manera pues que cuando el pago a ese tercero sea un pago voluntario de la deuda habrá subrogación porque no habrá llegado a entrar en juego la ejecución de la garantía, pero cuando ese tercero se limita a observar la

³¹⁷ CORDERO LOBATO, E. ob., cit., pág., 480.

³¹⁸ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. loc., cit., pág., 1.690.

³¹⁹ Para CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. loc., cit., nota al pie página 1.687, no puede hacerse una interpretación tan restrictiva del pago, estimando que tan pago es el voluntario como el coactivo.

ejecución del bien que él entregó en garantía entonces únicamente dispondrá de la acción de regreso³²⁰.

Desde luego, y en nuestra opinión, cuando la finca se entrega en anticresis por un tercero no deudor, en modo alguno se está asumiendo ni la deuda ni la condición de fiador de la misma, simplemente se entrega un bien para asegurar el futuro pago de una deuda de tal manera que cuando vencida la obligación se inicia el proceso de ejecución no hace más que entrar en funcionamiento la propia garantía preestablecida. Si en este instante el garante no deudor paga la deuda, efectivamente estaremos ante un tercero que paga una deuda ajena; pero si no paga y se limita a soportar la ejecución entonces nos parece que no hay pago alguno sino pura aplicación de la garantía convenida, pero en este caso ¿ no dándose la subrogación, habrá sin embargo acción de regreso en los términos recogidos en el art. 1.158 CCE ?.

El art. 1.158 se refiere al pago por tercero y si negamos que la ejecución coactiva de la garantía sea verdadero pago³²¹, esa negación será exactamente la misma tanto para la subrogación como para la acción de regreso³²².

En cuanto a la posible aplicación del art. 1.838 entiende CARPÍ que resultaría aplicable al hipotecante no deudor (y nos parece a nosotros que ese argumento resultaría entonces trasladable al tercero en la anticresis) porque el fundamento de esa norma, que permite una acción de regreso de amplio contenido al fiador que ha pagado frente al deudor , no se justifica en la propia acción de reembolso que se encuentra contemplada en el art. 1.158 (pues en ese caso el 1.838

³²⁰ Son defensores de esta tesis: CARPÍ MARTÍN, R. ob., cit., págs., 179-192. GALICIA AIZPURUA, GORKA. *La disciplina sobre el pago por tercero y el alcance de la subrogación*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia 2.006. pág., 137.

³²¹ BADOSA COLL, FERRAN. *Dret D'Obligacions*. Publicacions Universitat de Barcelona. Barcanova.1.990., pág., 391. En este sentido relativo a la cualidad de *pago* de las sumas obtenidas en un proceso de ejecución forzosa: “ D’ací, la idea bàsica que l’execució forçosa consisteix en que un tercer sigui l’autor de la prestació i que el deutor només en sigui finançador”

³²² CARPÍ MARTÍN, R. ob., cit., pág., 183

resultaría superfluo) sino que el fundamento está en la propia función de garantía de la fianza, no propiamente en el hecho del pago; y si eso se estima así, por analogía funcional ese mecanismo de la garantía debe también reproducirse en el tercero constituyente de la anticresis, haya pagado voluntariamente o de forma coactiva.

Planteado todo ello debemos destacar también la controvertida sentencia del TS de 23 de Marzo de 2000, en la que se trataba de dilucidar si a aquel que ha pagado una deuda ajena por medio de la ejecución hipotecaria, le corresponde únicamente la acción de repetición o puede ejercitar todas las acciones de las que disponía la acreedora (la existencia de otros fiadores personales) y en las que se pueda entender subrogada (art.1.210.3º) en virtud del pago llevado a cabo por la ejecución de la finca hipotecada, y en la que dicha sentencia concluyó que el hipotecante no deudor no puede ser considerado *tercero* al ser un *obligado al pago* porque mediante contrato de hipoteca sujetó directamente la casa de su propiedad al pago de la obligación para cuya seguridad fue constituida, claro que el propio TS en sentencia de 6 de Octubre de 2.005 sanciona de forma tajante que cuando el hipotecante es un ajeno a la obligación principal no se convierte en modo alguno en deudor, y si no es deudor tampoco puede ser garante análogo al fiador.

Sin embargo una más reciente sentencia del TS de 3 de Febrero de 2009, declara que el hipotecante por deuda ajena tiene derecho a subrogarse en los derechos del acreedor en virtud del pago realizado por el procedimiento de ejecución puesto que *con independencia de su consideración de deudor o no (que entendemos que no lo es); de nuevo "obligado" al pago o no (que consideramos que tampoco lo es, sin que quepa configurar un "tertius genus" entre deudor y no deudor, distinguiendo un obligado en sentido propio y un "obligado" sin dicho carácter); (...) lo que importa radica en "si tiene interés en el cumplimiento", que es la exigencia expresada en el precepto.*

(...)

Entendemos que existe el interés y que es en el cumplimiento, porque hay interés cuando de un acto o de una omisión se deriva un beneficio o ventaja o se evita un perjuicio o desventaja, el interés aludido en la norma se refiere al cumplimiento de la obligación (y no como sostiene un sector doctrinal en "la relación obligatoria", -lo

que obviamente excluiría al hipotecante por deuda ajena y al adquirente de la cosa hipotecada -tercer poseedor-); y es procedente comprender tanto el caso del pago voluntario, como el que se produce en virtud de la realización forzosa, porque, aún cuando en este último caso ha desaparecido el interés de liberación de la finca, resultaría carente de sentido e injusto establecer una solución diferente, agravando de forma desproporcionada el sacrificio sufrido con la pérdida de aquélla.”³²³.

³²³ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, RODRIGO, “Comentarios a la sentencia de 23 de marzo de 2000”. CCJC. Año 2000.nº 53, págs., 879 y ss. Este autor en este artículo se pronunció precisamente en este mismo sentido. Critica la STS de 23 de marzo de 2000 por entender que esa categoría jurídica de “obligado”, ese *tertius genus* al que se refiere la sentencia de 3 de febrero de 2009, no existe; sólo cabe distinguir entre obligados y no obligados, y el tercero hipotecante es un no obligado. Además la sentencia resulta inconsistente cuando después de atribuir la condición jurídica de “obligado” al tercer hipotecante lo excluye de ámbito de aplicación del art. 1.210-3º por considerar que un obligado queda excluido de los supuestos de subrogación legal previstos en el 1.210-3º CCE, cuando el único supuesto en que nadie duda de la aplicación de ese artículo es para el caso del deudor solidario, alguien que paga estando obligado a hacerlo.

Y por último añade este autor que este error de la sentencia que comenta no significa que de forma automática se le pueda aplicar la subrogación legal del 1.210-3º, eso sólo podrá darse si el tercer hipotecante se encuentra entre “el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación” estimando que así debe ser entendido en estos supuestos, y cita a José Fernández Villa (El Pago con subrogación: revisión del artículo 1.212 del Código Civil Español. Editorial Comares. 1999) para quien un tercero tiene interés en el cumplimiento de la obligación de otro cuando el incumplimiento del deudor puede habilitar al acreedor para agredir, hasta cierto punto o en determinada medida, el patrimonio del tercero, por existir una previa relación jurídica entre el tercero y el deudor. Y cita igualmente a Tomás Rubio Garrido (La subrogación por pago. Régimen jurídico y supuestos prácticos de aplicación. Editorial Mc Graw-Hill, 1997), que considera tercer interesado a quien se le pueda seguir un perjuicio cierto, no hipotético o posible, por el eventual incumplimiento de la obligación.

Posteriormente este propio autor en “Comentarios a la Sentencia de 3 de Febrero de 2009” CCJC, nº 81 septiembre diciembre de 2009, págs., 1045, comenta de nuevo esta sentencia de 3 de Febrero de 2009, celebrando el cambio de criterio de TS, destacando el criterio establecido de que el tercero hipotecante que paga es siempre un tercero interesado en el cumplimiento y discrepando de dicha resolución por no aplicar el art. 1.852 del CCE al entender que no son figuras afines, fianza e hipoteca del tercero no deudor, y que no procede la analogía entre ambas.

Y también con ocasión de esta sentencia, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G ha publicado un nuevo artículo complementario del ya citado “El hipotecante no deudor: ¿Un “fiador real” cobijado por la analogía en el régimen de la fianza”, ahora bajo el título “El hipotecante por deuda ajena no es un “fiador real”, RDP 2010, nº 24, págs., 299 a 322. Comenta el autor los criterios de la sentencia destacando que la sentencia reconozca que el tercero que paga tiene interés en el cumplimiento, y por ello se encuentra dentro de los supuestos previstos en el art. 1.210 CCE que para este autor

5.2.3.3.- El Tercero Administrador.

De la misma forma en la que nos podemos encontrar con un tercero como constituyente de la anticresis y para cuya constitución no resultará en absoluto necesario ni el consentimiento o autorización del deudor, ni su participación en el acto constitutivo, de la misma forma nos podemos encontrar también un tercero que en la posición del acreedor reciba la finca en anticresis, cuando menos así lo establece expresamente el art. 569-24. 1. b) del CCCat; y dado que en el CCE nada se dice sobre ello, la posición jurídica de ese tercero interviniente será más la posición de un mandatario que la de un tercero propiamente dicho.

Desde luego para ambos códigos el derecho de anticresis otorga al acreedor (y sólo al acreedor) el derecho a hacer suyos los frutos del inmueble y es éste un elemento esencial de esta figura: el *ius fruendi* se cede al acreedor, sólo a él; cualquier otra posibilidad alteraría la función de esta garantía y hasta la causa de la constitución de la misma, que como medio para obtener el cobro de la deuda solo puede ser instrumentado con el propio acreedor.

solo contempla supuestos de subrogación legal siendo taxativos los tres casos que contempla (pág., 311), pero entre ellos se encuentra desde luego el tercer hipotecante que paga.

DÍEZ GARCÍA, HELENA en “Efectos del pago efectuado por un hipotecante no deudor mediante la ejecución de la garantía hipotecaria” ACE. Número 15/2009. (Westlaw 2009/1825), Editorial Aranzadi. Pamplona 2009, se cuestiona el argumento sostenido por la misma sentencia para sostener que también se subroga el tercer hipotecante que no paga sino que soporta la ejecución de la finca, pues como señala, *invocar razones de justicia sin ninguna apoyatura normativa es tanto como recurrir a una equidad que sólo permite fundar resoluciones judiciales cuando la norma lo permite.*

Planteamiento que es contestado por Cerdeira estimando que no se aplica la equidad como fundamento de la resolución, sino como criterio interpretativo de una norma existente, y que siguiendo los mismos criterios que la doctrina extranjera y especialmente la italiana, entiende que el tercer hipotecante que ha soportado la ejecución de su bien ha terminado por pagar con su propio bien una deuda que no era suya y negarle entonces la subrogación sería tanto como legitimar el enriquecimiento injusto, y aunque resulte ser cierto que el pago voluntario y la ejecución forzosa difieren entre ellos tanto como la compraventa voluntaria de la propia ejecución, en *los efectos tales fenómenos convergen; en lo que a los efectos subrogatorios importa si el pago, o la ejecución, es realizado por un tercero la consecuencia sigue siendo la satisfacción del acreedor y la liberación para con él de la deuda.*

A pesar de que la dicción de los arts., 569-23 y 569-24.1 b) no resulte especialmente clara en este sentido, nos parece que también así lo reconoce el texto catalán cuando el 569-23 admite la intervención de un tercero dejando establecido que “el derecho de anticresis ..., faculta a los acreedores a poseerlo, por ellos mismos o por una tercera persona si se ha pactado”.

Parece que esta redacción nos llevaría a entender la necesidad de que la decisión de ceder la finca a un tercero requiere un pacto, y obviamente este pacto sólo puede referirse al acuerdo que pueda darse entre acreedor y deudor, se exigirá pues el consentimiento entre ambos, o para ser más precisos será necesario la existencia de un acuerdo entre el acreedor y el constituyente del derecho de anticresis, que si bien habitualmente será el deudor pudiera serlo también un tercero no deudor. En este sentido el art. 569-24, cuando regula la constitución del derecho de anticresis prevé en su apartado 1 b) que la transmisión de la posesión de la finca, se hará bien al acreedor bien a una tercera persona, *de acuerdo con los garantes anticréticos*, de manera que como podemos observar el acuerdo de la transmisión de la finca se exige entre acreedor y garante, no entre acreedor y deudor. Como decimos habitualmente el garante será el deudor, pero si el garante fuera un tercero, el acuerdo que debe alcanzarse para poder ceder el inmueble a persona distinta de la del acreedor, debe ser alcanzado entre éste y el garante.

Aquel tercero que recibe la finca no la recibe él en anticresis, será la suya una posesión material un nuevo detentador, pero quien recibe la finca en anticresis siempre será el acreedor pues de otra forma no recibiría los frutos desde su nacimiento o producción, y eso desfiguraría por completo la función solutoria de este contrato. Por tanto entendemos que cuando la finca se entrega a un tercero, éste la recibe como poseedor instrumental del acreedor (tampoco en depósito, desde luego, pues entre sus obligaciones se encuentra precisamente la de explotarla económicamente, lo que resultaría enteramente contradictorio con lo dispuesto en los arts., 1.767 y 1.768 CCE) y la recibe en administración, pero como administrador de quien ¿del acreedor anticrético o del garante, a la vista de que éste debe prestar su consentimiento?

Nos parece que la conformidad que se exige del garante es tan solo un consentimiento referido a las *cualidades* de esa tercera persona que va a recibir el inmueble. La anticresis se constituye entre acreedor y garante, y queda efectivamente constituida cuando el acreedor recibe la posesión de la finca bien personalmente bien en la persona de un tercero que deberá haber obtenido la conformidad de ese garante, sólo así si el *ius fruendi* ha salido de la esfera patrimonial del garante y se ha incorporado en la esfera patrimonial del acreedor los frutos que se obtengan le pertenecerán desde su producción a este acreedor, pues de otra forma si el tercero actúa en nombre del garante los frutos pertenecerán siempre a éste y la función económica, solutoria, del contrato de anticresis se vería esencialmente modificada.

La posesión de este tercero como receptor de la finca resulta ser estrictamente la de un poseedor instrumental en interés del acreedor, y la conformidad que se precisa del garante se refiere sólo a las cualidades específicas de ese tercero, de forma que además podrá sostenerse que si durante la vigencia de la anticresis este tercero debiera ser sustituido, en cada ocasión se hará precisa la conformidad del garante.

El CCE no se pronuncia de forma expresa sobre este extremo, pero a juicio de ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ³²⁴ la posesión del acreedor anticrético no es transmisible, si bien resultaría de aplicación lo dispuesto en el art. 1.866, aunque el tercero deberá ser entendido como un servidor de la posesión del acreedor³²⁵.

³²⁴ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A. ob., cit., pág., 219. En el mismo sentido, ALBALADEJO GARCÍA, M., ob., cit., pág., 269.

³²⁵ Como se verá en otro lugar para HERNÁNDEZ MORENO, A. loc., cit., pág., 1.931, lo esencial en el derecho de anticresis es que el acreedor debe tener el control económico de la finca pero no requiere la posesión efectiva que puede estar perfectamente en manos de un tercero.

5.2.3.4.- Subanticresis.

¿Estaría legitimado el acreedor anticrético a ceder su derecho de anticresis? ¿puede el anticresista que a su vez es deudor de un tercero constituir sobre esa finca que posee en anticresis una subanticresis para que este tercero se cobre con sus frutos?.

Como señala GULLÓN BALLESTEROS refiriéndose a la hipoteca y a la subhipoteca, son éstas dos cuestiones diferentes: no es lo mismo la cesión de derecho de crédito que ha sido asegurado mediante anticresis, en cuyo caso estaremos ante la cesión de un derecho de crédito con las garantías a él unidas; que la cesión en anticresis del bien que el acreedor recibió a su vez en anticresis³²⁶.

En principio si reconocemos al derecho de anticresis su naturaleza de derecho real no deberíamos poner problema alguno a la aceptación de esta figura, por cuanto es un derecho real que otorga la facultad del *ius fruendi* que es en si mismo cedible. En el derecho español y también en el catalán (aunque como veremos en éste esa cuestión será de segundo orden), de la misma forma que es admitido el *usufructo de usufructo*³²⁷ sujetándose el segundo de los usufructos constituidos al contenido objetivo y temporal del primero de los usufructos, de manera que este segundo usufructo se extinguirá cuando deba extinguirse el primero de los constituidos, pues de la misma forma pudiera entenderse que esa misma situación cabe que sea reproducida y admitida para la anticresis, siendo así que el primer anticresista podrá asegurar el pago de una deuda propia entregando en anticresis la finca que recibió, ahora bien sujetándose a los mismos límites objetivos y temporales que los establecidos en origen. Sería ésta una verdadera subanticresis.

³²⁶ GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO. *El Derecho real de subhipoteca*. Editorial: Bosch, Casa Editorial. Barcelona 1957. Págs. 25 y ss.

³²⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, F. ob., cit., págs., 792 y ss.

Sin embargo la anticresis no es propiamente un derecho real de goce autónomo, como el usufructo, sino que se encuentra vinculado a su función de pago, por lo que ceder en anticresis un bien recibido en otra anticresis nos obligaría a plantearnos si esta segunda anticresis tiene vida propia o no. En la subhipoteca constituida en forma, notificada al deudor hipotecario e inscrita en el Registro de la propiedad, la primera hipoteca –ella misma- se constituye en verdadera garantía de la subhipoteca, pero eso se produce porque el deudor hipotecario que paga si quiere liberarse de la carga debe preocuparse de que efectivamente el acreedor subhipotecario llegue a cobrar³²⁸ y es ésta una situación que se encuentra exclusivamente bajo el control del propio deudor hipotecario.

Ese mecanismo no se reproduce de idéntica forma en la anticresis, en la que el deudor anticrético ha perdido la posesión del inmueble y él no efectúa pago alguno con los frutos y rendimientos, sino que es el propio acreedor quien se los imputa. Por otro lado en el supuesto de extinción de la anticresis primitiva entendemos que en la subanticresis desaparecería el derecho de retención, pues vencida la primera y estando pagada la deuda deberá el acreedor reponer la finca a la propiedad, y no podrá el segundo anticresista (subanticresista) retener el inmueble en razón de que el primero de los anticresistas y deudor suyo, no haya pagado esa segunda deuda. Pensemos que al constituirse la subanticresis ésta queda sujeta al contenido objetivo y a los límites temporales de la primera anticresis, dado que más allá de esos límites el acreedor que constituye la subanticresis carece de facultades de disposición, por tanto el subanticresista no podrá oponer su hipotético derecho de retención a la propiedad, puesto que la existencia de esa subanticresis quedó condicionada a los límites temporales de la primera, y por ello extinguida la primera automáticamente quedaría extinguida la segunda.

En el derecho catalán nos parece que esa cuestión debe resolverse de forma francamente diferente, a tenor de los requisitos exigidos para la constitución de la anticresis (y que por tanto resultarían requeridos también para la subanticresis) en el art. 569-24.

³²⁸ GULLÓN BALLESTEROS, A. ob., cit., págs., 176 y ss.

El primero de los requisitos que se exigen en dicho precepto es que el constituyente debe tener la *libre disposición del inmueble*, circunstancia ésta que no se daría en la subanticresis. Esta exigencia tiene su razón de ser en el hecho de que se ha dotado a la anticresis de *ius distrahendi*, por lo que la libre disposición pasa a ser requerimiento esencial para la constitución del derecho.

Cuando la ley exige la libre disposición del inmueble no debe entenderse esta exigencia como equivalente a la plena propiedad de forma que solo pudiera ser constituida la anticresis por el propietario de un inmueble, puesto que como hemos señalado más arriba resulta admisible la constitución de esta garantía siendo titular *tan solo* de un derecho real que otorgue el uso y disfrute. Sin embargo entre estos derechos reales y la anticresis, dándose la coincidencia de que ambos otorgan el *ius fruendi*, existe la diferencia de que esos derechos tienen una duración determinada o determinable por el propio derecho (así los años por los que se constituyó el usufructo o por la vida del usufructuario), por el contrario la anticresis aparentemente puede no tener un plazo de vigencia predeterminado por encontrarse vinculada al efectivo pago de la deuda principal; el derecho como tal no tiene vigencia propia, sino que ésta se encuentra subordinada a la voluntad del deudor principal o del propietario constituyente, quienes en cualquier momento pudieran satisfacer esa deuda principal y con ello extinguir el propio derecho de anticresis; y esa circunstancia limita de tal manera la existencia del propio derecho que impide que pueda hablarse de libre disposición. La ejecución del *ius distrahendi* carecería entonces de todo sentido, pues enajenándose la subanticresis (el derecho, que no la finca) se estaría enajenado un derecho cuya vigencia resultaría no ya aleatoria sino casi precaria, puesto que su vigencia se encontraría vinculada exclusivamente a la vigencia de un crédito anterior en el que ni el subanticresista ni aquel que pudiera resultar adjudicatario del inmueble, son parte.

Como solución a esta situación cabe cuestionarse si, en derecho catalán, pudiera constituirse una anticresis excluyendo expresamente esa facultad de realización de valor; si quedaría constituida una verdadera anticresis o no. El subanticresista recibiría la finca solo para percibir los frutos y sin la garantía de la realización de valor. Y lo cierto es que no nos parece que sea éste un elemento no renunciable o indisponible al amparo del art. 111-6, y que su no presencia

altere la naturaleza jurídica de este contrato, por ello si se constituye una subanticresis renunciando al *ius distrahendi* nos encontramos en una situación similar a la expuesta con respecto al derecho español, es decir una subanticresis con un derecho de retención subordinado a la anticresis principal, pero en realidad esta subordinación lo que produce es que la anticresis pierda un elemento esencial de entre sus propias características que es el derecho de retención. De esta forma lo que entendemos que se producirá no es una verdadera anticresis, sino tan solo una nueva forma de aprovechamiento por el acreedor anticresista del *ius fruendi* que le fue cedido: en lugar de percibir los frutos por si mismo cede la percepción de esos frutos a un acreedor suyo, pero a éste se le extinguirá su derecho cuando se extinga la anticresis originaria. Luego no puede sostenerse que se haya constituido verdaderamente una subanticresis.

Cuestión distinta es el examen de si es posible que el acreedor anticrético ceda su derecho a un tercero pues como ya hemos indicado más arriba, el art. 569-24. b) requiere la conformidad del garante anticrético en la entrega de la posesión de la finca a un tercero, de tal forma que entendemos que si ese consentimiento no fuera obtenido o no hubiese sido solicitado, el acreedor anticresista incurriría en un supuesto de incumplimiento de sus obligaciones esenciales y digamos que ese consentimiento requerido para la posesión por un tercero, es un reconocimiento implícito de que la anticresis conlleva la obligación de administrar la finca por sí mismo.

La ley catalana exige el acuerdo entre acreedor y propiedad del inmueble para la cesión de la finca a un tercero, y aunque es cierto que la dicción literal del artículo habla de acuerdo con el *garante anticrético*, posición jurídica que en la cesión del derecho ocuparía el acreedor anticrético, es evidente que lo que se está buscando es el consentimiento de la propiedad, porque encierra un acuerdo sobre las cualidades personales del poseedor para la explotación del inmueble. Por ello nos parece que faltando ese consentimiento no podrá cederse ese derecho conservando la garantía anticrética. Si el derecho se cede sin el consentimiento del deudor propietario, el crédito como tal se habrá transmitido pero la garantía anticrética se extinguirá.

5.3.- OBJETO.

5.3.1.- El Bien Inmueble.

Tanto en la anticresis española como en la anticresis catalana resulta explícito que este derecho sólo puede ser constituido sobre bienes inmuebles. El código catalán exige además de forma expresa que el inmueble debe ser fructífero, algo sobre lo que no se pronuncia el CCE pero que la doctrina por unanimidad así también lo ha entendido, aunque también de forma unánime la generalidad de la doctrina destaca la irrelevancia de esta característica toda vez que dentro del concepto frutos no deben entenderse exclusivamente los frutos naturales sino también los frutos civiles³²⁹, algo que examinaremos con más detenimiento más adelante.

No cabe duda sobre la constitución de este derecho en los bienes inmuebles por naturaleza, y puede plantearse sobre si resulta admisible su constitución sobre los inmuebles por analogía, citándose expresamente la posibilidad de constituir anticresis sobre un usufructo o un censo³³⁰ pues se señala que estos derechos otorgan la facultad de percibir los frutos, pero entendemos que ese abanico debe ser más amplio si admitimos como frutos no sólo los naturales sino también los civiles y hasta el uso propio de la cosa, de esta forma si una concesión administrativa que recae sobre un bien inmueble tiene la consideración jurídica de bien inmueble, cabe constituir sobre ella un derecho de anticresis, pues resulta evidente que al igual que un inmueble urbano es susceptible de ser gravado con esta garantía también lo podrá ser, a título de ejemplo, un amarre en un puerto o una plaza de aparcamiento construida al amparo de un derecho de superficie sobre un bien de dominio público. Más parece por ello que en cuanto a los bienes inmuebles por analogía el requisito exigible debiera ser que su posesión material sea transmisible, de forma que si bien nos parece que puede constituirse anticresis sobre un amarre deportivo (concesión

³²⁹ ALBALADEJO GARCÍA, M. ob., cit., pág., 267. LACRUZ BERDEJO, J.L., ob., cit., pág., 300. DÍEZ-PICAZO, L Y GULLÓN BALLESTEROS, A, ob., cit., pág., 508. PUIG FERRIOL, LL Y ROCA TRÍAS, E. ob., cit., pág., 821.

³³⁰ GUILARTE ZAPATERO, V. loc., cit., pág., 643. BATLLE VÁZQUEZ, M. loc., cit., pág., 701.

administrativa) no podrá constituirse sin embargo sobre un derecho de aprovechamiento urbanístico (también concesión administrativa).

5.3.2.-La Pluralidad de bienes.

En cuanto a la finca propiamente dicha, el art. 569.25.2 del CCCat, exige que para el caso de que el derecho afecte a varias fincas habrá que concretar la distribución del crédito entre todas para determinar la parte que garantiza cada una de ellas, exigencia que no se produce cuando la operación divisoria es a posteriori, puesto que si la división de la finca se produce con posterioridad a la constitución del derecho, y especialmente a su inscripción, y en la división no se distribuye el crédito por el que responde cada una de esas fincas –obviamente con el consentimiento conjunto del acreedor y del propietario- entonces la responsabilidad de las fincas tiene carácter solidario³³¹.

Es este un requisito que se hace necesario para poder acceder el derecho de anticresis al Registro de la Propiedad, pues en otro caso el art. 216 del RH lo prohibiría, no se trata pues propiamente de un requisito de constitución sino de su posterior inscripción.

Para el supuesto de la anticresis española, el art. 1.886 CCE se remite al 1.860 regulador de la indivisibilidad de la prenda y de la hipoteca y por tanto también de la anticresis, pero esta indivisibilidad debe ser entendida de forma que lo que establece es que aunque con la obtención de los frutos se vaya pagando el principal, el derecho no puede ni fraccionarse ni reducirse, de forma que el

³³¹ Lo cierto es que la expresión utilizada por el CCCat aunque resulta desde luego ilustrativa, no nos parece muy acertada puesto que la solidaridad se predica de los sujetos no de los bienes, y resulta evidente que un tercero, adquirente de una de las fincas segregadas y gravadas con anticresis, responderá con la propiedad de su inmueble por el pago total de la deuda, pero no deviene deudor solidario. En este sentido parece más precisa la dicción del art. 122 de la LH.

inmueble sigue afectado en su integridad por la deuda que reste pendiente³³², señala GUILARTE que la indivisibilidad sancionada en estos artículos se refiere a la intangibilidad de la garantía, es decir que ésta permanece íntegra no debiéndole perjudicar la división física que pudiera operarse³³³. Pero es bien cierto que si el derecho pretende acceder al registro con posterioridad a la división, se deberá redistribuir la responsabilidad de las fincas segregadas de conformidad con lo que exige el art. 216 RH.

5.3.3.- La Obligación Garantizada.

Resultan coincidentes ambos códigos cuando se refieren a la obligación garantizada, admitiendo que esta garantía puede constituirse para garantizar cualquier tipo de obligación: “(...) en garantía del pago de cualquier obligación...”, nos dice el art. 569-23 CCCat, y “(...) pueden asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria.”, nos señala el art. 1.861 del CCE, que resulta de aplicación por remisión expresa del art. 1.886.

Lo cierto es que a nosotros nos parece que son éstas unas declaraciones mucho más ambiciosas que la realidad a la que se encuentran sometidas, todo y que son mayoritarios los autores que parecen admitir esta declaración sin reparo alguno³³⁴. Sin embargo nos parece evidente que pese a lo que establecen ambos textos, resulta verdaderamente difícil poder admitir la constitución de una

³³²SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS. *Comentarios al Código Civil*. Instituto Editorial Reus. Madrid 1955. Tomo XXIX, pág., 588.

³³³ GUILARTE ZAPATERO,V. loc., cit., pág., 463.

³³⁴MANRESA Y NAVARRO, J.M. ob., cit., págs., 544 y 402. BORRELL Y SOLER, ANTONIO M. *Derecho Civil Español. Derechos reales*. Editorial Bosch. Barcelona.1955.Tomo II. Pág., 688. AMAT I LLARÍ, M^a EULALIA. en *Instituciones del Dret Civil de Catalunya*. Tomo IV. Dirigida por Puig-Ferriol y Roca i Trias. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia.2007.pág., 821.

anticresis garante de una obligación futura o también para una sujeta a condición suspensiva³³⁵.

SCAEVOLA³³⁶ detecta esta situación pero entiende que resulta admisible la construcción de la garantía aunque el acreedor no pueda hacerse dueño de los frutos, y en tanto se produce la espera del nacimiento efectivo de la obligación la anticresis entra en un *sueño letárgico*. Es ésta una solución al problema planteado que nos parece más poética que jurídicamente válida.

Hemos venido poniendo de manifiesto más arriba que la función económica que resulta definitoria del contrato de anticresis, y a la vez diferenciadora de otras garantías reales a las que se le quiere equiparar, es la función de pago que cumple y también hemos dejado establecido la necesidad de entrega del bien inmueble como requisito de constitución, por ello si para constituir el derecho de anticresis se hace necesaria la entrega del inmueble al acreedor, ¿en qué concepto lo recibirá ese acreedor que todavía no es tal porque la obligación es futura?. Podrá admitirse que la recibe en concepto de depósito, pero el contenido obligacional de éste es francamente diferente del contenido anticrético en donde el poseedor de la finca está legitimado para su uso, a utilizarla en provecho propio y a decidir económicamente sobre la explotación de la misma, y no entremos en el análisis de todos los gastos de administración y explotación porque no haría más que marcar aún más la diferencia entre una y otra figura. Y si la finca no se entrega, a la espera de que la obligación futura nazca o de que la condición suspensiva efectivamente se cumpla, entonces nos encontramos

³³⁵ Y en este mismo sentido se pronuncia también PUIG-BRUTAU, J. ob., cit., pág., 18, quien comentando el artículo 1.861 de CCE entiende: “Este precepto es de los que el artículo 1.886 considera aplicables a la anticresis. Sin embargo, en este caso, es dudosa la utilidad práctica del precepto. La anticresis es una garantía que puede convenir a las obligaciones puras, pero no a las condicionales. Esta garantía permite la extinción de la deuda de una manera gradual, por amortización a base de la percepción de los frutos de la finca, excepto cuando sólo han de compensar los intereses (cfr.art.1.885 C.c.). Para ello es necesario que la obligación sea pura; en otro caso la percepción de los frutos podrá servir de garantía, pero no en concepto de anticresis, sino tal vez de prenda, si han de quedar retenidos hasta que la obligación sea líquida y exigible.”

³³⁶ SCAEVOLA, M. ob., cit., pág., 588.

ante esa figura que hemos venido en denominar *promesa de anticresis*, pero eso no será ni una verdadera anticresis ni desde luego habrá nacido un derecho real.

Y también se nos presenta un grave problema con los frutos, pues ¿en qué concepto percibirá el acreedor (el aun no acreedor) los frutos del inmueble en tanto la obligación no haya nacido o la condición suspensiva no haya sido cumplida?. Para nosotros esta cuestión se nos presenta como una dificultad no superable y que hace necesario que la obligación garantizada deba ser una obligación pura, que podrá estar sometida a condición resolutoria, pero que al tiempo de constituirse debe resultar ya existente. En otro caso ¿en qué concepto estaría percibiendo los frutos el acreedor?, pues en tanto esa obligación no haya nacido o la obligación de pago no resulte exigible (ni el principal ni los intereses) ¿en qué concepto se perciben los frutos?. ¿En concepto de prenda, como parecen sugerir PUIG BRUTAU o GUILARTE?³³⁷. Cualquiera que fuere el concepto lo que está claro es que no los puede percibir como propietario desde su producción sino que esos frutos pertenecerían al propietario del inmueble de forma que, en el mejor de los casos, el acreedor tendrá sobre los mismos un *ius ad rem* no un *ius in rem*, lo que le aleja del derecho anticrético.

Por ello creemos que a pesar de lo dispuesto por los textos legales, el derecho de anticresis sólo puede constituirse a partir de obligaciones puras pues la función *pro solvendo* que cumple exige desde luego la existencia de tal obligación³³⁸.

5.4.- LA FORMA.

El requisito de la forma en la constitución del derecho de anticresis es, de entre los elementos del contrato, aquel en el que se produce mayor disparidad de criterios entre la legislación española y la catalana, pues ya desde su propia regulación legal en la anticresis española se silencia todo requisito formal para la

³³⁷ PUIG BRUTAU, J. ob., cit., pág., 18. GUILARTE ZAPATERO, V. loc., cit., pág., 683.

³³⁸ En sentido contrario, ANDERSON, M. ob., cit., pág., 140: “En efecte no hi ha d’haver problema per a constituir un dret d’anticresi de màxim, en garantia d’obligacions futures o de quantia encara incerta...”.

válida constitución del derecho mientras que el CCCat destina el art. 569.24 para dejar establecidos los requisitos de su constitución, y entre ellos la forma.

De la legislación española resulta unánime la doctrina al estimar que no es la anticresis un contrato formal o solemne por lo que podrá constituirse con plena libertad de forma³³⁹, aunque ya hemos señalado nosotros más arriba, al tiempo de tratar sobre la naturaleza del derecho, que sí se requería el traspaso posesorio del inmueble para que el derecho quedara válidamente constituido pues en otro caso estaríamos ante una promesa de anticresis o cuasianticresis³⁴⁰.

También unánimemente los autores vienen a declarar que tratándose de un derecho real sobre bienes inmuebles procederá el otorgamiento de escritura pública al amparo de lo dispuesto en los arts., 1.280 y 1.279 del CCE, lo que resultará necesario para que pueda ser oponible frente a tercero no inscritos. Además resulta igualmente precisa para su posible inscripción en el Registro de la Propiedad, al amparo del art. 2 LH que obviamente acoge también el derecho de anticresis³⁴¹, cuya inscripción resultará necesaria para su oponibilidad a terceros inscritos, aunque tal inscripción únicamente otorga privilegio respecto de los frutos puesto que el acreedor no tiene derecho sobre el inmueble, sino que su derecho se limita a los frutos; carece de facultad de venta del inmueble, disponiendo el acreedor, como ya hemos señalado anteriormente, de las mismas acciones que las que corresponden a cualquier otro acreedor. La característica o facultad diferencial de la que dispone el acreedor anticrético respecto de los

³³⁹ HERNÁNDEZ MORENO, A. loc., cit., pág., 1.935. LACRUZ BERDEJO, J.L. ob., cit. pág., 302. SCAEVOLA, M. ob., cit., pág., 568.

³⁴⁰ Aunque como también ya hemos señalado no es ésta una cuestión sobre la que exista unanimidad.

PUIG PEÑA, F. ob., cit., pág., 467 (nota al pie): “En el derecho español esta exigencia no parece ser fundamental, por cuanto no es esencial en la anticresis que la finca pase a poder del acreedor o de un tercero.”

Por el contrario, para LACRUZ BERDEJO, J.L. ob., cit., pág., 302: “ En cambio parece esencial el desplazamiento de la posesión al acreedor.”

También para SCAEVOLA, M. ob., cit., pág., 566, para quien: “La anticresis confiere un derecho de contacto y necesita de la tradición para su perfecta constitución (...) la característica de que la cosa pase a manos del acreedor es institucional ...”

³⁴¹ Véase asimismo el art. 216 RH.

restantes acreedores es que cuando se proceda a la ejecución de la propiedad del inmueble, el adjudicatario no podrá desposeerle del bien sin antes satisfacer su crédito, pero para ello el derecho desde luego deberá estar inscrito³⁴².

El planteamiento resulta diferente en cuanto nos referimos al derecho catalán, en el que se exige de forma expresa que “el derecho de anticresis se ha de constituir *necesariamente* en escritura pública” (art. 569-24.2 CCCat). La diferencia con la legislación española es notoria puesto que con arreglo a esta código el otorgamiento de la escritura pública ha pasado a ser un requisito de solemnidad, será pues este contrato un contrato formal, y la forma resultará necesaria para que el contrato despliegue sus verdaderos efectos, por lo que aunque se entregara la finca y el acreedor entrase en posesión de la misma y ésta generase frutos, la anticresis no existiría como tal, sería una mera apariencia generadora de otros derechos, quizás especialmente los contemplados en los arts., 522 y ss. del CCCat, pues deberá entenderse que el acreedor habrá recibido la posesión del inmueble en los términos de los arts., 521-1 y 521-2, y que de conformidad con el 522-3 le atribuiría también los frutos, pero no en pago de la deuda sino como poseedor del bien, e incluso para reclamar las inversiones realizadas por el poseedor aparecerá el derecho de retención del art. 569-4. a), pero en modo alguno este derecho se extenderá a la retención sobre el inmueble por el incumplimiento de la obligación principal ni dispondrá de *ius distrahendi* para poder satisfacer esa deuda principal; pese a ello sí pensamos que el importe obtenido de los frutos deberá ser aplicado a reducir los intereses de la deuda y en su caso al capital, puesto que ese destino sería obligación personal asumida por el acreedor frente al deudor al tiempo de recibir la finca en esa anticresis aparente. Tampoco nos parece que pueda el deudor, en esa situación de anticresis aparente, exigir la devolución de la finca de manera anticipada. Es verdad que el derecho real de anticresis no existiría, pero lo cierto es que las partes habrán creado un contrato atípico en el que todas las obligaciones convenidas resultarán ser válidas y exigibles entre ellos, no oponibles a ningún tercero, pero perfectamente exigible entre ellos. Así mientras ningún tercero reclame o embargue esos frutos, éstos los irá percibiendo el acreedor desde el mismo instante de su producción y liquidándolos a cuenta de la mayor deuda.

³⁴² PUIG BRUTAU, J. citando a Slovenko, ob., Cit., pág., 49.

Aparentemente esta situación pudiera llevarnos a la constitución de un derecho real de anticresis en el que el derecho del constituyente acabaría legitimándose por usucapión³⁴³, posibilidad admitida por el propio art. 569-24.1, que reconoce que la anticresis puede ser constituida “por cualquier título”, y que sin embargo resulta paradójicamente contradictorio con la necesidad de deberse otorgar “escritura pública” que es la solemnidad exigida expresamente por la norma. Entendemos que la solución radica en que deberá interpretarse el término *escritura pública* como *documento público*, sustituyendo la sentencia judicial a la escritura pública en caso de dicha usucapión. Así lo entiende ANDERSON para quien al amparo de la expresión utilizada en la legislación catalana (ya también en el antiguo art. 21 de la LDRG) en cuya conformidad cabe la constitución de la anticresis “*per qualsevol títol*” entiende que ese *cualquier título* admitiría la constitución por usucapión³⁴⁴ y entiende también que el requisito formal, de carácter solemne, se hace de difícil concurrencia con la admisión de la anticresis por usucapión³⁴⁵ y por ello que el requisito de la escritura pública debe estimarse referido tan solo a la anticresis contractual. Pero entendemos nosotros que donde el artículo exige escritura pública deberá entenderse *documento público*, pues bajo esa expresión también tendría cabida la sentencia judicial que viniese a reconocer la anticresis constituida por usucapión o incluso aquella anticresis que pudiera constituir una administración pública sobre sus bienes privativos.

La necesidad de otorgar escritura pública como requisito esencial para la constitución de la anticresis la verdad es que no parece que fuera efectivamente necesario toda vez que es un derecho real que tiene manifestación posesoria, y como señala DEL POZO³⁴⁶ esta exigencia sólo se justifica en los derechos reales

³⁴³ Véase Supra epígrafe 5.1.2

³⁴⁴ ANDERSON, M. loc., cit., pág., 138.

³⁴⁵ Aunque quizás, estimamos nosotros, la situación de hecho que resulte más probable para que llegue a constituirse una anticresis por usucapión, sería aquella en la que el deudor anticrético entrega al acreedor un bien fructífero que no es de su propiedad y sobre el que no tiene esa facultad de disposición, cumpliéndose sin embargo con los restantes requisitos.

³⁴⁶ DEL POZO CARRASCOSA, P. loc., cit., pág., 265.

no posesorios como lo son la hipoteca y el censo, y lo cierto es que para el derecho real de usufructo el CCCat no requiere el otorgamiento de tal formalidad. La única justificación que puede encontrarse a esta exigencia es que de esta manera, constituyéndose la anticresis mediante escritura pública, este derecho siempre resultará oponible frente a terceros, siempre resultaría prevalente a la adquisición del dominio de ese inmueble por un tercero no inscrito. En la primera regulación de la anticresis en la LDRG, no se exigía su constitución mediante escritura pública sino tan solo forma escrita, posteriormente con la aprobación del Libro V del CCCat se sustituye una exigencia por otra, y ahí se pudiera entender que la voluntad del legislador al cambiar esos requisitos fuera el que se haya querido solucionar para este derecho las cuestiones de prevalencia que de ordinario se solucionarían acudiendo a una tercería³⁴⁷.

Retornando de nuevo al texto del art. 569-24.2, esta disposición continúa estableciendo que a pesar de constar en escritura pública “solamente se puede oponer a terceras personas a partir del momento de su inscripción en el Registro de la Propiedad”. Debe entenderse sin embargo, que aún a pesar de la expresión utilizada, “solamente puede oponerse a terceras personas”, la referencia es a terceras personas inscritas, por lo cual de hecho estaría aplicando los mismos principios de no oponibilidad de lo no inscrito ya recogidos en el art. 38 de la LH.

5.5.- DURACIÓN DE LA ANTICRESIS.

Ninguna de ambas legislaciones prevé la duración del contrato de anticresis, a diferencia de lo que por ejemplo establece el código italiano de 1942³⁴⁸ por lo que cabe preguntarse si puede ésta constituirse con carácter indefinido o no.

³⁴⁷ CARRASCO PERERA, A Y CARRETERO GARCÍA, A. ob., cit., pág., 26. Estos autores ya planteaban esta cuestión al legislador catalán, que ahora parece que les haya querido dar respuesta, cuando en la crítica al derecho de anticresis catalán en el artículo que se cita, se preguntaban: “¿Prevalece una anticresis no inscrita frente a una adquisición no inscrita del dominio causada por el constituyente de la garantía?. Creemos que no y la única prevalencia que resulta a favor del acreedor anticrético es la que se reconoce por la LDRG a todo titular de un derecho de retención.”

³⁴⁸ Véase *supra* epígrafe 2.2.3, y también el código de Venezuela o Panamá.

Sobre este extremo se pronunció la DGRN, mediante resolución de 8 de Mayo de 1963³⁴⁹:

“ En cuanto al segundo defecto que la anticresis es un derecho real accesorio de garantía que presupone una obligación principal, en este caso un contrato de préstamo que conforme al art. 1740 del C. Civ. ha de tener cierto tiempo de duración; que esta determinación en el tiempo afectará asimismo a la anticresis, porque es necesario fijar con claridad la extensión del derecho que se constituye, el que en razón de su carácter en algunos Códigos modernos subsiste mientras el acreedor no sea plenamente satisfecho, y porque así se infiere también de lo dispuesto en el art., 1.884 de nuestro C.Civ., toda vez que lo contrario implicaría contradecir el principio de especialidad, infringiría la afinidad proclamada por la jurisprudencia entre la hipoteca y la anticresis y daría lugar a un gravamen inmobiliario de carácter indefinido, que no autoriza nuestra legislación”.

Así deberemos entender que la anticresis tendrá la duración que ambas partes hayan convenido al tiempo de constituirla, pero a falta de esa previsión su duración coincidirá con la de la obligación principal y a falta de éste, y por aplicación del art. 1.128 CCE, el que se desprenda de la propia naturaleza de la obligación principal.

Pensamos que el derecho de anticresis puede constituirse encontrándose la obligación asegurada en dos circunstancias diferentes: a) podrá constituirse para asegurar el cumplimiento de una obligación respecto de la que todavía no ha habido incumplimiento alguno, es decir una anticresis que sería fundamentalmente utilizada como medio de pago ordinario para el cumplimiento de la obligación; y b) pudiera hablarse también de aquella anticresis constituida voluntariamente para asegurar el cumplimiento de una obligación ya vencida, ya exigible³⁵⁰.

³⁴⁹ RJ 3078.

³⁵⁰SCAEVOLA, M. ob., cit., pág., 579.

5.5.1.- Anticresis constituida sobre deuda no vencida.

Estamos pensando fundamentalmente en una relación obligatoria en la que la deuda principal pueda no ser aún exigible por deber ser devuelto mediante pago futuro y que puede o no ir generando intereses que deban ser satisfechos a lo largo de la vida delo crédito, es decir la anticresis constituida para instrumentar y asegurar el pago o devolución de un contrato de mutuo, el simple préstamo con interés.

El hecho de que ninguna de ambas legislaciones haya previsto un plazo de duración máxima, pone de manifiesto el carácter accesorio de este derecho respecto de la obligación principal de forma que el contrato seguirá las mismas vicisitudes que la obligación, de tal manera que cuando la obligación se extinga el derecho de anticresis se extinguirá también. Ahora bien, si vencida la obligación ésta no es satisfecha, el acreedor se encontrará en disposición de seguir poseyendo la finca en base al derecho de retención que la ley le confiere, retención anticrética a la que nos referiremos en otro apartado, pero en esta situación el acreedor puede encontrarse lo suficientemente cómodo como para no ejecutar su derecho de cobro del principal adeudado, especialísimamente si el deudor se encontrase en situación de insuficiencia patrimonial para hacer frente al conjunto de sus deudas, puesto que en ese caso el acreedor ejecutante no tendría privilegio alguno sobre lo obtenido como precio en la enajenación de la finca y en cambio si mantiene la garantía anticrética permanecería percibiendo los frutos hasta el pago total de la deuda, y esa situación puede ser lo suficientemente larga como para entender que no tiene límite, de forma que deberemos admitir que la retención anticrética será tan duradera como lo sea el crédito que asegura³⁵¹, y ese crédito no prescribirá en tanto dure la retención³⁵².

³⁵¹ El código civil italiano, establece un plazo máximo de duración de la anticresis de 10 años (art. 1.962 CCI).

³⁵² BELTRAN DE HEREDIA DE ONÍS, PABLO. *El Derecho de retención en el Código Civil Español*. Acta Salmanticensia. IUSSU SENATUS UNIVERSITATIS EDITA. Universidad de Salamanca.1955.Pág., 81. PLANIOL, MARCEL. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*.

5.5.2.- Anticresis constituida sobre deuda vencida.

La anticresis pudiera ser constituida para garantizar el cumplimiento de una obligación ya vencida. Resulta fácilmente imaginable que ante el impago, acreedor y deudor alcancen un acuerdo para instrumentar éste mediante la constitución de un derecho de anticresis sobre un inmueble de ese deudor. Es decir tenemos una obligación ya vencida y no satisfecha, sobre la que la anticresis desempeñará su función de instrumento para pago de la deuda, y ello nos obliga a cuestionarnos si supone o no una novación de la relación obligatoria ya vencida. Obviamente al pactar la constitución del derecho puede que las partes se concedan un nuevo plazo para el cumplimiento, en cuyo caso estaríamos en la misma situación que la detallada en el epígrafe anterior. Pero también es cierto, y en esta circunstancia se observa precisamente con mayor claridad, que la constitución de derecho se realiza en función de pago y no se dirige propiamente a novar la relación sino a extinguirla, sin embargo la satisfacción del crédito se irá produciendo sucesivamente mediante la percepción de los frutos, por lo que pudiéramos preguntarnos si en esta situación el acreedor puede ejercitar simultáneamente la acción de cumplimiento no sólo sobre esa finca que ya se posee sino además solicitando el embargo de otros bienes del deudor, o el deudor al pactar la constitución de la garantía anticrética está novando, siquiera de forma tácita, el plazo de pago y no puede reclamar por otras vías el importe de la deuda en tanto esté vigente la anticresis.

En apartado alguno de ninguna de ambas legislaciones se dispone, o permite deducir, que la constitución de la anticresis conlleve un pacto o compromiso de no pedir, o una excusión de los restante bienes del deudor y nos parece que, de la misma forma que un acreedor en el ámbito de un proceso de ejecución judicial puede ir percibiendo pagos extrajudiciales a cuenta de la mayor deuda que es reclamada en el proceso judicial, y que con respecto a esa liquidaciones extraprocesales la única obligación del acreedor es hacerlas constar en el proceso a efectos de minorar el importe de la reclamación, de la misma manera se deberá

actuar con respecto al líquido obtenido o valorado a partir de la percepción de frutos, imputación formal que se producirá al tiempo de la liquidación de los frutos obtenidos, aunque ello conlleve un problema de difícil solución puesto que se habrá transformado una deuda líquida en ilíquida, pues puede presentarse discusión entre las partes sobre el valor de los frutos que deben ser imputados respecto de la deuda principal.

6.- EL PRIMERO DE LOS DERECHO QUE ADQUIERE EL ACREEDOR ANTICRÉTICO: LA PERCEPCIÓN DE LOS FRUTOS,

6.1.- DETERMINACIÓN. FRUTOS O RENDIMIENTOS.

Según ya hemos señalado más arriba aquello que mejor identifica el derecho de anticresis como un derecho autónomo, es la percepción de los frutos por el acreedor para el cobro de su crédito. Este es, verdaderamente, el elemento diferencial con cualquier otro derecho con el que se le compare. En el supuesto de la anticresis del CCE es, además, y como ya hemos estimado, el contenido fundamental de ese derecho³⁵³; en el ámbito del derecho catalán es cierto que la anticresis se sustenta sobre dos pilares de sustancial importancia: en esa percepción de los frutos y en la facultad de realización de valor; pero, aún así, también hemos determinado que en el derecho catalán pudiera admitirse la existencia de una anticresis sin facultad de realización de valor (la anticresis no inscrita) y por el contrario no podremos nunca hablar de una anticresis que nazca sin derecho a percibir los frutos pero dotada de la facultad de realización de valor. De esta forma si de estos dos derechos que se reconocen al acreedor, circunstancial e idealmente podemos admitir la posibilidad de que la anticresis continúe existiendo aún sin la presencia de uno de ellos (realización de valor) pero no sin la presencia del otro (percepción de frutos), deberemos admitir que este último resultará algo más definitorio en la concepción del derecho.

Ambos códigos, en sus respectivos artículos, 569-23 y 1.881, utilizan idéntica expresión para referirse a la primera finalidad de la anticresis: "... y a percibir los frutos". El CCCat sustituye más adelante la expresión "frutos" por la de rendimientos (569-25.4), y el CCE aún manteniéndose fiel a la expresión "frutos", amplía su concepto atribuyendo al acreedor "el goce de la finca" (1.883.1 y 2).

³⁵³MANRESA Y NAVARRO, J.M.. ob., cit., pág., 528.

6.1.1.- Alcance de los frutos, desde un punto de vista sistemático.

La cuestión que aquí nos planteamos es, ante la literalidad de la norma, determinar de qué facultades dispone el acreedor anticrético, tanto relativas a la obtención de los frutos y rendimientos, como respecto de la percepción de cualquier otra ventaja o producto que pueda derivarse del uso del inmueble³⁵⁴.

Como es de hacer notar el CCCat no define y evita clasificar los frutos de forma tradicional³⁵⁵. Lo cierto es que la práctica unanimidad de los autores, al tiempo de referirse a la clasificación que el CCE hace de los frutos, considera que la división entre naturales, industriales y civiles es enteramente inútil, y debe limitarse en todo caso a naturales y civiles³⁵⁶.

El término *fruto* no tiene, desde luego, en ninguno de ambos textos legales (CCE y CCCat) un sentido unívoco, y ambos lo utilizan en numerosas ocasiones de manera ciertamente imprecisa.

Lo podemos encontrar utilizado en un sentido amplio, queriéndose referir a cualquier producto de la cosa, este es el concepto de *fruto* al que se refiere el art. 354 del CCE (y en muchos otros, como pueden ser los art. 469 o 451). Y también el CCCat³⁵⁷ en este mismo sentido, aunque sin acogerse a la división establecida por el propio CCE, de frutos naturales y civiles, tiene un concepto amplio del término fruto, en tanto que entiende que es todo producto y rendimiento de la cosa (art., 511.3).

³⁵⁴ TESDESCHI, VITTORIO. *L'Anticresi*. Unione Tipografica-Editrice Torinese. Torino. 1952. pág., 19.

³⁵⁵ De hecho la clasificación que se hace en el art. 511.3 del CCCat, se establece para diferenciar los frutos de las cosas respecto de los rendimientos de los derechos.

³⁵⁶ Entre otros, ALONSO PÉREZ, MARIANO, "Artículo 335" *Comentarios al Código Civil*. EDERSA, Tomo V. Vol. I. Madrid, 1990. Pág., 300. MARTÍN RETORTILLO, CIRILO. "Los Frutos según el Código Civil" RDP. Enero-Diciembre 1934. Tomo XXI. pág., 318-323.

³⁵⁷ El CCCat no recoge la división de los frutos entre naturales y civiles, cuando menos de forma nominada; ahora bien, en su art. 561-35 hace expresa referencia a los "frutos civiles"

Ahora bien, ese concepto de *fruto latu sensu*³⁵⁸, se confronta en muchas ocasiones con otro uso mucho más restringido del propio término *fruto*, pues son muchas otras las ocasiones en que el término fruto va acompañado del de renta, intereses, utilidades, o aprovechamientos, etc., (frutos y rentas, frutos e intereses,...) Resulta evidente que en todos esos casos cuando los textos utilizan el término fruto junto con cualquiera de estos otros (561.11.2, 561.6, 552.6, etc., del CCCat; o bien 197, 399, 527, 1049, etc., del CCE) es porque están diferenciando entre ambos, de hecho estarían utilizando el término fruto desde un concepto equivalente al de “fruto natural”.

Así nos encontramos que de forma bastante indiscriminada, los códigos pueden utilizar el término *fruto* para referirse a cualquier *producto o rendimiento* o pueden utilizarlo para referirse a frutos naturales; de hecho en el art. 475 del CCE la misma palabra *fruto* es empleada en dos momentos distintos, en el mismo precepto, y con sentido diferente.

Además de que el término fruto es utilizado alternativamente de esta forma dual, además, también nos encontramos que se utilizan otros términos de forma equivalente, pero igualmente se hace de tal manera que impiden dar un único sentido al término *fruto*.

Así el CCCat define que son frutos de una cosa, “sus productos y otros rendimientos” (art. 511.3), de forma que en el sentido utilizado parece que el concepto fruto sea más amplio que el de producto, puesto que *fruto* – en atención a la literalidad de ese texto- lo son no sólo los *productos* sino también *los otros rendimientos* que produzca una misma cosa.

Resulta llamativo que ese código para delimitar lo que es fruto haga referencia a dos componentes diferenciados, productos y rendimientos, y sin embargo luego en todo el Libro V no vuelva a utilizar ese término *producto* más que en dos

³⁵⁸ Un muy detallado examen de esta cuestión la plantea GARCÍA CANTERO, GABRIEL en “Concepto de Frutos en el Código Civil Español”. RDN. Año III nº 7. Enero-Marzo 1955. Edit. Colegios Notariales de España. Junta de Decanos. Madrid.

artículos, prefiriendo hacer uso de la propia palabra *fruto*, pero utilizándola en sentido mucho más restringido.

Como decimos el art. 511.3 CCCat dice que *fruto* son los productos y los rendimientos, pero a título de ejemplo el art. 541.4, indica claramente que “los frutos en especie se adquieren por su producción” o el 552.6.2, establece que “los frutos y los rendimientos corresponden a los cotitulares...”, o el 561.6, en sede de usufructo: “los usufructuarios tienen derecho a percibir los frutos y las utilidades de los bienes usufructuados...”; aunque si nos atenemos a lo que el propio código establece unos artículos antes, en particular en su artículo 561.2.2, parece que el concepto *utilidad* absorba al de frutos: “Los usufructuarios tienen derecho a poseer los bienes objeto de usufructo y a percibir todas las utilidades no excluidas por las leyes o por el título de constitución”.

E igual ocurre con el CCE en donde indistintamente se utilizan los mismos términos tan pronto como complementarios tan pronto como sinónimos³⁵⁹, así el art. 187 equipara producto a fruto, y en el propio TITULO VIII del Libro I, entiende que fruto y producto son cosas diferentes (art. 197)³⁶⁰ estimación en la que reincide en el art. 1.381 frente a la posición contraria sostenida también en los arts., 1.634 y 1.632 en donde los emplea como alternativos; lo mismo ocurre con el término aprovechamiento, en donde es tratado como sinónimo de fruto en el art. 527 y como complementario en el art. 186; e igual sucede con los frutos y rentas si comparamos los arts., 760 o 1.063 o 1.408, con el 882 o el 847; y, por último, en los supuestos de fruto y utilidad, en donde también hay falta de sintonía, pues en el art. 399 aparece como si fruto y utilidad fueran cosas distintas y por el contrario en el art. 477 aparece el término utilidad como equivalente a fruto.³⁶¹

³⁵⁹ El único término que en el CCE siempre es utilizado como sinónimo de fruto, es el de “rendimiento” (arts., 185.3 y 1.478.2 CCE)

³⁶⁰ El art. 186 CCE introduce incluso el concepto de “producto líquido”, dando a entender que por producto debiera estimarse la suma de los frutos, renta y aprovechamientos.

³⁶¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS. “La Naturaleza Jurídica de los Minerales”. A.D.C. 1954. N° 2. pág., 376 . señala que los productos que se extraen de las minas tienen, sin dudas de ninguna clase, la consideración jurídica de frutos.

Resulta evidente que los textos legales utilizan de forma muy poco homogénea, incluso poco rigurosa, todos esos términos que pretenden referirse a los frutos, *latu sensu*, de las cosas; pero de cuanto antecede entendemos que desde un punto de vista sistemático cuando ambos códigos utilizan el término *fruto*, sin ningún otro tipo de complemento, ni ninguna conjunción que les acompañe, ni disyuntiva ni copulativa, o cuando del texto no se deduce claramente otra intención³⁶², debemos quedarnos con el concepto de fruto en su sentido lato (354 CCE y 511.3 CCCat), en donde se englobarían todos sus productos y rendimientos de cualquier clase, siempre que éstos sean percibidos de conformidad con el destino económico o la naturaleza de la cosa.

6.1.2.- Examen del término *fruto* desde un punto de vista finalista.

De esta forma y en principio por el concepto “fruto” debiéramos entender³⁶³, toda utilidad que se obtiene de la cosa sin alteración de su sustancia y conforme a su naturaleza o a su especial destino económico, debiéndose resaltar que ambas circunstancias, naturaleza y destino económico, no son idénticas.

El *destino económico* tiene un manifiesto contenido subjetivo puesto que quien determina ese destino es su propietario³⁶⁴, toda vez que es él quien decidirá que un bosque sea destinado a la producción de leña o a coto de caza³⁶⁵.

³⁶² Como, por ejemplo, sería el caso del art. 546-4 del CCCat.

³⁶³FERRARA, FRANCESCO. *Trattato de Diritto Civile Italiano*. Athenaeum. Roma. 1921.Vol. I. Pág.839.

³⁶⁴ PUIG FERRIOL, LL. ob, cit. pág., 492: “...la destinació económica del bé és una facultat exclusiva del propietari (segons l’article 541-1) que per tant ha de respectar l’usufructuari.”

³⁶⁵Que la determinación del destino económico de los bienes es una decisión que corresponde en todo caso a la propiedad de los mismos, es algo que tienen reconocido los tribunales. Es ilustrativa la sentencia que enjuicia un caso en el que una finca agrícola dejó de ser explotada como tal para pasar a ser explotada como cantera. Es la sentencia de la AP Tarragona 11 de Julio 2001. (JUR 288044) “...Atendiendo a ello se considera

Este destino en ocasiones resulta vinculante para aquel quien adquiriera un derecho de goce sobre la cosa y sin embargo en otras ocasiones prevalece la propia naturaleza de esa cosa³⁶⁶, sobre el destino económico que le haya sido atribuido por su titular.

Así en el usufructo, el usufructuario adquiere la facultad de goce del bien para ser utilizado conforme a su destino (art. 481 y 485 CCE y 561.2.3 CCCat.), y frente a ello en el contrato de arrendamiento el CCE determina que a falta de acuerdo expreso entre arrendador y arrendatario, éste podrá utilizar el bien arrendado con arreglo a su naturaleza (art. 1.555.2 CCE)³⁶⁷.

que es manifiesto y evidente que nos encontramos ante un supuesto en el que el usufructuario incumplió la obligación que le venía impuesta y alteró la forma y sustancia de la finca al transformarla de una finca agrícola en una cantera para extraer áridos, procediendo para ello a introducir modificaciones importantes en el cultivo, arrancando almendros en número de 94 y dañando otros, como es el caso de 8 olivos, y especialmente, alterando el destino económico de la misma, todo lo que supone una modificación que no precisa de comparación alguna respecto del estado anterior, sino que basta con que resulte acreditada esa transformación sustancial de la forma y sustancia de la cosa usufructuada, conducta prohibida al usufructuario incluso cuando se pretenda, como en el caso, justificarla por un propósito de mejora, pues, como ya se señaló, esas mejoras están obligadas a respetar la misma limitación conservativa de la forma y sustancia, como establece el art. 487 CC...”

³⁶⁶DÍEZ PICAZO, L. ob., cit., pág. 298. “... el destino económico señalado por el propietario, habrá de ser respetado por los demás titulares de derechos de disfrute o de explotación que se constituyan después. Tales derechos habrán de ejercitarse, sin alterar aquel destino.” “... Cuando no exista una especial fijación o señalamiento de un especial destino, debe presumirse que este destino económico es el que corresponde a las cosas de igual naturaleza, medido por la vía de la costumbre o de los usos (destino objetivo o funcional).”

³⁶⁷ Aunque resulta preciso señalar que cuando el arrendador es a su vez usufructuario, su arriendo se encontrará sujeto a las mismas limitaciones de uso y destino a las que él se encuentra sujeto como tal usufructuario. En este sentido es de ver la STS Sala 1ª de 27 junio 1969, (EDJ 1969/453) “... pues si bien en el primer contrato de arrendamiento suscrito por las partes el 16 de junio de , se le prohíbe al arrendatario hacer obras que rebasaran las facultades que como usufructuario tenía el arrendador, en el de 25 de febrero de , verdadera novación del anterior, y único vigente cuando se interpuso la demanda, se le autorizó al usufructuario en contra de las prescripciones del Código Civil especialmente en los artículos 467, 487 y 489 que regulan las posibilidades del usufructuario, a que modificara esencialmente la forma, sustancia y destino de la cosa, como en efecto se hizo por la arrendataria, alterando el destino económico-social que la cosa tenía y cambiando la estructura y cualidades objetivas de su configuración, todo lo

Por tanto la cuestión que debemos inicialmente establecida, en relación a los frutos objeto de cesión en el contrato de anticresis, es si la referencia que a ellos se hace en ambos casos en los respectivos códigos, es a los frutos que se obtengan con arreglo al destino económico del inmueble previamente predeterminado por la propiedad³⁶⁸, o bien a todos aquellos que se obtengan con arreglo a su naturaleza. Obviamente todo ello en el supuesto en que las partes constituyentes de la anticresis no hubieran convenido expresamente a qué uso debe ser destinado el inmueble, pacto que se antepondría a cualquier otro criterio; pero en su falta ¿cuál de esos criterios, destino o naturaleza, determinará el contenido del *ius fruendi* que se transfiere al acreedor anticresista?

Su consecuencia es que si admitimos que el acreedor anticrético se encuentra facultado para obtener del inmueble cualquier clase de fruto o rendimiento que resulte conforme con la naturaleza del bien inmueble recibido, estaremos en un supuesto más amplio (en relación a las facultades de goce) que si nos limitamos al *destino económico* previamente determinado por la propiedad.

Ninguno de ambos códigos resulta especialmente explícito, aunque bien es cierto que el CCCat sí indica en su art. 569-25.4, que el acreedor anticrético, en tanto dure la retención, tiene la obligación de conservar la finca *con arreglo a su naturaleza*. De ahí cabe entender que debe deducirse que en la anticresis del CCCat el acreedor recibe la finca para obtener de ella todos aquellos frutos que resulten adecuados *a su naturaleza*, pues en otro caso resultaría enteramente extraño que la obligación de conservar la finca lo fuera con arreglo a su naturaleza y simultáneamente tan solo se le permitiese obtener los frutos con arreglo a su destino. Por ello debemos concluir que en la anticresis del derecho civil catalán los frutos y rendimientos, *latu sensu*, objeto de cesión serán aquellos que se produzcan con arreglo a la naturaleza de esa misma cosa.

cual dota al contrato antes mencionado de causa ilícita, que acarrea como consecuencia su nulidad, lo acordado, por la instancia.”

³⁶⁸ BAUDRY-LACANTINERIE, G. ob., cit.,pág., 658: “Il doit respecter, en que qui concerne le mode d’exploitation, l’état de choses établi par le propriétaire, et n’a pas le droit de faire d’innovations”.

Por el contrario el CCE no establece nada de forma expresa, y por ello deberemos acudir a la propia naturaleza del derecho de anticresis para, a partir de ella, saber cuál puede ser el alcance del uso y por ende qué clase de utilidades deberán ser consideradas como frutos objeto de la cesión anticrética.

No debemos dejar de tener presente, históricamente, que cuando MARCIANO se refiere a la anticresis³⁶⁹ nos dice que el acreedor anticrético “...percibirá los frutos, o dándolos en arrendamiento o percibiéndolos él mismo, y habitando;...”, de forma que hace referencia expresa a un uso amplio de la finca, y no sólo para obtener frutos naturales sino también frutos civiles o el uso por el propio acreedor del inmueble recibido.

En el mismo sentido POTHIER se refiere a la anticresis como el derecho de gozar de toda la hacienda y de percibir todos sus frutos³⁷⁰, y en general ha venido sosteniéndose³⁷¹ que las facultades de uso del acreedor anticrético resultan similares a las del usufructuario de forma que bien puede cultivar y percibir los frutos, o habitar el inmueble o cederlo en arrendamiento³⁷².

Así pese a que de ello resulta claro que tradicionalmente ha venido entendiéndose que el acreedor anticresista puede explotar la finca bien por si mismo, bien mediante la constitución de cualquier derecho de uso sobre ella, aún así nos parece que no es suficientemente determinante de los límites que el acreedor anticrético puede tener a la hora de decidir sobre el uso la explotación de la finca, pues ¿puede el acreedor que recibe una finca de árboles frutales transformarla en un campo de trigo? ¿puede recibir un local comercial destinado

³⁶⁹ DIGESTO, 20.1.11.1. versión y traducción citada.

³⁷⁰ POTHIER, R J. *Oeuvres de Pothier* publicadas por M. Dupin. Edit. Pichon-Béchet. Paris. 1827. Tomo V, págs.,596 y ss.

³⁷¹ BAUDRY-LACANTINERIE GABRIEL, *Del pegno, dei privilegi, delle ipoteche e della espropriazione forzata*. Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi. Milano.1912 Vol. I. pág.,271. LAURENT, F. ob., cit., pág., 532.

³⁷² BATLLE VÁZQUEZ, M. loc., cit., pág., 701. GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J. loc., cit., pág., 473. Se pronuncia también en este sentido SCAEVOLA, ob., cit., pág., 567.

al comercio al por menor, y para obtener mayor rendimiento transformarlo en aparcamiento de vehículos?.

Como ya hemos señalado más arriba, el derecho de anticresis por su naturaleza se encontraría en el ámbito de los derechos que atribuyen a su titular un goce del inmueble, (aunque según nuestra opinión no sería propiamente un derecho de goce sino que estaría más cerca sólo de un derecho de administración del inmueble toda vez que la función para pago limita ese goce), por ello situados en el ámbito de los derechos de goce debemos tomar como referencia el usufructo y con arreglo al código civil español la facultad de uso que adquiere el usufructuario respecto de los bienes recibidos en usufructo debe sujetarse a su destino económico y en su consecuencia entendemos que si en el derecho de goce más amplio, la legitimación del usufructuario en el uso del bien se limita a gozar y disfrutar de él con arreglo a su destino (art. 481 y 485 CCE, 561-2, 561-4 CCCat) más aún en cualquier otro derecho de goce de menor amplitud, y especialmente en aquel derecho cuyo contenido fundamental es el de la administración del bien. El destino económico será pues el predeterminado por el dueño de la finca, bien cuando se encontraba en el goce de la misma bien cuando constituyó el derecho de usufructo, y entendiéndolo como la conservación y goce de una cosa conforme a su función económica.³⁷³

De esta forma cabe concluir que en la anticresis del CCE los frutos y rendimientos que son objeto de cesión serán aquellos que se produzcan con arreglo al destino económico de la cosa.

En conclusión, desde un punto de vista finalista, el acreedor anticrético como hemos señalado deberá sujetarse para la obtención de los frutos, bien al destino económico de la finca, bien a su propia naturaleza, según se trate de anticresis sometidas al D^o Civil español o al catalán, y desde un punto de vista sistemático se entenderá que se perciben todos los frutos o rendimientos *latu sensu*.

³⁷³ RIVERO HERNÁNDEZ, F. ob., cit., pag.310.

Apartarse de esa finalidad quizás pudiera conllevar la pérdida del derecho a seguir poseyendo la finca³⁷⁴, eso es algo que será examinado más adelante.

6.2.- LAS OTRAS UTILIDADES.

Cuanto ha quedado expuesto, viene considerado -como decíamos en su inicio- a partir de la necesidad de determinar si cuando los códigos se refieren al término *frutos*, indicando que esos frutos deberán ser aplicados a la extinción de la deuda, debemos entender que tan solo se deben aplicar aquellos rendimientos que en sentido estricto sean *frutos*, o deben ser aplicados la *totalidad de las utilidades que puedan ser obtenidas* (obviamente, ha quedado ya dicho, con arreglo al destino económico o a la naturaleza de la finca).

La finca es entregada al acreedor en el ánimo de que éste pueda, con los frutos obtenidos, amortizar o extinguir, o en su caso compensar, los intereses de la deuda principal (y en el caso de la *extintiva* amortizar el capital), la cuestión a dilucidar es si a esa amortización o compensación deben ser aplicados los *frutos* que sean obtenidos con arreglo a la naturaleza o al destino del inmueble, o para el pago de todo ello deben aplicarse todos los rendimientos y utilidades que puedan ser obtenidos por el acreedor anticrético mientras dure su posesión. Es decir, en el contrato de anticresis el propietario deudor cede la finca para que el adquirente acreedor, obtenga frutos y con ellos pueda cobrarse los intereses de la deuda y en su caso del capital, la cuestión que ahora nos planteamos es si a ese pago exclusivamente deben ser aplicados los frutos, y por tanto cualquier otra utilidad obtenida (y que no sea fruto o rendimiento obtenido con arreglo al destino económico o a la naturaleza de la finca) debe ser reintegrados al propietario/deudor; o por el contrario todo aquello que se obtenga de la finca mientras sea poseída por el acreedor, deberá ser destinado a la extinción del crédito y de sus intereses.

Tanto el art. 561-6 del CCCat como el art. 471 del CCE, vienen a determinar que corresponden al usufructuario *“todos los frutos naturales, industriales y civiles de*

³⁷⁴ Cuestión que deja planteada ANDERSON, M. en ob., cit., pág., 141.

los bienes usufructuados” (471) o “los frutos y utilidades de los bienes objeto de usufructo” (561-6), de forma que ambos preceptos ponen de manifiesto el principio de que todo aquello que produzca la finca como *ius fruendi* corresponde al usufructuario: se le atribuirán pues, todos los frutos, en especie y en dinero, que produzca el objeto del usufructo, pero le quedarán excluidos todos aquellos provechos (no-frutos) que no tengan una relación de causalidad con la cosa madre (tesoros, accesiones, etc.)³⁷⁵.

Parece claro que cuando hablamos de frutos debemos entenderlos como todo aquello que la cosa rinde por sí misma o como consecuencia de las relaciones o negocios jurídicos establecidos sobre ella³⁷⁶, pero eso nos lleva a la necesidad de distinguir entre fruto y provecho/ utilidad, diferencia que carece de todo interés cuando nos referimos al propietario único de un bien puesto que a él tanto le corresponden los frutos que produzca como todas los provechos y las utilidades que pueda obtener; pero diferencia que resulta conveniente resaltar cuando sobre la cosa concurren la propiedad y el derecho de goce de forma separada³⁷⁷, de manera que deberá explicitarse qué es fruto y qué es utilidad³⁷⁸.

³⁷⁵RIVERO HERNÁNDEZ, F. ob., cit., pág., 321.

³⁷⁶BIONDO, BIONDI. *Los Bienes*. Bosch, casa Editorial. Barcelona. 1961. Traducción por Antonio de la Esperanza. pág., 233. Este autor lo califica como rédito. En el mismo sentido ALONSO PÉREZ, M. loc., cit., pág., 355.

³⁷⁷ LÓPEZ VILAS, RAMÓN. “Del derecho de accesión”. *Comentarios Del Código Civil*. Ministerio de Justicia. Madrid. 1991. Tomo I. pág., 996 “...Son los casos en que los frutos, vinculados a la atribución del *ius fruendi*, pasan a pertenecer a aquellos titulares de derechos reales sobre la cosa madre que impliquen transmisión de la facultad de disfrute (así, el usufructuario tiene derecho a disfrutar los bienes ajenos, art.467 CC y tendré derecho a percibir todos los frutos naturales, industriales y civiles de los bienes usufructuados, art. 471 CC); los frutos son también a veces de quien ostenta un derecho de goce como consecuencia de una relación jurídica obligatoria (así, en el arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado, art. 1543 CC y concordantes); otras veces, los frutos son del poseedor de buena fe, que hace suyos los percibidos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión (art. 451 I CC) o del usuario con derecho a percibir los frutos de la cosa ajena que basten a sus necesidades y las de su familia (art. 524 I CC) o del acreedor en la anticresis, con derecho a percibir los frutos de un inmueble de su deudor (art.1881 CC)...”-

Y en el mismo sentido ALONSO PÉREZ, M. loc., cit., pág., 291

Aunque el CCCat. exige expresamente que el inmueble sobre el que se constituye el derecho de anticresis debe ser “fructífero” (569-23), y el CCE no lo exige de esa forma tan explícita, resulta evidente que para ambos textos es una premisa insoslayable, puesto que aunque el CCE no lo indique, sí que determina que la anticresis se constituye “para percibir los frutos de un inmueble”, por lo que si un inmueble no tuviera capacidad de producir frutos sobre él no pudiera constituirse ese derecho; de esta forma el carácter de “inmueble fructífero” debe ser predicado de ambas legislaciones.

Esa premisa o requisito que aparentemente pudiera aparecer como más retórica que necesaria, por cuanto pudiera decirse que prácticamente todos los bienes inmuebles tendrían esa cualidad, no resulta tan baladí si entrelazamos el concepto de fruto o rendimiento con el destino económico al que antes nos hemos referido.

Si nos aproximamos un poco al concepto de fruto que antes hemos dejado establecido, deberemos admitir que entre las utilidades que el uso de una finca permite obtener, podremos encontrar utilidades separables respecto de ella misma y otras que no resulten separables³⁷⁹, así por ejemplo la utilidad que obtiene el dueño de un jardín como lugar de reposo o sosiego³⁸⁰.

³⁷⁸ También hemos señalado más arriba la falta de congruencia en el uso del término *utilidad* y del de *fruto* en el CCE, como puede verse comparando los arts., 399 y 477 CCE.

³⁷⁹ BADOSA COLL, FERRAN. “Els Bens”. *Manual de dret civil català*. Director: Badosa Coll. Edit: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid. 2003. Pág., 213, considera que “La utilitat en general (...) es una referencia al tipus de <<benefici>> (...) en cada cosa se’n distingeix dos tipus: la <<utilitat>> inseparable i el <<rendiment>> separable (...)”.

³⁸⁰ El art. 561-27 del CCCat describe una serie de supuestos en los que difícilmente pudiera hablarse de inmuebles fructíferos y regula que los “Conjuntos de árboles destinados a una función de recreo o de ornamento de una finca, a hacer sombra, a aumentar la aglutinación del suelo, a fijar la tierra, a defender las fincas del viento, a encauzar las aguas, a dar fertilidad al suelo o a otros usos accesorios del terreno, diferentes del de obtener madera...”. Todos ellos son supuestos en que la utilidad no es *separable*.

Como decimos junto a esas utilidades no separables, existen otras que sí resultan separables, entre las que estarán desde luego los frutos pero también otros rendimientos que no pueden ser considerados frutos por cuanto no todos los rendimientos separables pueden recibir el trato de fruto y menos aún si se vincula fruto con destino económico.

Tanto los frutos como las otras utilidades o provechos separables, resultan ser elementos accesorios respecto de la cosa principal³⁸¹, y ambos resultan económicamente valorables, de forma que ambos, tanto los frutos como las otras utilidades, tienen contenido económico separable del objeto principal, la diferencia pues radicaría en que los frutos se caracterizarían por su capacidad de irse reproduciendo sin detrimento alguno respecto del bien principal (aunque la periodicidad pueda no ser regularmente cíclica)³⁸², serán pues el rendimiento habitual de la cosa³⁸³; y no deberemos considerar *fruto* sino producto, provecho o utilidad, aquellos rendimientos, fortuitos o no fortuitos, no provenientes del destino económico de la cosa sino de circunstancias ajenas a ese destino, o incluso obtenidos a costa de la propia destrucción de la cosa principal.

Cuando los textos legales reguladores de la anticresis definen ésta como aquel contrato en que se cede al acreedor la obtención de los frutos de un inmueble para que éstos sean aplicados al pago de los intereses de una deuda preexistente y en su caso del capital, se están refiriendo a un concepto lato de fruto, en el que debe entenderse incluido cualquier rendimiento económico que esa finca pueda obtener de conformidad con su destino económico, sin que el inmueble sufra

No debe confundirse sin embargo el uso propio, con la satisfacción obtenida. El uso privativo de lago siempre será valorable, produzca la satisfacción que produzca.

³⁸¹ MARTÍN RETORTILLO, C. loc. cit., pág., 89

³⁸² CLEMENTE DE DIEGO, FELIPE. *Derecho Patrimonial de Familia: El incremento de valor alcanzado, constante matrimonio, por las acciones de un Banco aportadas a aquél por el marido como capital propio*. Revista de Derecho Privado. Enero-Diciembre 1921. Madrid. Tomo VIII. Pág., 51.

³⁸³ DÍEZ-PICAZO, L. loc., cit., pág., 355 y ss.

detrimento alguno y con la capacidad de que esos mismos rendimientos puedan irse reproduciendo en el tiempo.

No serán frutos, y por tanto en principio no podrán ser aplicados al pago de la deuda ni de sus intereses, todos aquellos otros provechos que aún siendo separables y económicamente valorables se sitúen fuera de esos parámetros, y en esos casos su titularidad corresponderá al propietario (o a aquel quien acredite un derecho de percepción de los mismos), aunque sobre ellos pudiera ser que el acreedor anticrético dispusiera de un derecho de retención, que aún siendo también un derecho de garantía será diferente de la propia anticresis.

6.3.-LA IMPUTACIÓN O APLICACIÓN DE RENDIMIENTOS.

El Código Catalán contiene dos expresiones que entendemos pueden dar pie a sendas interpretaciones distintas a la hora de determinar qué es lo que ocurre con la adquisición de los frutos por el acreedor anticrético: El art. 569.2 del CCCat atribuye al derecho real de anticresis, además de los mismos efectos que se reconocen en el derecho de retención y a la prenda, además la imputación de los frutos al pago de los intereses de la deuda garantizada y en su caso al capital.

Queremos destacar el uso del término *imputar*, de forma que en ese precepto se deja establecido que en méritos del derecho real de anticresis, el acreedor dispondrá de un derecho de retención sobre el bien inmueble, de la facultad de venta o de realización de valor, y además –señala expresamente- los frutos que produzca la finca serán *imputados* al pago de los intereses debidos y en su caso del capital.

Frente al uso de ese término, el art. 569.23 CCCat, que es el que nos ofrece el concepto legal de anticresis, parece que no nos diga exactamente lo mismo pues, en cuanto a lo que se refiere a los frutos, señala que el acreedor percibirá los

frutos para *aplicarlos* al pago de los intereses. No se utiliza pues el término *imputar* sino que se emplea *aplicar*³⁸⁴.

Sin embargo imputar y aplicar serían lo mismo³⁸⁵, pero no deja de llamar la atención que ambos códigos cuando hablan propiamente de la anticresis utilicen el término *aplicar los frutos al pago de la deuda*, y cuando vienen a referirse al pacto anticrético relativo a los bienes que entregados en prenda producen intereses, entonces utilizan el término *imputar*³⁸⁶.

Pero lo que debe ser destacado más que ese uso parejo de los verbos es que el trato que se dispensa a la atribución de los frutos en los supuestos del derecho real de anticresis y en el pacto anticrético de la prenda no es exactamente el mismo, y quizás se ha querido utilizar esa diferencia terminológica precisamente para señalar que se estaba haciendo referencia a situaciones diferentes (obviando que ambos términos son, en última instancia, sinónimos).

Como veremos creemos que la diferencia entre anticresis y pacto anticrético no se encuentra encerrada en el uso del término imputar o aplicar, sino en la atribución que se hace de los frutos usando el verbo *percibir*. La gran diferencia se introduce al establecer que el acreedor anticrético recibe la finca para *percibir los frutos*, término que no se utiliza ni en el art. 569.2 del CCCat ni se utilizaba tampoco en la antigua LDRG.

En la regulación que se hace en el art. 569.2.2 del CCCat aparentemente no cabe deducir que el acreedor anticrético y poseedor del inmueble adquiera la

³⁸⁴ DEL POZO CARRASCOSA, P. loc., cit., pág., 265, ya puso de manifiesto lo inapropiado que resulta haber utilizado esos dos vocablos diferentes.

³⁸⁵ Así en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, *aplicar* 6.tr. *Der. Adjudicar bienes o efectos; e imputar, Señalar la aplicación o inversión de una cantidad, sea al entregarla, sea al tomar razón de ella en cuenta.* Y en el diccionario de L'Institut d'Estudis Catalans, *imputació de pagaments es l'aplicació d'un pagament a un deute determinat.*

³⁸⁶ Para ser exactos en el caso del derecho catalán tenemos que referirnos a la LDRG porque el CCCat no recoge ese pacto, algo que sí hacía la LDRG.

propiedad de los frutos, sino que los frutos que produzca el inmueble pertenecerán a la propiedad del mismo, aunque deberán ser imputados al pago de los intereses. De conformidad con ese texto, el acto de imputación será siempre un acto efectuado por la propiedad puesto que es a ella a quien pertenecerán los frutos³⁸⁷.

Frente a ello el art. 569.23 del CCCat utiliza, como hemos señalado el término *aplicar*, si bien lo que dice expresamente es que mediante el derecho de anticresis *el acreedor percibirá los frutos para aplicarlos* al pago de los intereses.

Es desde luego ese artículo, un precepto que legitima la adquisición de frutos, que atribuye la propiedad de esos frutos a persona distinta del propietario de la cosa madre, es pues la anticresis un título de atribución de la propiedad de los frutos, aunque ocurre que esos frutos se adquieren con la obligación de aplicar su valor a la reducción de la deuda, pero esa *aplicación* la efectuará el acreedor anticrético como titular que será de los frutos.

Creemos que la razón de ser de que se haya producido tal disfunción entre los dos artículos (más que el propio uso de los diferentes vocablos, el hecho de que en uno y en otro caso el titular de la aplicación o de la imputación sean personas distintas –el acreedor en un caso y el deudor en otro-), proviene de la regulación que se recogía en la antigua ley catalana reguladora de los derechos reales de garantía (ley 19/2002 del Parlament de Catalunya), pues la redacción que se recogía en su art. 2.1.b), venía a dejar establecido que para todos los derechos de garantía (retención, prenda y anticresis) se establecía la *imputación* de los frutos producidos por el bien, al pago de los intereses de la deuda o en su caso del principal. Y es evidente que en dos de esos tres supuestos (retención y prenda) los frutos siempre pertenecerían al titular del bien y nunca al acreedor. Posteriormente, el libro V ha venido a regular de manera distinta esos derechos de forma que ahora esa imputación de frutos tan solo se predica del derecho de

³⁸⁷ Esta imputación aunque resulta coincidente con la imputación de pagos regulada en el art. 1.172 de CCE, es independiente de la misma. En ambas la imputación la efectúa el deudor, pero en la imputación de pagos es el deudor quien determina, entre varias deudas, cuál de ellas está liquidando. Aquí, habitualmente, estaríamos ante una única deuda garantizada y sólo a ella cabría aplicar el pago. De hecho aunque se esté utilizando el término imputación, no se está utilizándolo en idéntico sentido.

anticresis; en la nueva regulación lo que se hizo fue tan solo desplazar ese epígrafe b) a un apartado exclusivo para la anticresis, alejándolo de la prenda y del derecho de retención, y atribuyendo la percepción de los frutos al acreedor por tanto la imputación la hará el titular de los frutos es decir este propio acreedor.

Así aún siendo conscientes de que en la LDRG el derecho de anticresis tan solo venía a ser regulado como consecuencia de haberse recogido el derecho de retención sobre inmuebles³⁸⁸, lo cierto es que en dicha regulación la imputación de frutos al pago de intereses se predicaba tanto del derecho de retención como de la prenda y de la anticresis³⁸⁹. Ni derecho de retención ni prenda otorgaban en la LDRG facultad de uso o goce sobre el bien retenido o pignorado, a diferencia de lo que ocurría con la anticresis en la que si bien nada se decía expresamente respecto de su uso (ni tampoco respecto de sus frutos) sí que quedaba expresamente excluida de la prohibición de uso impuesta en el art. 18.2 LDRG., y de esa exclusión precisamente cabía deducir que la anticresis permitía el uso del inmueble al acreedor.

De esta forma la única referencia que en toda la LDRG se hacía del destino de los frutos de los bienes sujetos a retención, prenda o anticresis es la referencia recogida en su art. 2.1.b), estableciendo que *es efecto de estos derechos reales de garantía la imputación de los frutos de la cosa a los intereses de la deuda*.

Esa expresión es la que ha quedado recogida en el nuevo Libro V del CCCat en su art. 569.2.2, sin perjuicio de que en el apartado destinado a la anticresis se corrigiera muy sustancialmente la anterior regulación de la LDRG. Así la

³⁸⁸ Véase la exposición de motivos de la Ley 19/2002

³⁸⁹ No gozan, desde luego, retenedor ni acreedor pignoraticio del derecho de uso de la cosa, pero al amparo de la LDRG sí tenían la facultad de imputar los frutos de la cosa al pago de la deuda, frutos que debieran producirse sin que el acreedor realice ninguna actividad especial para obtenerlos, únicamente los simples actos de conservación a los que está autorizado en méritos de los dispuesto en art. 6.2 del propio texto y del 18.2.

En este sentido CARRASCO PERERA, ÁNGEL Y CARRETERO GARCÍA, ANA. “Los Derechos de retención y anticresis en la ley 19/2002 de Cataluña, de derechos reales de garantía” RJC. 2004. Pág., 11.

imputación de los frutos que se prevé en este último precepto citado es enteramente coincidente con la imputación referida en el art. 2.1.b) de la LDRG, y es una imputación que deberá ser hecha desde la perspectiva de que esos frutos pertenecen en todo momento al propietario del bien retenido o pignorado, lo que encuentra su sustento en el propio apartado 2º de ese mismo artículo que establecía que la imputación de frutos al crédito del acreedor quedaba sujeta a las reglas generales de prelación de créditos. A mayor abundamiento, si se quisiese sostener que los frutos o rendimientos pertenecen al acreedor desde su separación de la cosa madre, esta disposición hubiera resultado enteramente inútil.

Con arreglo a la LDRG, cuando por primera vez se recogió en la legislación catalana la figura de la anticresis, ésta se configuraba exclusivamente como un derecho de garantía en razón de la facultad de realización de valor que la soportaba, pero la percepción de los frutos quedaba sin previsión legal expresa. En su regulación nada se decía del uso del inmueble, cabría entender que esta facultad de uso, sí le estaba reconocida al acreedor anticrético por cuanto al remitirse la regulación de la anticresis a los preceptos de la prenda, se excluía – como ya hemos señalado anteriormente- la aplicación del art. 18.2 que prohibía al acreedor pignoraticio todo uso de la cosa. Ante la falta de definición legal, y la previsión que de los frutos se hacía en el art. 2.2 del indicado texto legal, y muy especialmente a la vista de la obligación que el art. 22.4 del mismo texto imponía al acreedor anticrético de forma que éste venía obligado a administrar el bien con la *diligencia necesaria para obtener el rendimiento normal*, de lo que quedaba claro que el derecho a percibir los frutos en el caso de la anticresis se establecía como un elemento propio de esta figura y diferenciado de la percepción de frutos prevista para la prenda y el derecho de retención³⁹⁰.

Como señalábamos el actual Libro V del CCCat ha venido a corregir la muy parca regulación de la anterior LDRG, dejando claramente establecido que los frutos los percibe el acreedor *para aplicarlos al pago de la deuda*. Debe entenderse, claramente, que los frutos los adquiere directamente el acreedor anticrético, quien vendrá obligado a aplicarlos al pago de intereses o de capital en su caso.

³⁹⁰ ANDERSON, M. loc., cit., pág., 136.

El cambio sustancial, en el ámbito de la anticresis catalana, se produjo al introducir, en la regulación dada en el Libro V, el término *percibir*; atribuyéndole al acreedor anticrético el derecho a *percibir* los frutos con la obligación de aplicarlos al pago, se le está otorgando al acreedor la propiedad de tales frutos desde el mismo momento de su separación.

La antigua regulación de la LDRG en momento alguno atribuía la propiedad de los frutos al acreedor quien como poseedor de la finca era administrador de la misma, y que como tal los frutos los recibía en administración y por ello quien efectuaba la imputación de los mismos al pago de los intereses y de la deuda era el propio deudor (propietario de los frutos y el único que podía imputarlos). La nueva regulación atribuye la propiedad de los frutos al acreedor, y lógicamente el acto de imputación o aplicación debe ser desplazado del deudor al acreedor.

Pese a ello el art. 569.2 CCCat sigue conservando, en los mismos términos que hacía en su origen la LDRG, la expresión *imputación*, y dada la similitud y proximidad de ese término con el de *aplicación* empleado en el art. 569.23, habrá que dar prioridad a la declaración que se utiliza en este último artículo citado, por cuanto que en él se regula específicamente el contrato de anticresis, formando los vocablos *percepción y aplicación* parte de su mismo concepto legal. Además la nueva configuración de esa institución responde, precisamente, a la percepción de frutos por el acreedor. De hecho, estimamos, lo que resultaba una absoluta anomalía era la regulación anterior que más respondía a un pacto anticrético propio de los derechos de retención o prenda que a un verdadero contrato anticrético.

E igual ocurre en el CCE, en donde la imputación de los frutos en la prenda y la aplicación en el derecho de anticresis quieren decir las mismas cosas, pero el autor de esa acción de imputación y aplicación es distinto, pues al igual que ocurre en el derecho catalán los frutos pertenecen en un caso al deudor

pignoraticio³⁹¹ y en otro al acreedor anticrético³⁹², de forma que en la regulación que se establece para determinar qué debe hacerse con los intereses que pueden generar los bienes dados en prenda (y por extensión no sólo los intereses sino toda clase de frutos que produzcan) según el art. 1.868, no se apropiará el acreedor, sino que pertenecen al deudor sin perjuicio de que deban ser imputados al pago de la deuda.

Concluyendo, el acreedor anticrético mediante el *ius percipiendi* recibe la titularidad de frutos y rendimientos, que deberá aplicar al pago de intereses y/o capital, y ello como es de su propia naturaleza le obligará a estar en disposición, en todo momento, de rendir cuentas de esas aplicaciones.

³⁹¹ En este sentido se pronuncia GUILARTE ZAPATERO V, Loc. cit., pág., 539, en donde sostiene "... que no parece posible decidir por analogía que el acreedor se apropiará de los frutos y los imputará por su valor al crédito."

También tiende a pronunciarse en este sentido, GULLÓN BALLESTEROS, loc., cit., Pág.184., en donde dice: "Quiere ello decir que el derecho a los frutos en última instancia es del deudor, pero no puede percibirlos sino su acreedor, y ello para efectuar las operaciones de compensación e imputación. La compensación de intereses se produce considerando que su percibo por el acreedor equivale a un pago por el deudor, aplicándose la regla del 1.173."

³⁹² ALBALADEJO GARCÍA, M. ob., cit., pág., 270: "Los frutos son pues de su propiedad (del acreedor), y sobre ellos corresponde, por tanto en el caso que otro los tome, una propia acción reivindicatoria."

Pero en sentido contrario nos encontramos con la opinión de MAZEAUD, JEAN; MAZEAUD, HENRI y LEON, *Lecciones de Derecho Civil*. Volumen I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1962. Traducción al español por Luis Alcalá-Zamora. Tercera parte. Garantías. pág., 142.

Dichos autores sostienen la tesis contraria y así defienden que "aunque suele afirmarse que el anticresista tiene el *ius fruendi*, no obstante eso no es del todo exacto. Ciertamente el anticresista percibe los frutos del inmueble, ya sea explotándolo él mismo, ya sea arrendándolo. Pero debe rendir cuentas anualmente de esos ingresos, que se imputan primeramente sobre los intereses del crédito y luego sobre el capital (art. 2085.pº 2º del CCfr); así pues, las rentas del inmueble *se adquieren en realidad por el constituyente*; se computan para la deducción de su deuda.

7.- LAS OBLIGACIONES DEL ACREEDOR: LA ADMINISTRACIÓN PARA LA OBTENCIÓN DE FRUTOS Y LA RENDICIÓN DE CUENTAS.

7.1.- LA ADMINISTRACIÓN PARA LA PRODUCCIÓN.

El acreedor anticrético recibirá la finca con la obligación de *administrarla para la producción*³⁹³, de forma que cuando se quiere identificar la naturaleza del derecho de anticresis con la del derecho de usufructo, esa identidad lo es de forma muy parcial: el acreedor anticrético recibe la finca para poder percibir sus frutos³⁹⁴, el uso que de ella puede hacer vendrá especialmente condicionado por la obtención de frutos y cuya obtención no sólo es un derecho sino también una obligación; y sobre la adecuación y valoración de tales frutos ya hemos visto que el anticresista deberá rendir cuentas, de forma que si esos frutos no son percibidos por falta de diligencia suficiente, o resultan no ser los adecuados al destino del inmueble, al convenido o al que se ajuste a su propia naturaleza (según los casos), entonces se generará responsabilidad; y con ello se pone en evidencia que el acreedor recibe la finca no para cualquier uso, como ocurriría en el usufructo, sino para la obtención de frutos, y con la obligación de administrarla para la producción³⁹⁵. Ese derecho y esa obligación a la percepción de esos frutos no resultan independientes respecto del propio fin perseguido por este derecho, la existencia y la finalidad de ese parcial derecho de goce no tiene carácter autónomo, sino que tiene un destino predeterminado, establecido de antemano³⁹⁶.

³⁹³ Afortunada expresión utilizada por ANDERSON M, loc. cit., pág., 140

³⁹⁴ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., ob. cit., pág., 217. “Frente a la libertad en el goce y disfrute del usufructuario, el acreedor anticrético tiene que administrar con diligencia y obtener todos los rendimientos posibles de la cosa...”.

³⁹⁵ Esta afirmación pudiera parecer que pone en duda aquello que hemos sostenido en el epígrafe 6.1.2 de este trabajo, en el sentido de que el acreedor podrá utilizar el bien por sí mismo; pero creemos que ambas afirmaciones son perfectamente compatibles: el acreedor podrá usar por sí mismo el bien, si ese uso es valorable en dinero y resulta conforme con el destino del inmueble.

³⁹⁶ GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J. Loc. cit., pág., 474.

Y siendo este el contenido del derecho de goce de la anticresis, las limitaciones que puedan condicionar al acreedor anticrético en la producción y percepción de los frutos sin embargo no aparecen directamente fijadas por los códigos, por lo que en su actuar el acreedor anticrético deberá sujetarse a los criterios propios de una diligente administración, más que como titular de un verdadero derecho de goce a diferencia de lo que ocurre con el usufructo³⁹⁷. Para BADOSA, el acreedor anticresista sería un gestor de bienes ajenos en interés propio³⁹⁸.

La obligación de administrar para obtener frutos tiene carácter expreso en el ámbito del CCCat (art. 569.25.4), mientras que en el CCE no hay ninguna definición en la que esa obligación se le atribuya al acreedor de forma literal, si bien es cierto que como ya hemos señalado anteriormente forma parte de las propias obligaciones naturales de este contrato³⁹⁹.

De forma que en esta función de gestión el acreedor se encontrará muy próximo a la figura del mandatario⁴⁰⁰ del art. 1.709 del CCE, pues siempre que una persona se encuentre dirigiendo o administrando intereses de otra será mandatario⁴⁰¹, o como bien señala DÍEZ PICAZO, el Ordenamiento Jurídico español mediante la regulación del mandato ha establecido lo que pudiera llamarse la disciplina normativa típica de una relación representativa, de forma que “aunque la representación encuentre su fundamento en una relación de

³⁹⁷ GUILARTE ZAPATERO, V. loc., cit., pág., 649

³⁹⁸ BADOSA COLL, F. loc., cit., pág., 175.

³⁹⁹ LAURENT, F. ob., cit., pág., 534.

⁴⁰⁰ BAUDRY-LACANTINERIE, G., ob., cit., pág., 176, para quien el acreedor anticrético no sólo tiene la posesión de la cosa, sino que al mismo tiempo es mandatario de su deudor, y como tal carga con la administración.

⁴⁰¹ LEÓN ALONSO, JOSÉ R. “De la naturaleza, forma y especies del mandato. “Artículo 1.709”. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Tomo XXI. Vol.2 Editorial EDERSA. Madrid.1986, pág.,34.

gestión distinta del mandato, a esta relación, en cuanto representativa habrá que aplicarle aquella disciplina normativa típica”⁴⁰².

Si además examinamos los caracteres que definen el contrato de mandato nos encontramos que todos ellos estarían presentes en esta función del acreedor anticrético cuando debe aplicar los frutos obtenidos al pago de la deuda, caracteres que fundamentalmente y siguiendo a LACRUZ pudiéramos concretar en: cooperación, relevancia y ajeneidad⁴⁰³.

Así la función desempeñada por el acreedor anticrético sería en ese sentido un mecanismo de cooperación jurídicamente relevante, en tanto que el acreedor anticrético estaría operando en la esfera del propietario y los resultados de su gestión producirían efectos en la esfera patrimonial de éste.

Aunque quizás la exigencia que resultaría menos clara de ser cumplida es la de la *ajeneidad*, entendida como la colaboración del mandatario quien queda al margen del resultado, pues el mandatario actúa por cuenta y encargo de otro y en la anticresis, aparentemente, los efectos de la actuación del acreedor no recaen íntegramente *en el otro*. Aún así entendemos que sí se produce esa *ajeneidad*, puesto que si bien es cierto que cuando el anticresista gestiona la venta de la cosecha, es decir la transformación de los frutos naturales en rendimientos netos, está vendiendo bienes propios que sólo a él le pertenecen por el *ius percipiendi*, sin embargo no puede negarse que el resultado recae directamente en el patrimonio ajeno, en el patrimonio del deudor, de forma que si el resultado neto es cero la deuda seguirá subsistiendo íntegramente y si es positivo se verá reducido en esa proporción.

En conclusión nos parece que acercarse a la figura jurídica del mandato, como regulador normativo del contenido de colaboración jurídica que se recoge en el contrato de anticresis, nos permitirá dar solución a todas esas relaciones jurídicas que se van a generar entre acreedor anticrético y deudor, con ocasión

⁴⁰² DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS. “Los Efectos jurídicos de la gestión representativa”, ADC 1978, pág.,489.

⁴⁰³ LACRUZ BERDEJO, J L, *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*. Editorial Dykinson. Madrid.1999. Tomo II. Vol., 2º. Pág. 216.

de la necesaria explotación del inmueble y de la transformación de los frutos en rendimientos netos.

7.2.- LA OBLIGACIÓN DE PAGO DE CONTRIBUCIONES, CARGAS Y GASTOS DE LA FINCA ADMINISTRADA.

7.2.1.- El deber de atender contribuciones y cargas:

Junto con la obligación de una administración diligente para la obtención de frutos, el acreedor anticrético asume también la obligación de pagar las contribuciones y cargas que pesan sobre la finca de conformidad con el art., 1.882 del CCE, y toda vez que esta obligación no se recoge expresamente en la regulación catalana, que guarda silencio respecto de la misma, deberá examinarse si el acreedor anticrético sujeto al derecho catalán también deberá o no asumir esta obligación y en su caso en qué condiciones.

De la lectura del art. 1.882 se observa claramente que la obligación del anticresista no es asumir como propias las contribuciones y cargas que recaen sobre la finca, sino tan solo atender o adelantar esos pagos en tanto se formule la liquidación de los frutos obtenidos.

Lo primero que debemos preguntarnos en esta cuestión es por qué se obliga al acreedor a atender unos pagos cuyo reembolso luego podrá reclamar al deudor, cuando resulta evidente que atender esos pagos en nada le favorece como tal acreedor.

Puede sostenerse que atender el pago de contribuciones y cargas tal y como se recoge en el art. 1.882 CCE, y también como veremos para el derecho catalán, es una obligación que no se establece en razón de la propia garantía ni tampoco en razón al *ius fruendi* propio del derecho de goce, sino que encuentra su justificación y razón de ser exclusivamente en el hecho de la posesión. Lo prueba el que de conformidad con el art. 1.883.2 del mismo texto, de esa

obligación puede liberarse el acreedor reponiendo al deudor en la posesión de su finca.

No especifica la norma si estos impuestos son los que afectan al inmueble como tal, o si también se extienden a los frutos del mismo. Como señalamos nada dice la ley, pero nos parece claro que el fin último del contrato de anticresis es permitir que el acreedor pueda cobrarse los intereses de su crédito con los frutos de la finca, por lo que esos frutos deberán ser entendidos como *frutos netos*, expresión que no utiliza el CCE (sí, en cambio el CCCat) y por ello habrá que dar por entendido que cualquier impuesto, tasa o contribución que grave tanto el inmueble como los frutos o la actividad⁴⁰⁴, deberán ser satisfechos por el acreedor como acto de diligente administración, y soportados por el deudor siendo deducidos como gastos necesarios en la liquidación o rendición de cuentas.

Como vemos las contribuciones y cargas siempre las deberá acabar asumiendo el propietario del inmueble: el art. 1.882 CCE simplemente establece una norma de administración temporal respecto de esas obligaciones de pago que se relacionan directamente con el inmueble. Sin cambiar ni modificar quién es el verdadero responsable patrimonial de soportarlas (el propietario del inmueble), deja claro que el obligado al pago efectivo de las contribuciones y de las cargas de la finca lo es en su condición de administrador del inmueble, y no como deudor de esas obligaciones.

Quien administre deberá soportar y adelantar los pagos con cargo a su propio patrimonio, pero recuperará el importe de las sumas avanzadas al tiempo de practicar la liquidación, deduciéndolas de los frutos y rentas que se obtengan. Este artículo entra a regular un problema de *caja y liquidez, no de atribución de deudas*.

Una última cuestión al respecto consistiría en saber si ese régimen de anticipación de pagos y liquidación es aplicable cuando la finca ha sido entregada en anticresis por un tercero no deudor, y de esta forma garante de la

⁴⁰⁴ SCAEVOLA, ob., cit., pág., 574.

deuda. Es decir, el acreedor anticrético cuando la finca pertenece a un tercero que no es el deudor ¿debe igualmente atender esos pagos?.

Y nos parece que el régimen debe ser el mismo, la ley presume que esas contribuciones (también las cargas) tienen carácter regular en el tiempo y que la propiedad del bien inmueble queda afecta a su pago del mismo modo que los frutos que produce, y en su consecuencia por ello no es extraño que determine que esas contribuciones y esas cargas deban ser pagadas, cuando menos *ab initio*, por aquel que se está beneficiando de forma inmediata con los rendimientos de esa finca, sin perjuicio de que como no son deudas propias pueda en la liquidación anual deducirse esos anticipos soportados. Y no parece que exista ninguna razón para poder pensar que ese régimen deba alterarse cuando el propietario/no poseedor no es el deudor sino un tercero, pues ni ese tercero (propietario) tiene por qué verse beneficiado liberándole del pago de unas obligaciones que recaen directamente sobre su propiedad, ni tampoco tendría justificación cambiar el régimen de *anticipo* en el pago de contribuciones y cargas: de la misma forma que se entiende que por razones de administración el anticresista debe anticipar esos pagos cuando el propietario es el deudor, de esa misma forma, con aplicación del mismo criterio de simplicidad en la administración, cuando el propietario de la finca entregada en anticresis sea un tercero, también entonces el anticresista deberá anticipar el pago de contribuciones y cargas.

7.2.1.1- En cuanto a las contribuciones en especial.

No podemos dejar de señalar el origen legal de las contribuciones, y por ello que la determinación de quién es en cada caso el sujeto pasivo del impuesto corresponde y lo atribuye la propia norma fiscal. Acreedor y deudor se encontrarán siempre sujetos a las normas reguladoras de los respectivos impuestos y contribuciones.

Si la norma establece que el deudor de la contribución es el propietario del inmueble, como así lo establece –a título de ejemplo- el art. 65 de la Ley de

Haciendas Locales (Ley 39/88)⁴⁰⁵, ese impuesto le corresponde soportarlo al propietario y no al titular del derecho de anticresis⁴⁰⁶.

De esta forma, efectivamente, el art. 1.882. 1^{er} p^o del CCE dispone que el acreedor anticrético está obligado a pagar, por cuenta de su deudor y con derecho al reembolso, cuantas contribuciones pesen o recaigan sobre la finca; pero eso será así *salvo pacto en contrario* por cuanto las partes pueden convenir que aún cuando el código civil prevé que las contribuciones deban ser adelantadas por el acreedor y reembolsadas por el deudor al tiempo de la liquidación de los frutos, las partes pueden alterar ese régimen, mediante pacto expreso, en el sentido de que sea el propio deudor quien siga atendiendo el pago de esas contribuciones, de forma que el acreedor anticresista recibiría la finca libre de la obligación de atender el pago de contribuciones.

Ahora bien, esa aparente salvedad establecida en el art. 1.882. 1^{er}. p^o. CCE de *salvo pacto en contrario* de hecho tiene tan solo efectos civiles entre las partes pues la norma fiscal establece que el obligado al pago es el propietario del inmueble y a él le será girada o librada la liquidación de pago de la contribución y cuando eso así suceda no podrá ese propietario negarse al pago con la excusa de que el civilmente obligado a hacerlo es el anticresista poseedor del inmueble. Lo que deberá hacer es darle traslado inmediato a ese anticresista para que éste asuma su pago con cargo a cuenta de los futuros frutos si es que resulta de aplicación el art. 1.882; o, si se hubiere convenido lo contrario, pagar el impuesto directamente.

Pero puede suceder que ninguno de los que originariamente estarían obligados al pago lo atienda: ni el anticresista poseedor aunque se le haya hecho traslado de la liquidación tributaria, ni el propietario si es que así se hubiere convenido.

⁴⁰⁵ HERNÁNDEZ MORENO, A. loc., cit., pág., 1.930.

⁴⁰⁶Ese mismo precepto únicamente prevé la excepción del usufructuario, determinando que en caso de coexistir será él y no el nudo propietario quien deberá soportar el impuesto municipal de referencia).

En el primer caso, está claro que el anticresista incurriría en responsabilidad por incumplimiento aplicándosele el art. 1.101 del CCE.

La cuestión es diferente en el segundo supuesto cuando quien incumple es el propietario que como consecuencia del *salvo pacto en contrario* asumió la obligación de pagar él directamente el importe de esas contribuciones, pues la Ley General Tributaria viene a dejar establecida una especie de hipoteca legal tácita a favor de la administración respecto de los impuestos que recaigan sobre bienes inmuebles y correspondientes a la última anualidad. La hipoteca legal tácita recae no sólo sobre el inmueble (bienes inscribibles en un registro público) sino también sobre sus productos, por lo que la administración encuentra garantizado su crédito tanto si la contribución recae sobre el inmueble como sobre sus frutos. De esta forma la Ley General Tributaria (LGT) reconoce a las contribuciones que gravan la propiedad inmobiliaria un privilegio próximo a lo que hubiera podido ser una hipoteca legal tácita⁴⁰⁷, de hecho un super-privilegio superior a ésta⁴⁰⁸.

⁴⁰⁷Artículo 78 LGT (ley 58/2003). Hipoteca legal tácita: “En los tributos que graven periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un registro público o sus productos directos, ciertos o presuntos, el Estado, las comunidades autónomas y las entidades locales tendrán preferencia sobre cualquier otro acreedor o adquirente, aunque éstos hayan inscrito sus derechos, para el cobro de las deudas devengadas y no satisfechas correspondientes al año natural en que se exija el pago y al inmediato anterior”.

⁴⁰⁸ De la Hipoteca legal tácita recogida en el artículo 78 de la LGT cabría presentar alguna objeción respecto a su denominación, aunque para ello deberíamos tomar en consideración algunos precedentes, el primero de ellos es que las hipotecas legales, de conformidad con el artículo 158, siguientes y concordantes de la Ley Hipotecaria, para que queden válidamente constituidas requieren de su inscripción, y en segundo lugar el artículo 194 de la propia Ley Hipotecaria sólo reconoce el carácter de hipoteca *especial* a aquella que la propia Administración exija que sea constituida para asegurar el cobro de cantidades mayores a las de las dos últimas anualidades. De esta forma cuando el artículo 78 de la LGT regula lo que denomina “hipoteca legal tácita”, de hecho lo que está haciendo es prever dos cosas distintas: la primera de ellas es que deja establecido un privilegio, *privilegio omnibus*, absolutamente preferente a cualquier derecho real inscrito y cuya preferencia resultaría preeminente incluso a la propia disposición del artículo 32 de la Ley Hipotecaria. Pero eso no es una hipoteca legal, puesto que para su propia exigibilidad no requiere, como decimos, ni tan solo estar inscrita: es un privilegio con preferencia absoluta frente a todos los restantes, respecto del que sólo cabría discusión en relación al artículo 32.1 del Estatuto de los trabajadores que establece un privilegio de similares características para el salario de los últimos 30 días. En este sentido, ROCA

Y el problema se plantea porque la actuación de la Administración pública en el ejercicio de este derecho, efectivamente puede poner en peligro la subsistencia del derecho de anticresis, pues si la Administración ejecuta ese privilegio, sobre la finca o sobre sus frutos, es obvio que el anticresista acabará viéndose privado de ellos. En su consecuencia, e intentando evitar la pérdida de su derecho, el acreedor anticrético estaría legitimado para atender esos pagos que le son reclamados por la Administración en relación con el inmueble que posee y en tanto que pago útil podrá posteriormente reclamar su reembolso al propietario de la finca y al amparo del art. 453 del CCE.

Ahora bien, hemos señalado que el anticresista en esta situación está legitimado para pagar, pero la pregunta que cabe formularse es si tan solo está legitimado o si, pese al *pacto en contrario*, ¿estaría obligado ante la actitud pasiva del deudor?.

Y planteado así el problema y antes de indagar sobre su solución, pensamos que debe retomarse qué es lo que ocurriría en derecho catalán considerando que el código civil de Cataluña no dispone de un artículo equivalente al 1.882, 1^{er} p^o del CCE⁴⁰⁹, dejando aparentemente sin regulación quién debe atender el pago de

SASTRE, RAMÓN M^a Y ROCA SASTRE MUNCUNILL, LUIS, en *Derecho Hipotecario*. Edit. Bosch. Barcelona.1979. Tomo IV- 2^o, pág., 203, la califican de hipoteca *tácita*, porque frente a la hipoteca legal expresa, y a diferencia de esta, surte efectos sin necesidad de acto constitutivo alguno, ni de inscripción, entiende que en cierto modo que a esa prerrogativa se le de el trato de hipoteca cuando en rigor no es otra cosa que una simple carga pública que, por su propia esencia, está excluida del propio juego de los principios hipotecarios (ROCA SASTRE, ob., cit., pág.,996). De esta forma, pensamos, no puede sostenerse que el privilegio recogido en ese artículo 78 se trate de una hipoteca legal, aunque tal privilegio se “imponga” o imponga su preferencia incluso a cualquier hipoteca o derecho real inscrito, o incluso terceros adquirentes, no por ello pasará a tener la consideración de hipoteca legal pero tampoco debe causarnos repulsa alguna que el privilegio pueda anteponerse a la propia hipoteca.

En conclusión, y sobre esa *hipoteca legal tácita*, creemos que puede sostenerse, al igual que ocurriría con todas las hipotecas tácitas, que no es tal hipoteca en sentido estricto, sino que se trata de un crédito singularmente privilegiado, siendo este privilegio superior en su preferencia a todos los derechos reales, pero no teniendo la naturaleza real de hipoteca.

⁴⁰⁹CARRASCO PERERA, A y CARRETERO GARCÍA, A, loc., cit., pág., 30, piensan que el art. 1.882 es aplicable a la anticresis catalana, aunque dicen reconocer que tal afirmación es dudosa.

Lo cierto es que nosotros discrepamos abiertamente de tal posibilidad, pues para la aplicación de ese artículo a la anticresis catalana debiéramos estimar que existe un

contribuciones y cargas, por lo que cabría entonces preguntarse si el acreedor anticrético se encontraría o no sujeto a esa obligación, al amparo de lo dispuesto en el art. 569.25.4: “Los titulares del derecho de anticresis, durante la retención, han de administrar el bien con la diligencia necesaria (...) y conservarlo en buen estado de acuerdo con su naturaleza”.

Es una obligación similar a la que también se establece para la prenda, aunque no se hace exactamente en los mismos términos, pues el art. 569.19.2 CCCat a estos efectos establece: “ Los acreedores pignoratícios han de conservar el bien pignorado con la diligencia exigible (...). Los gastos necesarios para su conservación se someten al régimen de retención”.

De esta forma podemos apreciar que en este artículo de la prenda se está haciendo referencia a “los gastos necesarios”, cuando en la anticresis (569.25.4. CCCat), no se citan los gastos. Ahora bien en la anticresis se impone la obligación de conservación, y en esa obligación debe entenderse subsumida la de atender los gastos.

La cuestión entonces estaría en saber si la obligación de pagar contribuciones y cargas debe entenderse como gasto necesario para la conservación, lo cual nos parece evidente que debe ser rechazado pues la conservación se refiere al mantenimiento del inmueble con arreglo a su naturaleza, y en eso en nada afecta las contribuciones y cargas a las que pudiera estar sujeta.

Sin embargo creemos que el cauce para la asunción de esas obligaciones por el acreedor anticrético catalán lo podemos encontrar en la otra de las obligaciones por él asumidas, la de *administrar con la diligencia necesaria*, pues en ella pudiéramos subsumir la obligación de pagar las contribuciones y cargas.

vacío legal, única vía posible para admitir el CCE como supletorio del derecho catalán. Y creemos que en modo alguno puede admitirse esa tesis, cuando el CCCat regula en su libro V, expresamente, el derecho de anticresis, dándole una regulación apreciablemente diferente (aunque coincidente en muchos otros aspectos) a la regulación del CCE, por lo que si un apartado no se encuentra expresamente regulado en modo alguno significa que exista laguna legal, más aún cuando de ese mismo cuerpo legal pueden desprenderse cauces que permitan solventar ese silencio que además puede ser consciente.

Nos parece razonable entender que en la liquidación necesaria para definir los rendimientos netos a los que se refiere el propio artículo, quepa recoger aquellas contribuciones y cargas que hayan sido satisfechas por el acreedor anticrético y que éste se encuentre obligado a hacer frente cuando de una forma u otra afecten o puedan afectar tanto a la propiedad del inmueble como a sus frutos. Toda vez, y como ya hemos señalado, que la Ley General Tributaria (LGT) reconoce a las contribuciones que gravan la propiedad inmobiliaria un privilegio próximo a lo que hubiera podido ser una hipoteca legal tácita, de hecho un super-privilegio superior a ésta.

Por ello, entendemos que la obligación de pagar las contribuciones que gravan el inmueble o sus frutos, forma parte de los actos de administración de ese inmueble y por tanto el acreedor, lo diga el art. 1.882 del CCE o no se diga expresamente como ocurre en el CCCat, siempre estará obligado a efectuarlo sin perjuicio del reembolso, aún en el supuesto en que las partes hubieren convenido expresamente lo contrario. Lo que ocurre es que en este caso, los efectos del pago y los del reembolso serán distintos, pues evidentemente una cosa es que el acreedor *haya podido pagar* y otra bien distinta es que *esté obligado a pagar*.

Pues así tanto en la anticresis sujeta al derecho civil catalán (en todos los casos en que el anticresista se haya visto obligado a adelantar con su propio patrimonio los pagos de contribuciones, por no tener disponibilidad de los frutos al tiempo de realizar el pago) como en los supuestos del CCE en que pese a existir pacto en contrario este compromiso no hubiere sido atendido y el acreedor anticrético se hubiere visto obligado a adelantar el pago para evitar la acción de la Hacienda Pública, pues en todos estos casos podría ese acreedor reclamar a su deudor no solo el reembolso del pago anticipado sino también los intereses de esas cantidades, y por el contrario esos intereses no se podrán reclamar en el supuesto ordinario de aplicación del 1.882 del CCE porque la obligación de adelanto de esos pagos a cuenta de los futuros frutos le viene impuesta por vía legal.

Por estos adelantos, y como consecuencia del silencio que respecto de los mismos guarda el CCCat y mediante la aplicación del art. 569.4.a) CCCat, aquel

acreedor anticrético que hubiera atendido los pagos de las contribuciones y cargas recayentes sobre la finca se vería amparado por un derecho de retención sobre el inmueble hasta la recuperación de esos importes⁴¹⁰. Pero éstos no se encontrarían amparados por el propio derecho de anticresis, sino que se les reconocería un derecho de retención *ex novo* e independiente. Igualmente en una situación de concurso de acreedores tampoco estos adelantos gozarían del privilegio que reconoce el art. 90 de la LC a la anticresis, puesto que no se encuentran amparados por ella.

Pero quizás lo más relevante a los efectos que nos ocupan es lo que hemos señalado en el sentido de que pagar contribuciones y cargas es una obligación legal en el supuesto de la anticresis del CCE, y no aparece como tal en el CCCat.

7.2.1.2.- En cuanto a las cargas.

Por otro lado el citado primer párrafo del art. 1.882 del CCE obliga también al acreedor a satisfacer las cargas que pesan sobre la finca, y no define qué debe entenderse por *carga* o qué cargas son las que deberán ser satisfechas por el acreedor en cumplimiento de esa obligación.

Pensamos que las cargas que deberán ser satisfechas por el acreedor anticrético son aquellas que se encuentran directamente vinculadas con la propiedad del inmueble, asumiendo que cuando el código utiliza el término *carga*, en este precepto, la estaría entendiendo como aquella prestación positiva a la que se ve obligado el propietario del inmueble y que bien consiste en el pago de un canon, pensión, etc., o bien en la entrega de cualquier otra prestación de carácter periódico (frutos, productos, etc.)⁴¹¹. No creemos, sin embargo, que dentro del concepto de carga quepa incluir todos aquellos gravámenes que significan la sujeción del bien al cumplimiento de una obligación, ni tan siquiera cuando ese gravamen resulte anterior a la propia existencia del derecho de anticresis.

⁴¹⁰ ARNAU RAVENTÓS, LIDIA. “El efecto anticrético de las garantías reales en el derecho civil catalán”. LN. Nº 28. Abril 2006. pág., 90

⁴¹¹ DÍEZ-PICAZO, L., ob., cit., pág., 93 y ss.

Lo cierto es que no nos parece ni ajustado ni debido que el acreedor deba soportar el pago de los importes que debieran ser satisfechos para atender esos gravámenes, aunque tan solo sea anticipándolo por tener derecho a recuperar su importe.

En particular, en el caso más evidente, que sería el de la hipoteca, el derecho real de hipoteca no deja de ser un derecho accesorio de una obligación principal que es el crédito que garantiza. Por ello cuando se atiende al pago de los intereses o del capital de ese crédito, se está satisfaciendo algo que resulta enteramente independiente del inmueble (cuyo derecho de propiedad garantiza el cumplimiento de esa obligación, pero se limita a eso: a garantizar una obligación). Desde luego si esa obligación no es atendida el acreedor hipotecario podrá atacar o ejecutar la propiedad del bien y aquel quien resulte adjudicatario en la subasta deberá soportar la existencia del derecho de anticresis si este derecho era anterior a la hipoteca y resultó inscrito, y no deberá soportarla si la hipoteca era anterior a la propia anticresis. Pero de ahí no cabe concluir que el acreedor anticrético deba atender con los frutos de ese inmueble el importe de aquella hipoteca⁴¹². Es más ni debe hacerlo y quizás ni puede hacerlo: nos explicaremos, si la hipoteca resulta ser anterior al derecho de anticresis en ese caso el acreedor anticrético sería un tercero interesado en el cumplimiento de la obligación, por lo que pudiera atender el pago de la obligación del deudor hipotecario y reclamárselo posteriormente a ese propio deudor. Como tercero interesado se habría subrogado en la propia garantía y además ese crédito creemos que también se encontraría amparado por lo que dispone el art. 1.886 del CCE, que se remite al 1.866.2º pº del CCE y que permite prorrogar la retención. Y si la hipoteca es posterior y el derecho de anticresis estuviera inscrito, en ese caso el acreedor anticresista dejaría de ser *tercero con interés en el cumplimiento*, pues en nada le afectaría la existencia de esa hipoteca, pero aún así si pagase entendemos que quedaría protegido por el 1.886 y 1866.2º del CCE, si bien en modo alguno ese crédito –posterior al propio crédito anticrético– pasaría a poder ser pagado con los frutos de la finca y de forma preferente en la liquidación de gastos, según el tenor literal del art. 1.882.3º pº CCE.

⁴¹² En sentido enteramente contrario al aquí expuesto se pronuncia GUILARTE ZAPATERO V., loc., cit., pág., 654.

7.2.1.3.- En cuanto a los gastos de conservación.

Aparentemente el contenido de esta obligación no presenta grandes dudas, y ambos códigos se pronuncian en idéntico sentido respecto de la obligación que tiene el acreedor poseedor de la finca, en soportar los gastos de conservación y reparación del inmueble (arts., 569.25.4 CCCat y 1.882. 2° CCE).

El acreedor anticresista en su condición de administrador y poseedor, está obligado a realizar y soportar el adelanto de los gastos de conservación y reparación (que de hecho, hay que decir, son la misma cosa, pues los gastos de conservación son aquellos necesarios para que no se produzca o no aparezca un desperfecto, y los de reparación aquellos necesarios para solucionar o enmendar el desperfecto ya consumado)⁴¹³. Y esta obligación de atender los gastos de conservación y de reparación, hace que la responsabilidad del anticresista se extienda tanto a las falta de diligencia que se cometan *in admittendo* como aquellas en que se incurra *in omittendo*⁴¹⁴.

Pensamos que la extensión de la obligación no admite dudas respecto de los gastos de conservación y reparación ordinarios, pero nada dice el código respecto de los gastos extraordinarios, pronunciándose determinados autores en el sentido de que toda vez que en el usufructo (véanse arts. 500, 501 y 502 CCE) se distingue expresamente entre ordinarios y extraordinarios para determinar si el pago corresponde al usufructuario o al nudo propietario, y que en la anticresis no se produce tal distinción, eso debe hacer concluir que la obligación del anticresista se extienda también a los gastos extraordinarios⁴¹⁵.

Es cierto que ambos códigos, en sus arts., 561.12 CCCat y 500 y 501 CCE, vienen a diferenciar el trato que debe dispensarse en el usufructo a los gastos de conservación ordinarios y extraordinarios; y está claro que la finalidad perseguida es ofrecer una trato de equidad respecto de aquellos gastos de

⁴¹³ SCAEVOLA, M. ob., cit., pág., 574.

⁴¹⁴ POTHIER R J.. ob., cit., pág., 616.

⁴¹⁵ GUILARTE ZAPATERO, ob., cit., pág., 654.

conservación que puedan tener sus origen en el propio uso de la cosa frente a aquellos otros que tienen carácter extraordinario precisamente porque se encuentran al margen de ese uso ordinario. Fácilmente puede pensarse que esos gastos extraordinarios resulten, además, de un importe mucho más elevado que la propia percepción de los frutos, que esos gastos aún siendo necesarios para la futura posible explotación del inmueble sin embargo alcancen tal entidad que graven al acreedor con una obligación que quizás no tenga medios para poder atender, pudiendo verse obligado a endeudarse o a disponer de su propio patrimonio para adelantar el importe de unos gastos que quizás sepa que nunca podrá llegar a recuperar por sí mismo: Imaginemos la necesidad de sustituir la cubierta de un inmueble, la de reparar la estructura de defectos provenientes del uso de cemento aluminoso, o también la necesidad de sustituir todo el sistema de regadío de una finca agrícola, etc.,.

Considerando además la premura con la que el contrato de anticresis fue incorporado al texto definitivo del código civil, no nos parece suficiente argumento sostener que toda vez que en su texto no se diferencia entre gastos ordinarios y extraordinarios, el término *gastos* debe entenderse que se extiende a los dos supuestos. Nosotros entendemos precisamente lo contrario: Puesto que en todos los supuestos en que el derecho de uso del inmueble se separa del derecho de propiedad, el propietario sigue conservando la obligación de atender los gastos extraordinarios de reparación (arts., 501, 527, 1.554, 1.571 CCE; 561-12.3 CCCat) también en este supuesto el propietario debería seguir asumiendo esa obligación⁴¹⁶. Ninguna justificación encontramos para diferenciar el trato que deba dispensarse al acreedor anticrético respecto del usufructuario, usuario o habitacionista, o en cualquier caso, del poseedor de buena fe, y pensamos que le debe ser aplicado el mismo régimen que a todos ellos.

⁴¹⁶ Tampoco el art. 562.11 del CCCat, regulador del derecho de habitación, hace diferencia entre gastos ordinarios y extraordinarios, estableciendo que *son a cargo del habitacionista los gastos de la habitación que sean individualizables...*, y obviamente, dada su relación con el derecho de usufructo, habrá que entender que se está refiriendo tan solo a los gastos de mantenimiento ordinarios.

7.3.- EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE SOPORTAR PAGOS DE CONTRIBUCIONES Y CARGAS, Y DE LOS GASTOS DE CONSERVACIÓN Y MANTENIMIENTO.

Los Arts. 1.883.2 y 1.866.2, por remisión del 1.886, todos ellos del CCE, le ofrecen al acreedor dos posibilidades distintas respecto de las obligaciones que le han sido atribuidas en méritos de cuanto se dispone en el art. 1.882 del CCE: La devolución de la finca para poderse liberar de esa obligación y la retención de la misma hasta obtener el reembolso de las sumas que se le pudieran adeudar con ocasión de esos gastos (*pignus gordiano*), solución también presente en el art.569.4 a) del CCCat.

7.3.1.- La devolución de la finca.

El art. 1.883. 2º pº, prevé la posibilidad de que el acreedor devuelva la posesión de la finca al deudor, liberándose de esta forma de la totalidad de las obligaciones que ex lege y salvo pacto en contrario le son impuestas al acreedor en méritos del art. 1.882.

No es éste un cauce extraño para el CCE que en su art. 395 también contempla que el copropietario que desee eximirse de sus obligaciones de conservación del objeto en copropiedad, podrá hacerlo abandonando ésta. Los efectos de este precepto resultan claros: renuncia a la propiedad, se extingue la obligación por la extinción del derecho real que la sustenta. En esta sentido quizás pudiera encontrarse una cierta coincidencia entre los efectos de ambas renunciaciones, pues en principio en la anticresis el acreedor al renunciar a la administración del inmueble extingue el derecho de anticresis, de la misma forma que el copropietario pierde su propiedad, sin embargo esa renuncia del acreedor anticrético no nos parece que únicamente pueda producir ese efecto, la redacción del art. 1.883.2 permite contemplar distintos efectos, algo que desde luego no sucede con el 395.

Esa devolución de la posesión no se encuentra resuelta, en forma alguna, por el propio código, y tampoco puede sostenerse que la opinión de los distintos autores resulte ni mucho menos pacífica, incluso PUIG PEÑA llama la atención respecto de que esa facultad no debe ser leída como un derecho absoluto a la devolución, de tal forma que el acreedor pueda liberarse de la administración de la finca de forma caprichosa, pues entiende que esa posibilidad sólo debe tomarse en consideración cuando el cumplimiento de las obligaciones que quedan establecidas en el art. 1.882 CCE conlleven un estado de onerosidad para el acreedor⁴¹⁷, opinión que nos parece que quizás pueda ser válida para aquellos supuestos en que en el contrato de mutuo que la anticresis garantiza se haya estipulado que los intereses serían satisfechos mediante la explotación de un inmueble y que por tanto pago de intereses y administración serían obligaciones sinalagmáticas, pero no nos lo parece cuando la constitución de la anticresis se haya producido con independencia o con posterioridad a la propia existencia del mutuo, por ejemplo como mecanismo de cobro de un préstamo ya vencido, en donde el contrato de anticresis cumpliría una función estrictamente solutoria, pero no siendo el único medio de cobro ni estando obligado el acreedor a estar y pasar por él, siempre pudiera renunciar a ese medio de gestionar el cobro sin perjudicar al crédito como tal.

Encontramos autores para quienes la devolución de la posesión de la finca supone la extinción del contrato de anticresis⁴¹⁸, pasando de nuevo en este caso el crédito a ser enteramente ordinario. Sustentan esa opinión, los autores que la defienden, en base a la necesaria *traditio* que debe darse para estimar el derecho de anticresis como un verdadero derecho real⁴¹⁹. Para ellos, el ejercicio de la facultad que confiere al acreedor la posibilidad de obligar al deudor a hacerse de nuevo cargo de la explotación del inmueble, supone una renuncia a la

⁴¹⁷PUIG PEÑA, FEDERICO. *Tratado de Derecho Civil Español*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid.1974. Tomo III. Vol. II. 2ª Edición. Pág., 475.

⁴¹⁸ LAURENT, F. ob., cit., pág., 539.

⁴¹⁹ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A. ob., cit., pág., 220.

anticresis⁴²⁰. El derecho de crédito, como tal, quedaría intacto pero la anticresis como tal se extinguiría. En defensa de esta posición, LACRUZ destaca que el art. 1.883 utiliza el término *goce* en lugar del de posesión, queriéndose con ello poner en evidencia que cuando el deudor recupera la finca, no recupera simplemente la posesión material del inmueble sino que al recuperar *el goce* se está recuperando el derecho real desmembrado⁴²¹. La Sentencia del T.S. de 23 de Junio de 1.908, vino a dar por establecido que poner de nuevo al deudor en el goce de la finca, significaba la renuncia a la anticresis como garantía accesoria del crédito principal⁴²².

Sin embargo frente a los autores que defienden la extinción del derecho de anticresis cuando el deudor recupera el inmueble en méritos de lo dispuesto en el art. 1.883, se levanta la voz de otros, no menos significativos, quienes vienen a estimar que el hecho de poner de nuevo el inmueble en manos de su propietario, en modo alguno extingue tal derecho y que resulta perfectamente admisible que el acreedor continúe recibiendo los frutos que produzca la finca, debiendo el deudor propietario ocuparse de la explotación y recolección, deduciendo gastos, contribuciones y cargas y entregando al acreedor los frutos que resten⁴²³.

En estos casos será el deudor quien recuperará las facultades de administración que hubiera perdido al hacer entrega del inmueble al acreedor y regirá el mismo, nuevamente, la explotación económica, verificando la rendición de cuentas al tiempo de satisfacer los frutos al acreedor, quien pasará a tener facultades de

⁴²⁰ Para MANRESA NAVARRO, J.M. ob., cit., pág., 537, se trataría de una resolución del contrato sin necesidad del mutuo disenso y por la sola voluntad del acreedor: rescisión derivada del error padecido por el acreedor al estimar como superiores los productos de los gastos y como beneficioso el contrato.

⁴²¹ LACRUZ BERDEJO, J.L. ob., cit., pág., 304.

⁴²² ROCA SASTRE, R. ob., cit., pág., 376.

⁴²³ BATLLE VÁZQUEZ, M. loc., cit., pág., 701.

control en la evolución económica de la finca, de la misma manera que las tenía el deudor cuando la administración del inmueble la llevaba el acreedor.⁴²⁴

GUILARTE⁴²⁵ también se manifiesta enteramente defensor de esta tesis, por cuanto estima que el derecho de anticresis otorga al anticresista las facultades de poseer y retener pero que no es esencia de la anticresis la posesión del acreedor, por lo que concluye que el art. 1.883.2º pº. CCE simplemente establece la facultad del acreedor de renunciar a la posesión del inmueble cuando la hubiere adquirido (pues para este autor, no necesariamente en todos los casos habrá habido transmisión posesoria), y esa renuncia conlleva la pérdida de la facultad de administrar pero ello no significa que el anticresista pierda el derecho de exigir al deudor los frutos que produzca para imputarlos al pago de su crédito y por lo mismo su derecho a que se le rindan cuentas.

Frente a estas dos posiciones aparece también una postura intermedia que es la que de alguna forma viene a poner de manifiesto HERNÁNDEZ-MORENO⁴²⁶, quien estima que la ley no exige para que exista el derecho real de anticresis la entrada en la posesión de la finca por parte del acreedor, siendo perfectamente posible la existencia del derecho a percibir los frutos con posesión del inmueble por el propio deudor⁴²⁷, y concluye en su opinión, a diferencia de los otros autores citados, que lo que determina la extinción o no del derecho de anticresis es la *dirección económica* de la finca, el control de la percepción, estimación, imputación de los frutos y la extinción, con cargo a los mismos, de la obligación de pago de los intereses y de la deuda. Por estos motivos expuestos, lo que haría extinguirse o no el derecho de anticresis en los supuestos de reposición del inmueble sería el que las partes hubieran simultáneamente convenido el

⁴²⁴ SCAEVOLA, M. ob., cit., pág., 580.

⁴²⁵GUILARTE ZAPATERO, V. loc., cit., pág., 667.

⁴²⁶ HERNÁNDEZ MORENO, A, loc., cit., pág.,1.931.

⁴²⁷ En este sentido parece también inclinarse SANTOS BRIZ, J. ob., cit., pág., 469, cuando apunta que. “En tal supuesto puede continuar o no el gravamen anticrético, ya que aún sin posesión y disfrute del inmueble, nada obsta a que el acreedor continúe recibiendo los frutos que produzca, deduciendo los gastos de recolección y entrega y los demás que se justifiquen debidamente. Puede también renunciar a la anticresis, es decir, a ser acreedor real, continuando como mero acreedor personal...”.

mantenimiento de la facultad de administrar por el propio acreedor anticrético, o la renuncia a esa facultad.

HERNÁNDEZ MORENO vincula la existencia del derecho de anticresis a la existencia de esas facultades de administración y gestión, pero éstas solo pueden darse si hay un poder directo sobre la finca, pues en otro caso no sería más que una obligación asumida por el deudor propietario frente al acreedor.

A esta tesis cabría objetarle, en nuestra opinión y como ya hemos expuesto al tiempo de analizar la naturaleza jurídica del derecho de anticresis, que para que esta figura adquiriera la condición de derecho real se hace necesario que se produzca la *traditio* del inmueble, en cualquiera de sus formas, siendo perfectamente posible una inversión del concepto posesorio del deudor propietario quien, a partir de una entrega civil de la posesión, pasa a convertirse en mero detentador del inmueble.

En otro caso si esta tradición del inmueble no se hubiera producido, estaríamos entonces ante un contrato de contenido anticrético pero no ante un derecho real de anticresis y ello significaría que las obligaciones personales entre las partes serían idénticas pero no ocurriría lo mismo frente a terceros, Además, los frutos no pertenecerían al acreedor desde el momento de su separación de la cosa madre sino que pertenecerían al deudor, quien obviamente adquiriría la obligación de transmitirlos al acreedor anticrético; pero perteneciendo en origen a ese deudor, el anticresista no tendría ningún derecho de preferencia al cobro en los supuestos de insolvencia del deudor.

Esta objeción que planteamos creemos que resulta sustancial respecto de la naturaleza jurídica del derecho, sin embargo pierde trascendencia cuando se trata de determinar los efectos del 1.883.2º y en particular si la pérdida de la posesión conlleva o no la extinción del derecho real de anticresis. A pesar de ello conviene tenerla presente para saber cuándo estaremos ante un verdadero derecho real de anticresis o cuando estaremos simplemente ante un contrato de contenido anticrético.

Sin embargo, como decimos, la objeción no es esencialmente trascendente a los efectos del art. 1883.2 del CCE, y no impide admitirla tesis de HERNÁNDEZ MORENO como válida para todos aquellos casos en que efectivamente la anticresis se haya constituido mediante traslado de la posesión. Entendemos que lo relevante de esa tesis, no es tanto si la naturaleza jurídica del derecho real de anticresis exige o no entrega de la posesión, sino que en lo aquí debatido si la posterior pérdida de la posesión pone fin a la existencia del derecho, o aún perdiendo la posesión sólo se extingue el derecho cuando además se pierda el control económico. El criterio defendido por el HERNÁNDEZ-MORENO es que el derecho se extingue si la renuncia lo es a la administración del inmueble y que eso es lo que debe ser objeto de pacto entre las partes.

Como ya hemos señalado SANTOS BRIZ viene a postular la tesis de que el derecho de anticresis se extinguirá o no en función de los términos en que se haya convenido la renuncia, y sobre eso mismo reflexiona HERNÁNDEZ-MORENO cuando pone de manifiesto que la salvedad que se recoge en última instancia en ese 2º pº del art. 1.883 CCE, conforme a la cual el acreedor podrá liberarse de las obligaciones de atender contribuciones, cargas y gastos, *salvo pacto en contrario*, debe tener un significado distinto del que le atribuyen la casi totalidad de los autores, para quienes eso significaría que el pacto determinará si la posesión de la finca es o no renunciable.

También nosotros pensamos que esa salvedad establecida debe tener, forzosamente, un significado diferente. Como señala el propio autor⁴²⁸ debemos cuestionarnos la validez de un pacto que prohíba al acreedor renunciar a su derecho, y propone que el objeto de la renuncia debe ser otro, a saber, el control económico de la finca.

De esta forma, encontrándonos nosotros plenamente de acuerdo con esta opinión, más nos parece que ese 2º pº debe ser leído de forma distinta a como habitualmente ha venido siéndolo: tradicionalmente ha sido entendido como que el acreedor anticrético puede obligar al deudor a retomar la finca salvo pacto en contrario en este sentido, y pensamos nosotros que el pacto no puede consistir

⁴²⁸ HERNÁNDEZ MORENO, A. loc., cit., pág., 1.931.

en que la obligación de administrar resulte irrenunciable. No nos parece adecuado sostener que el acreedor pueda resultar gravado irremisiblemente con un deber de pago de unas obligaciones que no le son propias y que esas obligaciones le hayan nacido a partir de un derecho constituido para asegurarle el cobro de su crédito.

Toda vez que el acreedor no está obligado a soportar el pago de contribuciones, cargas y gastos con su propio patrimonio, sino tan solo a adelantarlo para luego recuperarlo del deudor a través de los frutos del inmueble y teniendo presente que estamos refiriéndonos a una garantía que en todo momento debe beneficiar a ese acreedor, no puede ser que el acreedor se encuentre sujeto a un derecho de garantía que se vuelve en su contra y del que no se puede liberar. Al amparo del art. 6.2 del CCE y de un principio de equidad, eso no resulta aceptable.

Ese *salvo pacto en contrario* debe ser leído en el sentido de que el acreedor para liberarse de las obligaciones que le son legalmente impuestas puede forzar al deudor a que retome el *goce* de la finca, lo que habitualmente conllevará la extinción por renuncia del derecho de anticresis, puesto que el *goce* implica la facultad de administración, y ello *salvo pacto en contrario*, en cuyo caso aún entregando la posesión material de la finca al deudor conservará, precisamente en méritos de ese pacto, el *goce* de la misma, es decir el derecho a su administración económica y el *ius fruendi*.

Es decir que la expresión utilizada en el código *salvo pacto en contrario*, no se encuentra dirigida a determinar que las partes pueden hacer irrenunciable la devolución de la posesión de la finca, sino que va dirigido a los efectos jurídicos que tal devolución ocasiona: en principio la extinción del derecho, salvo pacto en contrario, en cuyo caso la anticresis permanece aún habiéndose transferido la posesión del acreedor anticrético al deudor propietario.

Nos parece más conforme esta interpretación porque como dejaremos establecido más adelante, en la anticresis, el anticresista, puede ceder a un tercero la posesión material del inmueble, no resulta razonable entender que pueda cederla a cualquier tercero y el derecho subsista y por el contrario cuando la cede al mismo deudor ese derecho debe darse siempre por extinguido.

Así: i) cuando el acreedor cede el inmueble a un tercero conserva el derecho a su administración, y con él la obligación de adelantar contribuciones, cargas y gastos en principio por medio de los frutos; ii) cuando lo cede al deudor/propietario y éste lo retoma, toda vez que el art. 1.883 CCE habla de *goce*, habrá que entender que inicialmente la anticresis queda extinguida (la anticresis, que no el crédito); iii) pero que si las partes han pactado lo contrario, esto es que dicho derecho anticrético subsista, entonces entendemos que resulta subsistente.

Consecuencia de ello será también que para poder oponer a terceros la subsistencia de ese derecho real aún cuando el inmueble se encuentre en poder del deudor, entonces deberá constar esa circunstancia en escritura pública y en su caso inscrita el Registro de la Propiedad, de forma que el pacto de conservación de la anticresis será válido entre las partes cualquiera que sea la forma que revista, pero para poder ser oponible a tercero deberá constar en escritura pública, y frente al tercero inscrito deberá constar la anticresis en el Registro de la Propiedad.

De esta forma interpretamos la opción *salvo pacto en contrario* de manera muy diferente a cómo lo efectúan un gran número de autores, para quienes esa opción se limita a prever que es posible que aún cuando la administración produzca pérdidas, si se ha pactado lo contrario, ésta no es renunciable. Y en este sentido ya BAUDRY-LACANTINERIE, para un texto mucho más explícito que el CCE como es el que se recoge en el Código Civil francés, se pronunciaba en el sentido de que eso no podía ser así. El art. 2.087 del *Code Napoleon*, decía expresamente que el acreedor podrá liberarse siempre de las obligaciones establecidas en el artículo precedente, *a menos que haya renunciado a este derecho*⁴²⁹. Y desde luego no cabe duda de que resulta mucho más explícita la expresión *a menos que haya renunciado a este derecho* que la utilizada en el código español, *salvo pacto en contrario*.

⁴²⁹art. 2.087. 2º pº *Code Napoleon*: “ Mais le creancier qui veut se décharger des obligations exprimées en l'article précédent, peut toujours, à moins qu'il n'ait renoncé à ce droit, contraindre le debiteur a reprendre la jouissance de son immeuble.”

Pues bien a pesar de esa literalidad para BAUDRY ese texto no debe ser leído tal y como viene redactado, puesto que si nos atuviésemos a su redacción literal resultaría que el acreedor pudiera llegarse a encontrar en la situación de que las obligaciones y cargas de la finca fueran muy superiores a los frutos, y no resulta imaginable que cuando el acreedor admite la anticresis tenga la voluntad de obligarse a pagar los gastos y cargas del inmueble que siendo superiores a los frutos hagan incrementar el importe de su crédito. Ante un pacto de ese contenido el acreedor sólo tendría un medio para liberarse que sería la renuncia al crédito, el perdón de la deuda.

Pero aún así, el deudor beneficiado por el compromiso de su acreedor pudiera negarse a aceptar tal condonación y obligarle a cumplir esos compromisos. Resultado enteramente absurdo y desnaturalizador del contrato de anticresis. De esta forma el único sentido que puede dársele a la renuncia del acreedor a poder obligar al deudor a reentrar en la posesión del inmueble, es entender que la renuncia tan solo afecta a las obligaciones y gastos ya vencidos y que inexcusablemente deberá haber atendido el acreedor (sin perjuicio de su recuperación), pero no respecto de los futuros⁴³⁰.

7.3.2.-El límite contractual a la obligación de pagar las contribuciones, cargas y los gastos de explotación.

Entendemos además que existe otro argumento que incluso evitaría la aplicación del art. 1.883 2º pº CCE si es que éste debiera ser interpretado en el sentido de que cabe la renuncia del anticresista a la facultad de reponer al deudor en el goce de la finca, y que además creemos que es el cauce que debiera utilizar el anticresista catalán en caso de querer liberarse de esas obligaciones que hemos dejado establecido que también debe atender y respecto de las cuales la ley catalana no prevé de forma explícita ninguna posibilidad de evitarlas, ni tan siquiera con la extinción del derecho, de forma que el acreedor anticrético, aparentemente, no podrá renunciar a la posesión y liberarse de esas

⁴³⁰ BAUDRY-LACANTINERIE, G. ob., cit., pág., 202

obligaciones, más que condonando el crédito y si de contrario le es aceptada tal condonación. No creemos que pueda resultar de aplicación la renuncia del art., 532.4 del CCCat puesto que el carácter real del derecho de anticresis se adquiere en sede de un contrato de tracto sucesivo y de carácter sinalagmático⁴³¹, de forma que resulta imperativa la aplicación de los arts. 1.091 y 1.256 CCE, y no existe en el CCCat una disposición que permita al acreedor acogerse a esa facultad como así lo hace el art. 1.883.2 del CCE.

Este cauce viene predeterminado por la propia finalidad con la que el acreedor se encontraría poseyendo y las circunstancias que pueden darse: La finalidad es la administración para pago de los intereses de su crédito con los frutos que se obtenga y con la obligación de atender gastos, contribuciones y cargas con estos mismos frutos. Y la circunstancia en la que el acreedor se puede encontrar es que esos frutos no se lleguen a producir en la cuantía suficiente, por lo que el acreedor se vería constreñido a adelantar esos pagos con cargo a su propio patrimonio, de forma que como consecuencia de esa garantía la deuda principal y sus intereses en lugar de reducirse se incrementen.

Pues en estas circunstancias entendemos que estaríamos en situación de invocar la teoría de *la base del negocio*, entendida como la concurrencia de aquellas circunstancias objetivas tomadas por las partes sobre la existencia de los elementos en que se basa la voluntad negocial, y que se estiman como necesarias para alcanzar la finalidad del contrato (en el presente caso, se acepta la garantía anticrética en la seguridad de que el inmueble tiene capacidad de producir frutos que podrán ser empleados en el pago de los intereses y en su caso del capital, y esta premisa es desde luego esencial en la voluntad contractual de las partes.) de forma tal que si posteriormente esas circunstancias no se dan o desaparecen (las contribuciones y las cargas junto con los gastos de conservación no dejan unos frutos netos con los que poder cobrarse esos intereses) y que impiden que

⁴³¹El carácter esencial de las obligaciones recíprocas que asume cada una de las partes (explotación y adelanto de los gastos por el acreedor y cesión de los rendimientos netos por el deudor) nos permite reconocer la naturaleza sinalagmática de ese contrato.

mediante el negocio se pueda alcanzar la finalidad que las partes perseguían⁴³², en ese caso podemos invocar la aplicación de ese principio.

Y en dicha situación, nos parece que desde luego concurrirían las circunstancias exigidas para poder estimar *la ruptura de la base del negocio*, puesto que desde un punto de vista subjetivo ambas partes habrían celebrado el contrato de anticresis en la seguridad, no en la confianza sino en la seguridad, de que el inmueble iba a producir frutos y tendría capacidad de producir unos frutos con los que liquidar los intereses de la deuda, y objetivamente ese requisito de que una vez practicada la liquidación quede un remanente de frutos netos se hace necesario que se mantenga durante toda la vida del contrato de anticresis. Ahora bien cuando esta relación de equivalencia queda destruida o la finalidad se frustra por la aparición de determinadas circunstancias que impiden alcanzar la finalidad esperada (así la aparición de nuevas contribuciones o gastos ordinarios, que deban ser atendidos con cargo a los frutos) entonces la base del negocio desaparecería.

Esta tesis desarrollada por la doctrina alemana ha venido siendo reconocida por los tribunales españoles, resultando ilustrativa la reciente STS de 21 de Julio de 2010⁴³³ o la ya más lejana también del TS de fecha 20-04-1994 referida a la

⁴³² DIEZ PICAZO, L. ob., cit., pág., 869

⁴³³ La sentencia viene a recoger la argumentación dada por la Audiencia de Sevilla para, ratificándose en ella, diferenciarla de lo que es propiamente el enriquecimiento injusto y así en lo sustancial se transcribe: “ (...) La llamada «base del negocio», desarrollada por la doctrina alemana, se funda en la correlativa equivalencia de las prestaciones en relación con el móvil impulsivo que determinó a las partes a contratar y consiste, del lado subjetivo, en una determinada representación común de las partes o aquello que esperan los intervinientes en el negocio y que les ha determinado a concluir el contrato; y del lado objetivo, en la circunstancia cuya existencia o subsistencia sea objetivamente necesaria para que el contrato -según el significado de las intenciones de ambas partes- pueda mantenerse como una regulación con sentido. Tal principio se halla presente en nuestro Código Civil en algunos supuestos concretos como el de la donación inoficiosa porque se tengan después herederos legitimarios (artículo 644), la aceptación de una herencia en la que apareciese después un testamento no conocido (artículo 997), o la repudiación de la herencia a título intestado sin noticia de ser heredero testamentario (artículo 1009).

Puede sostenerse que la causa no sólo ha de estar presente en el momento inicial de la formación del contrato sino que ha de acompañarle igualmente durante su ejecución y así la ausencia sobrevenida de causa permite al contratante afectado solicitar la modificación del contrato o incluso su resolución, lo que sucede especialmente cuando

dos contratos están vinculados como aquí ocurre, pues la inoperancia de uno de ellos autoriza al contratante afectado a obtener la resolución del otro contrato, ya que ha desaparecido sobrevenidamente su causa.

Esta es en definitiva la razón jurídica que determina la solución adoptada por la Audiencia al declarar la obligación del demandado de restituir al demandante las cantidades percibidas en razón a una causa que posteriormente ha desaparecido.

TERCERO

(...)

No puede sostenerse, además, que la interpretación que del contrato ha efectuado la Audiencia es desviada e incorrecta por establecer la existencia de una condición resolutoria no incorporada por las partes al mismo. Cuando la Audiencia afirma (fundamento de derecho cuarto) que la "condición" no se dio y la finalidad del contrato, sujeta a la misma, provocó su frustración, no se está refiriendo propiamente a las condiciones que como elemento accidental del contrato o de la obligación regulan los artículos 1113 y siguientes del Código Civil, sino propiamente a la "causa" como elemento esencial que, como ya se dijo, no sólo ha de estar presente en el momento de la celebración sino que ha de presidir igualmente la fase de ejecución para dar sentido, en definitiva, a las prestaciones a las que una y otra parte se han obligado.

(...)

Efectivamente, como enseña, entre otras, la sentencia de 7 de junio de 2004 la doctrina sobre la evitación del enriquecimiento injusto o sin causa no permite al juzgador que decida sobre la mayor o menor equivalencia de las prestaciones en un contrato oneroso, y en consecuencia quién se debe beneficiar o hasta qué punto. La doctrina de esta Sala veda la invocación de dicha doctrina cuando existe entre los presuntos enriquecido y empobrecido una relación contractual que no ha sido Invalidada (sentencias de 24 de marzo de 1998, 28 de marzo de 1990, 30 de marzo de 1988, 21 de octubre de 1977, y las que en ellas se citan). Pero tales conclusiones, que resultan válidas para los supuestos de desequilibrio sobrevenido de las prestaciones con subsistencia de la "causa contrahendi" -como ocurre, por ejemplo, en los casos de incremento inmediato de valor de la cosa vendida, que evidentemente produce un enriquecimiento para el comprador- no lo son para los casos, como el presente, en que se da una verdadera ruptura de la base negocial sobre la cual se han contraído las obligaciones por las partes, pues aquí el enriquecimiento no es más que una consecuencia de la inexistencia sobrevenida de la causa ("causa fallida" o "causa non secuta") que destruye los efectos del contrato -entre ellos el de enriquecimiento- pero no directamente, sino en cuanto afecta a la propia esencia del mismo por el defecto en uno de sus elementos esenciales como es el de la causa que, al desaparecer, arrastra consigo los mencionados efectos en cuanto supongan alteración en el contenido de las prestaciones inicialmente proyectadas.

(...)

explotación de una finca arrendada y cuyos principios rectores resultarían ciertamente aplicables a un supuesto como el que estamos planteando⁴³⁴.

⁴³⁴ STS nº 344/1994, de 20-04-1994 (EDJ 1994/3441):

“SEGUNDO.- El motivo primero, al amparo del art. 1692.5º LEC, alega infracción del art. 1124, pfo. 2º CC, y doctrina jurisprudencial que lo interpreta. Se argumenta en su defensa que el arrendamiento tenía por objeto la extracción de guijo de la finca arrendada; que de la prueba pericial practicada se deduce que cuando se firmó el contrato eran buenas las perspectivas de explotación, y que después desaparecieron completamente; que por ello no se alcanzó el fin normal del contrato, frustrándose las esperanzas y legítimas expectativas del arrendatario, y, en consecuencia, el contrato debe resolverse. El motivo se estima por haber desaparecido la causa negocial durante el transcurso de la vigencia del contrato de tracto sucesivo. Siendo la causa la finalidad común perseguida por los contratantes, cuando la misma no se mantiene, durante el tiempo de duración de la relación contractual en virtud de acontecimientos imprevisibles para las partes en el momento de su perfección, no puede sostenerse jurídicamente el entramado de derechos y obligaciones que forman su contenido so pena de autorizar enriquecimientos a todas luces injustificados. No es que haya que moderar equitativamente el contrato, dejándolo subsistente, en virtud de la doctrina de la cláusula "rebus sic stantibus", porque carece de sentido que si la prestación de una de las partes se ha hecho imposible, la otra tenga que cumplir la suya aun de forma más reducida. Tal doctrina sólo es aplicable en caso de notorio desequilibrio entre las prestaciones, no en caso de ausencia de una de ellas. La imposibilidad de la prestación no sólo puede ser física o legal, sino económica, como cuando no produce ningún beneficio al que ha de recibirla, o cuando, como ocurre en el caso litigioso, es totalmente ruinosa para él recibirla. Existe entonces una frustración del fin del contrato, que impide jurídicamente su mantenimiento y faculta para resolverlo.

(...)

Y si ello es así, no puede obligársele a que pague una renta, todo lo disminuida que se quiera, a cambio de nada. La inviabilidad de la prestación por desaparición de la falta de interés en la misma del arrendatario ha sido también imprevista de la forma en que se ha manifestado, que le obligaría a tales costes de transformación para conseguir el guijo que harían ruinosa su actividad. Las partes sólo previeron en la estipulación segunda de su contrato causas naturales que impedirían "transitoriamente" "una normal explotación", pero no una imposibilidad total y permanente (el informe pericial se hace en noviembre 1990, meses antes de la expiración del plazo contractual). El influjo de circunstancias sobrevenidas e imprevistas en la vida del contrato no ha dejado de ser considerado por la jurisprudencia de esta Sala, aparte de su aceptación de la doctrina de la cláusula "rebus sic stantibus". Ha considerado ejercitable la facultad de resolución cuando existe un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irreformable impide el cumplimiento (S 22 octubre 1985 y las que cita), y cuando la prestación pactada no responde a la finalidad para cuya consecución se concertó el contrato, frustrándose la misma (SS 3 noviembre y 9 diciembre 1983, y 27 octubre 1986 y las que cita). Por eso es extravagante el recurso a la cláusula "rebus sic stantibus", si hay una frustración total del fin del contrato. Ahora bien, la resolución contractual, por incidir en un contrato con prestaciones recíprocas de tracto sucesivo, no tiene efectos retroactivos, pues las

En definitiva pues pensamos que los Arts. 1.882 y 1883 CCE deben ser leídos de forma algo menos forzada de la que en algunas ocasiones se ha pretendido: Así entendemos que el art. 1.882 establece el régimen de administración al que se encuentra sometido el acreedor anticrético poseedor de la finca y que en función de la garantía aceptada se encuentra obligado a atender todos los gastos necesarios para su conservación, reparación, cargas y contribuciones, entendiéndose obviamente que todo eso no alcanzará el total frutos producidos y quedando por ello siempre un remanente como fruto neto, y en estas circunstancias pudiera ocurrir que el acreedor anticrético no le interesase seguir con el goce del inmueble, debiendo adelantar y soportar todos esos costes –aún en la seguridad de recuperarlos de forma próxima en la liquidación de frutos- por resultarle una carga financiera que no quiere soportar y en estas circunstancias –y en cualquier otra- el art. 1.883 2º pº le legitima para que unilateralmente obligue al acreedor a retomar de nuevo la explotación de la finca, y en ese caso y en esos términos el derecho anticrético quedaría extinguido por esa resolución unilateral. En este sentido nos encontraríamos en una situación semejante a la prevista en el art. 1.191 del CCE, cuando en la regulación de la *condonación de la deuda*, dispone que *se presumirá remitida la obligación accesoria de prenda, cuando la cosa pignorada, después de entregada al acreedor, se hallare en poder del deudor*, precepto que a pesar de su dicción debe ser interpretado en el sentido de que una vez constituida la prenda si ésta se repone de nuevo en manos del deudor deberá entenderse que la garantía pignoratícia ha quedado extinguida, no así la obligación garantizada⁴³⁵. Pues esos mismos términos son los que resultarían en todo caso aplicables a la devolución del inmueble por el acreedor anticresista en los supuestos de falta de rendimiento económico del mismo, y pues así lo dice el texto del citado artículo 1.883.2 CCE.

Ahora bien ¿cuándo debe entrar en aplicación, *el pacto en contrario?*, pensamos que en ese *pacto* tanto se puede haber convenido que la anticresis no se extinga porque el deudor retome la posesión material de la finca pero no su *goce* pleno, como también puede haberse convenido que al constituirse la anticresis, y

realizadas hasta el acaecimiento que legitima para pedir la resolución han tenido su propia causa, han cumplido la finalidad perseguida.

⁴³⁵ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. loc., cit., pág., 1.191.

durante la vigencia de la misma, no podrá retornarse la finca al deudor, entendemos que ambos pactos resultarían válidos y ambos tienen cabida tanto en el contrato anticrético en general como en esa salvedad que se establece en el artículo de referencia.

Pero para el segundo supuesto, para el caso en que las partes hubieran convenido que la administración del inmueble no será renunciable por el acreedor, aun habiendo pactado expresamente esa no restitución, si la finca entrase en rendimientos negativos, si los costes fueren superiores a los frutos a percibir, entonces resultaría de aplicación la teoría de la pérdida o quiebra de la base del negocio y por ello, discrepando de aquellos que entienden que si se pactó la no devolución deberá el acreedor estar y pasar por ese compromiso, entendemos que por la pérdida de esa base del negocio la anticresis quedaría extinguida.

Creemos que sólo cabría una salvedad que es que se hubiere convenido expresamente que aún en el supuesto de explotación negativa tampoco pudiera devolverse la finca, pues si así se convino no pudiera aplicarse la teoría de la pérdida de la base del negocio por haber sido ésta una circunstancia expresamente contemplada al tiempo de prestar el consentimiento.

7.3.3.-Efectos de la renuncia.

Por último debe resaltarse que la renuncia liberatoria a la que se refiere el art. 1883.2 CCE, es desde luego unilateral pues no requiere en modo alguno el consentimiento del deudor, basta con la voluntad del acreedor de querer separarse de la administración del inmueble. No se determina sin embargo en ese precepto a partir de cuándo se producen los efectos liberatorios para el acreedor, si basta con la mera declaración o requiere alguna otra exigencia.

Aunque el código guarda aparente silencio, si resulta suficientemente explícita la expresión utilizada: *para liberarse de las obligaciones (...) puede siempre obligar al deudor a que entre de nuevo en el goce*; de esta forma parece claro que aunque

la renuncia sea unilateral, sus efectos solo se producirán no ya con carácter recepticio cuando el deudor tenga noticia de esa voluntad, sino a partir del momento en que efectivamente el deudor entre de nuevo en el goce. La efectiva liberación de las obligaciones legales impuestas se producirá a partir de la devolución del inmueble a su propietario, lo que sin duda además nos parece congruente con la propia naturaleza y caracteres que le hemos ido reconociendo a este contrato, pues si anteriormente hemos sostenido que en nuestra opinión para la constitución del derecho de anticresis se exige la tradición del inmueble, real, instrumental o de cualquier otra forma, para la extinción de ese derecho debe darse también esa misma tradición en el recorrido inverso. Otra cosa distinta es, como ya hemos visto, los efectos que puede producir la devolución del inmueble, si la extinción total de la anticresis o el mantenimiento de ésta en méritos del *pacto en contrario*.

Entendemos pues que para que la renuncia produzca sus plenos efectos el deudor-propietario deberá entrar de nuevo en el goce del inmueble, ergo en tanto esa entrada no se produzca, muy a pesar de la declaración de voluntad del acreedor anticrético, la liberación no se producirá. Significa esto que frente a los terceros acreedores por las obligaciones generadas con ocasión de los gastos de administración, explotación, tributos y cargas no sólo será responsable de su pago por las ya generadas con anterioridad a su renuncia, sino también con todas aquellas que se generen en tanto el deudor no entre de nuevo en el goce del inmueble. Ante una voluntad rebelde de ese deudor, ante su negativa a retomar la posesión del inmueble, al acreedor no le quedará otro remedio que solicitar el auxilio judicial, y este deudor será responsable por incumplimiento de su obligación legal de reentrar en la finca, de todos los daños y perjuicios que se le produzcan al acreedor y entre ellos todos esos gastos citados, pero frente a los terceros el acreedor seguirá siendo el responsable de su pago en tanto permanezca en posesión del inmueble.

7.4.- GASTOS DE PRODUCCIÓN.

Distintos de los gastos de conservación serían los gastos de producción. Aquellos necesarios para obtener los frutos con los que pagar la deuda garantizada, y entre ellos desde luego nos deberíamos referir a todos aquellos que resulten necesarios tanto para su obtención como para la *realización de la cosecha*. Como gasto de producción no sólo deben entenderse los de siembra y recolección, etc., si es finca de explotación agrícola; o los de contratación si el inmueble genera frutos civiles; sino también los de gestión es decir los necesarios para una diligente administración tanto de la cosecha como los de los contratos necesarios para la obtención de rentas ; y también los de *realización de la cosecha*, entendida ésta como la liquidación o venta de los frutos en el mercado, pues como veremos el contrato de anticresis no queda ultimado con la obtención de los frutos sino que además exige que se produzca una siguiente operación que es la de *aplicación*.

Ambos códigos, de hecho, al definir el contrato de anticresis utilizan una expresión similar: "... y a percibir los frutos para aplicarlos al pago" (CCCat), y "el acreedor adquiere el derecho a percibir los frutos de un inmueble de su deudor con la obligación de aplicarlos al pago ..." (CCE). Como podemos observar en ambos se contemplan dos acciones diferenciadas, la percepción de los frutos por un lado, y su aplicación al pago de la deuda de otro.

Mediante la percepción de los frutos se consuma la función de aseguramiento que también puede ofrecer el derecho de anticresis⁴³⁶, pues a partir de esa percepción el acreedor ya adquiere la plena propiedad de unos frutos con los que podrá cobrarse el importe de la deuda.

El paso de la *percepción* a la *aplicación*, no es jurídicamente irrelevante. Si entendiésemos que con la percepción de frutos el acreedor ya queda satisfecho en su derecho al cobro, estaríamos admitiendo que mediante la anticresis se produce una novación de la deuda por la modificación de su objeto.

⁴³⁶ Según ya hemos dejado establecido, en el CCCat la función de garantía se manifiesta tanto en la percepción de los frutos como en el derecho a la realización de valor de la finca entregada en anticresis, pero ese *ius distrahendi* lo hemos negado para el CCE.

El acreedor percibe los frutos, pero en méritos del contrato de anticresis los adquiere con la obligación de aplicarlos al pago de la deuda asegurada. Con la percepción no se produce una extinción inmediata de dicha deuda, pues esto sólo podrá darse cuando frutos y deuda lo sean de una misma especie y calidad. Para que se produzcan los efectos del pago, se hará precisa la *aplicación*, entendida ésta como encontrar la correspondencia cuantitativa entre los frutos obtenidos y los intereses adeudados.⁴³⁷

La cuestión a dilucidar será pues determinar en qué momento se produce la aplicación de los frutos al pago: cuando son percibidos por el titular de la anticresis o cuando son realizados, es decir cuando son objeto de venta en el mercado correspondiente.

Imaginemos por un momento que una entidad bancaria recibe en anticresis una finca agrícola que produce 500 toneladas de cerezas: ¿Cuándo y qué es lo que se aplica al pago de los intereses y en su caso del capital?: La cerezas por el valor que tengan al tiempo de ser recolectadas o el importe efectivamente obtenido cuando ya hayan sido comercializadas? ¿y quién debe soportar los gastos y los riesgos hasta que no llega esa comercialización?.

Ante el silencio de los códigos sobre las concretas formas de actuar por acreedor y deudor en todo el proceso de producción de la finca, de su gestión y más particularmente en la administración de los frutos obtenidos, desde luego tomará esencial relevancia el convenio que hayan celebrado ambas partes al tiempo de constituir el derecho de anticresis que deberá contemplar y solucionar todos esos extremos para conseguir el buen funcionamiento de la relación⁴³⁸.

⁴³⁷ Correspondencia cuantitativa entre frutos percibidos e intereses devengados, es la definición que utiliza ARNAU RAVENTÓS L, loc.cit., pág., 79, para definir la *imputación*; pero como hemos señalado más arriba imputación y aplicación son términos equivalentes.

⁴³⁸ La decisiva importancia del convenio es destacada por GUILARTE ZAPATERO, V. loc., cit., pág., 647. Y GUTIÉRREZ PEÑA, FLORENCIO. *El derecho de anticresis en el código civil español*. Coslada (Madrid) 2004. Editorial, Gráficas Blonde S.L. P ág., 192.

Sin embargo para el supuesto de falta de previsión por las partes deberá tomarse en consideración que es una cuestión comúnmente aceptada que los frutos se perciben para ser aplicados al pago de intereses y capital, de forma que la percepción de los frutos es tan solo una primera fase de la liquidación de la deuda, pues el acreedor los percibe con la obligación de aplicarlos al pago y que por ello obviamente tendrá que proceder a su comercialización y venta de conformidad con una diligente administración, pues tal y como señala el propio CCCat a ese pago se aplican los rendimientos *netos*, es decir deducidos la totalidad de los gastos de producción, comercialización y venta de los frutos naturales obtenidos, pues todos ellos son actos debidos por el acreedor administrador. E idéntico proceder se observa en el CCE puesto que pese a no hacer referencia a los rendimientos como *rendimientos netos* es opinión de los autores que al importe total de los frutos no sólo habrá que deducir los gastos expresamente contemplados en la ley, sino también los gastos de cultivo, de forma que el *líquido obtenido o ganancia lograda es lo que ha de considerarse como pago*⁴³⁹.

Entendemos que la totalidad de los gastos necesarios hasta la transformación de los frutos en su importe líquido, y también todos los riesgos para su conservación (siempre que ésta sea diligente) correrán por cuenta del deudor anticrético, pues se trataría de una propiedad con finalidad exclusivamente solutoria (pertenece al acreedor, pero no puede darle otro destino). Si el deudor hubiera mantenido la propiedad, el perjuicio de la pérdida de valor de los frutos los soportaría igualmente él, y debe admitirse que como efecto de la garantía ese riesgo se traslade al acreedor.

7.4.1.- Producción negativa.

Ahora bien, aceptando que los gastos de realización forman parte de los gastos de producción, aparecerá un nuevo problema el rendimiento económico obtenido no alcance a cubrir los gastos⁴⁴⁰ de producción, comercialización y venta, de forma que habrá que determinar quién soporta esa pérdida, siendo ésta una

⁴³⁹ SCAEVOLA, ob. cit., pág., 575. GUILARTE ZAPATERO, V, loc., cit., pág., 655.

⁴⁴⁰ GUILARTE ZAPATERO, V, *ibidem*.

circunstancia de la que pensamos que debe examinarse si le resulta o no aplicable la solución que se determina para los supuestos de contribuciones, cargas y gastos negativos, toda vez que éstos siempre recaen sobre el propietario del inmueble y como hemos visto ello es lo que justifica que deba ser ese propietario quien en última instancia se vea obligado a soportarlos.

En los supuestos en que el acreedor anticrético se vea obligado a adelantar las contribuciones, cargas y gastos de conservación de la finca y no tenga frutos con los que soportar esos pagos, ya ha quedado establecido que teniendo la obligación legal de adelantarlos podrá el anticresista liberarse de esa obligación (para las siguientes anualidades) reponiendo la posesión a la propiedad.

Sin embargo cuando hablamos de los gastos de producción entendemos que se introduce un elemento nuevo, que es la voluntad del acreedor anticrético. Este acreedor es quien se encuentra a cargo de la administración del inmueble y será él quien haya decidido la realización de unos gastos o de otros. ¿En qué medida esas decisiones pueden obligar a la propiedad a asumir como propias unas deudas nacidas por una explotación de resultado negativo?.

De nuevo en este apartado debemos hacer referencia a la dualidad que recoge el contrato de anticresis: percepción y aplicación; dualidad que precisamente nos permite apreciar la función que desempeña a la vista de los efectos que generan y que son perfectamente diferenciables: la percepción, hace que los frutos pertenezcan al acreedor desde el mismo momento de su separación puesto que así se define en el propio concepto de anticresis; la aplicación es que esta percepción conlleva la obligación de imputarlos al pago, una obligación de hacer en interés del deudor que obliga al acreedor anticrético a ejecutar todos los actos necesarios para la venta de los frutos obtenidos y poder aplicar su resultado al pago de los intereses. El acreedor (dejando de lado por el momento el *ius distrahendi* establecido en el derecho catalán) mediante lo que es propiamente la percepción de los frutos se asegura que efectivamente esos frutos serán destinados al pago de su crédito, pero ese aseguramiento no es en sí mismo la finalidad del contrato. La finalidad es que esos frutos sean efectivamente aplicados al pago de la deuda, y por eso puede decirse que cuando el acreedor gestiona tanto la producción como la venta de los frutos lo está haciendo

especialmente en interés del deudor. Y como señala GUILARTE los límites de dicha intervención para la producción y percepción de los frutos no aparecen directamente fijados en el código civil por lo que la actuación del acreedor debe delimitarse con arreglo a los criterios propios de un administrador⁴⁴¹, algo que ya hemos determinado también más arriba.

Y desde luego el acreedor anticrético no solo tiene derecho a percibir los frutos, sino que además adquiere la obligación de aplicarlos e imputarlos al pago de los intereses y capital, y esa obligación conlleva el deber de valorarlos por su estimación en el mercado y hasta de enajenarlos, pues en esa tarea creemos que puede darse una circunstancia que pondría de manifiesto que el acreedor cuando gestiona la valoración y la enajenación no actúa para sí solo, sino que actúa también en interés de la propiedad: Imaginemos por un momento que los frutos obtenidos exceden de los intereses adeudados e incluso del capital, en este supuesto esos frutos excedentes deberán ser entregados a la propiedad pues el acreedor anticrético tiene derecho a hacer suyos sólo aquellos que resulten necesarios para el cobro de su deuda, pues en este caso el acreedor habrá estado gestionando los intereses del deudor. De hecho puede afirmarse que la gestión del acreedor siempre es también en interés del deudor, pues evidente que de su resultado una de las partes obtiene el cobro de la deuda y la otra simultáneamente la ve reducida. Así que el acreedor en la obligación de aplicar desempeña una tarea que afecta directamente a ambas partes, y no lo hace sin título (lo que nos situaría quizás en la gestión de negocios ajenos) sino que lo hace por estar obligado a ello precisamente por el contenido del contrato anticrético, y es en ese ámbito contractual donde se producen los efectos de colaboración del acreedor anticrético en la esfera patrimonial del deudor, y el mandato será entonces el tipo contractual guía como ocurre en todos los contratos de colaboración⁴⁴².

La cuestión que nos planteamos respecto a las consecuencias que se producirían en el supuesto en que los rendimientos netos no alcanzasen a cubrir

⁴⁴¹ GUILARTE ZAPATERO, V, loc., cit., pág., 648.

⁴⁴² LACRUZ BERDEJO, J.L., ob., cit., pág.,216.

los desembolsos y gastos necesarios para la obtención de esos frutos, puede encontrar el soporte legal de su solución en esta figura.

Son varios los autores que de una forma más o menos expresa vienen a determinar, obviamente refiriéndose siempre a una administración diligente, que cuando la producción resulte negativa de forma que sean superiores los gastos incurridos que los frutos obtenidos, esos gastos deberán ser soportados por el deudor puesto que el anticresista que recibe la finca para asegurarse el cobro de su crédito, nada puede perder, de forma que cualquier anticipo soportado por este anticresista le deberá ser repuesto o incrementará el saldo deudor para el año siguiente⁴⁴³, de forma que las consecuencias económicas de la explotación deberán recaer sobre el patrimonio del deudor administrado⁴⁴⁴.

Todos estos autores vienen a fundamentar su criterio en el hecho de que la propia finalidad de garantía con la que se constituye el derecho de anticresis, impediría que el acreedor resultase perjudicado, a pesar de ser diligente, no ya solo en su derecho de crédito sino en su propio patrimonio por la circunstancia de que la finca hubiera producido pérdidas. Argumento con el que desde luego estamos plenamente conformes, porque además también resulta pacífico con la percepción de que el acreedor anticrético no deja de ser un administrador de la finca y por ello, y en aplicación del art. 1.728.2 CCE deberá ese acreedor ser reembolsado *aunque el negocio no haya salido bien*⁴⁴⁵.

⁴⁴³BATLLE VÁZQUEZ, M. loc., cit., pág., 703. SCAEVOLA, M. ob., cit., pág., 575. GUTIERREZ PEÑA, F. ob., cit., pág., 204

⁴⁴⁴ GUILARTE ZAPATERO, V., loc., cit., pág., 661

⁴⁴⁵CARRASCO PERERA A y CARRETERO GARCÍA A, loc., cit., pág., 24, parecen opinar lo contrario: "... ya que el acreedor posee la finca y disfruta de ella con función satisfactiva y a su propio riesgo".

7.4.2.- Resultado negativo de la explotación: la nueva deuda y el derecho de anticresis.

Determinado pues que en los supuestos de resultado negativo de la explotación, el deudor anticresista deberá hacerse cargo de las sumas anticipadas por el acreedor y que no hayan podido ser recuperadas con cargo a los frutos, deberemos determinar si esas sumas pasan a ser mayor saldo deudor del crédito originario y si se encuentran o no garantizadas con el propio derecho de anticresis.

Ningún texto entra a solucionar esta cuestión y lo cierto es que la opinión de aquellos autores que la meditan se inclinan por sostener que en tanto que la obligación no sea extinguida no tiene el acreedor por qué entregar la finca disponiendo de un derecho de retención que se fundamenta en la subsistencia de la anticresis, de manera que ese derecho de retención no es una nueva facultad sino que esa facultad surge del propio convenio anticrético siendo su propia y lógica consecuencia y efecto propio del contrato⁴⁴⁶ y que eso aún queda más patente cuando el art. 569-25.4 del CCCat hace referencia a los *rendimientos netos*, es decir una vez deducidos todos los gastos necesarios que el acreedor haya debido realizar para obtenerlos y cuya reclamación estará también garantizada por la anticresis⁴⁴⁷.

BAUDRY-LACANTINERIE⁴⁴⁸ llega a plantearse no ya si ese derecho de reembolso está garantizado por el propio derecho de anticresis, sino incluso si tal derecho a ser reembolsado existe o es un riesgo asumido por el acreedor, aunque se inclina por afirmar que efectivamente existe tal derecho de reembolso si bien entiende que ese acreedor tan solo dispone de una garantía especial sobre los gastos realizados en la explotación del inmueble en tanto estos gastos no sobrepasen el importe total de los frutos obtenidos: esta garantía se la da el propio derecho de

⁴⁴⁶ SCAEVOLA, M. ob., cit., pág., 577.

⁴⁴⁷ DEL POZO CARRASCOSA, PEDRO y TORMO SANTONJA, MERCEDES, en *Comentarios al libro V del Código Civil de Cataluña*. Decanato Autonómico de los Registradores de Cataluña. Edit Bosch. Barcelona 2008. Pág.1.914.

⁴⁴⁸ BAUDRY-LACANTINERIE, G. ob., cit., pág., 199

anticresis, pues los frutos obtenidos antes de ser aplicados a reducir la deuda serán aplicados al pago de todos los gastos, pues sólo reducen deuda los frutos netos. Pero aquellos gastos que excedan el importe de los frutos obtenidos, no se encontrarían amparados por esa garantía y pasarían a ser créditos ordinarios, negando la existencia de una anticresis tácita y negando incluso que el reembolso de esas sumas pudiera estar garantizado mediante un derecho de retención⁴⁴⁹.

Lo cierto es que a nosotros nos parece que bien sea por aplicación del art. 1.886/1. 866.2º pº. del CCE, bien lo sea por aplicación del art. 569.4 del CCCat, o bien por la del art. 1.730 del CCE, el anticresista dispondrá de un derecho de retención sobre el inmueble con los efectos que en cada legislación se atribuye a esa facultad.

No nos parece sin embargo sostenible la opción de defender que el saldo deudor que resulte de la explotación pase a incrementar un mayor saldo deudor en la deuda instrumentada mediante la anticresis. Cuando se constituye ésta se establece por un importe determinado y por sus intereses, y de la misma forma que la ley hipotecaria determina expresamente que la hipoteca garantiza solo el principal y los intereses de dos anualidades (art. 114 LH) `pues de esa misma forma tampoco puede pensarse que cabe aumentar el importe de la deuda que debe ser satisfecha mediante la anticresis constituida. Otra cosa es que pueda resultar de aplicación como nueva deuda bien el art. 569.4 CCCat o bien el *pignus gordiano*, y a estos efectos el art. el art.1.886 CCE remite expresamente al art. 1.866 para el aseguramiento de nuevas deudas por lo que si el legislador tuvo esa previsión para *todas* las nuevas deudas, no entendemos por qué, de entre éstas, habría que excepcionar las que se refieran a los gastos asumidos en la gestión del inmueble. Si el legislador la hubiera querido excepcionar, lo hubiera hecho expresamente.

⁴⁴⁹Ibidem pág., 178.

7.4.3.-Resultado negativo de la explotación, en finca cedida por tercero.

Cuanto hemos dejado establecido referido a contribuciones, cargas y gastos, debe ser de nuevo planteado cuando la finca cedida en anticresis no pertenece al deudor sino a un tercero.

Las obligaciones de anticipo que corresponden al acreedor no presentan duda alguna puesto que se mantienen intactas. Las dudas aparecen respecto de la determinación de qué ocurre con las deudas que se generan por esos conceptos.

El acreedor, parece claro, deberá soportar el anticipo de contribuciones, cargas y gastos según ha quedado ya establecido y podrá igualmente recuperarlos de los frutos brutos obtenidos, antes de ser aplicado el remanente al pago de intereses y capital. ¿Pero qué sucede cuando ese resultado es negativo y no alcanza a cubrir el importe de los nuevos gastos? ¿quién será el responsable de su abono?.

Si procedemos a separar esos anticipos en razón de la causa de su origen, parece que no admite duda que todos aquellos que tengan su razón de ser en la propia finca, contribuciones, cargas, o gastos de conservación y/o mantenimiento, deberán ser soportados por la propiedad, puesto que como hemos señalado más arriba el único sentido que tiene la obligación legal de que el acreedor anticrético deba adelantar esos gastos que afectan a la finca, es que toda vez que los frutos los obtiene ese propio acreedor sea él mismo quien proceda a gestionar su pago como un acto más de administración de la finca, pero queda claro también que estos gastos en su última instancia –para el caso en que los frutos resulten insuficientes- no los deberá soportar el acreedor sino que deberán ser soportados por el propietario del inmueble. Y si no le son reembolsados podrá el anticresista retener la finca al propietario.

Respecto de los gastos de gestión de la finca, es decir, cosecha, recolección, venta, etc., cuando el resultado sea negativo pensamos que la solución debe ser la misma, pues el efecto jurídico que se produce cuando un propietario no deudor cede su inmueble en anticresis para garantizar una deuda ajena, es que se están cediendo los frutos netos que esta finca sea capaz de producir, y para su obtención entrega la posesión de la finca al acreedor quien pasará a

administrarla no en nombre del deudor sino en nombre del propietario, y de ahí que la rendición de cuentas de la explotación y administración deban ser ofrecidas a la propiedad, y como tal administrador podrá reclamar a la propiedad los importe invertidos y perdidos en la cosecha, al amparo del art.1.728 del CCE, y de no ser reembolsado también aparecerá en su favor un derecho a la retención del inmueble. (art. 1.730 CCE).

Entendemos que es una solución común tanto para la anticresis española como para la catalana, por cuanto si bien en ambas está expresamente admitida la posibilidad de que sea un tercero, propietario-no deudor, quien constituya la anticresis (art. 1.886/ 1.857 último párrafo del CCE; y art. 569.25.1 y 569.14 del CCCat), en ninguno de ambos códigos se regulan las relaciones que a partir de ese momento también se producirán entre ese propietario y el acreedor anticrético. Y dada esa falta de regulación, y siendo el anticresista un administrador de la finca, le resulta de aplicación lo dispuesto en el CCE para el mandato.

8.- LA RENDICIÓN DE CUENTAS.

8.1.- LA OBLIGACIÓN DE RENDIR CUENTAS

La aplicación de los frutos al pago de la deuda deberá conllevar, desde luego, la obligación de rendir cuentas⁴⁵⁰.

La obligación de rendir cuentas parece formar parte de la propia naturaleza del contrato de anticresis⁴⁵¹, especialmente cuando estamos ante la anticresis de amortización y no de compensación, pues resulta impensable que acreedor y deudor vayan reduciendo el importe de la deuda mediante la aplicación de los frutos percibidos, y sin que el deudor pueda manifestar su conformidad o no sobre la aplicación efectuada y su valoración. Nos parece pues que no sólo forma parte de la propia naturaleza del contrato sino que además sería una de las obligaciones básicas a las que debiera hacer frente el acreedor anticrético⁴⁵². Sin embargo sorprende enormemente que ni el CCE ni el CCCat regulen forma detallada esa obligación, de hecho el CCE ni la recoge y el CCCat, recogiénola, entendemos que lo hace de forma no muy acertada.

La rendición de cuentas aparece como necesaria cuando la función jurídica y económica de la institución comienza a modificarse, fruto, probablemente, de la prohibición canónica del préstamo con interés; así parece surgir como

⁴⁵⁰ ÁLVAREZ CAPEROCHIPPI, J.A., ob., cit., pág., 219: “La obligación de rendir cuentas es de orden público en todo supuesto de administración de cosa ajena”.

⁴⁵¹SCAEVOLA, M. ob., cit., pág., 567: “Nada dice el código sobre el derecho de fiscalización del deudor anticrético, pero esta facultad hay que considerarla incrustada en la propia médula de la institución que estudiamos”.

CORDERO LOBATO, E. loc., cit., pág., 2.135: “Aunque nada prevé el precepto el acreedor anticrético está obligado a realizar la oportuna rendición de cuentas, sin lo cual no será posible determinar la cantidad imputable al pago de intereses y, en su caso al principal asignado.”

⁴⁵²O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., considera inexcusable la obligación de rendir cuentas. ob., cit., pág., 353. “ (...) se hace imprescindible una redición de cuentas como comprobación de los abonos y de los gastos, es decir, no tanto como obligación independiente sino como medio de comprobar si las referidas obligaciones y derechos se cumplieron debidamente”,

consecuencia de intentar controlar la usura en aquellos contratos de anticresis no sobre deudas de dinero sino sobre deudas de rentas o en especie. POTHIER⁴⁵³, citando el tratado de Layseau⁴⁵⁴, evidencia que el contrato de anticresis no se encontraba admitido en Francia incluso para el supuesto en que las deudas estuvieran convenidas en especie, pues en atención al Edicto del Rey Carlos IX en 1565 se ordenó que las rentas creadas en trigo fueran conmutadas a deudas de dinero, de forma que cuando los rendimientos resultaren a todas luces superiores al interés legal, siempre le será admitido al deudor que pueda solicitar a su acreedor, cuentas de los frutos y rendimientos de la hacienda.

Es por esta necesidad de evitar los contratos usurarios, bien sea por percepción de intereses cuando estos estaban enteramente prohibidos bien sea por ocultar intereses manifiestamente excesivos⁴⁵⁵ respecto de la tasa de interés legal, que el objeto del contrato de anticresis pasa de ser compensativo a extintivo y aparece en su consecuencia la necesidad y el deber de la rendición de cuentas.

Curiosamente sin embargo esta obligación ni se formuló expresamente en los códigos primitivos ni mucho menos –lógicamente- se previó cómo debía instrumentarse tal rendición, sólo ahora en el nuevo CCCat viene a recogerse expresamente la facultad del propietario del bien dado en anticresis a solicitar la rendición de cuentas⁴⁵⁶.

Nos encontramos que ni el CCE ni el CCCat prevén en su regulación el procedimiento para la solicitud de rendición de cuentas, algo que por otro lado y como decimos ningún autor niega, y que al amparo de los art. 1.258 y 7 del CCE, y 111-7 del CCCat, resulta exigible por la propia finalidad liquidatoria del contrato. De hecho se debiera entender que la obligación de rendir cuentas no procede tanto del carácter anticrético de la relación, sino, como señalábamos

⁴⁵³POTHIER, ROBERT JOSEPH. *Traité des Personnes et des Choses*. Tomo V. Edit. Pichon-Bechet. Paris 1.927. Pág., 598.

⁴⁵⁴LAYSEAU. *Traité de la distinction des rentes*. Citado por Pothier, según nota anterior.

⁴⁵⁵ BADOSA COLL, F. ob., cit., pág., 760.

⁴⁵⁶ Tampoco en la modificación introducida en el CC Francés de 2006, ha venido a regularse de forma expresa la obligación de la rendición de cuentas.

más arriba, de la obligación de aplicar los frutos al pago de los intereses y de la deuda, pues el acreedor anticrético adquiere el derecho a percibir los frutos con una finalidad que es la aplicación de los mismos al pago de la deuda. La rendición de cuentas se encontraría exclusivamente ligada a esa obligación.

En la *verdadera anticresis*⁴⁵⁷ (que hoy en día ha pasado a ser una subespecie de la anticresis puesto que la anticresis fundamentalmente recogida y regulada en los códigos es la anticresis de amortización), en tanto que se ceden la totalidad de los frutos, en globo, con un manifiesto contenido aleatorio, no se da, ni se daba en su origen, esa rendición de cuentas; sin embargo no es ésta una postura absolutamente pacífica, pese a que la generalidad de los autores vienen a negar que en la anticresis compensatoria deban rendirse cuentas⁴⁵⁸, también los hay que sostienen la inexcusable obligatoriedad de la rendición de cuentas puesto que con ello no solamente se cumple con una función liquidatoria⁴⁵⁹, posición que nosotros venimos a compartir.

Nos parece evidente que entre la anticresis extintiva y la compensatoria el contenido de la rendición de cuentas será diferente, pero nada deberá impedir que en la compensatoria el propietario del inmueble pueda controlar si efectivamente el goce o uso de la finca se ajusta a su destino económico, ni nada permite que el acreedor anticrético pueda deteriorar la explotación del inmueble encontrándose liberado de dar cuentas de ese uso.

⁴⁵⁷*Verdadera anticresis*, en los términos utilizados por HERNÁNDEZ MORENO según hemos visto más arriba.

⁴⁵⁸ Así BATLLE VÁZQUEZ, M. loc., cit., pág., 702. GUILARTE ZAPATERO, V. loc., cit., pág., 676. para la anticresis del CCE. Igualmente ALBALADEJO GARCÍA, M. ob., cit., pág., 273. CARRASCO PERERA, A Y CARRETERO GARCÍA, A. loc., cit., pág., 29. ANDERSON, M. loc., cit., pág., 142. para la anticresis en el CCCat.

⁴⁵⁹ Para ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A. ob., cit., págs., 219 y 220, la obligación de rendición de cuentas es de orden público en todo supuesto de administración de cosa ajena; y, añade, la anticresis compensativa no exime del deber de rendición de cuentas, y del derecho del titular del bien inmueble de aseguramiento y control de la administración por el acreedor (devastación)

No nos parece razonable, ni existe soporte legal alguno que lo pueda justificar, que aquel quien recibe una finca perfectamente organizada y en disposición de producir frutos (v. gr. explotación agraria) y que la recibe en pacto compensatorio y no de amortización, pueda abandonar o disminuir gravemente la explotación, al socaire de que la pérdida de rendimiento sólo a él le perjudica, y sin que el propietario de esa finca pueda exigirle cuentas de la administración presente que obviamente puede perjudicar rendimientos y administraciones futuras.

8.2.- LOS SUJETOS DE LA RENDICIÓN.

Como decíamos el CCCat prevé de forma expresa, en el apartado 4 de su art. 569.25, la posibilidad de que el propietario de la finca gravada pueda exigir, al acreedor o al tercer poseedor de la finca, la rendición anual de cuentas de su gestión. Ciertamente se trata de una redacción un tanto imprecisa, cuando menos así nos lo parece, puesto que únicamente legitima al propietario del inmueble, solo a ese propietario, a exigir la rendición de cuentas de los frutos obtenidos mediante la finca entregada en anticresis, y no puede olvidarse que en esta situación podemos encontrarnos con dos sujetos que pueden ser distintos : uno es el deudor propiamente dicho y otro será el propietario del inmueble, figuras que habitualmente resultarán coincidentes pero que el propio Libro V prevé que puedan no serlo (569.24.1.a)).

La anticresis como derecho de garantía, puede haber sido constituida por un propietario no deudor y tan solo garante de la deuda de un tercero (arts., 1.857 del CCE al que nos remite el art. 1.886; y art. 569.24.1 del CCCat). De hecho incluso el derecho de anticresis pudiera estar constituido por el titular de un derecho real de goce no propietario pero que en méritos del cual resultase ser titular del *ius fruendi* de un inmueble, por lo que con la literalidad del 569.25.4 pudiera quedar excluido este titular de la solicitud de rendición de cuentas. No parece difícil extender el concepto de *propietario*, utilizado en ese párrafo, al titular de cualquier otro derecho real de goce, interpretando que cuando ese precepto utiliza ese término no está excluyendo a estos otros supuestos de titularidad real de derechos de goce, lo que además carecería de todo sentido.

Desde luego no puede entenderse que en el término *propietario* esté incluido el *deudor-no propietario*. Puede pensarse que la ley utiliza el concepto de *propietario* como equivalente al de *titular*, pero si el deudor no es titular de ningún derecho sobre el inmueble, si fue un tercero quien constituyó la anticresis en interés de un deudor-no titular, ese deudor desde luego no está referido en el término *propietario* utilizado por la ley. Aunque tampoco significa ello que quede excluido de la posibilidad de exigir la rendición de cuentas, puesto que como decíamos debe dejarse establecido que esa rendición forma parte de las propias obligaciones naturales de este derecho.

Por ello pues podemos considerar imprecisa la redacción de ese art. 569.25.4, por cuanto habiéndose previsto expresamente la posibilidad de solicitar al acreedor o al tercer poseedor la rendición de cuentas, la legitimación para solicitarla hubiera podido extenderse expresamente tanto al propietario como al deudor no propietario, quien desde luego es el primer interesado, en tanto que sujeto pasivo de la relación obligatoria, en conocer en qué medida han podido o no cubrirse los intereses de la deuda o amortizar, total o parcialmente, el capital.

Lo cierto es que nos parece que la previsión que se hace en el art. 569.25.4, es un supuesto nuevo. Creemos que esa formulación no viene a recoger la obligación a rendirse cuentas entre acreedor y deudor y que es obligación natural de la anticresis, sino que mediante esa previsión legal se está legitimando a solicitar la rendición de cuentas y obligando a rendirlas a otros agentes intervinientes y distintos del propio acreedor y deudor. Así no sólo se faculta al propietario del inmueble (que puede no ser deudor) a exigir las cuentas y se obliga a rendirlas al poseedor material de ese inmueble (que puede no ser el acreedor), sino que además la rendición de cuentas que en ese precepto se contempla se orienta a la gestión, a la buena administración, no tanto a las labores de contabilidad y liquidación o determinación del saldo de la propia deuda.

La redacción del párrafo al que estamos aludiendo dice textualmente, *los propietarios de la finca gravada pueden exigir a los acreedores o a la tercera persona que la posea la rendición anual de cuentas de su gestión*, por ello pensamos que en esa rendición de cuentas no se está contemplando la relación

obligatoria que da origen al contrato, puesto que esa rendición determinante del saldo es esencia misma del derecho y quizás no precisa ser expresamente reconocida en precepto alguno, sólo así podemos llegar a entender que el deudor haya quedado aparentemente marginado del supuesto contemplado en el precepto.

Contemplar expresamente el supuesto de rendición de la gestión y no hacer referencia a la rendición de cuentas entre acreedor y deudor, o no hacer referencia a rendición de cuentas de ningún tipo como ocurre en el CCE, nos parece que es una deficiencia de la propia regulación toda vez que esta rendición forma parte de las propias obligaciones naturales que surgen con ocasión de la celebración de este contrato, y siendo el Libro V del CCCat un nuevo texto con una regulación evidentemente mucho más actualizada hubiera o debiera haberse podido contemplar de forma expresa.

La facultad se establece para que el propietario de la finca, sea o no el deudor, y en su condición de tal propietario pueda hacer un seguimiento de la gestión de ese inmueble. Y si parece bastante evidente que el propietario, como tal, pueda velar sobre la gestión de su inmueble, debe hacernos reflexionar sin embargo quién es el señalado como persona obligada a rendir cuentas de esa gestión, y que el CCat determina que debe ser *cualquier persona que la posea*.

8.2.1. -El tercer poseedor de la finca y la rendición de cuentas.

8.2.1.1.- La condición jurídica del tercer poseedor.

Si releemos el art. 569-24 CCCat observamos que la anticresis requiere la entrega de la posesión de la finca al acreedor o a un tercero poseedor, pues bien la pregunta que debemos formularnos surge cuando esa posesión efectivamente es entregada a un tercer poseedor, puesto que en ese caso ese tercer poseedor que posee la finca ¿ la posee por sí mismo o la posee en nombre del acreedor anticrético, o directamente en nombre de la propiedad?. La trascendencia de la pregunta radica en que si sostenemos que la posee por sí mismo, los frutos le pertenecerán a él con la obligación de aplicarlos al pago de la deuda, pero

estaríamos introduciendo un nuevo obligado en la relación obligatoria originaria. Si sostenemos que la posee en nombre del propietario, los frutos pertenecerán a este y no existirá el *ius percipiendi* al que hace referencia la propia definición legal de anticresis; y si ese tercero posee en nombre del acreedor anticrético, ¿para qué se exige entonces el consentimiento de la propiedad?

El art. 569-23 parece claro en su redacción, puesto que establece que mediante el derecho de anticresis el acreedor tiene la facultad de poseer un bien inmueble, por si mismo o mediante tercera persona, por lo que a tenor de ese precepto que –recordémoslo– es el que nos da la definición legal del derecho de anticresis, la posesión del bien, real o instrumental, siempre será del acreedor.

Sin embargo el art. 569.25.4 no parece entenderlo así, puesto que obliga al titular del derecho de anticresis, por tanto al acreedor si aceptamos lo establecido en el art. 569.23, a administrar el bien con la diligencia necesaria; ahora bien para controlar si esa administración resulta o no adecuada, faculta *a la propiedad* de ese bien a solicitar la rendición de cuentas al poseedor material.

Esa posibilidad de solicitar la rendición de cuentas de la gestión al tercer poseedor pensamos que se encuentra mal formulada en el art. 569.25.4 del CCCat, pues no cabe duda que de conformidad con el 569.23 del propio código el poseedor del inmueble dado en anticresis es el acreedor anticrético: *faculta a los acreedores a poseerla, por ellos mismos o por una tercera persona si se ha pactado...* Sin embargo el 569.25.4, dispensa a esa tercera persona el trato de verdadero poseedor: *... o a la tercera persona que la posea*, nos dice literalmente.

Como decíamos, la trascendencia de la cuestión que nos planteamos radica en si debe o no ser considerado ese tercero como verdadero poseedor, puesto que si lo es él será el adquirente de los frutos, con todas las consecuencias que ello conlleva incluso la de negar al acreedor su condición de acreedor anticrético, y si no lo es, ¿cómo puede pedírsele a él la rendición de cuentas?

El tercer poseedor al que se refiere el art. 569.25.4, no parece que pudiera tener un concepto posesorio propio, por lo que se encontraría más próximo a lo que ha venido a llamarse *servidor de la posesión* y, en los términos del propio Libro V del

CCCat, mero detentador de la finca (art. 521.1.2 CCCat)⁴⁶⁰; figura que también puede ser reconocida en el código español(arts., 431 y 432) ⁴⁶¹ entendiéndolo como aquel tenedor de la cosa que reconoce la posesión de otro, no tiene un título que propiamente le legitime para poseer sino una mera tolerancia o autorización y por eso no es poseedor por sí mismo. Es este, entendemos, un supuesto de *possessio alieno nomine* debiéndose admitir que se actúa no en méritos de una relación jurídica de dependencia sino como instrumento de la posesión del dueño, por lo que encontraría su ubicación en el art. 431 del CCE⁴⁶².

El hecho de que aquel quien haya sido designado por la propiedad y por el acreedor anticrético, gestor o administrador del inmueble, tenga un título de carácter contractual con su ordenante, no implica un reconocimiento de un derecho posesorio autónomo, sino que precisamente es el instrumento a través del cual se acredita que su tenencia está plenamente subordinada a aquellos quienes le encomendaron el encargo de gestión.

Exigir la conformidad del propietario constituyente cuando el derecho de anticresis se constituye poniendo en posesión material de la finca a un tercero, sólo puede tener un significado. La asunción de responsabilidad por este mismo propietario.

Nada parece impedir que el acreedor anticrético poseedor de la finca pueda encargar a un tercero, entregándole la posesión material del inmueble, la explotación o gestión de ese inmueble. Incluso puede resultar diligente cuando ese tercero sea un experto. Sin embargo si eso se hace sin el consentimiento del propietario, el responsable de todos los actos de administración y gestión frente a la propiedad lo seguirá siendo el acreedor anticrético y poseedor del inmueble, por el contrario si al tiempo de ceder la explotación del inmueble a un tercero

⁴⁶⁰ ROCA I TRIAS, E. ob., cit., pág., 72.

⁴⁶¹ DÍEZ PICAZO, L. ob., cit., pág., 651.

⁴⁶²Ibídem pág., 650.

consta la voluntad expresa de la propiedad, entonces todos los riesgos por los actos de administración y gestión recaerán directamente sobre esa propiedad.

Ese desplazamiento de la responsabilidad no tendría lugar en el CCE, en donde entendemos que el acreedor anticrético también puede ceder a un tercero la administración del inmueble, pero ese tercero siempre se comportará como mandatario de dicho acreedor y por ello frente al propietario del inmueble conservará siempre y de forma íntegra su responsabilidad sobre la diligencia y buena administración de la finca.

8.2.1.2.- La rendición de cuentas del tercer poseedor.

De esta forma la expresión utilizada en el art. 569.25.4 CCCat: *els propietaris de la finca gravada poden exigir al creditors o a la tercera persona que la posseixen la rendició anual de comptes de llur gestió*, debe ser entendida más como un título de legitimación activa y pasiva en la acción de solicitud de rendición de cuentas, que un verdadero reconocimiento de título posesorio para aquel que fue designado gestor.

De conformidad con el art. 569.24.1 b) del CCCat la cesión de la finca anticrética a un tercero debe hacerse de común acuerdo entre acreedor y constituyente (que puede, o no, ser el deudor), de forma que el encargo de gestión/administración a ese tercero se produce conjuntamente por ambas partes. De ahí obviamente nace una relación obligatoria entre ese tercero/gestor y su mandante, y por ello será a ese ordenante a quien deberá rendir cuentas de su gestión. La legitimación que se recoge en el art. 569.25.4 permite a quien fue constituyente de la anticresis, es decir a quien efectivamente cedía la finca en anticresis, solicitar por si solo la rendición de cuentas por esa gestión.

No dice nada la ley respecto de la posibilidad de que sea el acreedor anticrético-tenedor del inmueble, quien pueda pedir cuentas de la gestión a ese tercero. Sin embargo si estimamos lo que acabamos de indicar, en el sentido de que ese tercero no es un verdadero poseedor sino un servidor de la posesión, y que la

posesión corresponde al propio acreedor anticrético, es obvio que ese tercero se encuentra subordinado al acreedor y por tanto deberá siempre rendirle cuentas.

Desde luego esta relación deudor/tercero-no-deudor pero constituyente o cedente del inmueble /acreedor/ y tercero poseedor-gestor, es una relación mal dibujada por el código catalán, puesto que pudiera llegarse a dar el caso en que se constituyera una anticresis por un constituyente no deudor que entregara la posesión de la finca a un tercero (569.24.1 b): *la transmissió de la possessió de la finca als creditors o a una tercera persona*) y de conformidad con la literalidad del art. 569.25.4 in fine, la rendición de cuentas sería tan solo exigible entre tercer-no deudor y tercero (poseedor)-no acreedor, dos agentes ajenos a la relación obligatoria subyacente. Por ello estimamos que la única interpretación que puede admitir que ese articulado tome sentido es aquella en la que reconoceríamos al término posesión, referido directamente en el art. 569.24.1 b) e indirectamente en el 569.25.4, los efectos del art. 521.2, es decir la mera detentación, la tenencia de la finca con la tolerancia del titular de la posesión que sería el acreedor anticrético.

Y como también señalábamos más arriba si no admitimos esa tesis interpretativa la composición se desarma totalmente, pues si queremos reconocer al tercero como verdadero poseedor ¿cuál sería su concepto posesorio?, pues su posesión se limitará a la gestión del inmueble para la obtención de los frutos para ser aplicados al pago de capital e intereses, y ¿quién percibe los frutos *ab initio*?: si se reconoce la propiedad de esos frutos al propio tercero, habremos creado una relación obligatoria nueva en la que aparecerá un nuevo deudor obligado a imputar unos frutos que percibe al pago de una deuda ajena, pero desde luego al acreedor anticrético (en este caso *presuntamente* anticrético) no se le habrá reconocido como titular de un derecho real ⁴⁶³que como tal quedará limitado al *ius distrahendi*, pues el *ius fruendi* quedaría al margen de esa relación. Y si se estima que el tercero percibe los frutos pero que la propiedad de los mismos,

⁴⁶³ PLANIOL, MARCEL. *Traité Pratique de Droit Civil Français*. Tomo XII. Por Emile Becquí. Edit. LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE. Paris 1.953. 2ª Edición. Pág., 347 : No hay pues anticresis si el deudor se reserva el derecho a percibir el mismo los rendimientos para entregarlos al acreedor.

desde el mismo instante de su separación pertenecen al acreedor anticrético⁴⁶⁴ (ésta sería nuestra opinión), entonces qué poseedor es ese quien se limita a administrar la obtención de esos frutos. ¿Qué otro concepto posesorio encontraríamos en su posesión?. Estimamos que en ese caso habrá que concluir que sería el de tenedor al que se refiere el art. 521.2 del CCCat⁴⁶⁵.

8.3.- RENDICIÓN DE CUENTAS DE ADMINISTRACIÓN Y DE LIQUIDACIÓN.

La previsión del art. 569.25.4, no se encuentra establecida para regular la rendición de cuentas o liquidación de la relación obligatoria, sino que se encuentra exclusivamente dirigida a establecer un mecanismo de control por la propiedad de la finca sobre la gestión de la explotación natural o económica de la misma, y que además ese deber de rendir cuentas de la gestión (que naturalmente *ab initio* corresponde al acreedor anticrético como titular del derecho de anticresis y por ello como primer obligado a prestar o a hacer que se preste la diligencia suficiente en esa explotación) también al poseedor material del inmueble, aunque esté poseyendo como instrumento del titular del derecho.

Varias son las razones que concurren para entender que la rendición de cuentas del art. 569.25.4 deba ir dirigida al tenedor material de la finca, así por ejemplo la necesidad de que se continúe explotando con arreglo a su naturaleza; la necesidad de que se explote con el ánimo de obtener el máximo rendimiento posible; la necesidad de determinar cuál ha sido en cada anualidad el importe neto obtenido con esa explotación, etc., pero todo eso es cosa distinta respecto de la obligación del acreedor anticrético de imputar los resultados de esa explotación al pago de intereses y capital de la deuda, acto de liquidación económica separable de lo que sería la propia administración del bien dado en anticresis.

⁴⁶⁴ SANTOS BRIZ, J., ob., cit., pág., 469.

⁴⁶⁵ PLANIOL, M. ob., cit., pág., 346. La entrega de la posesión del inmueble al anticresista es elemento esencial para la existencia misma del derecho, el acreedor detentará el inmueble por sí mismo o por un tercero, convenido.

Por ello habrá que concluir que en el ámbito de la anticresis, se presenta dos situaciones que resultando próximas, son verdaderamente independiente: la rendición de cuentas de la gestión y administración del inmueble, y la propia liquidación económica que afecta a la vida misma de la relación obligatoria.

Esta dualidad no se presenta en el CCE porque este texto no contempla la posibilidad de que la anticresis *se constituya* poniendo el bien en posesión de un tercero (contempla efectivamente que un tercero pueda ofrecer su inmueble en anticresis, pero no que la anticresis quede constituida poniendo la finca en posesión de un tercero), por lo que siempre será el acreedor anticrético quien tendrá la doble condición de explotar económicamente el inmueble, y por ello el deber de justificar esa explotación, y la obligación de imputar los frutos al pago de la obligación y practicar la oportuna liquidación.

Ninguno de ambos códigos destina precepto alguno a regular cómo debe instrumentarse ni la rendición de cuentas de la gestión o administración, ni la liquidación de aplicación al pago propiamente dicha, pero a título ilustrativo de la diferencia conceptual entre ambas, esto queda bien instrumentado en la LEC en sus arts., 676 a 680 regulador de *la administración para pago* y en sus arts., 718 y ss., reguladores de *la liquidación de frutos y rentas*, procedimientos que deberán seguirse, según reza el art. 712 *para determinar el saldo resultante de la rendición de cuentas de una administración*.

En este extremo la diferencia entre el CCE y el CCCat radicaría en que en el CCCat la anticresis que se constituye con entrega del bien a un tercero y mediando la autorización del titular del inmueble, crea, al margen de la relación obligatoria entre acreedor y deudor, una nueva relación jurídica *paralela* en la que se encontrarán de una forma u otra vinculados propietario constituyente (que puede o no ser el deudor), el tercer poseedor material y el acreedor, de manera que el propietario cedente siempre tendrá una acción contractual ante el tercer detentador.

Por el contrario en el CCE aun pudiéndose admitir que el acreedor anticresista se sirva de un tercero para la mejor explotación de la finca, la relación contractual será siempre propietario constituyente/acreedor anticrético.

Está claro, concluyendo, que la rendición de cuentas de la gestión y administración del bien, y la rendición liquidatoria subsiguiente son dos actos enteramente separables, y que ninguno de los códigos regula expresamente la rendición de cuentas liquidatoria de la deuda, por ser elemento natural del propio derecho, y que el CCCat sí hace una somera referencia a la rendición de cuentas en la administración del bien. Actos de rendición que resultarán simultáneos, en el derecho civil español y también en el catalán, cuando en éste el acreedor anticrético sea el responsable directo de la explotación económica del inmueble, pero que podrán ser separados cuando esa explotación, por común acuerdo de las partes, haya sido atribuida a un tercer poseedor. Y en este caso no puede obviarse la cuestión de la *responsabilidad*. ¿Quién asume la responsabilidad de la correcta explotación del inmueble y cuáles son sus consecuencias?, porque bien está que pueda exigirse la rendición de cuentas a uno y a otro, pero ¿con qué efectos en los supuestos de disconformidad?

8.3.1.- Rendición de cuentas relativa a la gestión y administración del inmueble.

Según hemos venido defendiendo el derecho a los frutos es esencia del derecho de anticresis, pero la percepción de esos frutos no puede ser vista sólo como un derecho del acreedor sino que simultáneamente constituye un deber que se impone al acreedor, deber explícitamente impuesto en el art. 569.25.4 CCCat e implícitamente entendido en el CCE⁴⁶⁶.

El CCCat exige al titular del derecho de anticresis *la diligencia necesaria para obtener el máximo rendimiento posible*, pero como ya hemos señalado anteriormente ese *máximo rendimiento posible* debe ser entendido en el uso que el deudor y el acreedor hayan mutuamente convenido al tiempo de constituir la anticresis, o en el uso que previamente hubiese sido ya predeterminado por la propiedad o en su caso con arreglo a su propia naturaleza. No le estaría

⁴⁶⁶ ARNAU RAVENTÓS, L. loc., cit., pág., 86

permitido al acreedor anticrético cambiar o modificar el destino económico del inmueble so pretexto de perseguir el *máximo rendimiento posible*.

Contrastemos de nuevo que la obligación de una administración diligente para la obtención del máximo rendimiento posible le es exigida al derecho de anticresis, es decir al acreedor, mientras que la rendición de cuentas por esa administración, en el CCCat, podrá serle solicitada no sólo a ese acreedor sino también a quien posea materialmente, pero siendo responsable último de esa administración dicho acreedor anticrético.

La diligencia exigida será la de un buen administrador, pero el alcance estimamos nosotros que deberá ser la de un buen padre de familia⁴⁶⁷, pues salvo los supuestos en que concurra que el acreedor anticrético es además un profesional del sector al que está afecto el destino económico del inmueble, en todos los demás casos aquel quien recibe el inmueble para adquirir sus frutos puede no tener conocimientos especiales para su explotación por lo que creemos que sólo le será exigible la diligencia media del buen padre de familia.

Sorprende sin embargo la falta de regulación expresa de las consecuencias que pueden producirse ante el incumplimiento, bien por faltar el nivel de diligencia exigible o bien ante la falta de obtención de frutos⁴⁶⁸. Sorprende además, enormemente, porque a la vista de las cuestiones planteadas en los trabajos preparatorios del Libro quinto del CCCat y dentro de las pocas líneas que se dedican a la figura de la anticresis, tienen especial significación las destinadas a referirse tanto *a la administración para pago* como los criterios que debieran ser seguidos en la administración, señalándose que esa administración deberá ser

⁴⁶⁷ En sentido contrario opina AMAT LLARÍ, M^a EULALIA, en el capítulo destinado a la anticresis en *Institucions del Dret Civil de Catalunya*. Volum IV. Puig Ferriol, LL y Roca Trias, pág., 833.

⁴⁶⁸ En este sentido son de ver las reflexiones que se plantea ANDERSON, M., en loc., cit., pág., 140, quien se pregunta cuáles serían las consecuencias del incumplimiento de este deber de administración.

atendida en los términos que las partes hubieran convenido y a falta de ello de conformidad con la costumbre del país⁴⁶⁹.

Recogiéndose estas reflexiones en los trabajos preparatorios, sin embargo en el texto definitivo no se destina ninguna línea a determinar el alcance de esa administración, ni las consecuencias o la responsabilidad por su incumplimiento⁴⁷⁰.

Como venimos señalando la obligación de rendir cuentas forma parte de la propia naturaleza de la obligación, pero en disposición alguna encontramos ninguna referencia a la forma en que esta rendición deberá ser prestada, ni a qué criterios deberá someterse la actividad del acreedor anticrético. No podemos olvidar que el acreedor anticrético posee y utiliza el bien inmueble recibido por un derecho propio, que además hemos convenido en calificarlo como derecho real, de tal forma que en el uso de este derecho asumirá como propia la dirección económica de la explotación del inmueble y será él quien adopte las decisiones que estime oportunas para conseguir el máximo rendimiento de la finca, pero ello no significa que en última instancia el deudor/propietario no pueda oponerse a la toma de determinadas decisiones que puedan perjudicar el destino económico de la finca⁴⁷¹.

Es decir el anticresista es autónomo para la toma de decisiones, pero de ellas deberá rendir cuentas y responder de sus consecuencias, y si resultan manifiestamente inapropiadas el deudor podrá desde luego solicitar el auxilio judicial para impedir su consumación.

El acreedor anticrético asume la obligación de administrar el bien de forma que obtenga el máximo rendimiento posible, de no hacerlo o de hacerlo de forma poco diligente responderá por incumplimiento de sus obligaciones, de tal manera que

⁴⁶⁹OBSERVATORI DE DRET PRIVAT DE CATALUNYA. SECCIÓ DE DRET PATRIMONIAL. *Treballs Preparatoris del Llibre Cinquè del Codi Civil de Catalunya. Els Drets Reals*. Edita: Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia i interior. Barcelona. 2003

⁴⁷⁰DEL POZO CARRASCOSA, P y TORMO SANTONJA, M, loc., cit., ,pág., 1.914.

⁴⁷¹ SCAEVOLA, M. ob., cit., ,pág., 567.

cuando deba rendir cuentas, éstas deberán ir dirigidas a su finalidad liquidatoria, pero resulta consustancial a ese rendimiento el examen de los frutos obtenidos, de su procedencia (explotación directa, arrendamiento, etc.) así como de su oportunidad (qué tipo de plantación, su conformidad o adecuación al destino económico o a la naturaleza del inmueble, etc.), extremos todos ellos respecto de los que el deudor prestará o no su conformidad, pero lo que no podrá hacer ni pretender es entrar a enjuiciar la gestión o el uso particular (dentro de su destino económico) de la finca, puesto que eso supondría limitar el derecho de anticresis a la estricta obtención de frutos y con arreglo a los criterios del propietario del inmueble como si el acreedor fuera en un mero mandatario del deudor, lo que desde luego es una interpretación del contrato muchísimo más estricta que el concepto más amplio de uso y goce que nos ofrece el art. 1.881 del CCE o el 569-23 del CCCat, todo y que entonces carece de sentido la autorización del art. 569.25.4 que faculta al propietario del inmueble a solicitar la rendición de cuentas al poseedor, pues lo que resulta seguro es que ese propietario (propietario no deudor, puesto que en otro caso la ley no se referiría a él como *propietario* sino como *deudor*) no tiene interés alguno en la finalidad liquidatoria de esa rendición de cuentas, sino que su interés se limita al conocimiento de la explotación propiamente dicha. Probablemente, en esta ocasión, hubiera resultado más apropiado utilizar la expresión *dar cuenta*, en lugar de la de *rendir cuenta*⁴⁷².

⁴⁷²OSSORIO MORALES, JUAN. *Manual de Sucesión Testada*. Edit. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1957, pág., 454. Sobre si las expresiones *dar cuenta* y *rendir cuenta*, significan o no lo mismo, existe un nada pacífico debate. En este caso nos acogeríamos a la interpretación que nos ofrece OSSORIO quien sostiene que “ Conviene no perder de vista que en el caso normal de herederos determinados, el albacea no tiene que rendir cuentas sino simplemente dar cuenta de su encargo a los herederos, lo cual es ciertamente distinto, como ha destacado la jurisprudencia en sentencia de 4 de Enero de 1.911 y 7 de Enero de 1.942. Y es lógico que así sea pues, según hemos visto, el albacea tipo no administra los bienes hereditarios ni tiene sobre ellos poder de disposición (sin intervención de los herederos) y, por tanto, no tendría sentido exigirle una verdadera rendición de cuentas como la que debe realizar todo el que administra o gestiona por sí intereses ajenos, lo único que tiene que hacer inexcusablemente es dar cuenta del encargo, o sea, dar a conocer a los herederos la forma en que ha cumplido la misión”.

Y en el mismo sentido LACRUZ BERDEJO, JL. *Elementos de derecho civil. Derecho de Sucesiones*. 5ª Edición. Edit.: José Mª Bosch Editor S.A. Barcelona.1993. Tomo V, pág., 345.

Constituido el derecho de anticresis como derecho real, éste toma absoluta independencia. Todo ello, resulta claro, con los límites que le vienen impuestos a ese titular anticrético de conservación y mantenimiento del inmueble, y de sujetarse en la explotación de ese inmueble a su propio destino económico o naturaleza.

La rendición de cuentas deberá pues ir dirigida a la comprobación o a contrastar que efectivamente el resultado económico obtenido y declarado por el acreedor poseedor del inmueble es el que realmente se debe haber obtenido y no otro, tendrá un contenido fundamentalmente liquidatorio⁴⁷³.

8.3.2.- Rendición de cuentas de liquidación.

Rendir cuentas sobre la liquidación de la relación obligatoria pasa a ser elemento natural de la anticresis, pues como ya hemos señalado el paso de la anticresis compensatoria a la imputación de pagos obliga desde luego a que el acreedor anticrético no sólo determine el resultado de las percepciones, sino que además deberán valorarse y contabilizarse todas las utilidades y los rendimientos obtenidos con arreglo al destino a naturaleza del inmueble, también por ello las propias utilidades que el acreedor anticrético haya obtenido por el uso propio y directo del bien recibido en anticresis⁴⁷⁴.

La necesidad de proceder a la imputación de los frutos y rendimientos, que deberá realizar el acreedor mediante su valoración es algo que deberá hacerse entre las partes, a falta de pacto expreso, con carácter anual⁴⁷⁵. Es esto algo

Sin embargo sostiene la posición absolutamente contraria, ALBALADEJO, M, en "Comentarios al art. 907 del CCE". *Comentarios al Código Civil*. Editorial EDERSA, Madrid. Tomo XII. Pág., 299, en donde concluye que dar cuenta significa realmente rendir cuentas.

⁴⁷³ Como señala HERNÁNDEZ MORENO, A. loc., cit., pág., 1.930, se tratará de operaciones de carácter contable.

⁴⁷⁴ BADOSA COLL, F. ob., cit., pág., 762.

⁴⁷⁵ BATLLE VÁZQUEZ, M. loc., cit., pág., 702.

unánimemente aceptado por la generalidad de los autores, respecto de lo que cabe plantearse si tratándose de frutos, cuando en un mismo año sea posible la obtención de dos o más cosechas debiera ser contemplada la pertinencia de poder solicitar la rendición de cuentas al término de cada una de ellas, puesto que no estando legalmente determinada el procedimiento de rendición está claro que esa obligación queda establecida por formar parte de las propias obligaciones naturales del contrato de anticresis, y la finalidad de esa rendición no es sólo de liquidación sino también de administración. Si fuera sólo de liquidación, toda vez que para el cálculo de los intereses debemos sujetarnos al ciclo económico anual, la rendición obviamente debiera ser anual; pero conteniendo una rendición de cuentas sobre la gestión, insistimos para aquellos supuestos en que en una misma anualidad puedan obtenerse dos o más cosechas, ¿sería admisible la exigencia de rendirse cuentas al término de cada una de ellas?. Y lo cierto es que nos parece que como pacto entre las partes, desde luego; pero a falta de pacto creemos que siendo lo usual rendir cuentas de forma anual, este criterio debe imponerse. En otro caso entraríamos en la contemplación de un sinfín de supuestos (fincas con una sola cosecha, otras con varias, otras con cosechas de distintos frutos: unos anuales y otros no, etc.), que haría imposible establecer una regla común.

Desde luego el juego de la valoración/imputación recuerda mucho lo dispuesto en el art. 1.172 del CCE⁴⁷⁶, de forma que aquietándose el deudor a la liquidación presentada por el acreedor, parece que se produce la extinción total o parcial de la relación obligatoria; y que para el supuesto de desacuerdo sobre la valoración o liquidación, no le quedará más remedio a ese deudor que acudir a los tribunales en solicitud de la rendición de cuentas judicial, para lo que deberá acogerse al procedimiento ordinario puesto que si bien la LEC tiene previsto el procedimiento especial de *administración para pago* del art. 676, que no es más que el equivalente a un pacto anticrético para los bienes embargados y entregados en administración judicial, también resulta claro que su aplicabilidad es exclusivamente para este supuesto y no puede hacerse extensiva a otros casos por similares que resulten.

⁴⁷⁶ HERNÁNDEZ MORENO, A. loc., cit., pág., 1.930.

De esta forma y como venimos señalando la rendición de cuentas deberá cumplir con una doble función, la liquidativa de manera que el deudor pueda controlar la veracidad de las aplicaciones e imputaciones efectuadas, y la de gestión mediante la que se somete a control la obligación de administración y conservación que asume el acreedor anticrético.

En cuanto a esa obligación de administración, su contenido viene determinado por el concepto que se atribuya al derecho de anticresis. Así si bien hay autores que entienden que el acreedor anticrético recibe la finca con amplias facultades de goce⁴⁷⁷, otros vienen a entender que tan solo se recibe con facultades de percibir sus frutos o rendimientos y aplicarlos al pago de la deuda⁴⁷⁸.

Como ya hemos señalado esa doble función, en el caso del CCE siempre será rendida por el acreedor anticrético puesto que la institución según ese texto no contempla la posibilidad de que el poseedor sea un tercero (y si lo hay lo sería como poseedor instrumental del acreedor anticrético); en cambio en la anticresis catalana esa doble rendición de cuentas la presentará también el acreedor anticrético, pero en aquellos casos en que las partes hubieran convenido que la finca estuviera en manos de un tercer poseedor, éste deberá rendir cuentas de su administración ante aquel quien se la pida, bien sea el propio acreedor anticrético, bien lo sea el propietario cedente del inmueble.

⁴⁷⁷ En este sentido MORATILLA GALÁN, ISABEL. “ La falta de pago de la deuda en el plazo convenido concede al acreedor anticrético la facultad de pedir el pago de la misma o la venta del inmueble”. RCDI. Noviembre- Diciembre 2006. nº 698. Pág., 2.514, indica que del art. 1.881 parece deducirse que la anticresis se sustancia en la constitución de un derecho de goce amplísimo al acreedor, muy análogo al usufructo.

También ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A., ob., cit., pág., 217 encuentra una cierta analogía con el usufructo del que, sin embargo, detalla sustanciales diferencias.

⁴⁷⁸ BADOSA COLL, F. ob., cit., pág.,762. HERNÁNDEZ MORENO, A. loc., cit., pág., 1.929.

8.4.- DEL PROCEDIMIENTO DE RENDICIÓN DE CUENTAS.

Ninguno de los códigos indica de qué forma deberán rendirse las cuentas, de hecho el CCCat más plantea la rendición de cuentas como una facultad de poder ser exigidas por el deudor o por el propietario del inmueble que como una obligación del acreedor anticrético o del poseedor, parece que el código entienda que éstos deberán rendir cuentas si se les solicita pero no en otro caso.

De todas formas la rendición de cuentas, en términos de liquidación de la deuda, es algo que forma parte de la propia naturaleza de la obligación, sólo a través de esa rendición de cuentas podrá saberse el saldo deudor que presenta la relación obligatoria garantizada.

Los comentarios recogido en los trabajos preparatorios del Libro V del CCCat y en relación a esta cuestión, parecen quererse remitir a la figura de la administración de bienes regulada en la LEC, de la que se dice expresamente que es una aplicación de la anticresis. No puede olvidarse sin embargo, y como ya hemos señalado, que los arts., 679 a 680 de la LEC reguladores de la administración para pago, tienen estricto contenido procesal, es decir, resultan de aplicación exclusivamente dentro del procedimiento de apremio, y aunque ciertamente en ellos se recoge de forma explícita la forma y manera en que deben rendirse cuentas por los administradores de unos bienes ajenos y que se poseen con la finalidad de aplicar sus frutos al pago de la deuda, ni esa administración constituye un verdadero derecho real puesto que procede del embargo judicial de bienes, ni en la anticresis podemos remitirnos directamente a ese proceso de administración, que queda exclusivamente reservado para los supuestos en que ha sido por medio de una resolución judicial mediante la que se han entregado unos bienes en administración.

Por otro lado la obligación de rendir cuentas aparece frecuentemente establecida en el CCE, pero en ningún lugar de ese texto ni para ninguna institución se regula cómo se instrumenta esa rendición de cuentas, ni las formalidades a las

que estará obligado el acreedor⁴⁷⁹. Tampoco la LEC, que regula el procedimiento que debe ser seguido en los supuestos en los que deba determinarse el importe de los frutos, rentas o utilidades o productos de cualquier clase o determinarse el saldo resultante de la rendición de cuentas de una administración, prevé el contenido de dicha rendición de cuentas, limitándose a regular el procedimiento judicial que debe ser seguido (arts., 712 y 718 de la LEC)⁴⁸⁰.

Desde un punto de vista formal el acreedor deberá justificar todos los gastos soportados en la explotación y necesarios para la obtención de los rendimientos, y deberá acreditarlo razonablemente con el detalle exigido y la diligencia de un buen padre de familia y acompañarlo de los documentos justificativos⁴⁸¹, no requerirá pues que se deba llevar la contabilidad propia de un empresario o comerciante, salvo que el propio acreedor tenga la condición de tal y la actividad desarrollada en la explotación resulte coincidente con su propia actividad empresarial.

De esta manera entendemos que el acreedor deberá rendir cuentas de la liquidación presentando explicaciones sobre los frutos obtenidos y su avalúo, sobre los costes y los gastos necesarios para la conservación, ofreciendo de este modo el valor neto obtenido que será el importe imputable a la deuda.

En esta rendición de cuentas el deudor puede estar en desacuerdo en dos extremos diferenciados: su desacuerdo puede recaer sobre el uso que se ha dado

⁴⁷⁹ Es de señalar que incluso la LEC en su art. 673 y ss. sobre la administración para pago, dentro del procedimiento de apremio, no recoge qué extensión, detalle o formalismo deberán darse a estas cuentas.

⁴⁸⁰ Tampoco lo hace en el supuesto de administración por el acreedor de bienes embargados al deudor para el pago de la deuda, procedimiento que se regula en el art. 678 LEC.

⁴⁸¹ ALBALADEJO, M., “La rendición de cuentas en el albaceazgo” RCDI. Nº 468. Septiembre-Octubre 1968. Se apoya en la regulación de la rendición de cuentas en la tutela prevista en el CCE antes de la reforma de 1983, pero entendemos que los criterios son igualmente válidos.

En el ámbito del derecho civil catalán se recoge con cierto detalle el contenido de la obligación de rendición de cuentas en el libro II del CCCat en su art. 222-31 dentro de las obligaciones del tutor en el ejercicio de la tutela.

al inmueble, bien sea propiamente de su explotación (adecuación a su naturaleza o al destino económico) bien con el nivel de rendimientos alcanzado, o puede estar en desacuerdo con la liquidación propiamente dicha, es decir, fundamentalmente, con el avalúo e imputación.

Si su desacuerdo se encuentra referido al uso, en ese caso no estamos propiamente ante un desacuerdo sobre las cuentas sino que sería un desacuerdo relativo al propio ejercicio del derecho, a su extralimitación o mal uso, que en todo caso deberá conducir al deudor, o al tercero propietario del inmueble, a solicitar la extinción o a la remoción de la posesión, según veremos seguidamente.

Si la discrepancia afecta propiamente a la cuenta liquidatoria, esa discrepancia entonces puede desdoblarse en la documentación o soporte contable exhibido, o en las valoraciones efectuadas. En estos casos el deudor insatisfecho con la rendición deberá acudir al auxilio judicial solicitando la adecuada rendición en los tribunales de justicia. No existe sin embargo un procedimiento especial, puesto que el procedimiento previsto en la LEC únicamente resulta aplicable a los supuestos de ejecución y apremio, por lo que deberá acudirse al procedimiento ordinario en vía judicial.

También, del mismo modo, podrá el propio acreedor, acudir a la justicia ordinaria solicitando le sean aprobadas las cuentas que ha rendido y que quizás arbitrariamente el deudor se niega a aprobar. Así parece admitirlo la STS de 5 de Diciembre de 1997 cuando señala que la finalidad de la rendición de cuentas no es otra que fijar el resultado económico de la actividad o de la explotación económica, cuyo resultado económico sólo adquirirá el carácter exigible una vez preste a él su conformidad la parte que ha pedido esa rendición de cuentas, o, en su defecto, *sea aprobado judicialmente*.

8.5.- INCUMPLIMIENTO EN LA ADMINISTRACIÓN.

Por último tampoco en ninguno de ambos códigos se prevén las consecuencias de una administración deficiente, que podrá venir dada porque no se ponga en

absoluto el inmueble en explotación, o porque no se hayan obtenido los frutos esperados debido a la falta de diligencia del acreedor/administrador.

En principio parece claro que una correcta administración es algo que interesa y favorece a ambas partes⁴⁸², pero no por ello ni es impensable que pueda faltar la diligencia suficiente (que como ya hemos señalado debe ser la de un buen padre de familia) ni tampoco que pueda llegarse a producir una situación de absoluto abandono, quizás ocasionado no por mala fe sino por otras circunstancias de fuerza mayor. En todos estos supuestos en los que se incumpliría la obligación de administración para obtener frutos, el acreedor anticrético deberá responder ante el deudor⁴⁸³. Los respectivos códigos no prevén consecuencia alguna, por lo que deberemos acudir al régimen general y ordinario de incumplimiento de las obligaciones para conocer el alcance y las consecuencias de tal incumplimiento.

A nuestro entender cuando el acreedor anticrético no obtenga los frutos esperados debido a su falta de diligencia en la administración, deberá responder por ello⁴⁸⁴ en aplicación de los Arts. 1.101 y 1104 del CCE. No nos parece razonable poder imaginar que el deudor, al amparo del incumplimiento de esa obligación de administrar, pudiera pretender la resolución del derecho de anticresis.

La finalidad de este derecho es asegurar un medio de cobro de los intereses de la deuda (y en su caso del capital) al acreedor, la falta de diligencia en la administración del bien puede hacer que se den por obtenidos aquellos frutos que efectivamente debieran haber sido obtenidos, valorándolos como si realmente hubieran existido y deduciéndolos del importe a pagar por el deudor, pero no se justificaría la pérdida de la garantía. Más aún en el supuesto del derecho civil catalán en donde la garantía conlleva el *ius distrahendi*, y cuyo carácter esencial en la propia configuración del derecho no tendría por qué verse afectado por la falta de diligencia en la administración. El daño que se le puede ocasionar al

⁴⁸² GUILARTE ZAPATERO, V. loc., cit., pág., 646.

⁴⁸³ POTHIER, R J. ob., cit., pág., 618.

⁴⁸⁴ BAUDRY-LACANTINERIE, G. ob., cit., pág., 172

deudor por la falta de obtención de frutos quedaría suficientemente reparado con la aplicación de los efectos del art. 1.101 del CCE.

Cosa distinta es, así nos lo parece, si del comportamiento del acreedor anticrético se deducen actos que puedan afectar al propio inmueble dado en anticresis. Estaríamos refiriéndonos a actos que bien pudieran desmerecer el valor de la finca; bien, sin perjudicar el valor, supusieran una clara desviación del destino económico o de la naturaleza de la misma. En estos supuestos, ¿Cuál sería la posible protección que pudiera tener el deudor propietario del inmueble (por supuesto extensible también al propietario no deudor)?.

Tampoco ni el CCE ni el CCCat prevén en sus respectivas regulaciones de la anticresis, ninguna norma que venga a solucionar esta situación. Sin embargo nos parece que pudiéramos encontrar tres vías legales distintas que nos ofrecerían la solución a la situación que planteamos, tres vías legales diferentes pero en las que en todas ellas se alcanza idéntica respuesta.

Así si tomamos en consideración que de conformidad con ambos códigos la anticresis es un derecho real de garantía, y reconociésemos que en su propia naturaleza jurídica esa función de garantía tiene carácter esencial, tanto el art., 1.870 del CCE (el cual no tiene equivalente en el CCCat, aún cuando los arts. 569.6.2 y 569.19.2 prohíben expresamente al retenedor y al acreedor pignoraticio todo uso de la cosa retenida o pignorada) como el art., 117 de la Ley Hipotecaria y 219 de su Reglamento, reguladores de la acción de devastación para las fincas hipotecadas, prevén todos ellos que en esos supuestos en los que el titular de la prenda use y abuse del bien entregado en prenda, o para el caso de la hipoteca en los supuestos en que el deudor perjudique el inmueble provocando un temor fundado de su pérdida de valor, pues para todos esos supuestos se prevé la posibilidad de solicitar del Juez la puesta del bien en administración judicial⁴⁸⁵ o en depósito⁴⁸⁶, y sin perjuicio de la acción de reclamación de daños.

⁴⁸⁵ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., ob., cit., pág., 220: “Aunque en el código civil expresamente no lo prevé, rige el régimen general de devastación, aplicable a todo supuesto de puesta en administración. El deudor o titular del bien dado en anticresis puede solicitar cuantas medidas cautelares estime pertinentes y en caso de reiterado

Igual solución encontramos si en lugar de proyectar el derecho de anticresis sobre su vertiente de derecho de garantía, hacemos mayor hincapié en su carácter de cesión de derecho de uso, estimando que su naturaleza pudiera encontrarse entre los derechos de goce, y en ese supuesto tanto el art. 561.8 del CCCat., como el art. 520 del CCE, prevén que en el supuesto de abuso o mal uso de la cosa usufructuada podrá el nudo propietario solicitar que se le asigne su administración (CCE) o se constituya una administración judicial (CCCat).

Y por último todo ello estaría en consonancia con lo que también dispone el art. 7.2 del CCE sobre el abuso de derecho y que por ser disposición del Título Preliminar del CCE correspondiendo a la eficacia de las normas jurídicas, resultaría directamente aplicable a ambas figuras anticréticas, de conformidad con el art. 149.1.8 de la CE.

abuso por el acreedor –especialmente en caso de deficiente o errónea administración– pueda solicitar la puesta en administración judicial”.

⁴⁸⁶ ALBALADEJO GARCÍA, M., loc., cit., pág., 273 y BATLLE VÁZQUEZ, M., loc., cit., pág., 702.

9.- DERECHO DE RETENCIÓN Y GARANTÍA ANTICRÉTICA.

9.1.- LA RETENCIÓN COMO EFECTO DE LA GARANTÍA ANTICRÉTICA: PLANTEAMIENTO GENERAL.

Debemos iniciar este capítulo señalando que el CCCat utiliza ya el término *retención* para describir los efectos propios del contrato de anticresis. Así lo hace el art. 569-25.4 que da contenido a los derechos y obligaciones del acreedor anticrético en donde se dice literalmente: “*Los titulares del derecho de anticresis, durante la retención, han de administrar (...)*”.

Es ese, para nosotros, un uso inadecuado del término. Lo que sucede es que lo que el artículo citado denomina *retención*, no es tal. Resulta confuso, y hasta erróneo, que el art. 569.25 utilice el término *retención*, para referirse al *ius possidendi* del acreedor. El acreedor anticrético mientras se encuentra vigente el derecho de anticresis no retiene el bien inmueble, sino que lo posee⁴⁸⁷.

Retener es no devolver aquello que estamos obligados a reponer, y ese no es el caso del acreedor anticrético. El acreedor anticrético, durante la vigencia de su derecho, posee porque tiene título para poseer, posee sin tener obligación –por el momento- de reponer esa posesión, cuando menos hasta el vencimiento y satisfacción total de la deuda.

De esta forma no es *retención* la posesión de la finca por el acreedor anticrético (o por tercero) durante la vigencia de la anticresis, de manera que la referencia que se hace en el art. 569.25.4 a la *retención*, es una referencia equívoca, pues como decimos el acreedor, en función de la constitución del propio derecho, dispone de *ius possidendi*.

⁴⁸⁷ Como dice, GUTIÉRREZ PEÑA, F., ob., cit., pág., 164: “ El anticresista posee la cosa perteneciente al deudor o constituyente, en virtud del derecho de anticresis, que le faculta para poseerla en su poder hasta el pago que le es debido o hasta su ejecución legal (art. 1.883 y 1.884 CC); por tanto si tiene tal potestad por la anticresis, para nada necesita el acreedor el derecho de retención que faculta a determinados acreedores a retener la posesión de una cosa en determinadas circunstancias legalmente previstas. La facultad de poseer la cosa es inherente al derecho de anticresis y característica del mismo...”

El mal uso del término probablemente proviene de ser un texto heredado de la antigua LDRG, en donde se utilizaba exactamente la misma expresión y en cuya ley el legislador catalán quiso identificar anticresis y retención. No olvidemos que, además, la propia legislación catalana en el preámbulo de la LDRG dejaba establecido que la única diferencia entre el derecho de retención y la anticresis radicaba entre la unilateralidad del primero frente al carácter bilateral y voluntario del segundo, manifestación de la que desde luego cabe discrepar enteramente desde el momento en que el derecho de anticresis se configuraba como un derecho real de goce con transmisión de la posesión y con la facultad (y la obligación) de obtener los frutos normales (art. 22.4 de la LDRG)⁴⁸⁸, es decir también los civiles, y mediante el derecho de retención el retentor adquiere la facultad de retener con la obligación de conservar y sin derecho al uso (art. 6 LDRG)⁴⁸⁹.

Lo exprese como lo exprese el art. 569.25 del CCCat, lo que es consustancial al propio derecho de anticresis es la posesión no la retención, pues ya hemos visto anteriormente que para su constitución el inmueble debe ser siempre entregado bien al acreedor bien a un tercero (art.569.24.1 b) CCCat)⁴⁹⁰.

Con independencia del concepto que del propio derecho de anticresis se ofrece en el art. 569.23 del CCCat, el planteamiento que se hace en el derecho catalán del derecho de retención es diferente: El art. 569.25 utiliza el término retención como el vértice sobre el que hacer pivotar el propio derecho anticrético, de ahí la expresión *“durante la retención (...) tienen derecho a hacer suyos los rendimientos netos para aplicarlos al pago de la obligación garantizada”*. Sin embargo si aplicamos la literalidad del precepto, nos encontraríamos que la conclusión sería que en derecho catalán nunca podría constituirse una anticresis en la que el deudor permaneciese como tenedor material del inmueble, pues si para hacer suyos los frutos el acreedor requiere tener la retención, la retención conlleva

⁴⁸⁸Esa manifestación, errónea, se entiende si luego se describe la anticresis como un derecho de retención al que se adenda determinados efectos.

⁴⁸⁹ En este mismo sentido se pronuncia, ANDERSON, M., loc. cit., pág., 136.

⁴⁹⁰ Véase epígrafe 4.2.2.2 de este trabajo.

ajenidad en la tenencia material, respecto del propietario. Por eso entendemos que aún cuando se utilice el término retención debiera utilizarse el de posesión.

Distinto es el derecho del que dispone el acreedor cuando vencida la obligación de pago ésta no es satisfecha, ahí si debemos plantearnos el examen del aparente derecho de retención que se va a reconocer en ambas legislaciones y del que nos vamos a ocupar en el presente capítulo.

La retención se producirá en los supuestos de incumplimiento en el pago de la deuda, y al igual que en esa circunstancia puede aparecer el *ius distrahendi* (en derecho catalán, no así en derecho español) aparecerá también el *ius retentionis*, pero como efecto propio de la anticresis no como un nuevo derecho independiente. Pero no deja de ser curioso para esa circunstancia en ninguna de ambas legislaciones se utilice el término retención, aunque sin duda se refieren al hecho físico de retener cuando disponen, bien que el deudor no podrá requerir la entrega del bien hasta el pago total de la deuda (CCE); bien, que el acreedor podrá negarse a restituir el inmueble hasta el abono total del crédito garantizado (CCCat).

El CCE no recoge, como es conocido, una regulación expresa del derecho de retención, aunque sí establece los supuestos legales en los que tal derecho resultaría aplicable; a partir de ahí doctrina y jurisprudencia han ido delimitando su naturaleza, alcance y contenido. Entre esos supuestos legalmente previstos se encuentra reconocido el derecho de retención en la anticresis en méritos de los que establece el art. 1.886 que se remite expresamente, al 1.866.II CCE, que en sede de prenda es el que faculta al acreedor a prorrogar la retención del bien cuando el deudor contrajere con él otras deudas exigibles antes de haberse pagado la primera.

El acreedor anticrético además del *ius fruendi* también dispone de una facultad de retención del inmueble para, una vez extinguida la anticresis propiamente dicha, poder retener el inmueble en garantía o aseguramiento de aquellas nuevas

deudas que puedan haberse generado durante el período de vigencia de la propia anticresis. En definitiva es el *pignus gordiano*⁴⁹¹ aplicado a la anticresis.

Como decimos este derecho de retención se contempla en el CCE en su art. 1.886 al remitirse al 1.866.2, que literalmente dice: “*Si mientras el acreedor retiene la prenda, el deudor contrajese con él otra deuda exigible antes de haberse pagado la primera, podrá aquel prorrogar la retención hasta que se la satisfagan ambos créditos (...)*”,

Por tanto podemos observar que en el CCE se contempla el derecho de retención, en lo que a la anticresis se refiere, en dos circunstancias diferenciadas: cuando se impide al deudor que pueda requerir la entrega de la finca si no ha pagado la deuda (art.1.883); y cuando se faculta al acreedor a prorrogar la retención por nuevas deudas (art. 1.886). Como veremos son dos situaciones similares pero de alcance bien diferente.

También en el CCCat encontramos previsto el derecho de retención en el ámbito de la regulación del derecho de anticresis, aunque esa regulación no prevé la posibilidad de que la posesión del inmueble obtenida por la constitución de la anticresis se pueda transformar en un derecho de retención a modo del *pignus gordiano*.

El CCCat ofrece una regulación sistematizada de forma diferente aunque conceptualmente similar: De un lado crea el derecho real de retención como derecho autónomo (569-1 a) y 569-3 CCCat), pero curiosamente teniendo este derecho aparentemente raíces comunes con la anticresis (no olvidemos que el legislador catalán en la LDRG manifestó que se trataba del mismo derecho), la regulación de este derecho real de retención no es directamente aplicable a la anticresis⁴⁹².

⁴⁹¹ CARRASCO PERERA A . ob. cit. pág., 836. O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. ob., cit., pág., 352.

⁴⁹² BADOSA COLL, F., loc., cit., pág., 161 señala que el CCCat, presenta el derecho de retención de tres maneras diferenciadas: El derecho real de retención (arts. 569-1.a) y 569-2.1), la retención posesoria (569-2.1.a)) y el régimen de retención (569-19.2 y 569-6.2) y del que acabará concluyendo que de hecho es también retención posesoria.

De otro lado ya hemos visto que el legislador catalán también utiliza el término retención, como sustitutivo del de posesión, para definir cuál es la posición jurídica en la que se encuentra el acreedor durante la vigencia del derecho de anticresis. Nosotros ya hemos señalado que estamos en desacuerdo con esa denominación, y entendemos que debe ser interpretado de forma diferente, pero desde luego la calificación literal que procede es la de retentor (art. 569-25.4).

Y por último al igual que ocurre en el CCE, también el CCCat reconoce al acreedor la facultad de retener el inmueble en el supuesto de incumplimiento por el deudor de su obligación de pago de la deuda principal. (Y también no deja de ser curioso que dejándolo así establecido de forma expresa en el art. 569-25.1, además precise remitirse al art. 569-19.1 que establece exactamente lo mismo pero referido a la prenda; y ¿por qué a la prenda y no al propio derecho de retención ?. Porque el alcance es diferente: el derecho real de retención produce efecto frente a terceros, la retención posesoria lo es frente al deudor).

Así el derecho de retención vinculado al derecho de anticresis, se prevé en ambos ordenamientos, pero en ninguno de ellos se regula de manera detallada, simplemente se enuncia; por lo que se nos plantean diversas dudas relativas a su naturaleza (¿se trata de una prórroga de la anticresis o es un nuevo derecho independiente?⁴⁹³), y a su alcance (¿qué ocurrirá con los frutos que se produzcan a partir de ese instante?), y como veremos más adelante también acabaremos concluyendo que aunque ese derecho se encuentra, o puede encontrarse, presente en la regulación de ambos ordenamientos su configuración no es enteramente coincidente.

Debemos concluir que en ambos ordenamientos cuando hablamos de *retención* en sentido propio, en todos los casos, y sin perjuicio de lo que más adelante señalaremos, sólo nos podremos estar refiriendo a situaciones en las que el

La “retención de la posesión” entiende que es una excepción a la obligación de restituir, una excepción *intuitu personae*, en tanto que el derecho real de retención se oponible *erga omnes*.

⁴⁹³MANRESA NAVARRO, JOSÉ MARÍA . *Comentarios al Código Civil*. Editorial Revista de Legislación. Madrid. 1910. Tercera Edición. Tomo IV, pág.,296 “... el código asimila el derecho de retención en los bienes muebles a la prenda, y en los bienes inmuebles a la anticresis...”

derecho de anticresis se encuentra ya vencido: por vencimiento natural del plazo por el que se constituyó, por incumplimiento en la obligación de pago, o por pago de la deuda principal pero existiendo otras deudas pendientes de ser liquidadas.

En estas situaciones también deberemos ocuparnos de los efectos que producirá esa retención.

9.2.- DERECHO DE RETENCIÓN Y LA RETENCIÓN ANTICRÉTICA.

9.2.1.- La retención anticrética.

Cuando nos referimos al derecho de retención y a partir de ahora también a la retención anticrética, nos estamos refiriendo a situaciones distintas al propio *ius possidendi* que conlleva el derecho de anticresis. El *ius possidendi* lo adquiere el acreedor anticrético al constituirse el derecho y le permite gozar de *ius fruendi*, cuestión distinta es el derecho de retención que es ya un efecto propio de la función de garantía del derecho de anticresis (Y en eso deben marcarse diferencias con la errónea utilización del término por el CCCat).

Como hemos señalado, en ambas legislaciones vencida la obligación principal, si ésta no ha sido satisfecha entonces entre los efectos propios de la anticresis, como reacción ante el incumplimiento, aparece un derecho de retención propiamente dicho cuya primera manifestación es la no reposición del inmueble a manos del deudor, sería entonces una *retención anticrética*, por ser una retención que se produce como efecto propio del derecho de anticresis y vinculada a la misma obligación que dio lugar a la constitución de ese derecho. Esta retención anticrética es distinta que la retención que también en sede de anticresis puede darse por deudas distintas de la obligación principal⁴⁹⁴.

En el CCE una vez establecida la retención sobre la finca por incumplimiento en las obligaciones principales, se suscita la cuestión de qué ocurre con los frutos y rentas que produce el inmueble retenido, puesto que hasta ese momento la

⁴⁹⁴Sería la excepción obligacional a la que se refiere BADOSA COLL,F. *vid.* Supra.

adquisición de los frutos, rentas, y rendimientos correspondían al acreedor anticrético en méritos precisamente del *ius fruendi* que se adquiere con el derecho de anticresis; pero vencida ésta ese acreedor ya no es acreedor anticrético sino mero retentor por lo que la cuestión es determinar qué efectos tendrá la retención sobre los frutos.

Y la misma pregunta es susceptible de ser planteada en el ámbito del derecho catalán, pues a pesar de que en el nuevo código sí se regula expresamente un derecho de retención, tampoco en esa regulación se resuelven –como ahora veremos- todas las cuestiones que se plantean con ocasión de tal facultad. Así por ejemplo, como hemos dicho el art. 569.25.1, remitiéndose expresamente al 569.19.1, reconoce un derecho de retención a favor del acreedor anticrético que no ha visto enteramente satisfecho su crédito principal y/o sus intereses. Ese derecho de retención no es el mismo derecho de retención al que se refieren los arts., 569-1.a) y 569.3 , ya lo hemos señalado, pero resulta que éste último se encuentra pormenorizadamente regulado y del otro tan solo queda establecida la facultad de retener, pero sin prever su contenido. ¿Deberá entonces el retentor anticrético del 569.25.1, acudir al 569.3 para conocer el contenido de su derecho de retención?. Como ya hemos referido el art. 569.25.1 se remite al 569.19.1 para dejar establecido que en los supuestos de falta de pago del crédito garantizado, o de sus intereses o de los gastos de procedimiento pactado, podrá el acreedor negarse a restituir la finca a su deudor y en tanto todo ello no sea satisfecho, pero ¿qué alcance tendrá esa retención?. Pensamos que en el caso de incumplimiento en el pago de la deuda, el acreedor anticrético pasará a retener como efecto propio de la garantía anticrética; pasará a ser un *retentor anticrético*, no un retentor que deba ampararse en la constitución de ese derecho al amparo de lo dispuesto en el art.569.3 CCCat; por el hecho de tener ya constituido el derecho de anticresis, el 569.25.1 le permite la retención sin necesidad de notificar notarialmente a los deudores su decisión de retener. La retención anticrética es pues un efecto del propio derecho de anticresis porque así lo establece el art., 569.25 CCCat. No pensamos que además, el acreedor anticrético, ahora retentor, deba proceder a la inscripción de su derecho de retención en el Registro de la Propiedad tal y como establece el art. 569.5.3 y 4 CCCat, puesto que esa *retención anticrética* tiene su razón de ser en la propia regulación del derecho de anticresis, que incluso puede ya constar inscrito en

méritos del art.569.24.2. (Y aunque no lo estuviere estaríamos ante la misma consideración, toda vez que ha quedado determinado que esa inscripción no es constitutiva).

Como decíamos igual ocurre, entendemos, en el CCE. El acreedor mantendrá la posesión del inmueble no porque aplique propiamente un derecho de retención, sino porque como efecto propio de la anticresis el deudor no le puede exigir la restitución de la finca hasta el total pago de esas deudas.

Es pues la retención anticrética una garantía que se reconoce y encontramos en ambas legislaciones y que forma parte de la propia naturaleza del derecho. Es por ello que a esta facultad de retener que proviene del propio funcionamiento del derecho la hemos denominado *retención anticrética*, pues debe ser diferenciada de aquella otra facultad de retención que puede nacer por otras obligaciones surgidas con ocasión del contrato principal o incluso de manera enteramente independiente.

Vigente la retención anticrética, cuando la obligación ha quedado ya incumplida y por tanto cuando el acreedor anticrético sigue poseyendo como un efecto de garantía, es decir cuando la anticresis ha dejado de producir efectos como medio de pago y tan solo los puede producir como garantía, entonces ¿los efectos de esa retención anticrética deberían regirse por los mismos criterios que se establecen para la retención ordinaria, puesto que nada en particular se prevé para la retención anticrética, y en su ausencia lógicamente se debieran aplicar los mismos principios que el propio código civil deja establecidos para esa otra retención de carácter más genérico, o el CCCat para el derecho real de retención? ¿o por el contrario la retención anticrética prorroga el propio derecho de anticresis, y con ello el *ius fruendi*?

El art.569-6.2 del CCCat (en sede de retención, no en sede de anticresis) establece expresamente que el retentor no podrá hacer ningún uso del inmueble retenido más que el meramente conservativo. Norma que viene a excluir la posibilidad de apropiarse de los frutos que produzca la finca para aplicarlos al pago del crédito que da lugar al derecho de retención, y es más esa norma impide al retentor la posibilidad de gestionar el inmueble con ánimo de obtener frutos, puesto que expresamente se establece que el retentor no tendrá ninguna

facultad de uso. Si aplicamos este principio, el acreedor anticrético únicamente se diferenciaría del retentor ordinario en la legitimación u origen de su facultad de retener.

En contra de ese criterio debemos razonar que si pocas líneas antes hemos señalado que la retención anticrética es un efecto del propio derecho de anticresis ya constituido ¿por qué no habrá que admitir que el acreedor pueda seguir percibiendo los frutos?.

Puede resultar extraño que si en méritos de este derecho el acreedor puede hacer suyos los frutos, eso deje de funcionar cuando la obligación de pago ha sido incumplida o la anticresis haya llegado a su vencimiento sin haber sido satisfecha la obligación para cuya satisfacción se constituyó. Lo natural sería entender que ese derecho a percibir los frutos se prorrogase en tanto el acreedor no haya sido resarcido por el capital e intereses, y en tanto no se ejecute la facultad de venta del inmueble (facultad que como ha quedado señalado nosotros negamos en el CCE). Si en esa situación aparece un derecho de retención anticrética (la posesión reconvertida en tal), habrá que reconocer que resulta razonable entender que el derecho a percibir los frutos acompaña a tal retención.

Desde un punto de vista sistemático también encontramos argumentos que oponer a aquella tesis y defender la percepción de frutos durante la retención. El art. 569.25.1 CCCat dispone que el acreedor tendrá la facultad de retener el bien hasta que no le haya sido satisfecha la totalidad de la deuda, intereses y gastos de procedimiento; se presenta aparentemente como un derecho de retención, que resulta equivalente con lo que dispone el art. 1.883 del CCE, cuando determina que el deudor no puede readquirir el goce del inmueble sin haber pagado antes enteramente *lo que debe* a su acreedor. Este artículo no hace referencia al crédito principal (al que alude el art.1.881 CCE), sino que hace referencia a “*lo que debe*” expresión que nos parece más amplia y especialmente si tenemos en cuenta que esa expresión se intercala sistemáticamente tras dejar establecido en el art.1882 que el acreedor deberá satisfacer las contribuciones y cargas del inmueble por cuenta de su deudor y justo antes de dejar establecido que de esas obligaciones podrá liberarse el acreedor entregando el goce de la

finca a su deudor. Parece claro que ese *lo que debe* se extiende tanto al crédito principal como a estos otros gastos.

Se refieren pues ambos preceptos a efectos que resultan propios de la garantía anticrética: la finca no debe ser entregada a su propietario en tanto éste no haya pagado la totalidad de la deuda en cuya seguridad fue constituida. Es una facultad de retención que se encuentra inmersa dentro de la propia finalidad anticrética, y no debe ser vista como un derecho de retención independiente.⁴⁹⁵

En este sentido observemos que el CCCat no nos remite al derecho de retención que como figura autónoma se regula en los artículos 569.3 y ss., sino que reproduce lo que deja también establecido para la prenda, y eso nos parece prueba suficiente de que esa facultad de retención se encuentra inmersa dentro de lo que es la propia función anticrética, por lo que resultará innecesario –en los casos en que resultare de aplicación- que para poder retener el inmueble deban cumplirse todas las previsiones establecidas en los arts., 569.5 del propio CCCat. Lo cierto es que si el legislador catalán hubieran querido someter la retención del derecho de prenda o de la anticresis al régimen general del derecho real de retención, que en el código catalán se regula tan solo unos artículos antes, en lugar de remitirse a un genérico “derecho de retención” que se contempla en la prenda, se hubiera remitido a la propia facultad de retener del art. 569.4, como por ejemplo así hace expresamente para el *ius distrahendi* en el art. 569.26, puesto que si para la enajenación del bien, en la ejecución final de la garantía anticrética, el CCCat se remite expresamente a la regulación del derecho real de retención y eso mismo no lo hace cuando tan solo se refiere a la facultad de retener, es que se estarán buscando unos efectos distintos de los previstos en el art. 569.3 y ss y por ello podremos sostener que estamos pues ante dos retenciones distintas, una la retención anticrética y la otra la retención ordinaria.

Y del mismo modo en el CCE la retención del art. 1.883 queda perfectamente separada de la previsión del derecho de retención del art. 1.886/1.866⁴⁹⁶.

⁴⁹⁵ En el mismo sentido BADOSA COLL ,F. loc., cit., pág., 162.

⁴⁹⁶ GUTIÉRREZ PEÑA, F., ob., cit., pág., 167.

De forma que, concluyendo, podemos determinar que la facultad de retener el inmueble por el acreedor cuando obedece al impago de la deuda principal o de sus intereses no es propiamente un derecho de retención⁴⁹⁷ sino que lo que sucede es que se están desplegando los propios efectos de derecho de anticresis⁴⁹⁸, será en todo caso lo que hemos venido en denominar *retención anticrética*, y mientras dure esa retención anticrética siempre podrá el acreedor aplicar los frutos del inmueble al pago de la deuda, porque este derecho se ubica dentro de la propia anticresis y es efecto de ella.

9.2.2.- Los efectos del derecho de anticresis sobre aquellas deudas que no son ni obligación principal ni sus intereses: alcance del derecho de retención.

Cuestión distinta será qué es lo que debe ocurrir respecto de las nuevas deudas, entre las que deberemos diferenciar aquellas que provienen de haber atendido el acreedor obligaciones de pago por cuenta de su deudor, de aquellas otra que tienen un origen diferente. De hecho y como veremos en las siguientes líneas son tres la situaciones en las que puede aparecer un derecho de retención sobre esas nuevas deudas y respecto del que deberemos plantearnos tanto su alcance como si su importe llegar a ser satisfecho con los frutos o rendimientos del inmueble retenido. Esos tres grupos nos vienen determinados por el propio origen de la deuda: el primero de ellos vendría conformado por la deudas que han nacido con ocasión de que el acreedor haya satisfecho los gastos de contribuciones, cargas, conservación y mantenimiento; los otros dos, por los gastos de explotación

⁴⁹⁷ De forma que el propio GUTIÉRREZ PEÑA, F. que acabamos de citar, en ob., cit., pág., 166, dice: “ A nuestro juicio, el *dictum* del párrafo primero del artículo 1883 CC, para nada recoge un derecho de retención a favor del anticresista, ni como derecho subjetivo de retención (ya personal ya real) ni como simple facultad de retención (atribución o prerrogativa atribuida por la ley), ni como excepción, sea sustantiva o procesal, ni como mero hecho jurídico real, y ello (entre otras razones que se expresan a lo largo de este apartado) porque la facultad de retención únicamente es susceptible de aparecer y comenzar desde el instante o momento en que se concluye el derecho de anticresis, y no antes...”

⁴⁹⁸ SCAEVOLA, M. ob., cit., pág., 577.

propriadamente dichos y por los otros gastos útiles invertidos en el inmueble. Habrá un cuarto grupo: el de las restantes deudas que nada tienen que ver ni con la deuda principal ni con la administración del inmueble, deudas enteramente extrañas.

De todas esas deudas, no las referidas al pago de la obligación principal, en los términos del CCE, el retentor *prorrogará* su retención hasta que se vea satisfecho en el importe de su crédito, y en cuanto al contenido de ese derecho cabrá preguntarse si nos encontramos ante una *prórroga* (ese es el término utilizado en el art.1.866.2 del CCE) de la garantía anticrética, pero la doctrina viene siendo unánime en el criterio de que no se trata de una anticresis o prenda⁴⁹⁹ de origen legal (dado el carácter de la remisión del 1.886.2 CCE, esta cuestión siempre se trata en sede de prenda), o de la misma anticresis que se extiende a esas nuevas deudas. Se trata de un nuevo derecho de retención⁵⁰⁰, las nuevas deudas no están garantizadas por la garantía inicial, sin embargo como el objeto ya se encuentra en poder y posesión del acreedor por ello se prorroga exclusivamente esa posesión⁵⁰¹.

⁴⁹⁹ Sin embargo hay excepciones que sostienen que se trata de una anticresis tácita. BORRELL Y SOLER, A M. ob., cit., pág., 689.

⁵⁰⁰ GUILARTE ZAPATERO, V. loc., cit., pág., 526. Para este autor incluso este segundo derecho de retención, no sólo no llevaría aparejado *ius distrahendi*, sino que tampoco sería oponible a terceros, ni a terceros acreedores cuyo crédito fuera anterior al nacimiento de la segunda deuda que legitima la retención, ni tan poco resultaría oponible a los terceros acreedores cuyo crédito fuera incluso de fecha posterior a la de la segunda deuda entre acreedor anticrético y deudor; se trataría pues tan solo de un derecho de retención de carácter personal y de efectos estrictamente entre las partes.

En cuanto a la estimación de que se trata de un nuevo derecho de retención, distinto del que como efecto se produce en la anticresis, ya se manifestó en su momento BELTRAN DE HEREDIA, P. ob., cit., pág., 102.

⁵⁰¹ En sentido diferente, SCAEVOLA, M. ob., cit., pág., 363, sostiene que es el mismo derecho pero con el contenido modificado, limitándose ese derecho a la mera retención.

9.2.2.1.- Una cuestión previa: La anualización de los gastos y la determinación del saldo deudor.

Resulta clara la aplicación de la retención anticrética cuando la obligación principal no ha sido satisfecha, pero junto con esa obligación principal aparecen otras derivadas de ella. La primera vendría dado por la atención que el acreedor debe prestar al pago de los gastos ordinarios de administración o conservación, explotación, tributos y tasas. De forma que debemos plantearnos si los saldos deudores generados por esos conceptos forman parte de la obligación principal, o terminan siendo un crédito nuevo e independiente, y en ese caso cómo quedaría asegurado en los supuestos también de impago.

Tanto el CCE por su cita expresa en su art. 1.882.3, como el CCCat al referirse a rendimientos netos en el art. 569.25.4, permiten que los importes de esos créditos sean deducidos de los frutos, pero ¿por cuánto tiempo?, ¿serán compensables los créditos generados en una anualidad, debido al resultado negativo de la explotación con ocasión de la escasez de frutos, con el exceso de esos frutos que pueda darse en sucesivas anualidades? ¿Debe el acreedor forzosamente esperarse a esas posteriores anualidades para ser reintegrado en el importe de esos adelantos.?

Ante la posibilidad de satisfacer las deudas por gastos de explotación, conservación, etc., de una anualidad con los frutos de las siguientes, habrá que responder que, una vez más, se pone en evidencia la trascendencia de los términos y condiciones establecidos al tiempo de convenir el contrato, pues obviamente las partes podrán acordar que los adelantos de una anualidad puedan ser compensados con los frutos de los ejercicios siguientes (incluso en ese supuesto habría que determinar también con qué orden de preferencia, ¿los primeros frutos para satisfacer los antiguos saldos pendientes? ¿o, al pago de los saldos de las anteriores anualidades sólo se aplicarán los excedentes resultantes de la liquidación anual de ese ejercicio?). En este sentido pensamos que el hecho de que anualmente deban rendirse cuentas, no significa en modo alguno que la deuda quede anualizada. El crédito garantizado es un todo que produce intereses, si los intereses de un año no quedan cubiertos éstos se acumularán a los intereses de la siguiente anualidad y hasta que no hayan quedado

enteramente satisfechos todos esos intereses acumulados no comenzará a amortizarse el capital adeudado (art. 1.173 CCE). La cuestión radica en saber si debe o no actuarse de la misma forma con los gastos soportados por el acreedor y que no han podido ser cubiertos con los frutos o rendimientos de la anualidad correspondiente.

Está claro que en el CCE el art. 1.882.3 no establece ningún límite temporal, de forma que esos gastos soportados por orden del propio art. 1.882 siempre podrán a ser deducidos de los rendimientos del inmueble, de los de la anualidad correspondiente o de los de las anualidades futuras.

Por otro lado nada del texto del Codi Civil Catalán nos conduce a que el cálculo rendimiento bruto/ rendimiento neto deba ser anualizado: La expresión utilizada por la ley *durante la retención... tienen derecho a hacer suyos los rendimientos netos*, no nos permite entender que esos rendimientos deban anualizarse.

Durante la retención, como ya hemos señalado debe leerse como *vigente la anticresis...*, de forma que mientras se encuentre vigente el contrato de anticresis el resultado de la explotación debe ser globalizado. Ciertamente es que al deudor se le permite solicitar la rendición anual de cuentas de la gestión del acreedor o del tercero poseedor, pero precisamente el hecho de que la rendición de cuentas se solicite al poseedor del inmueble nos pone de manifiesto que esas cuentas se encuentran referidas a la gestión anual, y eso unido a que se trata tan solo de una facultad que se le reconoce al deudor, de forma tal que si éste no lo solicita no le serán rendidas esas cuentas de gestión, de ambas circunstancias no puede desprenderse que por esa referencia a las cuentas anuales de gestión deba deducirse que los resultados globales de la explotación deban fraccionarse por anualidades independientes.

De esta forma debe concluirse que al término de la explotación se presentará un resultado total con independencia de las rendiciones de cuentas anualizadas, de forma que los resultados anuales se irán aplicando de forma acumulativa y no creando nuevas deudas separadas las unas de las otras, de tal manera que tendremos un saldo que reflejará el de la deuda principal, otro que reflejará la deuda por intereses y otro que reflejará el de la deuda por gastos necesarios (contribuciones, cargas y conservación), y sólo cuando éstos últimos estén

liquidados y satisfechos se pagarán los intereses, e igualmente sólo ante la satisfacción de éstos se procederá al pago de la obligación principal.

9.2.2.2.- El Derecho de retención y los gastos de conservación.

Cosa distinta es el derecho de retención que puede aparecer por los gastos no satisfechos de conservación, mantenimiento, explotación, cargas y contribuciones, de los cuales también deberemos determinar a qué régimen de retención se acogen para su recuperación.

El art. 1.882.3 CCE, autoriza expresamente al acreedor a deducir sus importes de los frutos obtenidos, como paso previo a la liquidación de la deuda anticrética, pero aunque eso se encuentre así solucionado podemos cuestionarnos si esos gastos forman o no parte de la propia deuda anticrética.

Inicialmente el código justiniano parecía indicar⁵⁰² que esos gastos pasaban a integrarse en la deuda principal incrementándola, pero lo cierto es que la totalidad de los autores entienden que eso no es exactamente así, estimando que el anticresista tiene una acción de reembolso independiente de la acción anticrética, lo que viene a ser tanto como decir que esas dos deudas se mantienen independientes⁵⁰³.

Cabe señalar la postura de BATLLE⁵⁰⁴, quien sostiene que para el caso en que los resultados de la explotación resultaren negativos, ese saldo se incrementará al saldo con el que se inicia la siguiente anualidad, pero también acaba concluyendo que si vencida la anticresis aún se presentara un saldo negativo con ese origen, el acreedor tendría un derecho de retención al amparo del art. 1.886

⁵⁰² Código de Justiniano. Lib. VIII. Tít. XIV. Ley 6ª, se dice: “ En la suma de la deuda se computará también lo que constare que pagó el acreedor por causa de las posesiones dadas en prenda, para la contribución de las reparaciones de caminos o por causa de alguna otra prestación necesaria.”

⁵⁰³BAUDRY-LACANTINERIE,G. ob., cit., pág.,199. LAURENT, F. ob., cit., pág., 537. PLANIOL, M. ob., cit., pág., 356.

⁵⁰⁴ BATLLE VÁZQUEZ, M. loc., cit., pág., 702.

CCE, y eso significa que si el código nos remite a ese precepto es que tal saldo no merece trato de deuda principal puesto que en otro caso no sería el derecho de retención el que entraría en vigor, sino que la garantía anticrética desplegaría toda su eficacia⁵⁰⁵. Como veremos seguidamente, a nosotros nos parece que ese saldo deudor, generado por estos concepto, no encuentra amparo en el 1.886 sino en el 1.883 CCE, es decir estimamos que merecerá el trato de deuda amparada por la retención anticrética y no el trato de una nueva deuda independiente.

En el CCCat no se hace referencia a los gastos concretos que deba soportar ese acreedor-poseedor⁵⁰⁶, sino que el planteamiento es inverso: *tiene derecho a hacer suyos los rendimientos netos*. Esto genera una situación verdaderamente confusa. Más arriba hemos explicado que la clave interpretativa de la función de la anticresis regulada en el CCCat se encuentra en el uso del término *percibir*⁵⁰⁷, de forma que al utilizar ese término se le está otorgando al acreedor la propiedad de tales frutos desde el mismo momento de la separación.

Sin embargo esta conclusión choca con la referencia que posteriormente se hace a los *rendimientos netos* y en su hipotética contraposición a lo que debiera entenderse como *rendimientos brutos*. Aparentemente de los rendimientos brutos de la finca deberán deducirse todos aquellos gastos que resulten necesarios para la obtención de los rendimientos, pero todos esos gastos lo son del propio deudor o del titular de la finca. En realidad ese derecho que tiene el acreedor de hacer suyos los rendimientos netos, como decíamos, nos lleva a una situación algo confusa: si su derecho es adquirir los rendimientos netos, significa que los rendimientos brutos pertenecen al deudor-propietario del inmueble, de forma tal que en la obtención de esos rendimientos brutos el acreedor actuaría tan solo como un administrador, y hecha la liquidación de esos rendimientos brutos, deducidas la totalidad de las impensas, determinados los rendimientos netos, la propiedad de éstos pertenecería al acreedor anticrético, pero sólo entonces.

⁵⁰⁵ En el mismo sentido GUILARTE ZAPATERO V, loc., cit., pág., 661.

⁵⁰⁶ CARRASCO PERERA A y CARRETERO GARCÍA A, loc., .cit., pág., 29.

⁵⁰⁷ Véase epígrafe 6.3

De aceptarse esa interpretación ello conllevaría determinados efectos, como sería que los frutos brutos separados ya de la cosa madre, seguirían perteneciendo titular del inmueble (habitualmente el deudor, pero también un tercero). El acreedor tendría sobre ellos un *ius ad rem*, y como poseedor un derecho de retención de los mismos como efecto del propio derecho de anticresis (art. 569.25.4 CCCat), y transformados esos frutos brutos en rendimientos netos, entonces adquiriría su titularidad. Cuando los frutos fueran líquidos, la transformación de rendimientos brutos en rendimientos netos sería simultánea, sin que existiese espacio temporal que los separase; se percibiría dinero líquido que sería aplicado a atender los gastos necesarios para su obtención, y el sobrante como rendimiento neto pertenecería al acreedor.

Si los frutos fueran en especie, en el proceso de transformación de esos frutos en rendimientos se introduciría una fase nueva que sería la de la realización o conversión de esos frutos en valor líquido, durante ese período el acreedor tendría sobre esos frutos un derecho de retención por así disponerlo el art. 569.25.4 del CCCat, que determina claramente que *mientras dure la retención...* y quien tiene la retención de un bien tiene la retención de sus frutos⁵⁰⁸, y ese *ius ad rem* sobre los frutos se encontraría además protegido por el privilegio que le confiere el art. 90 de la LC. (Aunque sorprendentemente este es la única vía interpretativa que daría pleno sentido a lo dispuesto en el art. 90 de la LC, pues en ese caso su razón de ser sería garantizar al acreedor anticrético que aun a pesar de tener en su poder los *rendimientos brutos* que todavía pertenecen al deudor, tiene sobre ellos un especial privilegio que evita que vayan a parar a la masa de bienes del concursado).

Sin embargo entendemos que pese a cuanto acabamos de señalar debe seguirse sosteniendo que el término *percibir* se refiere a la totalidad de los frutos, sean brutos o netos, y que eso además resulta la consecuencia lógica de haber calificado y otorgado naturaleza de derecho real a la anticresis, por lo que cuando el CCCat hace referencia a *rendimientos netos*, simplemente nos está queriendo indicar que de la totalidad de rendimientos obtenidos deberá

⁵⁰⁸ ARIAS DIEZ, M^a DOLORES. "El Derecho de retención de inmuebles del usufructuario: El art. 502 del Código Civil". ADC. N^o LIV. Octubre 2001. pág.,1.498.

deducirse en primer lugar todos los gastos de producción que se hayan ocasionado, y sólo el remanente será hábil para ser destinado al pago de los intereses y en su caso del capital.

De ambos códigos se deduce que esos importes podrán ser reembolsados a partir de los frutos o rendimientos del inmueble. En el CCE la facultad de poder recuperar esos gastos con cargo a los frutos no proviene porque estén propiamente cubiertos por la anticresis, sino porque hay una previsión legal expresa en el art. 1.882.3 que les resulta aplicable; y en el CCCat porque los hemos considerado como gastos necesarios para la obtención de los rendimientos netos.

9.2.2.3.- El reembolso de los gastos de conservación, mantenimiento, tributos y cargas, cuando los rendimientos del inmueble resultan insuficientes y el derecho de retención anticrética.

El acreedor anticresista puede haberse encontrado en la situación de atender gastos de conservación ordinarios que hayan excedido de los frutos obtenidos, o puede también que haya atendido contribuciones y cargas que también hayan excedido del importe de esos frutos, no es la previsión natural en la que han pensado las leyes: lo natural es que el inmueble produzca frutos suficientes para atender cuando menos a los primeros gastos como son los citados, y cuando eso sea así no se plantea problema alguno puesto que con los frutos primeramente se atiende a todo ello. Pero no cabe duda de que también puede suceder, que dichos frutos no alcancen a cubrir la totalidad de todos ellos.

Ya hemos señalado anteriormente que la anticresis es un derecho constituido en interés del acreedor que no puede volverse en su contra, de forma que en méritos de su constitución no puede quedar este acreedor en peor lugar que en el supuesto de su inexistencia, por ello decíamos y reiteramos que esos gastos o pérdidas deberán ser soportadas por el propio deudor o titular del inmueble.

Ahora bien, ¿se extiende sobre la nueva deuda generada por esos gastos, los efectos propios de la anticresis ?⁵⁰⁹.

Unas líneas más arriba acabamos de dejar establecido, al formularnos la pregunta relativa a los efectos resultantes de la aplicación del art. 1.882.3° del CCE, que ese precepto autoriza al acreedor, como paso previo a la liquidación de la deuda anticrética, a deducir el importe de los gastos de los frutos obtenidos; por cuyo motivo también debemos cuestionarnos si se extiende sobre esos gastos el propio derecho anticrético y en particular nos planteamos ahora el derecho de retención.

El art. 1.882.3 CCE, como ya hemos señalado, no establece ningún límite temporal en su aplicación, por lo que esos gastos siempre podrían ser deducidos de los rendimientos del inmueble, en tanto se encuentre vigente la anticresis. Sin embargo vencida la deuda y extinguido el derecho, si quedase pendiente de pago un saldo deudor que proceda de esos conceptos, ¿deberá dársele trato de deuda extraña a la obligación principal, y a partir de ese instante ya no le resultaría de aplicación el art. 1.883 del CCE, sino el derecho de retención del 1.886/1.866 del propio cuerpo, o debemos considerar esos gastos amparados por la retención anticrética del propio art. 1.883?

Ya hemos concluido que esos gastos no forman parte de la misma deuda que la que resulta principalmente asegurada por la anticresis, esos gastos, aún encontrándose directa y estrechísimamente vinculados con el propio contrato de anticresis, no gozan de la misma naturaleza que la obligación principal: son nuevos créditos que presenta el acreedor frente al deudor y por tanto no acrecen el saldo del crédito por el que responde la anticresis constituida⁵¹⁰, aunque no es ésta una tesis pacífica⁵¹¹.

⁵⁰⁹ Sobre esta cuestión ya no hemos pronunciado en el epígrafe 7.4.2

⁵¹⁰ BAUDRY-LACANTINERIE, G. ob., cit., pág., 199. TEDESCHI, V. ob., cit., pág., 107

⁵¹¹ BATLLE VÁZQUEZ, M. loc., cit., pág., 702, entiende que los importes invertidos deberán deducirse de los frutos obtenidos, y si estos no alcanzan el saldo diferencial deberá incrementarse a la mayor deuda.

Para el reembolso de estos gastos cabe pensar si es aplicable el derecho de *retención anticrética* previsto en el 1.883.1 CCE, puesto que el art. 1.882 CCE dice expresamente que todos esos gastos podrán ser deducidos de los frutos que produzca la finca, y ese propio artículo ni limita en el tiempo el derecho a esa deducción, ni la condiciona a la propia vigencia de la anticresis. No parece razonable poder negar que el art.1.882 CCE resulte aplicable mientras la anticresis se encuentre vigente y deje de ser aplicable cuando se extinga. Y no parece razonable porque el propio artículo no condiciona esa facultad de aplicación de los frutos a ningún otro requisito, dejando simplemente establecido que cuando la deuda tenga origen en esos gastos el acreedor podrá reembolsarse mediante los frutos. El mandato legal no establece ninguna exclusión, y simplemente vincula el mecanismo del reembolso (mediante los frutos) al origen de esa deuda.

De esta forma con arreglo a ese segundo planteamiento, por los gastos de conservación, contribuciones y cargas, pendientes de ser abonados al tiempo de extinguirse la garantía, aparecería un derecho de retención que se sustentaría en los arts. 1.882 y 1.883 CCE y que conllevaría el derecho a seguir percibiendo los frutos. ¿Cabría entender que se produce una especie de prórroga legal del derecho de anticresis.? Su fundamento lo encontraríamos en la aplicación del art. 1.883.1 del CCE, que expresamente dispone que el deudor no puede readquirir el goce del inmueble sin haber pagado antes *enteramente lo que deba* a su acreedor, de forma que si el propietario no readquiere su derecho de goce, significa que en tanto no se hayan pagado esas deudas, el derecho de goce lo conserva el acreedor anticrético, aunque la anticresis debiera estar extinguida por el pago de la deuda o por el transcurso del plazo –si así se constituyó-. Y si el goce lo conserva entonces el anticresista por aplicación de lo dispuesto en el 1.883 CCE, entonces en esa situación no es que pueda aplicar los frutos al pago, es que los frutos le pertenecen directamente sin perjuicio de su ulterior liquidación.

Sistemáticamente, además, ese artículo se sitúa tras aquel que obliga al acreedor a pagar los gastos de conservación, tributos y cargas, con derecho a deducir su importe de los frutos de la finca, por lo que cuando el art. 1.883.1, CCE, utiliza la expresión *lo que deba a su acreedor*, pudiera parecer que sin duda se está

refiriendo al principal, intereses, contribuciones, cargas, gastos de conservación y reparación⁵¹².

Sin duda en ese supuesto y toda vez que el propietario no habría readquirido el goce estaríamos entonces no ante un derecho de retención propiamente dicho sino ante un efecto legal del derecho de anticresis, y que más arriba hemos denominado *retención anticrética*⁵¹³.

Incluso de forma más estricta pudiéramos indicar que ni tan siquiera se trata de un efecto similar a la legal, sino ante una excepción a la extinción del derecho de anticresis, en tanto el deudor no haya satisfecho enteramente todo lo que deba a su acreedor⁵¹⁴.

Y lógicamente, en su consecuencia, entenderemos también que no extinguiéndose esa anticresis, todas las obligaciones del acreedor, tanto la principal que consiste en la explotación del inmueble, como las que se derivan de ésta, así la de conservación o la de seguir pagando contribuciones y cargas, se mantienen indemnes. Pero todo ello pudiera conllevar un efecto perverso: pues si los rendimientos de la finca no son suficientes para atender el reembolso de estos adelantos, y eso legitima al acreedor a aplicar el art. 1.883.1 del CCE, estaríamos ante un derecho que habría separado propiedad y goce de forma permanente, pues cada vez será mayor la deuda que permite la no devolución del *goce* y por ello más difícil que el deudor pueda recuperar la finca y el acreedor su capital.

Por ello entendemos que este planteamiento tendría como dificultad para poder ser admitida, la difícil integración de los efectos que en general se producen en la extinción de los derechos de goce y que lógicamente también debemos pensar

⁵¹² GUILARTE ZAPATERO, V. loc., cit., pág., 669.

⁵¹³ SCAEVOLA, M. ob., cit., pág., 577: “Mientras la obligación principal no sea satisfecha, hay que entender subsistente la anticresis y la sujeción del fundo al pago del mencionado crédito, y ese derecho de retención no es una nueva facultad del acreedor anticrético para su mayor seguridad, sino que es la consecuencia lógica y el efecto propio del contrato...”

⁵¹⁴ BADOSA COLL, F., loc., cit., pág., 161: “La “retención de la posesión” (...) es una excepción a la obligación de restituir...”.

que se producen en la anticresis, dificultad que impide que la podamos validar pese a que quizás resulte atractiva desde un punto de vista de estricta equidad⁵¹⁵.

Solución que además resulta francamente distante de la prevista en el art. 502 del CCE para el supuesto del usufructo, en donde la extinción del usufructo y la consolidación de la propiedad se produce *ipso facto* por el transcurso del plazo.

Cuando el derecho de goce se ha separado de la nuda propiedad y se produce la extinción de dicho derecho, es por la propia elasticidad del derecho de propiedad que el nudo propietario recupera esa facultad de goce. No hace falta pues, ninguna clase de tradición del derecho separado. Es por esta razón que el nudo propietario recupera la plena propiedad de la cosa usufructuada al extinguirse el usufructo y sin necesidad de recuperar la posesión material. Y si eso es así, cuando el art. 1.883.1 habla de *readquirir el goce del inmueble* no estaría hablando del derecho de goce propiamente dicho sino estrictamente de la posesión. La facultad de goce propiamente dicha la habría recuperado el propietario deudor *ipso iure*, al extinguirse la garantía anticrética.

Y por ello, extinguida la anticresis, la retención que establece el art. 1.883.1 CCE se limitaría a ser un derecho de retención del mismo orden que el que se establece en el 1.886⁵¹⁶, aunque nosotros pensamos que con derecho a percibir los frutos para aplicarlos al pago de la deuda al amparo del art. 1.882 CCE.

La diferencia entre el impago de la obligación principal y el impago de estas otras deudas, estaría en que el impago de la obligación principal daría lugar a lo que hemos llamado retención anticrética y que permitiría seguir aplicando sobre la deuda principal los mismos derechos que le otorga la anticresis; frente a ello respecto de las deudas por los gastos de referencia, estaríamos ante un derecho de retención ordinario. En la retención anticrética los frutos siempre habrán pertenecido al acreedor; en la retención ordinaria aunque permitamos que esos

⁵¹⁵Y como también hemos señalado más arriba, Supra 7.4.2, el propio art. 114 LH constituiría en si mismo un límite al aumento de la deuda principal por integrarse en ella los saldos negativos.

⁵¹⁶ GUTIÉRREZ PEÑA, F., ob., cit., pág., 167.

gastos sean satisfechos con los frutos en méritos de lo dispuesto en el 1.882, esos frutos son del deudor, aunque el acreedor efectivamente también pueda retenerlos.

Para el derecho catalán la garantía anticrética se fundamenta en la cesión de la posesión, señalando que el acreedor anticrético tendrá la facultad de negarse a restituir la finca (estableciendo en ese caso un derecho de retención⁵¹⁷) hasta que se le pague íntegramente el crédito garantizado (569.25.1 CCCat).

Recordemos que nos estamos planteando el alcance de la retención cuando son deudas nuevas, independientes del crédito anticrético propiamente dicho, pero que proceden de haber atendido contribuciones o cargas que pesaban sobre la finca o los propios gastos de conservación y reparación y que excedieron de los rendimientos obtenidos dando un resultado negativo que tal y como decíamos es independiente del propio crédito anticrético.

En el CCCat el deber del acreedor de adelantar todos esos gastos, como ya hemos señalado, proviene de entender que se encontrarían incursos dentro del concepto de gastos necesarios para la explotación del inmueble, y como tales deberán ser tomados en consideración para la liquidación de los rendimientos netos, es decir son gastos directamente deducibles de los rendimientos brutos, de forma que si no quedare margen de rendimientos netos, es decir que los gastos de explotación fueran superiores a los rendimientos totales percibidos, entonces ese saldo deudor resultante vendría a ser una nueva deuda entre acreedor y deudor.

En el CCCat el art. 569.25.1 es el que en la anticresis remite al 569.19.1, relativo a la prenda y que a su vez regula *un derecho de retención* propio de la prenda y que será aplicable por esa remisión por el acreedor anticrético, limitándose la posibilidad de esta retención a los supuestos de impago de la obligación principal, intereses y gastos de procedimiento pactados. La remisión se hace al

⁵¹⁷ Como ya hemos señalado, de hecho en la antigua LDRG, en su preámbulo, se decía expresamente que la única diferencia entre el derecho de retención y la anticresis radica en la constitución unilateral del primero mientras que la anticresis es de constitución bilateral.

art. 569.19 y en particular y exclusivamente sólo a su epígrafe 1, que se limita a recoger expresamente el principio o la facultad de retener. A nada más de ese artículo, todo y que sería su segundo apartado el que precisamente reconoce un derecho de retención posesoria para los gastos de conservación al referirse al “régimen de retención”⁵¹⁸.

Y el art. 569.25.1, nos señala que ese derecho de retención lo tendrá el acreedor hasta que se le pague totalmente la deuda garantizada. No soluciona en nada la problemática que se plantea respecto de los gastos de conservación. Conforme a la regulación del derecho catalán hay dos parámetros diferenciados en la liquidación de los rendimientos, y esos son los rendimientos *brutos* y los rendimientos *netos*. La ley catalana determina que se aplicará al pago del capital e intereses adeudados, los rendimientos netos, por tanto los rendimientos brutos corresponden al deudor o en su caso al titular del inmueble (remarcándose de esta forma la posible proximidad de la anticresis al mandato o a la administración). Así cuando el art. 569.25.4 CCCat utiliza la expresión *rendimientos netos* en el sentido de que sólo esos son los que deben ser aplicados al pago de la deuda principal y de sus intereses, está dejando meridianamente claro que cualquier gasto necesario para la conservación y administración del inmueble deberá ser abonado con cargo a esos frutos con anterioridad a la determinación del importe de los *rendimientos netos*. De esta forma esos gastos de conservación que en este caso, además se extenderían a los gastos de explotación propiamente dichos, son los que delimitan la diferencia entre *rendimientos brutos* y *rendimientos netos*⁵¹⁹. El rendimiento neto es el rendimiento útil para la reducción de la deuda, el rendimiento bruto es el que permitirá al acreedor sufragar todos los gastos necesarios relacionados con la administración y explotación del inmueble.

Pudiera suceder sin embargo que con motivo de una pésima cosecha los rendimientos brutos no llegaren a cubrir los gastos soportados en la conservación (contribuciones, cargas y mantenimiento). Desde luego si la finca hubiera permanecido en posesión del deudor propietario (es decir no existiendo

⁵¹⁸Para BADOSA COLL, F. loc., cit., pág., 164, ese “régimen de la retención” al que se refiere el art.569-19.2, debe ser entendido como “retención de la posesión”.

⁵¹⁹ BAUDRY-LACANTINERIE, G. ob. cit., pág., 198.

la garantía anticrética) éste hubiera incurrido en los mismos o similares costes y gastos, que son realizados siempre en interés del inmueble y de sus rendimientos por lo que desde un punto de vista de equidad pudiera entenderse como natural que deban incrementarse a la deuda principal, porque es deuda propia del deudor y si el acreedor tiene una garantía por un crédito con cuyo motivo se han originado unos costes, es razonable que estos costes reciban el mismo trato que la obligación principal. Sin embargo la garantía se constituye sobre una deuda cierta, y especialmente en derecho catalán en donde además se la dota de *ius distrahendi*, por lo que en modo alguno puede admitirse que esa garantía se vaya a extender sobre cuantía indeterminadas e indeterminables. Y a mayor abundamiento ese razonamiento no resultaría en absoluto válido para aquellos supuestos en que la anticresis hubiera sido constituida por un tercero no deudor.

Por ello defendemos que en estos supuestos de resultados negativos, estos gastos siempre serán reembolsables con los frutos del inmueble pero no se integrarán en el capital adeudado, y a diferencia de la anticresis española el acreedor no dispondrá de un derecho de retención propio en tanto no le sean pagados, puesto que el derecho de retención que se reconoce en el art.569.25.1 se limita solo a la deuda principal. Para amparar esas deudas por gastos de conservación con un derecho de retención, debiera acudir el acreedor anticrético al derecho de retención del art. 569.3.

Lo cierto es que es esta una solución extraordinariamente restrictiva fruto de una incorrecta redacción del precepto, puesto que carece de todo sentido que remitiéndose el derecho de retención de la anticresis a lo previsto para la prenda, y estando en ésta previsto que los gastos de conservación también se encuentran protegido por la misma retención que asegura la deuda principal, eso no ocurra así en la anticresis. Podemos sin embargo sostener que la remisión del art.569.25.1 al 569.19.1 es una remisión al instituto de la prenda, y situados ya en ella todo aquello que se prevea para la prenda será también aplicable a la retención que procedente de la anticresis. Es con seguridad un resultado mucho más equitativo y ajustado a la finalidad perseguida, pero que choca con una interpretación estrictamente sistemática de la ley y que hubiera podido evitarse de hacer una redacción algo más precisa del precepto.

Si el acreedor optase por la ejecución del valor de la finca para el pago del capital, los importes adeudados por estos otros conceptos debieran ser reclamados de forma separada, como también ocurre en la ejecución hipotecaria para la reclamación de intereses vencidos y no cubiertos por la garantía hipotecaria.

Similar cuestión podemos planteárnosla pensando en la figura del tercero constituyente, aquel quien ha constituido una anticresis sobre un bien propio pero por una deuda ajena. Reiterándonos en lo que ya hemos señalado más arriba⁵²⁰, debe entenderse que cuando un propietario cede el inmueble está cediendo los frutos netos que esta finca sea capaz de producir, y el acreedor que recibe la finca la recibe no del deudor sino del tercero y para su administración, por lo que a él le deberá rendir cuentas y sólo éste tendrá que soportar las pérdidas si las hubiere. Ello además estaría conforme con la dicción del art. 569-25.4 CCCat cuando establece que “(...) Los propietarios de la finca gravada podrán exigir a los acreedores o a la tercera persona que la posea la rendición anual de cuentas de su gestión”, por ello debe concluirse que esas deudas no tendrán protección anticrética y que dado su origen podrán ser directamente satisfechas con los frutos en tanto el derecho de anticresis esté vigente, pero extinguido éste para el reembolso de las mismas deberá ejercitarse una acción distinta de la del *ius distrahendi* que ampara la deuda principal y para beneficiarse del derecho de retención deberá acogerse a la retención regulada en los arts. 569.3 y ss. del Libro V del CCCat.

9.2.2.4.- El reembolso de los restantes gastos de explotación excluidos de los gastos de conservación, mantenimiento, tributos y cargas.

Igual análisis nos parece que debemos plantearnos respecto de los saldos deudores que no procedan de los gastos de conservación ordinarios, contribuciones y cargas, sino que procedan de una explotación que haya generado resultados negativos por cualquier otra causa, incluso por gastos extraordinarios pero necesarios en la conservación de la cosa.

⁵²⁰ Supra 7.4.3

Puede suceder que efectivamente la explotación haya resultado negativa, que las impensas realizadas por el acreedor poseedor superen los rendimientos obtenidos, por lo que no solo no llega a cubrirse nada del pago del capital ni del de los intereses sino que además aparece un nuevo saldo deudor por los gastos no directamente vinculados con el inmueble pero soportados por el anticresista en la explotación de ese inmueble. ¿Qué ocurre con esa deuda nueva?.

En el derecho catalán el CCCat nada dice sobre quién debe hacer frente a esos gastos. El acreedor deberá adelantar esos gastos, obligación que deriva de su deber de explotación, ahora bien una cosa es soportar esos gastos, adelantándolos, para luego recuperarlos al liquidar los rendimientos brutos/rendimientos netos, y otra bien distinta es que en caso de no resultar cubiertos por esa liquidación deban ser pérdidas que deba soportar ese acreedor.

Todos esos gastos darían lugar a un crédito a favor del acreedor que debiera ser reembolsado por el deudor, se trataría de un crédito nuevo, no cubierto obviamente por la anticresis propiamente dicha. Como nuevo crédito, independiente del que es objeto del contrato anticrético, el acreedor se encontrará perfectamente legitimado para exigir el pago de su importe tan pronto como venza la anualidad en que se produjeron los gastos que lo originan y una vez se haya practicado la liquidación anual.

Es a partir de ese instante, practicada esa liquidación anual, cuando el crédito tomaría autonomía para poder ser exigido por sí mismo, reclamando el acreedor esos saldos deudores de forma separada e individualizada respecto de la propia deuda anticrética, de forma que la acción de reclamación no encontraría apoyo en el 569.25.4 del CCCat para ser reembolsados mediante la aplicación de los frutos a su pago ni en el 569.19.1 para el derecho de retención. Pasaría a ser una nueva deuda enteramente separada e independiente.

El mismo razonamiento es aplicable al derecho español aunque con arreglo al CCE será posible la retención del inmueble hasta el pago de los mismos al amparo del art.1.886 CCE, que en su remisión al 1.866.2 prevé la posibilidad de prorrogar la retención hasta que no hayan sido satisfechas las nuevas deudas adquiridas por el deudor y exigibles antes del vencimiento de la garantía.

Es decir, nos parece que respecto de aquel nuevo crédito que pueda ostentar el acreedor frente a su deudor y que tenga origen en la explotación del inmueble, podrá ser reclamado separadamente a la deuda principal, pero deberá ser tratada de manera distinta a ésta: Mientras la anticresis se encuentre vigente desde luego carece de sentido poder hablar de un derecho de retención, pues el acreedor no es que tenga la retención sino que dispone del *ius possidendi* de la finca, pero ese nuevo crédito no incrementa el saldo de la deuda garantizada sino que tiene vida independiente, y en todo caso cuando se extinga la misma entonces podrá tener la protección del derecho de retención del art. 1.886 del CCE.

Eso nos obliga a que debamos examinar si en esa circunstancia, durante esa retención que se establece por las nuevas deudas y al amparo del art. 1.886 CCE, si procede o no aplicar los frutos que pueda seguir produciendo el inmueble al pago de la obligación.

En el ámbito del Derecho español es ésta una cuestión ciertamente debatida, pero con resultados nada pacíficos.

Para MANRESA el derecho de retención no es más que un derecho de prenda para los bienes muebles o un derecho de anticresis para los inmuebles, y por ello podrá desde luego el retentor aplicar todos los frutos y rendimientos que produzca la finca al pago de la obligación por la cual se retiene.

Se fundamenta esta teoría, toda vez que nada queda previsto en el CCE con respecto al derecho de retención, en la aplicación de lo dispuesto en los art. 1.100 y 1.108 del CCE, pues de la misma forma que consistiendo esa obligación en el pago de una cantidad de dinero al propietario, desde que incurra en mora hasta que realice el pago tiene que satisfacer intereses. Al cobro de estos intereses y al reintegro de la cantidad principal queda afecta la cosa⁵²¹.

De la misma forma que, sin que lo diga la ley, se entiende que el retentor debe administrar el bien retenido ¿por qué no admitir que los frutos podrán ser igualmente aplicados al pago de esa deuda, cuando el fundamento de esa

⁵²¹MANRESA NAVARRO, JM.. ob., cit., pág., 297.

pretensión sería más claro incluso que el de la propia obligación de administrar?⁵²².

El derecho de retención es un derecho accesorio de garantía: si el bien es fructífero, se hace necesario reconocerle al acreedor el derecho de reintegrarse los intereses con los frutos del inmueble⁵²³.

Sin embargo son mayoría los autores que se manifiestan en sentido contrario⁵²⁴, estimando que quien es propietario de la cosa madre lo es de sus frutos, y que no habiendo título que autorice a su apropiación el que está obligado a restituir la cosa madre también se encuentra obligado a restituir los frutos, y que no disponiendo la ley que el retentor tenga la facultad de apropiarse de esos frutos, no puede en modo alguno sostenerse la tesis de que el retentor pueda apropiarse de los mismos.

No estamos sin embargo enteramente conformes con esta posición, y discrepamos apoyándonos en el precedente que podemos encontrar en sede de usufructo y el derecho de retención que se reconoce al usufructuario por reparaciones extraordinarias⁵²⁵: Una cosa es apropiarse de los frutos y otra bien distinta no poderlos aplicar al pago de la deuda. Cuando el derecho de anticresis se extingue, por supuesto también se extingue el derecho de goce del que el acreedor disponía, y extinguiéndose ese derecho de goce es obvio que ese acreedor –ahora retentor- no podrá apropiarse de los frutos, es algo similar a lo que el propio código civil prevé en el art. 502 CCE para el ex usufructuario. Cuando el usufructo se extingue, el nudo propietario recupera todas sus

⁵²² LÓPEZ DE HARO, CARLOS. *El Derecho de Retención*. Manuales Reus de Derecho. Volumen XXXV. Editorial Reus. Madrid.1921, pág., 106. Este autor, coincidiendo con MANRESA, se pronuncia en el mismo sentido, de forma que entiende que la cosa retenida esta *ipso facto* en administración, y que los productos de la tierra se compensarán con el crédito que da lugar al *ius retentionis*.

⁵²³ GUILARTE ZAPATERO,V. loc., cit., págs., 529 y 681. ALBALADEJO GARCÍA, M. ob., cit., pág., 249. LACRUZ BERDEJO, JL. ob., cit., pág., 125. MORENO QUESADA, L. ob., cit., pág., 73.

⁵²⁴ BELTRÁN DE HEREDIA, P. ob., cit., pág., 82.

⁵²⁵ *Usufructo anticrético*, lo denomina BADOSA COLL, F en loc., cit., pág., 177.

facultades dominicales, entre ellas las de hacer suyos los frutos; ahora bien en el supuesto en que estando vigente el usufructo hubiera habido reparaciones extraordinarias e indispensables que por no haber sido soportadas por el nudo propietario lo hubieran sido por el usufructuario, podrá éste reclamar de aquel, al término del usufructo, el aumento de valor que tuviere el inmueble por efecto de esas obras, y nos dice el código español que si el propietario se negare a satisfacer dicho importe, tendrá el usufructuario derecho a retener la cosa *hasta reintegrarse con sus productos*.

Del estudio de la facultad de retención que se recoge en este art. 502 del CCE, podremos extraer algunas consideraciones⁵²⁶, desde luego la primera de ellas es que resulta llamativo que cuando el código español regula el derecho de retención del ex usufructuario, expresamente le autoriza a aplicar los productos del inmueble al pago de su crédito, y que por el contrario se olvida de esa autorización cuando establece el derecho de retención en la anticresis (art. 1.886); una segunda es que aún dejando establecida esa facultad, ese art. 502 no está prorrogando el usufructo, que ya se extinguió, sino simplemente lo que está haciendo es legitimando al retentor a que se aplique el líquido de los productos del inmueble al pago de su crédito. Es decir no atribuye la propiedad de los frutos (que sería tanto como prorrogar el derecho de goce) pero permite la retención y la aplicación de los frutos al pago.

Esta facultad pudiera llevarnos a una aparente paradoja, puesto que si el retentor tiene derecho a aplicar esos frutos al pago, pero no tiene derecho de goce del inmueble (toda vez que el usufructo ya se extinguió) cómo se gestiona la producción del inmueble.

Lo cierto es que el retentor tiene la obligación de conservar diligentemente el bien retenido, y por ello habrá que entender que ese retentor estará facultado y obligado a explotar ordinariamente la finca si ésta es fructífera⁵²⁷, pues la dirección o gestión del inmueble será imprescindible para conservar productiva

⁵²⁶ ARIAS DIEZ, M^a D. loc., cit., pág., 1.493.

⁵²⁷ CARRASCO PERERA, A. ob., cit., pág., 834

la finca y evitar el deterioro que una paralización pueda suponer⁵²⁸, lo deseable pues sería que fuese el propietario el que aún estando excluido de la posesión inmediata pudiese decidir en torno a todos los actos y decisiones relativas a la gestión y explotación de la finca de su propiedad. Sin embargo eso es altamente improbable en las circunstancias en las que suele producirse un derecho de retención, pues no es en absoluto fácil pensar que el retentor pueda permitir al propietario, deudor-retenido, el acceso a la finca (aunque sólo sea para evitar cualquier duda que pueda originarse sobre la vigencia del derecho de retención, por pérdida de la posesión inmediata con ocasión de la entrada del propietario en la finca de su propiedad).

Por ello deberemos concluir que ese art. 502 CCE al permitir al retentor el reintegro de la deuda con los productos de la finca, está autorizando de forma implícita la gestión ordinaria de la misma, y también a gestionar la venta de sus productos y consecuentemente a realizar las operaciones de liquidación y a la rendición de cuentas, y de esta forma como decimos poder reintegrarse el crédito que se le adeuda.

La retención del acreedor anticrético carece de esa previsión. Si todo eso puede hacerlo el retentor ex usufructuario, es decir en tanto que anterior titular de un derecho de goce y a quien probablemente por ello mismo la ley permite poder disponer de los frutos del inmueble –que en términos de titularidad ya no le pertenecen, sino que pertenecen al propietario deudor- para aplicarlos al pago de su crédito, ¿por qué no admitir las mismas condiciones para el acreedor anticrético cuya posesión y retención en definitiva provienen también de un derecho de goce ya extinguido?.

Desde luego se nos podrá decir que precisamente en el art. 502 CCE se contempla expresamente esa posibilidad de aplicación y por el contrario eso no se refiere ni en el 1.886 ni en el 1.866.2º pº., y que por ello si el legislador en un caso contempló expresamente esa posibilidad y en el otro no lo hizo, es porque precisamente quiso diferenciar entre ambas retenciones.

⁵²⁸ Como bien reflexiona ARIAS DÍAZ, M^aD. loc., cit. pág., 1.496

El derecho de retención, que se encuentra referido en diversas lugares del CCE, sin embargo no tiene una regulación específica propia por lo que más nos inclinamos a pensar que nos encontraríamos ante un supuesto de vacío o laguna legal, que ante un caso de silencio consciente y negador de esa facultad de la que dispone el ex usufructuario retentor. Por ello pensamos que nos encontramos ante un supuesto de vacío que permitiría, al amparo del art.4.1 del CCE la aplicación analógica, por *analogía legis*, del art. 502 del CCE para los supuestos de retención reconocidos, pero no regulados, en el art. 1.886 del propio código.

Estamos planteándonos esta cuestión refiriéndonos exclusivamente a gastos de explotación no recogidos en el art. 1.882, y para los que quizás la legitimación para su reembolso pudiera tener también otro cauce: ya que hemos dejado establecido que en los actos de explotación del inmueble el acreedor actúa como administrador del propietario-deudor para gestionar y obtener frutos, y es previsión de esta figura que en toda administración el administrador debe ser repuesto en los gastos que haya debido adelantar y soportar (art. 1.728 CCE), teniendo derecho a ser reembolsado por dichos gastos. Por ello aunque el reembolso por estos gastos no se encontrara protegido por la regulación anticrética, éstos sí encontrarían protección en el derecho de retención que se le reconoce en el art. 1.730 del CCE. Pero este derecho de retención, que se remite a la prenda, no es el mismo que el del art.1.886: nos encontramos tratando de dilucidar el contenido del derecho de retención que se le reconoce al acreedor anticrético en méritos del art.1.886 por los créditos por la explotación del inmueble, no si ese acreedor dispone de tal derecho de retención. El art.1.728, resolvería esa duda pero no resulta necesario acudir a él cuando el art. 1.886 ya lo soluciona y precisamente en sede del propio derecho de anticresis. Se trata por tanto tan solo (!) de determinar que contenido tiene esa retención. En su consecuencia entendemos que ante el silencio del 1.886 procede acudir a la solución que nos ofrece el art. 502 para las reparaciones extraordinarias en el usufructo.

9.2.2.5.- Otros gastos útiles y su derecho al reembolso.

Nos estamos refiriendo a las deudas cuyo origen no tengan relación alguna ni con la obligación principal ni con la propia explotación ordinaria del inmueble, deudas que aún no teniendo relación directa con la conservación o la explotación anticrética del inmueble, sí tienen su origen en la propia finca, deudas como pueden ser las de mero ornato o las generadas con ocasión de haber introducido mejoras en esa finca.

Sobre la obligatoriedad o no de que el acreedor que ha incurrido en esos gastos deba ser reembolsado en todos ellos, deberemos acudir al régimen general y así tomaremos como referencia tanto el art. 453 del CCE como el art. 522-4 del CCCat, de forma que las cantidades invertidas en gastos superfluos, aunque se hayan aplicado a la propia finca, claramente no son reclamables al propietario deudor; sin embargo resulta matizable la reclamación de aquellas inversiones que hayan podido ser realizadas persiguiendo una mejora en la explotación de la finca. Claro que, como bien sugiere GUILARTE⁵²⁹, y eso sería válido para la regulación de ambos ordenamientos jurídicos, lo primero que debe precisarse es si el acreedor-poseedor puede o no introducir mejoras útiles en la finca.

¿Estaría legitimado, o incluso estaría obligado, el anticresista, por ejemplo, a sustituir un sistema de riego tradicional, por inundación, por un riego por goteo en aras de obtener un mayor rendimiento de la explotación? ¿Y si la introducción de esos sistemas por las fincas del entorno hace que por éstas se mejore notablemente la calidad de sus frutos, y el no hacerlo en la finca anticrética acabará impidiendo a la larga la óptima comercialización de sus frutos?. En estos supuestos, ¿estaría obligado el anticresista a soportar esa inversión y pudiera repetirla después contra el deudor principal?.

Desde luego no podemos olvidar la posición que hemos defendido al tratar el tema de los rendimientos, en donde sosteníamos que el acreedor anticrético recibe la finca como administrador de la misma y exclusivamente para obtener los frutos conforme a su destino y para cobrarse el crédito del que era titular, de forma que si somos estrictos en la determinación del derecho de goce que se le

⁵²⁹ GUILARTE ZAPATERO, V, loc., cit., pág., 659

atribuye a ese acreedor, también deberemos serlo en las facultades que tal derecho le confiere, Y, además, desde un punto de vista práctico no puede olvidarse que el deudor que transmite la posesión y explotación de su finca al acreedor, será porque no tiene otros medios de pago que le permitan seguirla poseyendo, pues de otra forma lo natural es pensar que el propietario-deudor preferiría permanecer en la gestión y ser él, con los resultados y rendimientos de sus bienes, quien fuera realizando el pago. Pues tomando en consideración esos precedentes, no resultaría justo entender que el acreedor pueda ir introduciendo toda clase de mejoras que, aunque útiles, vayan haciendo cada vez más pesadas la obligación de pago del deudor⁵³⁰. ¿ Puede el acreedor hacer obras nuevas, inversiones que aunque útiles o provechosas, excedan de las meras obras de conservación y reparación⁵³¹?

Entre nuestra doctrina este tema no ha sido especialmente tratado, y ni tan siquiera resulta pacífico determinar con arreglo a qué principios debe solventarse el silencio del código en esta materia.

Si aplicamos criterios de figuras que en principio, y aparentemente, resultan afines como pudiera ser el usufructo, o también en cierto modo el arrendamiento, estaríamos reconociendo al acreedor la facultad de gravar al deudor con una obligación que, aunque pueda traer causa de un gasto útil indiscutible, él nunca hubiera asumido⁵³².

Sin referirse exactamente a la anticresis, CARRASCO PERERA entiende que sobre los gastos hechos en la cosa, las normas posesorias y especialmente el art. 453 CCE sólo resultan aplicables para los supuestos de restitución derivada de la falta inicial de título o de ineficacia sobrevenida, pero en aquellos supuestos en que “ (...) no siendo el poseedor el titular definitivo de los bienes y que sin embargo retiene para sí los provechos obtenidos a lo largo de la posesión estable

⁵³⁰ LAURENT, F ob., cit., pág., 537.

⁵³¹ PLANIOL, M. ob., cit., pág., 357, se pronuncia en sentido negativo.

⁵³² Arts. 453 y 1.573 CCE.

en el tiempo, no es justo que pueda imponer al sucesor en la posesión la carga de un desembolso que acaso no esté en condiciones de hacer”⁵³³.

Pero en la anticresis no debe olvidarse que aunque quien percibe los frutos es desde luego el acreedor anticresista, los está percibiendo en función de pago; es por tanto una percepción que desde luego aprovecha al deudor. No es pues la misma situación que la del poseedor usufructuario, o arrendatario o la del fiduciario.

Así mismo parece verlo el propio CARRASCO PERERA cuando en la publicación citada también señala que “la restitución con función solutoria no puede tener otro régimen de gastos que el propio del depositario”⁵³⁴.

También hemos señalado más arriba, y GUILARTE se pronuncia en este sentido⁵³⁵, que no puede olvidarse la proximidad del acreedor anticrético con la figura del administrador o mandatario, de forma que aquellos gastos que exceden del propio negocio no serían repetibles al deudor.

Si por el contrario estimamos que la solución aplicable es la que nos ofrece el art. 453 CCE, nos encontramos que este artículo está reconociendo a todo poseedor el derecho a ser reembolsado por los gastos, y además al de buena fe le reconoce la facultad de retener el bien hasta que se produzca ese reembolso. Es más, expresamente contempla que el poseedor de buena fe tiene un derecho de retención para garantizarse el reembolso de los gastos útiles (algo que se le niega para los gastos suntuarios). ¿Qué aporta el art. 1.886, cuando en sede de anticresis reconoce el mismo derecho de retención? ¿es simplemente una reiteración del 453, o es que al ubicarse dentro de la anticresis se le reconoce *implícitamente* el derecho a irse reembolsando con los frutos?.

De conformidad con el CCE, y si aplicamos al anticresista las disposiciones aplicables a todo poseedor, si la inversión es útil, el acreedor tendrá derecho a

⁵³³CARRASCO PERERA, ÁNGEL. En “Restitución de provechos”, ADC.1987. Tomo XL, Fascículo IV. pág., 1.124.

⁵³⁴Ibidem

⁵³⁵ GUILARTE ZAPATERO, V. loc., cit., pág., 661.

su reembolso o cuando menos al aumento de valor de la finca, pero siempre amparado por un derecho de retención. Pero si la inversión es en elementos de mero ornato y el deudor propietario los hubiera rechazado, el acreedor podrá retirarlos pero no podrá repetir cantidad alguna.

Habrá que distinguir entre gastos en los que se incurre, de forma excesiva o innecesaria, en la gestión o explotación del inmueble, y aquellas inversiones que se aplican no a la explotación sino al propio inmueble, constituyendo mejoras útiles o de mero ornato, pero permanentes y sobre el propio inmueble.

Entendemos que a los gastos de explotación excesivos les resultaría de aplicación lo dispuesto en los art. 1.727.2 y concordantes del CCE, porque en esas circunstancias efectivamente el acreedor anticresista actúa como si fuera un administrador/mandatario del deudor propietario.

Respecto de las inversiones aplicadas sobre la misma finca habría que hacerse otra reflexión que es la que hace GUILARTE cuando estima⁵³⁶ que debiéramos distinguir entre las obras de mejora que efectivamente conllevan una mayor productividad de la finca, de aquellas otras que no tienen o no han tenido ningún efecto sobre esa producción. No resultarían en modo alguno reclamables estas últimas. Y por el contrario las primeras sí pudieran ser recuperables por el acreedor/inversor en la medida en que hayan supuesto efectivas mejoras en el aprovechamiento u obtención de rendimientos, pero sólo con el alcance de de las mejoras obtenidas. De hecho la mejoras que no conlleven mayor productividad, merecerían con arreglo a este criterio el tratamiento de gastos *inútiles*, de puro lujo.

Por tanto y en conclusión los gastos útiles que han significado un efectivo mayor aprovechamiento de la finca, o que han supuesto una mejora permanente, serán reclamables al deudor bien lo sean por el art. 453 del CCE, bien lo sean por lo previsto en el art. 1.715 y en ambos casos amparados con un derecho de retención coincidente también con el del 1.886 del CCE.

⁵³⁶Ibídem pág., 659

En el ordenamiento catalán, la situación se complica más, puesto que al determinar la obligación del acreedor anticrético la ley dice expresamente que deberá obtener el máximo rendimiento. Evidentemente eso no le autoriza a modificar el destino económico de la finca, pero parece que conservándolo pudiera realizar inversiones que mejorasen el rendimiento de la explotación. Sin embargo entendemos que eso dejaría igualmente en situación desprotegida al deudor que de esta forma pudiera ver cómo su deuda se va incrementando en lugar de disminuir, en razón de de las inversiones que el acreedor va realizando (o si el constituyente es un tercero, cómo él mismo deviene en deudor cuando su única voluntad era la de procurar el pago de la deuda)

Desde este punto de vista resultaría más razonable entender que el acreedor está obligado a obtener el máximo rendimiento en las propias condiciones en que recibe el inmueble, y no puede por ello introducir mejoras que aunque útiles graven al propietario sin su consentimiento.

Sin embargo el art. 522-4 CCCat reconoce al poseedor de buena fe el derecho a ser reembolsado en las mejoras útiles introducidas en el inmueble siempre y cuando resulten provechosas para el propietario al término de su posesión, derecho al reembolso que viene a completarse con una facultad de retención en aplicación del art. 596-4 a), *in fine*, del propio CCCat.

En conclusión respecto de esta clase de deudas creemos que deberá dejarse establecido, que si provienen de los gastos de explotación y que exceden de lo que pudiera ser una gestión razonable, el acreedor no tendrá derecho a ser reembolsado por los mismos; si provienen de inversiones aplicadas sobre el inmueble, habrá que determinar si se trata de *inversiones útiles*, estimando que lo son aquellas que generan una mayor productividad con la que pueda pagarse la propia inversión y quedar un margen, en ese supuesto el acreedor tendría derecho a ser reembolsado y de no serlo ese acreedor pudiera acogerse al derecho de retención del 569.3.

Y por último debiera determinarse si vigente ese derecho de retención, podrán o no ser aplicados al reembolso los frutos que produzca el inmueble.

9.2.2.6.- Alcance del derecho de retención: El derecho de retención en relación con otras deudas.

Respecto de las restantes deudas que puedan surgir entre acreedor y deudor por cualquier otra relación jurídica que les vincule pero que no guarde relación alguna con la obligación principal afecta al derecho de anticresis, se encontrarían éstas aseguradas en el CCE con el derecho de retención del art. 1.886 y, obviamente, siempre que cumplan con los requisitos conocidos que deberán tratarse de créditos nacidos con posterioridad a la propia constitución de la anticresis y vencidos con anterioridad a la propia obligación de devolver el inmueble.

En la regulación de la anticresis en el CCE se nos dice que será *aplicable a este contrato* (contrato de anticresis) *el párrafo segundo del artículo 1.866*. De forma que habrá que entender que eso se dará cuando entre idéntico acreedor y deudor, se generen nuevas deudas en las que concurran los requisitos esenciales que bien determina la STS de 21 de Febrero de 1997⁵³⁷, esto es:

a) Que entre el acreedor pignoraticio y el deudor principal existan dos o más deudas, de las que la primera de ellas está garantizada con prenda, mientras que sobre la segunda no se ha pactado garantía alguna, y

b) que de la segunda deuda, que carece de garantía, tenga vencimiento anterior a la primera que se constituyó y que está garantizada con la prenda.

Entendemos pues que cumpliéndose esos dos requisitos, en el ámbito de aplicación del CCE, cualquier deuda que exista entre acreedor y deudor al tiempo de extinguirse la garantía anticrética, pudiera dar lugar al nacimiento del derecho de retención.

Este derecho de retención, con esa amplitud, no se contempla en la anticresis catalana, de forma que como ya hemos señalado la retención como derecho real de garantía debe sujetarse a las condiciones y requisitos recogidos en el art. 569.3 y ss. del CCCat. La posesión anticrética es suficiente para devenir en retención, pero para que ésta pueda darse la deuda por la que se retiene deberá

⁵³⁷ STS 21 de febrero de 1997 (RJ 1011).

estar en alguno de los supuestos del art. 569-4, si bien debemos recordar de nuevo que el supuesto previsto en el epígrafe a) de ese artículo que hace referencia al resarcimiento de los gastos necesarios para conservar y gestionar el bien no dará lugar –en este caso- a este derecho de retención, sino a la retención que se contempla propiamente en sede de anticresis en su art. 569.25.1 CCCat.

9.2.2.7.- Alcance del derecho de retención: Derecho de retención y el reembolso por rendimientos.

El derecho de retención que se recoge en el 2º pº del art. 1.866 del CCE al que nos remite el art. 1.886, no es en absoluto pacífico y su integración con la figura de la anticresis, aún menos.

Cumplíendose los requisitos que el art. 1.866 CCE establece, el acreedor dispone de un derecho *a prorrogar la retención*, expresión ésta que ha inducido a un cierto debate sobre el alcance de ese propio artículo, y que obviamente se reproduce en el caso de la anticresis.

La cuestión discutida es si ese derecho de retención es meramente tal, un nuevo derecho con una nueva naturaleza distinta de la prenda o de la anticresis, lo que resulta contradictorio con el empleo del término *prórroga*, o por el contrario continúa siendo el mismo derecho de prenda o anticresis, lo que resulta contradictorio con el empleo del término *retención*.

Nada pacífica resulta esa disputa, si bien el TS ha venido dejando establecido que el derecho de retención en modo alguno puede ser confundido con la prenda, toda vez:

“(…) que el derecho de prenda no está caracterizado solamente por una facultad de retención a la que, en efecto, se refieren expresamente los dos párrafos del precepto primeramente invocado, sino que también es de esencia en él, conforme al segundo de dichos preceptos y parejamente con el derecho de hipoteca, la facultad de enajenar las cosas constituidas en garantía para pagar al acreedor (*ius distrahendi*); consideración bien sencilla, pero que tiene un singular interés en el caso discutido, ya que comenzando por asignar inexactamente al derecho de prenda una sola

característica social (el *ius retentionis*) se pretende equiparar la institución contemplada en el primer párrafo de dicho artículo 1866 con la regulada en su segundo párrafo, haciendo abstracción de otra nota que es esencial para aquella y que como tal se recoge en el mencionado artículo 1858; error inicial en que se engendra una equivocada interpretación del precepto que intenta aplicar a situaciones notoriamente diversas un régimen jurídico que ni el texto del Código ni en la doctrina generalmente aceptada le es común”⁵³⁸.

Jurisprudencialmente pues, se ha distinguido de forma determinante lo que es el derecho de prenda y lo que es el derecho de retención, incluso sentencias posteriores a la transcrita en las que viene a reconocerse, por ejemplo, que el mandatario retentor de los bienes de su mandante dispone de un *ius distrahendi* sobre esos bienes retenidos, el argumento utilizado para sostener ese criterio es que el texto de la ley no se refiere literalmente a que ese mandatario, o también el depositario, dispongan de un derecho de retención sino que lo que tienen es la facultad de *retener en prenda*⁵³⁹, y la referencia a ese título le confiere el carácter de ser prenda legal y como tal dispone de la facultad de enajenación, algo que no sucede en el derecho de retención reconocido en el art. 1.866 CCE.

En esos supuestos el acreedor retentor tendrá simplemente un derecho de retención que no le permitirá hacer suyos los frutos, sino que tan solo podrá extender sobre ellos el propio derecho de retención que conlleva la obligación de conservación, y si para ello resultase preciso, como acto de administración, su separación de la cosa madre y su venta, estará legitimado para ello, pero lo estará realizándolo por cuenta de su deudor por lo que los rendimientos, también sujetos a liquidación, no ingresarán en su propio patrimonio sino que pertenecerán a ese deudor.

Doctrinalmente no siempre es pacífico, pues encontramos autores que tanto para la prenda como para la anticresis, sostienen que lo que se produce es la constitución de *otra* garantía idéntica para la segunda obligación, de forma que

⁵³⁸ STS, de 24 de junio de 1941.(RJ 758). Esta sentencia ha venido a constituirse como la referencia paradigmática en todo el tratamiento jurisprudencial de la figura de la retención.

⁵³⁹ STS, de 7 de Julio de 1987. (RJ 5185).

persiste tanto el *ius distrahendi* como el derecho a reembolsarse de la deuda mediante la percepción de frutos.

Aunque se hace necesario destacar que tampoco entre los autores de esa tesis, las posiciones son unánimes pues así, por ejemplo, para MANRESA es el derecho de retención el que conlleva la posibilidad de enajenar y percibir los frutos, mientras para CANO MARTÍNEZ DE VELASCO se trata de que ha quedado constituido no un derecho de retención sino una segunda garantía idéntica a la primera, por lo que nos seguiríamos encontrando dentro de una prenda o de una anticresis⁵⁴⁰.

También nos encontramos posturas intermedias que defienden que efectivamente el acreedor anticrético, en méritos del derecho de retención que le reconoce el art. 1.886 CCE, dispone de la facultad de percibir los frutos, haciéndolos suyos, para el reembolso de la deuda, pero que se trata de un mero derecho de retención sin que disponga de *ius distrahendi, ni ius perseguendi ni ius praelationis*⁵⁴¹.

A nosotros nos parece claro que en la regulación que se hace del derecho de anticresis en el CCE, se contemplan dos situaciones posesorias diferentes: La principal o natural de derecho de anticresis, y la mera posesión material que se reconoce en el art. 1.886 del CCE.

En cuanto a la primera el acreedor adquiere no sólo la posesión inmediata de la finca sino también el derecho de goce de la misma (y que como ya hemos señalado más arriba no es tanto un derecho de goce absoluto sino un derecho a la explotación económica y a la percepción de frutos)⁵⁴², y en méritos de ese derecho de goce adquiere el *ius fruendi* que quedará extinguido, con independencia del propio acto posesorio, cuando se extinga la anticresis.

⁵⁴⁰MANRESA NAVARRO, JM. ob., cit., pág., 297. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. IGNACIO. *La Retención de cosa ajena*. Editorial Bosch. Barcelona 1990. Pág., 83, sostiene este autor la opinión que se produce la constitución *legal* de otra garantía anticrética, con el derecho a percibir los frutos y para él también con la facultad de enajenar o *ius distrahendi*.

⁵⁴¹ GUTIÉRREZ PEÑA, F., ob., cit., pág., 342.

⁵⁴² Véase epígrafe 4.2 de este propio trabajo.

Respecto de la mera posesión material que se reconoce en el art. 1.886 del CCE, se da cuando extinguido el derecho, *el ius fruendi* es recuperado *ope legis* por el propietario deudor y en su caso puede que aparezca un nuevo derecho de retención independiente de la propia anticresis por aquellas deudas no vinculadas a ese derecho real.

La obligación principal y los intereses se encuentran cubiertos por la anticresis porque así lo han convenido las partes en su constitución. Y por disposición de la ley al constituir este derecho ya hemos visto en qué condiciones ésta se extiende a los gastos de conservación, explotación, contribución y cargas⁵⁴³ (salvo pacto en contrario).

En modo alguno la anticresis puede producir efectos o extenderse sobre otras deudas extrañas a la obligación principal, pues como venimos sosteniendo lo que sucede es que extinguida la anticresis se extingue el *ius fruendi* como manifestación del derecho de goce, y el deudor-propietario recupera la facultad de hacer suyos los frutos que el bien produzca a partir de ese instante. Si en esas circunstancias aparece un derecho de retención por deudas extrañas a la explotación, ¿qué ocurre entonces con los frutos o rendimientos que ese bien inmueble continúa produciendo?

Esos frutos, en méritos de la retención se encuentran en poder del retentor, ex acreedor anticrético, pero en modo alguno pertenecerán a éste quien sin embargo podrá retenerlos puesto que aunque eso no lo diga expresamente la norma, así debe entenderse por un principio de equidad⁵⁴⁴, pues de la misma forma que la deuda que ocasiona la retención genera interés por lo que el saldo deudor se va incrementando, de la misma manera esa garantía que constituye la retención se irá extendiendo también a los frutos, pero en forma de retención no de apropiación⁵⁴⁵.

Aún no teniendo la propiedad de esos frutos, el ex acreedor anticrético y ahora retentor, tendrá el derecho y el deber de recolectarlos, recogerlos y conservarlos,

⁵⁴³Supra 9.2.2.3.

⁵⁴⁴ LÓPEZ DE HARO, C., ob., cit., pág., 33.

⁵⁴⁵ BELTRÁN DE HEREDIA, P. ob., cit., pág., 82.

puesto que el propietario no puede percibirlos por no tener la posesión inmediata de la finca, de forma que o ese acreedor-retentor autoriza al propietario a su entrada en esa finca para recogerlos, lo que sin duda pudiera suponer una quiebra del derecho de retención, o los recoge el propio retentor con la obligación de restituirlos al deudor en cuanto éste haya satisfecho íntegramente su deuda⁵⁴⁶, y mientras no lo haga el acreedor tendrá la obligación de conservarlos.

Ahora bien, si por ese proceso resulta que los rendimientos se han hecho líquidos y la deuda es también líquida, entonces creemos que desde luego cabe la figura de la compensación sin que exista ningún tipo de privilegio que anteponga esa compensación al crédito del que puedan ser titulares los terceros acreedores, pero dejando a salvo esas situaciones de conflicto, entendemos que será perfectamente posible la aplicación de esa compensación.

En el ordenamiento jurídico catalán ese derecho de retención no existirá, pudiendo el acreedor en todo caso remitirse a la aplicación del art.569.3 CCCat, si es que se está en alguno de los supuestos allí contemplados y que si examinamos siquiera someramente, veremos que en el art. 569-4, se hace referencia a *el resarcimiento de los gastos necesarios para conservar y gestionar el bien y de los gastos útiles, si existe derecho a reclamar su reembolso*, pero como ya hemos señalado ese precepto no resulta de aplicación al crédito del que estamos hablando, puesto que esas facultades ya se encuentran recogidas en lo que es la propia garantía del derecho de anticresis, y por ello en todo caso para esos supuesto lo que se aplicaría sería la *retención anticrética*, no esta otra retención.

De todos los restantes supuestos previstos en ese art. 569-4 CCCat, únicamente pensamos que pueda ser de aplicación el apartado b) que señala que podrá tener lugar el derecho de retención para *el resarcimiento de los daños producidos por razón de la cosa en la persona obligada a la entrega*.

Creemos que al amparo de esa disposición el acreedor anticrético que tuviera créditos pendientes de ser satisfechos cuyo origen fueran daños propios que hubiera tenido que soportar o gastos necesarios, aunque extraordinarios, para la

⁵⁴⁶Ibidem., pág., 83.

propia conservación de la cosa (art. 569-4.1 a) *in fine*), podrá acogerse al derecho de retención que se le reconoce en esta disposición.

Respecto de ninguna otra deuda podrá tener un derecho de retención cuyo origen se fundamente en haber adquirido la posesión de la finca retenida en méritos de la garantía anticrética.

Más arriba ya hemos dejado establecido que la obligación de conservar la finca significa la obligación de explotarla de forma ordinaria. El retentor tiene la tenencia, la posesión inmediata, de forma que deberá ser él quien decida sobre los actos de administración, debiendo incluso proceder a su enajenación si la naturaleza de los frutos así lo exige⁵⁴⁷.

Cuando eso suceda, y de la misma forma cuando el inmueble retenido produzca rentas o rendimientos líquidos, nos encontraremos que el retentor habrá transformado los frutos obtenidos en especie dinero líquido, de forma que en este caso (que no se puede dudar que será en la mayoría) resultará que a partir de ese instante el retentor será deudor de su deudor en bienes de la misma especie y calidad –dinero-, por lo que procederá la compensación (art. 1.195 CCE). Y así por esta vía resultará que el retentor sin tener derecho a hacer suyos los frutos, pues pertenecen al propietario retenido, acabará aplicando su importe al pago del crédito en méritos del que retiene.

Los efectos desde luego no serán exactamente los mismos para este caso que en el supuesto en que el acreedor hace suyos los frutos en méritos de la garantía anticrética, pues en este caso los frutos siempre pertenecerán al acreedor y por tanto respecto de los mismos ya no es que quepa hablar de privilegio (al que parece aludir el art. 90 de la LC), sino que en todo momento le pertenecen.

⁵⁴⁷ ARIAS DÍAZ, M^a D. loc. cit., pág., 1.499: “ No debemos perder de vista que el retentor es un poseedor y se encuentra en una situación privilegiada para conocer y hacerse cargo de la administración del inmueble; y no nos referimos ya a la nueva recolección de productos a efectos de cobrar su crédito, sino a la posibilidad de realizar actos de gestión beneficiosos para la misma y sus propietarios, a fin de evitar la pérdida de productividad y precaver el perjuicio que ello supondría para el mismo”.

Por el contrario en el supuesto de esa compensación del art. 1.195 CCE, el crédito es una deuda ordinaria más entre todas aquellos que pueda tener el deudor, y por ello los frutos aún estando retenidos habrán podido ser embargados y su liquidación se encontrará sujeta a cuanto dispone el art. 1.196.5 del CCE.

En derecho catalán la cuestión nos parece algo diferente a partir de la propia regulación, puesto que como ya hemos señalado no se le reconoce al acreedor un derecho de retención tan abierto como el que queda indeterminado en el CCE.

10.- REALIZACIÓN DE VALOR DE LA FINCA GRAVADA EN ANTICRESIS

10.1.- REALIZACIÓN DE VALOR CONFORME AL DERECHO ESPAÑOL

Como ya hemos señalado más arriba, de la lectura literal del art. 1.884.2 CCE relativo a la venta judicial del inmueble, nos parece que en modo alguno cabe deducir indubitadamente que ese artículo recoja una facultad autónoma de realización de valor⁵⁴⁸, sino que se trata de una acción de reclamación propia de todo derecho de crédito y se desprende de la propia naturaleza de la anticresis como así sucede en los restantes derechos reales de garantía.

En ese artículo después de dejar establecida la nulidad del pacto comisorio (algo que por otro lado también se establece en los códigos francés, italiano y en muchos de los iberoamericanos), el código declara que el acreedor, en ese caso, podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento civil el pago de la deuda o la venta del inmueble.

⁵⁴⁸ CARPI MARTÍN, REBECA. “La realización de valor de los bienes hipotecados: ¿acto dispositivo del acreedor hipotecario?”. RDPA. 2006.pág., 116. “ Y es que como ha repetido la doctrina hipotecarista, no existe en la ejecución hipotecaria proceso contencioso ni actúa el juez con funciones jurisdiccionales propiamente dichas. De ahí la posibilidad misma de que la función que realiza el juez la pueda asumir también un notario. La tutela del crédito se consigue mediante el ejercicio del derecho de hipoteca con intervención de un órgano público, juez o notario, que ejerce una “*mera función de garantía de derechos del art. 117.4 de la constitución y no una función jurisdiccional del art.117.3*”.

Y en este mismo sentido, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. ob., cit., pág., 557: “ Con la interposición de la acción hipotecaria se pone en marcha, por tanto, una facultad de realización ejecutiva que no puede nacer de las entrañas del propio crédito asegurado, sino que emana y deriva de la propia hipoteca, aunque funcionalmente y por su propia accesoriidad tenga como presupuesto la exigencia del crédito y como destino su satisfacción. En virtud de la *relación de accesoriidad* que entre crédito –elemento principal- e hipoteca –componente accesorio- existe, lógicamente la acción hipotecaria – *el ius distrahendi adversus omnes*- se añade y se suma al crédito para asegurar su cumplimiento coactivo, se yuxtapone a su innato *ius distrahendi* –la acción personal-, pero sin confundirse, ni identificarse con él, y sin que, por supuesto, pueda pensarse que el crédito representa por sí solo el sustrato o fuente material del que brota aquella, aunque sí sea el fin que la justifica”.

La redacción dada a este artículo y la dada a su equivalente francés (al vigente hasta marzo de 2006), eran prácticamente idénticas. Sus diferencias son más de construcción gramatical, que literal. El artículo francés establecía:

“2.088.- Le créancier ne devient point propriétaire de l'immeuble par le seul défaut de paiement au terme convenu; toute clause contraire est nulle; en ce cas, il peut poursuivre l'expropriation de son débiteur par les voies légales”.

Como ya hemos señalado más arriba, en opinión de POTHIER⁵⁴⁹ la anticresis en su origen en el derecho francés, de donde la incorporó el CCE, no confería la facultad de venta del objeto dado en garantía, a diferencia de lo que sí ocurría en el derecho de prenda de bienes muebles, de manera que a pesar de estar reguladas ambas instituciones de forma conjunta, para la figura de la anticresis no se contempló tal facultad.

También nosotros ya hemos dejado expuesto⁵⁵⁰ por qué razones estimamos que desde luego la anticresis española no conlleva un *ius distrahendi* propio y autónomo, característica esencial de los derechos reales de realización de valor, pero ello no impide que el acreedor pueda proceder a la venta del inmueble retenido acudiendo a la vía judicial puesto que así se contempla en su regulación, y por ello debemos analizar en qué circunstancias podrá el acreedor solicitar esa venta y con qué efectos.

En cualquier caso la regulación del derecho de anticresis resulta tremendamente abierta y por supuesto, a pesar de haber sido concebida su existencia con o sin documento público, se entiende en el ámbito de un acuerdo contractual, en cuya sede las partes debieran haber determinado cuál es el alcance de la administración y explotación del bien inmueble, las facultades de uso por el acreedor anticrético, las condiciones de liquidación de los ingresos/gastos y rendimientos, y además el supuesto de incumplimiento y sus consecuencias.

⁵⁴⁹ POTHIER, R J. ob., cit., pág., 597.

⁵⁵⁰ Véase epígrafe 4.4.1.1.2 de este trabajo.

Y en cuanto a ese último extremo, en cuanto a los efectos del incumplimiento definitivo del deudor, creemos que las partes al tiempo de convenir la anticresis pudiera ser que o bien no hubiesen contemplado ninguna consecuencia especial estando a lo que determina la ley, o pudiera ser que hubiesen intentado regular esa situación mediante un pacto expreso. Por ello pensamos que esas partes podrán encontrarse en alguna de las siguientes cuatro situaciones:

1. Las partes pueden no haber hecho previsión alguna
2. Pueden haber convenido *expresamente* la inexistencia de un derecho de realización de valor; que el acreedor incluso disponiendo de un derecho de retención, no tiene la facultad de enajenación.
3. Cabe imaginar también, que pese a la sanción legal de nulidad, las partes hubieran podido convenir la adquisición de la propiedad por el acreedor en compensación por el impago de la deuda (pacto comisorio).
4. O también las partes pueden haber pactado la venta (judicial o no) para satisfacer la deuda con su producto.

10.1.1.- Cuando las partes no hubieran convenido ningún tipo de previsión para el hipotético impago de la deuda.

Las partes pueden no haber hecho previsión alguna sobre qué es lo que ocurriría en el supuesto de impago del crédito garantizado, con lo cual eso obligaría al acreedor, para poder atacar la propiedad del bien, acudir a la vía judicial ordinaria solicitando el embargo de bien y su posterior subasta.

De la redacción del art. 1.884 puede pensarse que se ofrece al acreedor una doble opción, bien la venta judicial bien la reclamación del importe que se le adeuda por la vía ordinaria. Como ya hemos señalado, de hecho esta dualidad no existe: la venta judicial, sólo tiene lugar en el ámbito de un proceso de ejecución.

Otra cosa es que el acreedor anticrético pueda o no ir directamente a ese proceso de ejecución⁵⁵¹.

10.1.2.- Supuesto en que las partes hubieren pactado expresamente que el acreedor carecería de facultades para la enajenación del inmueble.

Y lo mismo sucedería si el pacto alcanzado entre las partes hubiera consistido en dejar constancia expresa de que la entrega del bien inmueble en anticresis no conllevara la facultad de enajenación del mismo, determinando de forma expresa que el alcance de la garantía se limitara a la percepción de frutos y al derecho de retención.

La prohibición de enajenar pactada únicamente puede referirse a la propia garantía, obviamente no puede estar referida a la responsabilidad universal del deudor que es cuestión de orden público, y que no permite excluir bienes del deudor de su propia responsabilidad⁵⁵². Este es el criterio sustentado por

⁵⁵¹ SANTOS BRIZ, J. ob., cit., pág., 470: “a la vista de lo dispuesto en el art. 1884.2ºp, el acreedor podrá pedir alternativamente dos cosas diferenciadas: el pago de la deuda, que deberá ser solicitado a través del juicio declarativo correspondiente por la cuantía, ya que no hay procedimiento especial para este supuesto; o la venta del inmueble, lo que se hará por el procedimiento de apremio que establece la misma Ley procesal en sus artículos 634 y ss.”

⁵⁵² Dirección General de los Registros y del Notariado. Resolución de 22 febrero 1989 (RJ 1.696) : Este artículo (1.911CCE) proclama un principio básico de la organización jurídica vigente, cual es el de la responsabilidad patrimonial universal; no es la persona del deudor la que debe suministrar la adecuada compensación al acreedor insatisfecho sino sus bienes, todos ellos, tanto los que actualmente le pertenezcan como los que en lo sucesivo pueda adquirir; esta universalidad, que es inequívoca en los términos de la norma determina en conjunción con el principio de jerarquía normativa (artículo 1-2 del Código Civil), la competencia exclusiva de la ley para definir todo supuesto de excepción que, además, habrá de ser interpretado estrictamente (artículo 4 del Código Civil). Es evidente, por la propia naturaleza y trascendencia del precepto y por su carácter imperativo, que tales excepciones habrán de ser establecidas de modo puntual y preciso - vid. artículos 1448 y 1449 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 1807 del Código Civil, 18 de la Ley de Patrimonio del Estado y 44 de la Ley General Presupuestaria y que no cabe una autorización genérica a la voluntad privada para el establecimiento de cuantas excepciones convengan en cada situación particular, pues ello desvirtuaría completamente el alcance y finalidad del principio enunciado (cfr. artículo 1449 «in fine» de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

O'CALLAGHAN al referirse a las cláusulas de exoneración de la responsabilidad, tendentes a eliminar la responsabilidad del deudor o que su patrimonio devenga en intocable; para este autor como decimos el art. 1911 del CCE es de carácter imperativo y no pueden dejarlo las partes inactivo, de forma que una cláusula de ese tipo aún convenida de mutuo acuerdo entre deudor y acreedor resultaría nula de pleno derecho, nulidad absoluta⁵⁵³.

Frente a esta afirmación que negaría la posibilidad de pactar la no-responsabilidad patrimonial universal del deudor (lo que conllevaría además una clara infracción del art. 1.256 CCE), estaría la posibilidad de invocar la aplicabilidad del art. 140 LH en méritos del cual se limita la garantía real voluntaria únicamente al bien dado en garantía. PETREL SERRANO⁵⁵⁴ señala que este artículo vendría a ser una excepción al principio de responsabilidad universal , una excepción legal que también podemos encontrar en algún que otro precepto como el art. 1.807 CCE, excepción que puede ser entendida de muy diversas maneras según la naturaleza jurídica que pensemos que deba ser atribuida a esta clase de hipotecas⁵⁵⁵ , aunque este autor parece concluir que al

STS de 10 febrero de 1993 (RJ 1.453): El básico principio de la responsabilidad patrimonial universal del deudor, consagrado en el art. 1.911, comprende todos sus bienes, como regla general, y los requisitos que, como sucede en este caso, puedan exigirse para la disposición sobre los mismos no significan exclusión absoluta de aquellos que se vean afectados por la limitación dispositiva, sino únicamente que habrán de cumplirse para hacer efectivas sobre tales bienes las responsabilidades contraídas.

⁵⁵³O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER. *Compendio de Derecho Civil*. Tomo 2.Vol 2. Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA). Madrid.2001. Lección 31.

⁵⁵⁴ PETREL SERRANO, JUAN JOSÉ. "Artículo 140 Ley Hipotecaria". *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Editorial EDERSA. Madrid 2000.Tomo VII. Vol. 8. Pág., 19 y ss.

⁵⁵⁵PETREL SERRANO, ibídem, las resume en cuatro grupos : 1.- TESIS DE LA HIPOTECA INDEPENDIENTE: Siguiendo a LA RICA (de quien cita su conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 28 de Febrero de 1946. Anales Tomo IV pág., 281 y ss.), la obligación personal asegurada mediante hipoteca, cuando la finca sujeta al límite del art. 140 LH ha sido enajenada por el deudor, la deuda personal queda volatilizada por lo que estaríamos ante una verdadera deuda real, de forma que la obligación personal quedaría extinguida al constituirse la garantía y desaparecería definitivamente cuando la finca que la garantiza pasa a manos de un tercero. 2.- TESIS DE LA CONCRECIÓN DE LA RESPONSABILIDAD. Siguiendo a ROCA SASTRE (que cita a partir de su obra Derecho

art.140 LH no modifica la naturaleza jurídica de la hipoteca que sigue siendo una hipoteca ordinaria con la única variación de que el acreedor tiene limitadas sus posibilidades de ser resarcido de la deuda con los bienes sobre los que se constituyó la garantía. Y planteada así la cuestión entendemos que no resulta trasladable la figura de la hipoteca de responsabilidad limitada a la anticresis, ni aún en el caso en que ésta hubiese resultado inscrita en el Registro de la propiedad puesto que hemos negado que esta garantía conlleve *ius distrahendi*, por lo que la responsabilidad del deudor será siempre y exclusivamente una responsabilidad personal y por tanto al no disponer de una garantía de realización de valor el art. 1.911 CCE le sería siempre aplicable, pues habrá que entender que este artículo sólo admite como excepciones aquellas que se encuentre legal y expresamente previstas.

Sin embargo para la anticresis establecida conforme al derecho catalán cabe preguntarse, toda vez que se trata de un derecho real dotado de *ius distrahendi*,

Hipotecario. Tomo IV-Vol 1. Edición sexta edición) conforme a la cual la aplicación del art. 140 LH puede ser visto como pacto de concreción de la responsabilidad personal pero no de limitación de la misma de forma que esa responsabilidad quedará vinculada a la cosa y la seguirá a la manera de un obligado propter rem, de forma que cuando se transmite la finca se produce una especie de asunción o subrogación de deuda por el adquirente liberatoria para el deudor pese a no contar con la autorización del acreedor y sin que tampoco el nuevo adquirente asuma responsabilidad alguna por la insuficiencia de valor de la finca adquirida para hacer frente al pago de la deuda garantizada, de forma que sería una asunción de deuda sólo parcial. 3.- TESIS DEL PATRIMONIO SEPARADO.- Tesis que sigue LÓPEZ TORRES (a quien cita por su artículo Complemento al Estudio de la hipoteca de responsabilidad limitada.), quien piensa que el art.140 LH encontraría cabida en la teoría del patrimonio separado, que es aquel que tiene deudas propias y no se resiente por los efectos de cualquier otra obligación del sujeto del patrimonio. 4.- TESIS DE LA OBLIGACIÓN NATURAL. La defiende DE LA ESPERANZA (a quien cita a partir de su artículo “La Responsabilidad patrimonial universal. Aspectos de la limitación permitida por el artículo 140 de la Ley Hipotecaria” en Revista de Derecho Notarial núm. 19, 1958.), resultando que para este autor el nuevo adquirente es un fiador real por deuda ajena, tercer poseedor de bienes hipotecados, con responsabilidad pero sin deuda; el deudor permanece obligado de forma similar al sujeto pasivo de una obligación natural y el acreedor no sufre alteración alguna puesto que frente a él sigue siendo deudor el deudor de origen y la responsabilidad recae en la finca. 5.- TESIS DE SUPUESTO NORMAL DE HIPOTECA. Siguiendo a PEÑA (Derecho Hipotecario, 3ª ed. Centro de Estudios Registrales del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España) la relación jurídica básica no sufre alteración alguna, el acreedor únicamente pasa a tener limitadas sus facultades de actuación en relación con los bienes del deudor, pero la relación jurídica básica ni aún en el supuesto de enajenación de la finca, sufren alteración alguna.

si pueden acreedor y deudor acogerse a la limitación de responsabilidad prevista en el art. 140 de la LH para las hipotecas voluntarias. Es nuestra opinión que el legislador catalán en modo alguno, pese a haber dotado a la anticresis de *ius distrahendi*, ha querido equiparar la figura de la anticresis a la institución hipotecaria, es más expresamente la ha alejado de ella; de hecho ha configurado una anticresis que es un derecho de garantía en función de medio de pago, dotado de un derecho de retención, y como consecuencia de esa retención se le dota de facultad de venta. Es decir, el *ius distrahendi* le viene dado a la anticresis no como consecuencia de la propia garantía que se instrumenta como medio de pago, sino como consecuencia del derecho de retención – y es éste un efecto que quizás hasta resulta inevitable una vez admitido que la anticresis conlleva, por esencia, retención-. Y de ahí que en el proceso de ejecución debamos acudir al procedimiento previsto para el derecho de retención.

Ha sido pues voluntad del legislador catalán alejar la figura anticrética de la hipotecaria, y si a ello le unimos que el art. 140 de la LH, exclusivamente pensado para la hipoteca voluntaria, es además una excepción legal al principio general imperativo de la responsabilidad universal del deudor, como tal excepción deberá ser interpretada restrictivamente por lo que no podemos hacer extensiva su previsión a figuras que el propio legislador no ha querido que compartan regulación, de forma que entendemos que tampoco para la anticresis catalana podrá convenirse la limitación del art. 140 de la LH.

De forma que el pacto al que nos referimos únicamente pudiera tener una explicación, que es el que las partes hubieran determinado expresamente que la garantía anticrética, en sí misma considerada, no facultaba a la venta del inmueble, y por tanto para esa enajenación el acreedor deberá ir a la vía judicial ordinaria; por lo que el efecto de convenir ese pacto vendría a ser lo mismo que no convenir nada.

En ambos casos el acreedor impagado para recuperar su capital no tendrá más remedio que acudir a la vía judicial ordinaria, solicitando el reconocimiento de la deuda y solicitando subsiguientemente el embargo de los bienes del deudor empezando por el que el propio acreedor posee. El acreedor tendrá siempre acción para que se reconozca su derecho de crédito, lo diga o no el código civil al

regular esta institución concreta. Y en realidad la remisión que hace el 1.884 a la LEC para solicitar la venta judicial, obliga antes a iniciar un procedimiento ejecutivo, lo que como ya hemos señalado puede requerir una previa demanda declarativa si no se otorgó escritura pública.

10.1.3.- Adjudicación de la propiedad del inmueble por el acreedor o al acreedor.

En cuanto a la tercera de las situaciones posibles, pudiera suceder que bien las partes pueden haber convenido el pacto comisorio directo, es decir la apropiación por el acreedor de la propiedad del bien, o pueden haber convenido unas condiciones que aunque no tan burdas acaben siendo consideradas pacto comisorio como pudiera ser la enajenación del bien sin respetar siquiera los trámites de publicidad y de subasta.

Como ya hemos señalado reiteradamente el legislador, ante el pacto comisorio, quiere salvar el acuerdo no declarando nula la constitución de la anticresis sino tan solo el propio pacto comisorio, reconduciendo los perversos efectos convenidos⁵⁵⁶.

Otra cosa es qué debe entenderse aquí por pacto comisorio y cual será su alcance, pensamos que los pronunciamientos judiciales que se han ido produciendo para delimitar el exacto alcance y significado del pacto comisorio, nos van a ayudar también a la correcta interpretación de este artículo 1.884 CCE.

Las sentencias del TS de fecha 21 de Noviembre de 2000⁵⁵⁷ y 26 de Diciembre de 1995⁵⁵⁸ vienen a declarar que constituye pacto comisorio cualquier convención

⁵⁵⁶ GINÉS CASTELLET, N. ob., cit., pág., 496.

⁵⁵⁷STS de fecha 21 de Noviembre de 2000, (RJ 9312). Al tiempo de examinar un recurso en el que la Sala 1ª revoca la sentencia dictada por la Audiencia, por entender que aunque exista un vacío legal en el proceso de ejecución de una prenda, ésta debe sujetarse a las formas y plazos legalmente establecidos para otros supuestos de enajenación mediante subasta pública. Y así en su Fundamento de derecho Tercero,

declara que “Establecido en el art. 1872 del Código Civil la subasta pública, «precisamente» dice el texto legal lo que excluye cualquier otro medio, para llevar a cabo la enajenación de los bienes dados en prenda ante el impago por el deudor de la obligación asegurada con ella, ni este texto legal ni ningún otro establece, aparte de la obligada citación del deudor y del dueño de la prenda en su caso, los requisitos a que ha de ajustarse la subasta pública a celebrar ante el Notario, por lo que es indudable que nos encontramos ante un vacío legal para llenar el cual habrá de acudir a aquellas normas que regulan la celebración de subastas públicas en procesos ejecutivos, judiciales o extrajudiciales, que permitan establecer unos criterios objetivos aplicables al caso no regulado del art. 1872 del Código Civil.

Del examen de los preceptos reguladores de la subasta pública en los distintos textos legales, en concreto de los que se citan en el motivo, se pone de manifiesto de un lado, la existencia de un trámite previo consistente en la evaluación de los bienes que han de ser subastados y que, salvo en los casos como es el de la hipoteca en que las partes han de fijar el valor de los bienes a efectos de la ejecución, ha de ser realizada de forma objetiva, tanto en beneficio del acreedor, al poderse obtener un precio suficiente para satisfacer, en todo o en parte, su crédito, como del deudor para no ver malbaratados sus bienes; de otro lado, es requisito necesario e indispensable el de la publicación de la subasta mediante los pertinentes anuncios. Es unánime la doctrina procesalista al resaltar la importancia de este requisito de la publicidad de la subasta, cuyo efecto es, como ha dicho algún autor, una «provocatio ad offerendum»; la publicación o anuncio de la subasta va dirigida, mediante su difusión, a que llegue al mayor número posible de interesados en la subasta y, por efecto de este más extendido conocimiento de las condiciones de la subasta, pueda ser mayor la concurrencia de postores que por interés en la adquisición, den lugar a la obtención de un precio más elevado. (...)

(...) debe acogerse el motivo segundo que se examina y declarar la nulidad de las subastas celebradas por vulneración del fundamental requisito de publicidad de las subastas que no puede entenderse cumplido al haber mediado entre su anuncio y la celebración un plazo cuando más, de veinticinco horas, que, lógicamente, no podían desconocer el acreedor y el Notario autorizante que era a todas luces insuficientes para provocar la concurrencia de postores que hubieran podido elevar el precio ofrecido por las acciones, conculcándose así el derecho e interés del propietario de las acciones a obtener el mayor precio posible y sin que esta Sala alcance a comprender como esa escasísima publicidad podía proteger los legítimos derechos del ejecutante a resarcirse del crédito existente a su favor.”.

⁵⁵⁸ STS de 26 diciembre de 1995 (RJ9398) “... no coincide la Sala con el criterio sustentado por el juzgador «a quo» por cuanto las cláusulas 5.^a y 12.^a del contrato de fecha 30 junio 1980 constituyen «pacto comisorio» expreso contrariando el carácter imperativo de lo que disponen los artículos 323 del Código de Comercio y 1872 del Código Civil en cuanto regulan los procedimientos de enajenación de garantías de los que no puede prescindirse (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 septiembre 1986, que consagra la ilicitud del pacto que autoriza al acreedor para apropiarse las cosas dadas en prenda o disponer de ellas (Sentencias del Tribunal Supremo de 3 noviembre 1902 y 3 marzo 1932 precisándose, además, que los términos «podrá» y «salvo pacto en contrario» de los artículos 1872 del Código Civil y 323 del Código de Comercio, no tienen la interpretación facultativa que les da el juzgador «a quo» sino que el término «podrá» del artículo 1872 quiere decir que el acreedor está facultado y no obligado a utilizar el

entre acreedor y deudor que faculte al acreedor a proceder a la venta directa del bien dado en garantía sin sujetarse a los procedimientos legalmente previstos⁵⁵⁹. Desde esta perspectiva el art. 1.884 puede ser interpretado en el sentido de que lo que se nos está señalando es que en la anticresis no resultará válido ningún pacto que permita la enajenación del inmueble al margen de lo que se señala en la LEC, y si lo hubiere se tendrá por no puesto y a pesar de ello deberá acudir a esa vía procesal⁵⁶⁰.

procedimiento que el precepto establece, pudiendo prescindir de él sin abandonar sus derechos a la prenda, pues podrá proceder a la realización de su crédito persiguiendo otros bienes del deudor, más en caso de pretender la venta de lo entregado en prenda deberá seguir el procedimiento del artículo 1872 (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 octubre 1526) (sic), interpretación acorde con la que se da al término salvo pacto en contrario del artículo 323 del Código de Comercio, que no afecta a la disponibilidad del procedimiento a seguir, sino a la necesidad o no de que haya vencido el préstamo”.

⁵⁵⁹ Sobre ello véase FÍNEZ RATÓN, JOSÉ MANUEL. “Garantías Reales. Imperatividad de las normas de ejecución versus Pacto Comisorio”. *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díaz Picazo*. Edit. Thomson-Civitas. Cizur.Navarra. Tomo III. Pág.3.831.

⁵⁶⁰ En este sentido es de señalar que el criterio del TS resultó más riguroso a partir de la entrada en vigor del CCE, pues como es de ver en la STS de 5 de Marzo de 1895 (publicada el 25 de Julio) en relación a un contrato de préstamo con la garantía de un inmueble a modo de hipoteca constituido en 1888, declara que “... no existe pacto comisorio cuando, como acontece en el presente caso, se han abonado 20.000 pesetas más de la cantidad prestada, constituyendo una y otra el precio de la cosa vendida, que es superior al verdadero valor de ella, según el dictamen unánime de los peritos;”, confirmando de esta forma el criterio con el que había sentenciado la Audiencia de Barcelona, que declaró “Que prescindiendo de que no está prohibido que el deudor contraiga el compromiso condicional de vender la finca al acreedor, no existe pacto comisorio cuando se ha abonado más de la cantidad prestada, constituyendo ésta y el dicho exceso el precio de la finca vendida, superior al valor de la misma.”

Posteriormente la STS de fecha 27 de Marzo de 1926 (publicada el 17 y 18 de Diciembre), juzgando sobre los efectos de una escritura de hipoteca y prenda otorgada en 1914, es decir ya bajo la plena vigencia del CCE, declara modificando el criterio de la Audiencia y del Juzgado, declarando que la única forma de no quebranta los establecido por el art. 1.859 y por el 1.872 “que determina la forma de proceder el acreedor si no le satisface su crédito, haciéndolo efectivo mediante la enajenación de la prenda, subordinada en garantías a la intervención notarial y a la citación del deudor, y facultando únicamente a aquel para hacer suya la prenda cuando en sucesivas subastas no hubiese postor, obligándole a que realizada la adjudicación se dé por ella y con ella como reintegrado totalmente de su crédito y debiendo dar la oportuna carta de pago; cuyo precepto desde el momento en que fija trámites y concede intervención al deudor constituye para éste una verdadera garantía”.

De esta forma lo cierto es que en cualquiera de los casos previstos en los anteriores supuestos que hemos señalado bajo números i) ii) iii) la solución es idéntica. El acreedor podrá ir contra el bien recibido en anticresis de forma directa (a través del proceso judicial de ejecución) si el derecho y la deuda constan en escritura pública (y ello lo podrán hacer en méritos de la LEC no de lo dispuesto en el art. 1.884) y si no hubiere tal documento entonces antes deberán obtener una sentencia que reconozca su derecho.

10.1.4.-Venta, judicial o extrajudicial sujetándose a procedimiento reglado.

Y queda por examinar el último de los supuestos previstos, aquel en el que acreedor y deudor pueden haber convenido expresamente la venta del inmueble en el supuesto de incumplimiento, venta que pudiera ser judicial o extrajudicial⁵⁶¹.

10.1.4.1.- Sobre la venta extrajudicial mediando procedimiento reglado.

Lo primero que debemos plantearnos es la posibilidad de pactar la venta extrajudicial. Nos estamos refiriendo al supuesto en que acreedor y deudor hubieran convenido al tiempo de constituir la anticresis que en el supuesto de impago de la deuda, el acreedor pudiera proceder a la venta del inmueble al margen de las normas procesales, pero siguiendo uno de los procedimientos de ejecución extrajudicial que puede contemplar la ley para otras instituciones.

Obviamente nos formulamos esta cuestión pensando en pactos convenidos con anterioridad al vencimiento de la obligación, puesto que si se trata de acuerdos alcanzados entre las partes con posterioridad al incumplimiento estaríamos ante pactos o cesiones *pro solutio* o *pro solvendo*, y respecto de ellas adhiriéndonos a

⁵⁶¹ ROCA SASTRE, R. ob., cit., pág., 374 “También se expresará, si lo consigna el título que el acreedor tiene la facultad de promover la venta caso de impago de la deuda garantida, lo cual es conveniente precisar en la escritura para desvanecer dudas. Al menos habrá de hacerse referencia a esta facultad, caso de pactarse el procedimiento hipotecario extrajudicial o de establecerse el procedimiento judicial sumario.”

lo que señala FÍNEZ RATÓN debemos admitirlas plenamente puesto que “conclusión distinta conllevaría dispensar mejor trato al acreedor común que al pignoraticio, pues apriorísticamente ningún reparo de eficacia pudiera ponerse al pacto concluido por el primero, cumplidos los requisitos esenciales del negocio y sus preceptos estructurales y de funcionalidad”.⁵⁶²

A nuestro criterio el art. 1.884.2 CCE no permite la enajenación extrajudicial del inmueble. Expresamente nos señala que para el supuesto de incumplimiento el acreedor deberá forzosamente acudir a la vía judicial y excluye por ello cualquier otro procedimiento extrajudicial. Ahora bien, ¿pueden convenirlo las partes? ¿puede sujetarse la anticresis al proceso de ejecución previsto para la prenda o para la hipoteca?, es decir para evitar la duda que puede generar el silencio de la ley, ¿pueden las partes convenir expresamente sujetarse a uno de estos procedimientos de realización de valor de garantías aparentemente próximas?.

La STS de 4 de Mayo de 1998, precisamente viene a determinar que dada la ubicación sistemática de las reglas que regulan los procesos de ejecución de la prenda y de la hipoteca, así el art. 1.872 –ejecución de la prenda- figura colocado en el Capítulo II del Título XV del Libro IV y dentro del conjunto referido a la prenda, evidencia una inequívoca voluntad del legislador de establecer al margen de preceptos comunes para hipoteca y prenda, otras reglas propias y por tanto específicas para cada institución⁵⁶³.

⁵⁶² FÍNEZ RATÓN, JM. loc., cit., pág., 3.834.

⁵⁶³ STS de 4 de Mayo de 1.998 (RJ 3464) que declaró la nulidad del art. 129 LH regulador del procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial:

(Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto):

“TERCERO.- El «procedimiento extrajudicial» de ejecución hipotecaria, carece de tradición en España, antes de la promulgación del Código Civil e incluso posteriormente, pues había prevalecido, frente a una concepción de inspiración romana, favorecedora de la venta privada de la cosa pignorada, como facultad del acreedor, la tendencia germánica, recogida en el «Fuero Juzgo», que propiciaba, en todo caso, la ejecución judicial . El reconocimiento, no obstante, en el Código Civil (artículo 1872) de la facultad del acreedor prendario de «proceder por ante notario a la enajenación de la prenda», supuesta la insatisfacción del crédito garantizado, con grandes debates acerca de la licitud y validez del pacto expreso que se introdujo como práctica notarial para autorizar la ejecución extrajudicial de la hipoteca, suscitó la cuestión sobre la aplicación al crédito hipotecario de la facultad concedida al acreedor prendario. Sin embargo, las Resoluciones de la

Y entendemos que ese mismo criterio ha de resultar aplicable al derecho de anticresis, institución a la que por ello no le sería extensible el *ius distrahendique* se contempla para la prenda, puesto que al prever el legislador, expresa y exclusivamente para la prenda ese derecho y no para la anticresis, no hace más

Dirección General de los Registros y del Notariado (28 noviembre 1893, 12 julio y 21 octubre 1901, 5 diciembre 1903, 19 febrero y 28 mayo 1904, 19 septiembre 1906, 9 y 17 junio 1910, 27 febrero y 29 y 30 octubre, 12 noviembre 1913 y 2 junio 1914) y algunas Sentencias del Tribunal Supremo (de 21 octubre y 3 noviembre 1902), apoyándose en el señorío del principio de autonomía de la voluntad (artículo 1255 del Código Civil) e, implícitamente, en una concepción escasamente publicista de la disciplina procesal, sometida al influjo de su consideración apendicular, como rama jurídica y a la «soberanía» de los pactos privados, determinaron una práctica que alcanzó rango de norma, inferior a las leyes formales, en el Reglamento Hipotecario de 6 agosto 1915, (artículo 201).

CUARTO.- Hoy, en día, resulta difícil de compartir, con una mentalidad jurídica actual, concorde con la evolución científica, y sobre todo social, los argumentos que sirvieron de justificación a la equiparación de la facultad concedida al acreedor prendario, con la establecida, por analogía, para el acreedor hipotecario, incluso, desde una perspectiva meramente lógica, puesto que la norma citada (artículo 1872 del Código Civil) figura, sistemáticamente, colocada en el Capítulo II del Título XV del Libro IV, esto es, fuera de las «disposiciones comunes a la prenda y la hipoteca», y dentro del conjunto referido a «la prenda», lo cual arguye una voluntad inequívoca del legislador, según la estructura del Título, de establecer, al margen de los preceptos comunes, reglas propias y, por tanto específicas, de cada institución, unas aplicables, sólo a la prenda (el expresado capítulo, y otras aplicables sólo a la hipoteca (el capítulo siguiente). Pero, además, los más recientes argumentos que emplea en su defensa el Real Decreto 27 marzo 1992 número 290/1992 no son atendibles: confiesa el preámbulo, a las claras, que lo que se pretende «es desviar parte de las ejecuciones hipotecarias del cauce judicial», finalidad que no resulta compatible con la concepción constitucional de la ejecución, como poder reservado a la jurisdicción, sin que pueda oponerse a esta reserva la excepción de que tal ejecución tiene su origen en un contrato, e «item» más, en la voluntad específica de las partes de acudir al procedimiento cuestionado, puesto que no cabe disponer de las normas imperativas de Derecho público. Tampoco puede sostenerse -como continúa diciendo el preámbulo de dicha disposición- que «la ejecución de la hipoteca constituye el ejercicio de un derecho privado», pues este precedente de autoejecución se asemeja a la defensa privada justamente proscrita por la intervención de los Tribunales de justicia. Este «derecho privado» que pugna con los principios de las sociedades de civilización desarrollada, no puede mezclarse con el «derecho del acreedor a la enajenación de la cosa hipotecada», que, así dicho, sin matizaciones, puede confundirse con el prohibido pacto comisorio o, en un terreno, más general, con la clásica y superada confusión entre el derecho material y la acción procesal, contemplada desde esta vertiente ejecutiva. Finalmente, el argumento utilizado, en otras ocasiones de subrayar su semejanza con la institución del arbitraje, es abiertamente equivocado, dado que, así como la potestad de decidir el Derecho, o sea, de establecer la certeza del derecho puede remitirse, por voluntad de las partes, al juicio de árbitros, la ejecución del laudo es función atribuida, exclusivamente, a la jurisdicción».

que evidenciar, reiterándonos en la literalidad de la sentencia que hemos transcrito, “una inequívoca voluntad (...) de establecer reglas propias y por tanto específicas para cada institución”. Conclusión que impide aplicar esas normas por analogía toda vez que esa voluntad inequívoca hace que no pueda hablarse de laguna legal.

Lo cierto es que si lo han convenido con anterioridad al incumplimiento estaríamos en un supuesto de pacto comisorio que queda prohibido por el 1.884.1 CCE, y si lo han convenido con posterioridad obviamente sería válido como pacto *pro solvendo*, pero sin que ello otorgue privilegio o preferencia alguna al acreedor y sujeto siempre al principio de la *par conditio creditorum*.

10.1.4.2.- Venta Judicial.

Retomando la literalidad del precepto, aparentemente al acreedor se le otorga una doble alternativa: bien reclamar la deuda, bien proceder a la enajenación del inmueble. Es ésta una alternativa que a nosotros nos parece meramente retórica pues en ambos casos se tendrá que ir al proceso judicial, sin embargo una buena parte de la doctrina estima que el derecho de anticresis es un derecho real de realización de valor puesto que entienden que conlleva el *ius distrahendi*, algo que a nosotros no nos lo parece.

Efectivamente si se admite que la anticresis conlleva *ius distrahendi* entonces estaremos considerando que el acreedor anticrético tiene tanto acción personal como acción real para reclamar el importe de su crédito, y tampoco pudiera decirse que esa dualidad de acciones que se recogerían en el art. 1.884.2 no resultaría extraña⁵⁶⁴.

⁵⁶⁴CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA , G. ob., cit., pág., 558: “ En el crédito hipotecario – salvada la posible excepción contenida en el art. 140- coexisten, por consiguiente, dos acciones bien diferenciadas: la una personal, derivada del crédito, es una acción que sin conceder un trato de favor o prelación, se dirige en igualdad junto con los otros acreedores –*par conditio creditorum*- contra los bienes que hipotética y eventualmente se encuentran en el patrimonio del deudor –sujeto pasivo de la relación crediticia u obligacional- al tiempo de ejecutar y que hayan podido ser entonces trabados mediante embargo; y la otra real, la acción hipotecaria, surgida ésta de la hipoteca...”

Esa separación entre lo que sería el alcance de obligación personal y la garantía real la podemos encontrar recogida también en los otros derechos reales de garantía, así el art. 105 de la Ley Hipotecaria: “La hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el art. 1.911 del C.C.”.

Como bien explica RODRÍGUEZ OTERO⁵⁶⁵ según la doctrina mayoritaria pueden ejercitarse indistintamente las dos acciones. Sin embargo LA RICA cree que, cuando el sujeto pasivo de la hipoteca es a la vez deudor de la obligación garantizada, es preciso ejercitar primero la acción real y luego, por insuficiencia, la personal por lo no cobrado, aunque en opinión de RODRÍGUEZ OTERO la tesis que hoy prevalece es que el acreedor, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, podrá elegir cualquiera de las dos acciones: la real, pues ya se sujetaron determinados bienes a ejecución para el caso de incumplimiento, y la acción personal, pues ésta no se pierde por haberse constituido una hipoteca.

Obviamente todos los derechos reales de garantía, al tiempo de su ejecución, precisarán también del auxilio judicial como ocurre con los créditos ordinarios. Sin embargo lo que diferencia la reclamación de unos y otros, es que en los derechos reales de garantía lo que se está ejecutando es el propio derecho: la fase de ejecución forma parte de la propia naturaleza del derecho.

Y en el mismo sentido que la doctrina citada han venido pronunciándose las poquísimas sentencias que se plantean esa cuestión en sede de anticresis. Los tribunales admiten la existencia del *ius distrahendi* y por ello también la doble acción: personal y real.

⁵⁶⁵RODRÍGUEZ OTERO, LINO. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Editorial DIJUSA. Madrid. 2007. Tomo III, pág.,142.

Así la sentencia de la AP de Ciudad Real⁵⁶⁶ de 24 de noviembre de 1997, que analizando el pacto convenido entre acreedor y deudor anticrético en el que el acreedor había renunciado expresamente al derecho que le concede el párrafo 2º del art. 1.884 CCE, entendió que:

“(…) lo que dice la norma es que el acreedor, en el caso de falta de pago de la deuda, podrá pedir, en la forma que previene la LEC el pago de la deuda o la venta del inmueble; derecho que si no puede confundirse con el que tiene todo acreedor sobre los bienes del deudor, pues si se concede el derecho de pedir la venta de la finca dada en garantía, sin sometimiento por tanto al orden del artículo 1327⁵⁶⁷ del código civil, tampoco puede pretenderse signifique solo la posibilidad del acreedor de acudir al órgano judicial para que éste proceda por la vía de apremio a la venta y sin trámite de alegaciones o probanzas…”

Y en sentido similar se pronunció también el TS en sentencia de 13 de noviembre de 1998⁵⁶⁸, examinando un supuesto en que el acreedor se había obligado contractualmente a ir primero contra el bien dado en garantía y solo después al ejercicio de la acción personal:

“(…) el acreedor deberá dirigirse en primer lugar contra los bienes objeto de la garantía real, constituida en esta escritura y solamente si con el importe de la misma no se hubiere cubierto en su totalidad la cantidad adeudada y reclamada podrá dirigirse el acreedor por la diferencia contra los demás bienes y derechos de los deudores. *Dicha cláusula válida al amparo del principio de autonomía de la voluntad, (art. 1.255 del CC) impone al acreedor…*”

⁵⁶⁶ ST.AP CIUDAD REAL de 24/11/1997 (EDJ 16641) (Ponente: D. Cesáreo Duro Ventura).

⁵⁶⁷ La sentencia cita expresamente este artículo, pero sin duda se debe a un error material de transcripción siendo pues el 1.927 CCE.

⁵⁶⁸ STS de 13 de noviembre de 1998 (RJ 8411).

De la sentencia de la AP de Barcelona de 9 de mayo de 2005⁵⁶⁹ parece deducirse que resulte necesario el ejercicio de la acción real como paso previo al ejercicio de la acción personal:

“ CUARTO.- Pocas son las sentencias más recientes del T.S. atinentes a la figura de la anticresis que, aunque no son de aplicación al supuesto de autos, al referirse a supuestos concretos en los que no se cuestionaban los requisitos de la misma o su espíritu y/o finalidad, es preciso citar toda vez que sostiene la naturaleza real de esta figura y en especial la necesaria acción real previa de esta garantía y si esta es insuficiente la personal en reclamación de cantidad...”

Pero lo cierto es que a nosotros, además de pensar que no existe tal *ius distrahendi*, nos parece que esta afirmación recogida en la sentencia que acabamos de referir procede de una incorrecta lectura de las propias sentencias que cita (que son las que también hemos transcrito previamente) y que justifican el ejercicio de la acción real como excluyente de la personal solo como frutos de un pacto expreso.

Es cierto que parte de la doctrina estima, como ya hemos transcrito, que cuando concurren garantía real y acción personal en un mismo deudor debe procederse previamente contra la garantía real y a pesar de que hoy en día eso se entiende superado, resulta desde luego sostenible. Pero la remisión que en esa sentencia se hace a otras para ampararse en ellas justificando la acción real como previa de la personal, es una remisión que desde luego y desde la sana crítica entendemos errónea.

En cuanto al ejercicio de la acción personal, ya hemos dejado establecido que para nosotros la anticresis del CCE no es un derecho real de realización de valor, ahora bien es evidente que aunque la garantía real se limite a la percepción de los frutos y al derecho de retención, como crédito ordinario podrá pedir el acreedor la enajenación del bien, y que esa pretensión no se instrumentará de la misma forma si la anticresis fue convenida en documento privado o si lo fue en escritura pública, puesto que en un caso deberá primero acudir al procedimiento

⁵⁶⁹ ST. AP BARCELONA de 9/05/2005 (JUR 170432) (Ponente: D^a. Marta Font Marquina)

declarativo que corresponda para el reconocimiento judicial de su crédito, y en el otro podrá iniciar un proceso ejecutivo desde luego mucho más expeditivo y que le abre de entrada la vía de apremio (art. 517 LEC). Cuando se ejecuta un crédito, cualquier crédito, recogido en escritura pública lo único que sucede es que el ordenamiento procesal permite “saltarse” la fase declarativa y entrar directamente en la ejecutiva, pero exclusivamente en méritos de que aquel crédito fue establecido y reconocido mediando la intervención de otra autoridad pública como es el Notario, pero para atacar el bien en concreto primero debe producirse una declaración judicial de embargo y (siendo inmueble) la anotación preventiva del mismo para su futura venta judicial. Esa declaración de embargo, que no es más que la afectación particular de un bien al pago de la deuda, en los derechos reales de garantía como es la hipoteca, no se produce.

Por ello entendemos nosotros que eso no será una *opción* del acreedor, sino que precisamente podrá o deberá ir en un sentido o en otro en función de la *forma* que se haya utilizado en la constitución de la anticresis. Si se constituyó mediante escritura pública, ello permitiría ir directamente al proceso de ejecución solicitando el embargo judicial del inmueble que se poseyó en garantía, (lo que es posible tanto al amparo de la nueva LEC (ley 1/2000, arts., 517,581 y 656) como de la antigua), y si no existe tal escritura previamente deberá solicitarse una sentencia que reconozca el crédito. Pero observemos que en ambos casos lo que se estará ejecutando es un crédito cualquiera instrumentado mediante escritura pública o reconocido en sentencia, pero será un crédito ordinario y no será el ejercicio de la garantía anticrética.

Hemos venido negando de forma reiterada que el derecho de anticresis en el CCE sea un derecho real de realización de valor, pero pudiera suceder que como derecho real sobre un inmueble hubiese accedido al Registro de la Propiedad. Cabría entonces preguntarse qué ocurriría entre la anticresis inscrita y la no inscrita: pues tampoco vemos que a efectos de la ejecución exista una gran diferencia. En ambos casos resultará preceptiva una acción de declaración judicial de embargo de los bienes, y la anotación de ese embargo en el Registro. En nuestra opinión la inscripción refuerza la publicidad del derecho lo que puede resultar conveniente ante terceros, pero en modo alguno añade nada al inexistente *ius distrahendi*.

La LEC no prevé un supuesto de ejecución especial para la anticresis como si lo hace para los bienes muebles pignorados o para la hipoteca⁵⁷⁰, y no podrá aplicar por analogía el procedimiento especial para la ejecución de bienes hipotecados o pignorados porque expresamente así lo impide la ley (art. 682 LEC) y ya hemos señalado *supra* que tampoco nos encontramos en un supuesto de laguna legal.

La Ley de Enjuiciamiento Civil, a la que expresamente nos remite el art. 1.884, prevé dos vías distintas para poder atacar el patrimonio del deudor. En primer lugar prevé el procedimiento de apremio, que podrá fundamentarse en títulos judiciales o extrajudiciales; y, en segundo lugar, prevé un proceso de ejecución propio para los bienes pignorados o hipotecados. Como decimos este segundo procedimiento no resulta aplicable a la anticresis por estar exclusivamente previsto para aquellas otras instituciones.

En cuanto al procedimiento de apremio general la ley prevé un supuesto de realización de valor de los bienes embargados, por medio de un “convenio de realización” que pueden haber pactado las partes acreedora y deudora (art. 640) y que en el acuerdo anticrético pudiera haber tenido cabida, pero en este caso para que el acreedor tenga la facultad de venta del inmueble, esta facultad deberá constar en escritura pública, y además deberá ser aprobada por el Juez (640-3 LEC). Por ello, cuando así suceda, la subsiguiente ejecución y venta no será propiamente fruto del derecho anticrético sino del documento público que lo soporta y del procedimiento ejecutivo previsto en la LEC (art. 517.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Por esta razón creemos que debe concluirse que incluso aunque las partes hubieran previsto la posibilidad de acudir, en el supuesto de incumplimiento en el pago, a este procedimiento de venta judicial, incluso en ese supuesto tampoco estaríamos ante un derecho en sí mismo ejecutable, pues las condiciones de la venta deberán pasar por el criterio judicial y deberá haber un pronunciamiento que así lo acepte y declare.

⁵⁷⁰ La sentencia nº 339/1997, antes citada, de la AP de CIUDAD REAL, en su Fundamento Jurídico CUARTO recoge la siguiente expresión: “(...) al margen del silencio de la Ley sobre el procedimiento a seguir para la realización de valor del inmueble”

Por último es preciso señalar que la jurisprudencia ha venido reconociendo siempre el carácter de derecho de realización de valor de la anticresis, pero sin entrar a examinar el por qué del reconocimiento de ese derecho apoyándose por lo general en la opinión de la doctrina⁵⁷¹.

En la anticresis del CCE el problema radica en que aun queriéndole reconocer el *ius distrahendi*, no hay ningún procedimiento procesal que le de cauce salvo que calificándola como prenda inmobiliaria irregular nos acogiésemos al procedimiento especial para exigir el pago de deudas garantizadas con prenda prevista en el art. 681 de la LEC⁵⁷².

Y no encontrándole el cauce procesal adecuado a esa presunta garantía, tomará mayor sentido la primera de las funciones económicas que le fue reconocida a la anticresis: facilitar al acreedor y al deudor un medio apropiado para la extinción de la obligación. Y si el código en su art. 1.884 admite la existencia de una anticresis expresamente sujeta a plazo, no es porque su incumplimiento provoque la realización de valor, sino que simplemente determina un término a la cesión del uso, a partir de cuya extinción bien tendrá el deudor que pagar todo aquello que se encuentre pendiente, bien –de no hacerlo- se podrá acudir a la vía ordinaria para reclamar esa deuda, y en ese caso el acreedor anticrético dispondrá de un *ius retentionis* amparándose en el art. 1.883. Eso nos permitiría

⁵⁷¹ Aunque ya hemos señalado en el epígrafe 4.1.1.2, que es esta una opinión que tiende a ir siendo modificada y respecto de la que pensamos que el art. 90 de la Ley Concursal terminará por provocar que se imponga la tesis a la que nos unimos de que este derecho real de garantía conforme al CCE carece de esa facultad de realización de valor.

⁵⁷²HERNÁNDEZ-MORENO, A. loc. cit.,pág.,1.935.

GULLÓN BALLESTEROS, A. loc., cit., Pág., 201. “Es dudoso el significado de ese derecho de venta concedido al acreedor anticrético. Ver en él un *ius distrahendi* propio de la prenda o hipoteca tropieza con la dificultad de que la remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil nada soluciona, pues ni en la de 1881 ni en la vigente de 2000 se regula algún procedimiento para ejecutarlo...”

CARRASCO PERERA, A. ob., cit., pág., 61.

hablar de una anticresis extintiva y de otra anticresis de imputación y sujeta a plazo⁵⁷³.

10.2.- LA REALIZACIÓN DE VALOR CONFORME AL DERECHO CATALÁN.

En cuanto al derecho catalán, tanto en la regulación dada en la ley 19/2002 como la recogida en el Libro V del CCCat., en ambas se prevé exactamente lo mismo (arts., 23 y 569-26, respectivamente):

“los acreedores anticréticos pueden realizar el valor de la finca anticrética en los mismos términos que el titular del derecho de retención”.

Para el derecho de retención del CCCat. se regula el procedimiento de la realización de valor en el art. 569-8, en el que se prevé bien un procedimiento – que debe estar expresa y formalmente convenido- de venta directa, bien un procedimiento de venta mediante subasta notarial. Estos procedimientos requerirán siempre que la escritura pública de constitución de anticresis se encuentre debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad, y lo requerirá – entendemos- no como requisito de oponibilidad *erga omnes* sino como requisito exigido en el proceso de ejecución de los derechos de retención, pues así se exige en el procedimiento del art. 569-8 al que nos remite el art. 569-26 CCCat.

En conclusión la inscripción en el Registro es necesaria no tanto como requisito de constitución sino de ejecución⁵⁷⁴ y sobre el precio obtenido en la venta del inmueble se tendrá la preferencia que le otorga el art. 569-9 en relación con el 569-21.

⁵⁷³HERNÁNDEZ-MORENO, A. loc. cit., pág., 1.932.

⁵⁷⁴ ANDERSON, M. loc., cit., pág., 139.; y la misma autora en “ L’anticresi Catalana en la Nova Llei Concursdal: La preferencia al cobrament”. RCDP. 2006.Vol 6,pág., 84. En el mismo sentido, LUCAS ESTEVE, ADOLFO.(Dir) *Els Drets reals. Estudi Introductor del Llibre V del Codi Civil de Catalunya*. Edit. Atelier. Barcelona 2007. pág., 255.

Resulta pues evidente que en el ámbito del derecho catalán se ha conferido al acreedor anticrético la facultad de realizar el valor de la finca. Ahora bien, si la escritura no hubiere sido inscrita entonces la facultad de realización de valor desaparece, pero entendemos que ello no afecta al propio derecho de anticresis sino tan solo a una de sus propiedades pues como hemos señalado la anticresis no es propiamente un derecho de realización de valor, aunque conlleve esa facultad; la función principal de ese derecho es la de ceder el *ius fruendi* para el pago de intereses y de capital, esa es la esencia de la anticresis.

El planteamiento que hemos venido describiendo para la anticresis española difiere enormemente del que puede ofrecerse respecto de la anticresis catalana, puesto que el CCCat al recoger expresamente la facultad de realización de valor ya deja despejada la gran cuestión debatida en el ámbito del CCE. No cabe duda pues que en el derecho catalán la anticresis merece ser considerada en igualdad de condiciones que los restantes derechos reales de garantía *típicos* como son la hipoteca y la prenda puesto que también para ella se ha previsto el *ius distrahendi* que como ya hemos referido más arriba aparece como elemento propio de esas garantías típicas y de las que, decíamos, la anticresis era excepción.

Resuelta esa cuestión se nos plantean otras relacionadas con la efectividad práctica de la enajenación del inmueble. Así el art. 569.26 CCCat prevé el proceso de ejecución mediante la remisión a la regulación establecida para el derecho de retención:

“Los acreedores anticréticos pueden realizar el valor de la finca anticrética en los mismos términos que los titulares del derecho de retención”.

Parece una remisión clara que de hecho no lo es tanto, puesto que al no indicarse a qué precepto se nos remite sino tan solo señalar que el acreedor podrá realizar la venta “en los mismos términos”, se nos plantea la cuestión de identificar a qué términos de los del proceso de ejecución del derecho de retención se estará refiriendo.

De la lectura de los arts., 569.5 al 569.11 del CCCat podemos diferenciar distintas fases en el desarrollo del derecho de retención, que debemos examinar si resultan o no incluidas en esa expresión “en los mismos términos”.

Según nuestro parecer las fases en las que puede ser subdividido el proceso de constitución y realización del derecho de retención, serían las siguientes:

1. Constitución y oposición.
2. Posesión del bien retenido.
3. Otorgamiento de escritura.
4. Inscripción en el registro de la propiedad.
5. Realización del valor de la finca:
 - 5.1 Venta directa.
 - 5.2 Subasta notarial

10.2.1.- Constitución y oposición.

Parece claro que cuando el art. 569-26 CCCat nos remite a los términos del proceso de realización de valor del derecho de retención, se entiende ya superada esa fase de constitución puesto que en ella, y en lo que al derecho de retención se refiere, el acreedor practica la liquidación de su crédito y determina exactamente el importe de la deuda; y ambas circunstancias en el derecho de anticresis se predicen en momentos diferentes puesto que la concreción de la deuda se habrá producido al tiempo de constituirse el propio derecho de anticresis y la liquidación, que al igual que en el derecho de retención también debe ser practicada, esa liquidación está sujeta a un plazo anual y a las condiciones que se establecen en el art. 569.25.4 CCCat.

No habiendo lugar, pues, a la notificación notarial constitutiva del derecho de retención, tampoco podrá darse el derecho a la oposición judicial a la que se refiere el propio art. 569.5 CCCat.

La inexistencia de ese derecho de oposición no es baladí y merecerá ser analizada con detenimiento al referirnos al proceso de ejecución propiamente dicho, puesto

que puede el deudor ver ejecutada su garantía encontrándose disconforme con las liquidaciones que dan causa a la ejecución y sin cauce procesal para instrumentar su oposición, pues en el proceso de venta regulado en el propio CCCat no se prevé ninguna fase de oposición a la reclamación. Y no se prevé porque en el ámbito del derecho de retención resulta innecesario pues nunca se llegará a esa fase de venta si antes hubo oposición judicial conforme al art. 569.5 CCCat, y si no la hubo entonces es que el deudor en su momento se aquietó y conformó con la liquidación presentada por el acreedor, por lo que precluido ese plazo de oposición el saldo deudor quedó firme e indubitado. Posibilidad de oposición que no tendrá el deudor anticrético puesto que estamos señalando que la expresión "... en los mismos términos que los titulares del derecho de retención" se refiere a un momento posterior al de la fase de constitución.

10.2.2. - Posesión del bien retenido.

Una vez constituido el derecho de retención el art. 569.6 CCCat, reconoce al acreedor la posibilidad de retener el inmueble, sin poder hacer ningún uso excepto las actuaciones meramente conservativas.

Entendemos que tampoco esa facultad de retención le es aplicable al acreedor anticrético quien retiene porque así se le reconoce dentro del propio contrato de anticresis y forma parte de su misma naturaleza, en donde además se le reconoce la facultad de percibir los frutos y de administrar la finca, y como ya hemos visto más arriba con la obligación de hacerlo de la forma más rentable posible, es decir mucho más allá de los meros actos de conservación.

De hecho incluso en el supuesto de impago del crédito garantizado con anticresis la propia ley reconoce la facultad de seguir reteniendo la posesión del inmueble, pero curiosamente el soporte legal para esa retención no es la regulación del propio derecho de retención, sino la del derecho de prenda, así lo establece el art. 569.25.1 al remitirse al 569.19.1.

Por ello también es evidente que cuando el código declara que la realización de valor de la finca anticrética se ejecutará "en los mismos términos que los

titulares del derecho de retención”, tampoco se está refiriendo a la aplicabilidad de esa fase de mantenerse en la posesión en el derecho de retención.

10.2.3.- Otorgamiento de escritura.

Esta es la fase en la que se nos presentan más dudas sobre el alcance de su aplicabilidad a la ejecución de la anticresis.

Desde luego cuando el art. 569.26 CCCat remite a los mismos términos de la ejecución del derecho de retención, hubiera podido remitirse expresamente al art. 569-8 que bajo la rúbrica “Realización de valor de la finca o del derecho retenido” regula el procedimiento de enajenación. No podemos pasar por alto que en otras remisiones esta misma subsección del código catalán se remite expresamente a preceptos concretos, de forma que cuando aquí no lo hace pudiera ser que, conscientemente, estuviera previendo que no sólo deberá ser aplicado un artículo concreto sino el conjunto de toda la regulación relativa al proceso de ejecución del derecho de retención.

Y desde luego en ese conjunto de preceptos directores del proceso de ejecución tiene relevancia la fase de otorgamiento de la escritura pública a la que se refiere el art. 569.5.4 puesto que esa escritura es la que va a determinar la posibilidad o no de la venta directa del inmueble y las condiciones de dicha venta, la valoración de la finca y la persona en su caso autorizada para otorgar la escritura pública de la futura enajenación.

Desde luego esos son extremos, los detallados en el art. 569.5.4, que las partes pueden hacer constar en la escritura pública de constitución de la garantía anticrética y que desde luego hay que señalar que resultará recomendable que al tiempo de otorgar ese documento lo detallen de forma explícita, pero ¿qué ocurrirá si no se ha tenido presente esa previsión?.

En el derecho de retención el otorgamiento de esa escritura es esencial para la realización de valor, y entendemos que si el deudor retenido no otorga

voluntariamente esa escritura, el acreedor retentor podrá exigir⁵⁷⁵ judicialmente su otorgamiento, pero en ese supuesto no pensamos que el juez pueda sustituir la voluntad del deudor en el sentido de reemplazar la previsión del epígrafe d) de tal manera que autorice acudir a la venta directa del inmueble, pues ese epígrafe determina que esa venta directa tan solo sea posible *si se ha pactado*, de cuya redacción cabe concluir que en todos aquellos supuestos en que no se hubiera pactado expresamente –reconociéndole pues al deudor su facultad de no querer convenir tal venta directa- el retentor tan solo dispondrá de la venta a través de la subasta notarial.

Aplicando ese mismo criterio a la escritura pública de constitución del derecho de anticresis, si acreedor y deudor no hubieran pactado al tiempo de la constitución la posibilidad de la venta directa, entonces el acreedor al amparo del 569.8 tan solo podrá acudir al proceso de enajenación mediante subasta notarial.

Resulta incluso discutible que acreedor y deudor pudieran convenir al tiempo de la constitución del derecho de anticresis la posibilidad de la venta directa, puesto que si aplicamos el criterio de la sentencia del TS de fecha 4/05/1995 (RJ 3464), ya citada anteriormente pudiérase estar incurriendo en un cierto modo de pacto comisorio.

Eso no sucede en el derecho de retención pues cuando las partes acreedora y deudora convienen la venta directa conforme al 569.5.3, el crédito ya se encuentra vencido e impagado, y el deudor no está obligado a aceptar tal procedimiento de venta, entendiéndose que la decisión de venta directa estaría más en la órbita de los pactos *pro solvendo*, circunstancia ésta que no se daría en el posible pacto previo a establecer en la escritura de constitución de la anticresis, salvo que la garantía se estuviera ya pactando sobre un crédito vencido e impagado.

⁵⁷⁵ El art. 569.5.3 utiliza expresamente esa expresión: "... pueden exigir a sus titulares el otorgamiento de la escritura..."

10.2.4.- Inscripción en el Registro de la propiedad.

La fase de inscripción del derecho de retención en el Registro de la propiedad, no es exactamente la misma que en el derecho de anticresis pero resulta sin duda coincidente. En el derecho de retención para poder proceder a la enajenación del inmueble, la escritura de su constitución debe estar inscrita. Igual ocurre con la escritura relativa al derecho de anticresis; su no otorgamiento impediría poder hablar de un derecho real de anticresis y su no inscripción nos pudiera impedir acudir con plena eficacia a la realización de valor o a la ejecución. Conforme al CCCat la anticresis no inscrita no es oponible a terceros, y conforme al art. 34 de la LH cedería ante la adquisición por terceros de buena fe, y todo ello sin perjuicio de la inviabilidad de una realización de valor en vía notarial en base a un título no inscrito⁵⁷⁶.

10.2.5. - Realización de valor de la finca conforme al art. 569.8 CCCat.

Cuando el art. 569.26 se remite para regular la ejecución del derecho de anticresis, a los mismos términos que los previstos para el derecho de retención, bien hubiera podido remitirse directamente al 569.8 puesto que como hemos visto ninguna de las fases examinadas anteriormente relativas al derecho de retención resultan en si mismas aplicables al derecho de anticresis.

Elart. 569.6 prevé dos cauces diferentes para la realización de valor: la venta directa y la subasta notarial.

10.2.5.1.- Venta directa.

En cuanto a la venta directa, y de la lectura de ese artículo, parece claro que esa vía puede ser pactada por las partes en dos momentos diferentes puesto que

⁵⁷⁶DEL POZO CARRASCOSA, PEDRO. *Derecho Civil de Catalunya*. AAVV. Pedro del Pozo Carrascosa, Antoni Vaquer Aloy, Esteve Bosch Capdevila. Edit. Marcial Pons. Madrid.2010. 3ª Edición. Pág., 523.

tanto se contempla en el art., 569.5.4 como posteriormente en el 569.8, y dada la redacción de este último parece que resulta necesario que siempre se produzca el ofrecimiento por el acreedor al deudor de la posibilidad de poder proceder a la venta directa del inmueble para poder acudir posteriormente a la venta notarial a falta de acuerdo sobre la venta directa⁵⁷⁷.

Resultará pues necesario ofrecer siempre la posibilidad de enajenación por venta directa, si el acuerdo sobre ella se alcanza estaremos sin duda ante un pacto *pro solvendo*, y si no se alcanzase entonces se podría acceder a la subasta notarial aunque para dar inicio a ella el Notario, lo primero que deberá comprobar junto con la inscripción del título ejecutivo, será que efectivamente se haya producido el ofrecimiento previo de la venta directa.

Entrados ya en el proceso de ejecución notarial éste se inicia por la notificación que el notario debe dirigir, según la exigencia del art. 569.8: “Una vez transcurridos cinco días hábiles desde la recepción del certificado del registro de la Propiedad, sin necesidad de requerir el pago a los deudores, el notario o notaria debe notificar el inicio de las actuaciones a los titulares del derecho...”.

Trasladando ese procedimiento al derecho de anticresis, nos conduce a una situación realmente anómala puesto que al no tener que requerir de pago a los deudores, el notario iniciará el proceso de ejecución sin que éstos hayan podido oponerse al mismo en los términos del art. 569.5.1, y no sólo eso sino que además pudiera llegarse a la realización de valor de la finca sin que el deudor tuviera conocimiento de ello, pues el notario a quien debe notificar –tan solo notificar, sin dar plazo para una hipotética oposición- es al propietario del derecho o de la finca, que no siempre será el deudor anticrético puesto que esta garantía puede ser constituida por un tercero.

De esta forma, sobre la viabilidad del procedimiento de realización de valor previsto en el art. 569.8 para ser aplicado al derecho de anticresis y prescindiendo de lo dispuesto en el art. 569.5, aparecen muchas sombras, tantas

⁵⁷⁷GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, JUAN LUIS. *Derechos Reales. Comentarios al libro V del Código Civil de Cataluña*. Decanato Autonómico de los Registradores de Cataluña. Dir. Antonio Giner. Edit. Bosch.S.A. Barcelona 2008. Tomo III pág., 1.837.

que, como ahora analizaremos, a pesar de cuanto hemos referido, o integramos ambos preceptos o difícilmente este procedimiento podrá ser instado por el acreedor.

Ab initio podemos plantearnos si la falta de comunicación al deudor del saldo de su deuda y el requerimiento al pago de la misma, pueden situar a éste en una situación de indefensión contraria a la tutela judicial efectiva que se reconoce en el art. 24 de la C.E.

Antes de la reforma de la LEC, el ejercicio de la acción real hipotecaria para promover la enajenación del bien sujeto a la garantía podía encauzarse a través de cuatro procedimientos diferentes: el juicio declarativo ordinario, el juicio ejecutivo ordinario, el procedimiento judicial sumario y el procedimiento extrajudicial.

La nueva LEC, eliminó el procedimiento judicial sumario para sustituirlo por un procedimiento específico de carácter estrictamente jurisdiccional y que se recoge en su art. 681; en cuanto al procedimiento de ejecución extrajudicial lo modificó para denominarlo *procedimiento de venta notarial* toda vez que su constitucionalidad había sido puesta en discusión por el TS.

Este *procedimiento de venta notarial*, y quizás aún más el anterior procedimiento de *ejecución extrajudicial*, sería el que se sitúa más cerca del procedimiento previsto en la legislación catalana para dar cauce a la ejecución de los derechos reales de garantía, de retención y anticresis.

La constitucionalidad del procedimiento extrajudicial de realización de valor es algo que ha estado permanentemente en tela de juicio.

El TS tras la aprobación de la CE y con referencia al procedimiento de ejecución extrajudicial previsto en el antiguo art. 129.2 LH, ha venido declarando de forma reiterada su inconstitucionalidad por entender que la función de ejecución es un cometido propio de los Jueces y Tribunales, criterio que se sustenta en el art. 117.3 de la CE, y siendo este precepto posterior en el tiempo al precitado 129.2 LH y superior en rango, la posible legitimidad preconstitucional de ese

procedimiento se ve realmente interrumpida. En opinión del TS no puede defenderse que la ejecución en estos supuestos constituya el ejercicio de un derecho privado, además esa ejecución privada no resultaría compatible con la concepción constitucional de la ejecución como poder reservado a la jurisdicción; y la función notarial, en opinión del TS, no puede sustituir a la estrictamente jurisdiccional, como lo es la actividad de ejecución. Por último, además pudiera llegar a confundirse con el prohibido pacto comisorio.

El TS también considera inconstitucional el procedimiento extrajudicial del antiguo art. 129.2 LH, por entender que el deudor se encuentra inmerso en un procedimiento que no dispone de las garantías que ofrecen los procedimientos de naturaleza jurisdiccional, se encuentra pues en una situación más gravosa y perjudicial para sus intereses puesto que aunque le quepa la posibilidad de acudir a un procedimiento ordinario, las causas de oposición a la ejecución extrajudicial resultarían ser menores que las que tendría en un proceso judicial de ejecución hipotecaria.⁵⁷⁸

⁵⁷⁸ STS de 4 de Mayo de 1998: “ OCTAVO.- La confrontación de estos conceptos y criterios, con la posible legitimidad preconstitucional de un procedimiento de ejecución «extrajudicial», arroja un resultado francamente contrario a la vigencia del referido procedimiento, cuya naturaleza de ejecución, al margen, de la jurisdicción, no es objeto de debate doctrinal serio. Ni siquiera soslayando su carácter de inadmisibles ejecución privada, como practicada con publicidad notarial, mediante el artilugio de considerarla una ejecución pública notarial, cabe que se acepte su legitimidad puesto que la función notarial (tan valiosa, de otra parte) no puede sustituir a la estrictamente jurisdiccional, como es la actividad de ejecución, aunque otra cosa pueda decirse de la «jurisdicción voluntaria» que no es en puridad actividad jurisdiccional, no obstante que, contingentemente, por razones variables y coyunturales de política legislativa, sea en gran parte, actividad judicial, compartida, en algunos aspectos, con los notarios y otros funcionarios públicos. Consecuentemente, el artículo 129 párrafo segundo de la Ley Hipotecaria debe considerarse derogado por la disposición transitoria tercera de la Constitución Española por oposición al artículo 117.3 de la misma.

NOVENO.- También, la dicha oposición surge, obviamente, por contraste con el artículo 24.1 de la Constitución Española que reconoce el derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, derecho que inevitablemente se relaciona con la recta observancia del artículo 117.3 ya señalado, cuyas conexiones con aquél revelan una gran interdependencia, tanto más, cuanto, de acuerdo con el artículo 53, a) de la Constitución Española, corresponde a los poderes públicos el deber de promover la efectividad del derecho a la tutela judicial (Sentencia del Tribunal Constitucional 199/1987 de 16 diciembre. Este derecho no se satisface, desde luego, porque se admita, por vía reglamentaria, que el ejecutado en el procedimiento

Pero lo cierto y destacable es que esta declaración de inconstitucionalidad viene dada por el TS, no por el TC, y por ello ha sido objeto de crítica por entender que el TS debiera haber sometido tal declaración a la consideración del TC en lugar de pronunciarse directamente sobre la derogación de ese precepto⁵⁷⁹. A pesar de ello debemos señalar que en la actualidad sigue siendo muy reiterada la jurisprudencia del TS en la que se continúa manteniendo el criterio de inconstitucionalidad de ese procedimiento de ejecución extrajudicial⁵⁸⁰.

extrajudicial de ejecución hipotecaria, no pueda realizar reclamaciones distintas a las que permiten la suspensión, si se acredita la admisión de querrela por falsedad del título hipotecario, o se justifique la cancelación de la hipoteca, en atención a la remisión que establece el artículo 236 del Reglamento Hipotecario a los cinco últimos párrafos del artículo 132 de la Ley Hipotecaria (oposición por medio de juicio declarativo para solicitar la nulidad del título o de las actuaciones). En principio, el derecho a la jurisdicción (artículo 24), garantiza el libre acceso que no puede ser entorpecido u obstaculizado sino por causa fundada en ley siempre que razonablemente no impida o cercene el ejercicio de este último. Pero, sobre todo, lo que no puede confundirse es el derecho a oponerse a la ejecución por causas limitadas o taxativas que forman parte integrante del derecho de acción en su vertiente pasiva, con el reconocimiento de un derecho, al parecer «ex novo» a plantear un juicio declarativo de oposición que agrava la posición del ejecutado o de los terceros, aún más que en la ejecución judicial de la hipoteca que autoriza el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, dado que en éste las causas de oposición admitidas, tienen mayor amplitud, con lo cual se produce la paradoja de que una ejecución ni siquiera garantizada por su naturaleza jurisdiccional (y, por ello, inconstitucional) resulta más gravosa y perjudicial para el ejecutado que la judicial.

⁵⁷⁹ JURADO JURADO, JUAN JOSÉ. “El procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: una primera aproximación a sus particularidades”. RCDI. n.º 662. Noviembre-Diciembre 2000. Pág. 3.170: “Lo cierto y evidente es que el Tribunal Supremo (concretamente su Sala 1ª del orden civil), ante otras dos sentencias dictadas por la Sala 3ª de este mismo Tribunal (Sala 3ª perteneciente al orden contencioso-administrativo) debería haber resuelto la posible discrepancia acudiendo a un pronunciamiento expreso por parte del Tribunal Constitucional”.

Y en apoyo de este criterio, cita este autor a muchos otros como a Peña Bernaldo de Quirós, Alejandro Díaz Moreno, J M García García, José Poveda Díaz, quienes consideran conceptualmente rechazable la posibilidad de que el Tribunal Supremo declare la inconstitucionalidad de una norma, yendo más allá de lo que debiera ser la declaración de inaplicación por entenderla derogada por la Constitución.

⁵⁸⁰ Es de ver, por ejemplo, la STS de 25 de Mayo de 2009, en cuyo Fundamento de Derecho Tercero, dispone:

TERCERO. En efecto la sentencia de esta Sala de 4 de mayo de 1998, seguida por las ya

citadas, resolvió la inaplicación por derogación, al ser norma opuesta a la Constitución, del segundo párrafo del artículo 129 de la Ley Hipotecaria y la de los artículos 234 a 236, o), ambos inclusive, del Reglamento Hipotecario, en virtud de la subordinación que impone el principio de jerarquía normativa. La citada sentencia de 4 mayo 1998 razonaba en el sentido de que «tratándose, en efecto, de leyes preconstitucionales, como la Constitución es Ley superior y posterior, los Jueces y Tribunales pueden, si entienden que son contrarias a alguna norma fundamental, inaplicarlas al caso, al considerarlas derogadas, sin que sea necesario promover la "cuestión de constitucionalidad", a diferencia de lo que ocurre con las leyes o normas, con rango de ley, postconstitucionales, cuya legitimidad constitucional monopoliza el Tribunal Constitucional (sentencias del Tribunal Constitucional 4/1981, 14/1981 y 109/1993, entre otras)».

Se mantuvo que la única norma con rango de Ley concernida es el párrafo segundo del artículo 129 de la Ley Hipotecaria (Texto Refundido de 8 febrero 1946, con fundamento en la Ley 30 diciembre 1944 que, fuera del ejercicio de la «acción hipotecaria», sujetándose al procedimiento judicial sumario que se establece en el artículo 131 de la misma Ley, permite, además, que «en la escritura de constitución de la hipoteca» pueda «válidamente pactarse un procedimiento ejecutivo extrajudicial para hacer efectiva la acción hipotecaria, el cual será aplicable, aún en el caso de que existan terceros, con arreglo a los trámites fijados en el Reglamento Hipotecario»; así como que, a diferencia de lo que acontece con el "procedimiento judicial sumario", cuyas reglas capitales de desarrollo procesal, con independencia de las precisiones reglamentarias, se consignan en dos extensos artículos (artículos 131 y 132 de la Ley Hipotecaria), el llamado «procedimiento extrajudicial», merced a la deslegalización que autoriza el artículo 129, determina sus secuencias procesales por vía reglamentaria (artículos 234, 235, 236, 236, a), 236, b), 236, f), 236, g), 236, h), 236, i), 236, j), 236, k), 236, l), 236, m), 236, n), 236, ñ), 236, o), del Reglamento Hipotecario, aprobado por Decreto 14 febrero 1947, con las modificaciones introducidas por Real Decreto 290/1992, de 27 marzo sujetas, por tanto, a la subordinación que impone el principio de jerarquía normativa, que reconoce el artículo 9 de la Constitución Española. Se razonó en el sentido de que el «procedimiento extrajudicial» de ejecución hipotecaria, carece de tradición en España, antes de la promulgación del Código Civil e incluso posteriormente, pues había prevalecido, frente a una concepción de inspiración romana, favorecedora de la venta privada de la cosa pignorada, como facultad del acreedor, la tendencia germánica, recogida en el «Fuero Juzgo», que propiciaba, en todo caso, la ejecución judicial. Y se añade que los argumentos que emplea en su defensa el Real Decreto 27 marzo 1992, número 290/1992, no son atendibles, pues confiesa el preámbulo, a las claras, que lo que se pretende «es desviar parte de las ejecuciones hipotecarias del cauce judicial», finalidad que no resulta compatible con la concepción constitucional de la ejecución, como poder reservado a la jurisdicción, sin que pueda oponerse a esta reserva la excepción de que tal ejecución tiene su origen en un contrato y en la voluntad específica de las partes de acudir al procedimiento cuestionado, puesto que no cabe disponer de las normas imperativas de Derecho público.

Como la misma sentencia refiere «razonada la derogación postconstitucional del artículo 129, párrafo segundo, de la vigente Ley Hipotecaria, huelga decir que los preceptos reglamentarios que traen causa del mismo siguen igual suerte al faltar el soporte legal que los explica, todo ello en virtud del principio de jerarquía normativa (artículo 9.3 de la Constitución Española) y, de acuerdo con el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder

Respecto de los procedimientos hipotecarios, el TC se ha pronunciado en diversas ocasiones favorablemente sobre la constitucionalidad del art. 131 de la LH y la presunta indefensión que pudiese generarse al deudor en esos procedimientos de ejecución sumaria, procedimientos siempre en el ámbito jurisdiccional, y respecto de lo que siempre ha concluido que tal proceso por si mismo no infringe el derecho a la tutela judicial efectiva pues siempre el deudor podrá acudir a la vía del juicio ordinario en defensa de sus posiciones⁵⁸¹.

Judicial que prohíbe a los Jueces y Tribunales que apliquen preceptos contrarios a la Constitución o a la Ley o al principio de jerarquía normativa. Pero resulta, además, que en el caso se conculca, por las normas reglamentarias, el principio de legalidad que establece el invocado artículo 9 de la Constitución Española, en relación con el artículo 117.3 , por cuanto las dichas normas regulan un proceso de ejecución, sin respetar la "reserva de ley" que esta disposición constitucional prevé para "las normas de competencia y procedimiento"...

La anterior doctrina, reiterada por las sentencias que se han dictado con posterioridad sobre la misma materia en supuestos, como el presente, referidos a actuaciones anteriores a la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 , lleva a la estimación de este primer motivo por cuanto la Audiencia recurrida ha desconocido la citada doctrina jurisprudencial con aplicación de sus propios criterios contrarios a ella.

⁵⁸¹ STC de 26 de Julio de 2010 (RTC 43):

“... En concreto, y por lo que respecta a la posibilidad de intervenir en un proceso de ejecución, hemos afirmado que el derecho a la tutela judicial efectiva habilita a quienes ostenten algún derecho o interés legítimo que pueda verse afectado por los actos de ejecución a comparecer y actuar en el procedimiento, aunque no hubieran sido parte en el proceso principal, y a este fin los arts. 270 LOPJ y 260.2 LEC exigen que las resoluciones judiciales se notifiquen no sólo a las partes procesales, sino también a las personas a quienes se refieran o puedan parar perjuicio (SSTC 229/2000, de 2 de octubre, F. 3; 56/2001, de 26 de febrero , F. 2).

Incluso en relación con el procedimiento sumario ejecutivo del art. 131 de Ley hipotecaria, caracterizado por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título, si bien hemos afirmado que la existencia de dicho procedimiento no se opone al derecho de defensa de los terceros, porque queda abierta la vía del juicio declarativo en defensa de sus derechos (STC 158/1997, de 2 de octubre)”

STC de 2 de Octubre de 1997 (RTC158). Fundamento Jurídico 2:

“...Más en concreto, es un procedimiento de realización del valor de la finca hipotecada que carece de una fase de cognición». «La ausencia de fase de cognición conlleva el carácter no definitivo del procedimiento. No se produce el efecto de cosa juzgada y se deja abierta la puerta a un juicio declarativo. Las cuestiones de fondo quedan intactas y pueden discutirse después con toda amplitud». Y reiteramos que «el hecho de que el procedimiento de ejecución sumaria se caracterice, consecuentemente con la naturaleza del título, por la ausencia de contradicción procesal, no significa que produzca

Argumentos que pueden resultar útiles cuando nos planteamos si el procedimiento previsto en el CCCat puede o no causar indefensión en el deudor, aunque desde luego no puede olvidarse que el procedimiento sumario se encontraba en la esfera jurisdiccional, y los procedimientos extrajudiciales no.

Y en cuanto a la ejecución extrajudicial, el TC tan solo se ha referido a ella casi de soslayo, y quizás fue en la primera de las Sentencias en la que entró a conocer sobre la posible inconstitucionalidad del procedimiento sumario hipotecario por indefensión del deudor, sentencia de fecha 18 de Diciembre de 1981, en cuyo Fundamento Jurídico 5 se hacía la siguiente reflexión:

“La ausencia de cognición parece tan esencial a la ejecución hipotecaria, que se halla presente por imperativo legal en la ejecución extrajudicial ante Notario. A este procedimiento alude la Ley Hipotecaria en su artículo 129, al decir que en la escritura de constitución puede pactarse un procedimiento extrajudicial para hacer efectiva la hipoteca. Este procedimiento se inicia por requerimiento notarial de pago. Sigue la integración del título y la notificación del procedimiento a los titulares de derechos inscritos o anotados después. Transcurridos treinta días, se procede a la subasta. Nos hallamos, pues, ante una ejecución tan expeditiva como la judicial. Las causas de suspensión son, según artículo 236 del Reglamento Hipotecario las mismas que se prevén en el artículo 132 de la Ley Hipotecaria, con la diferencia, respecto de la ejecución judicial, de que la suspensión procede también cuando antes de la subasta se anota preventivamente la oposición formulada en el juicio declarativo”.

De esta forma podemos ver que a pesar de que el procedimiento extrajudicial de la antigua LEC se situaba fuera del control jurisdiccional, el TC salvaba su constitucionalidad (negada por otro lado de forma reiterada por el TS), por entender que no causaba indefensión en el deudor, al haber sido éste requerido de pago por el notario.

indefensión y que, en consecuencia, resulte inconstitucional por ser contrario al art. 24 de la Constitución». Al contrario, «lo expeditivo de la ejecución no elimina la posibilidad de contradicción que sigue abierta en el juicio ordinario» «el deudor y el titular de la finca no quedan indefensos ni privados de tutela».

La posibilidad de plantear en un juicio posterior las cuestiones excluidas de éste permite afirmar, según aquella doctrina, que no se produce indefensión con alcance constitucional...”

Sin embargo, prescindiendo de si la declaración de inconstitucionalidad que el TS hace, de forma reiterada, del art. 129.2 debiera haber sido tan solo una declaración de inaplicabilidad o si es correcta la propia declaración de inconstitucionalidad lo cierto es que reiteradamente el TS ha venido a declarar la derogación de facto de este precepto⁵⁸². Y a la vista de ello lo que sin duda se planteará en el futuro es la constitucionalidad o no del nuevo procedimiento de venta notarial que se recoge en la nueva LEC, pues lo cierto es que tras la declaración de inaplicabilidad de ese procedimiento la nueva LEC ha entrado a regular en el ámbito de sus propias competencias el procedimiento hipotecario.

La reforma que se ha introducido en la LEC respecto del procedimiento hipotecario ha buscado querer marcar la diferencia que pueda haber entre un proceso jurisdiccional de ejecución hipotecaria y el ejercicio privado de un derecho de *ius vendendi*.

⁵⁸² STS 25 de Mayo de 2009 (RJ 3041). Fundamento de Derecho Segundo:

“...Esta Sala desde su sentencia de 4 de mayo de 1998, seguida por las de 30 enero y 20 abril 1999, 13 diciembre 2005, 10 octubre 2007 y 14 de julio de 2008, ha declarado la inconstitucionalidad sobrevenida de la disposición contenida en el artículo 129.2 de la Ley Hipotecaria, vigente con anterioridad a la promulgación de la Constitución de 1978 , que acarrea la ineficacia de las normas reglamentarias de desarrollo contenidas en varios artículos del Reglamento Hipotecario, en cuanto dicha norma autorizaba la existencia de un procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria según el cual, con el mero acuerdo de las partes, quedaba excluida la intervención judicial en un procedimiento de ejecución de esencia y contenido puramente jurisdiccional. Por otro lado, la derogación se entendía producida de forma automática por vía de lo dispuesto en el apartado 3 de la Disposición Derogatoria de la Constitución Española de 1978 , según la cual «asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución» ; derogación que quedaba producida desde el momento de la entrada en vigor del texto constitucional sin perjuicio de que fueran los tribunales los que la declararan en cada caso a la hora de justificar la inaplicación de la norma inconstitucional. Como ya estableció el Tribunal Constitucional en su sentencia de Pleno núm. 4/1981, de 2 febrero , «la peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste, por lo que ahora interesa, en que la Constitución es una Ley superior -criterio jerárquico- y posterior -criterio temporal-. Y la coincidencia de este doble criterio da lugar -de una parte- a la inconstitucionalidad sobrevenida, y consiguiente invalidez, de las que se opongan a la Constitución, y - de otra- a su pérdida de vigencia a partir de la misma, para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación”.

La LEC de un lado ha aproximado todo el proceso de ejecución al ámbito procesal pues ya su propia exposición de motivos declara: "... se trae a la ley de Enjuiciamiento Civil la regulación de los procesos de ejecución de créditos garantizados con hipoteca, lo que refuerza el carácter propiamente jurisdiccional de esta ejecuciones...". Y de otro lado al dar nuevo contenido al art. 129 de la LH mediante la disposición final novena, aún incide más en esa intención de remarcar la diferencia de la actividad jurisdiccional del ejercicio privado del derecho, puesto que para el ejercicio de la acción hipotecaria deja establecido expresamente que se deberá hacer por los trámites que se recogen en el proceso de ejecución de la LEC, si bien se admite la existencia de un pacto de *venta extrajudicial*, dándose a ese pacto específicamente esa denominación: *pacto de venta extrajudicial*, en contraste con la antigua redacción de ese art. 129 LH que venía a denominarlo y definirlo como *procedimiento ejecutivo extrajudicial para hacer efectiva la acción hipotecaria*, por lo que se pone de manifiesto la voluntad del legislador en dejar establecido de forma bien clara que la *acción hipotecaria* ahora tiene verdadero carácter y contenido procesal, si bien las partes –y al margen de esa acción- podrán dejar convenido un pacto privado de venta notarial del inmueble, cuyo cumplimiento se sitúa en el ejercicio privado de los derechos.

Quizás debiéramos aclarar aquí la mezcla de denominaciones cruzadas y utilizadas por la Ley Hipotecaria, por su Reglamento, por la Ley de Enjuiciamiento Civil y por el Codi Civil de Catalunya. Así la disposición final novena de la LEC 1/2000, y en su consecuencia el art. 129 de la LH denominan este proceso como *venta extrajudicial que se realizará por medio de notario*; el Reglamento Hipotecario conserva sin embargo la denominación de origen nombrándolo, y refiriéndose exactamente al mismo proceso, *ejecución extrajudicial*; y el Codi Civil de Catalunya se refiere a él como *subasta notarial*, reservando la denominación *venta directa* para la venta en la que ni interviene el notario ni la autoridad judicial⁵⁸³.

⁵⁸³ Por último la LEC contempla también un supuesto de venta directa, pero lo es por disposición judicial a petición de parte y que denomina convenio de realización (art. 640 LEC).

Desde luego este nuevo pacto de venta notarial mediante subasta pública regulado en el nuevo art. 129 de la LH, resulta coincidente con el pacto previsto en el art. 569.8 (y 569.5) del CCCat, aunque debe resaltarse un matiz: Cuando el CCCat se refiere a venta directa, efectivamente está regulando la posibilidad de que el acreedor y deudor hayan convenido que cualquiera de ellos o un tercero proceda a vender directamente el inmueble a quien tengan por conveniente (con el único requisito de notificarlo a los titulares de los posteriores derechos reales inscritos, a efectos de que éstos puedan pagar la deuda y subrogarse en el crédito). Pero junto a esta venta directa también contempla el CCCat la venta notarial en pública subasta. Sin embargo cuando la LEC y la Ley Hipotecaria (art. 129) se refieren a la venta extrajudicial se están refiriendo exclusivamente a la venta notarial en pública subasta, por tanto la venta directa del CCCat tiene aún mayor connotación privada que la venta notarial, puesto que ésta se sujeta en su ejecución a la intervención de una autoridad pública, mientras que en la venta directa nos estaríamos situando en el ámbito estricto de la representación irrevocable.

Respecto del pacto de venta notarial pueden surgir dudas en torno a su intrínseca validez, pues varios de los argumentos utilizados para determinar cuándo un pacto de enajenación es o no comisorio le resultan predicables y, cuando además y con independencia, nos encontramos ante un supuesto de indefensión constitucionalmente protegido por el art. 24.1 de la CE.

La prohibición al pacto comisorio ha sido entendida como límite impuesto al acreedor para garantizar no sólo al deudor sino también a los restantes acreedores que en la enajenación del bien podrán obtener el mejor precio para la venta del inmueble⁵⁸⁴.

⁵⁸⁴S AP MADRID de 15 de Marzo 2005. (EDJ44295). En un supuesto en que se sometía al criterio judicial el convenio pactado entre las partes relativo a un derecho de prenda, en la que el acreedor tras haberse valorado las acciones pignoradas un tercero podía adjudicárselas en propiedad, declara: "...La prohibición del pacto comisorio tiene su fundamento o se asienta en la consideración de que incumplida y no satisfecha la obligación principal garantizada, la realización de valor de la cosa entregada en prenda, con la observancia de los requisitos procedimentales que aseguran la obtención del mejor precio en la venta, representa una solución suficiente para el acreedor y es la menos perjudicial para el deudor, así como para los restantes acreedores de este. Lo que se trata de evitar son aquellas situaciones en las que el acreedor, aprovechándose de

Aunque no es pacífico entre la doctrina, lo cierto es que encontramos autores que entienden que la *ratio* de la prohibición está en la necesidad de garantizar que en la enajenación del inmueble debe obtenerse un precio justo y próximo al del mercado por lo que el proceso de enajenación tiene que estar sujeto a una obligada publicidad que permita, entre otras cosas, conseguir la máxima concurrencia de posturas para obtener ese precio justo⁵⁸⁵.

No todos los autores lo entienden así, o cuando menos que ese sea el único vicio que puede afectar a un pacto de venta directa. FÍNEZ RATÓN⁵⁸⁶ entiende que lo que persigue la prohibición del pacto comisorio es impedir que la enajenación pueda realizarse al arbitrio del acreedor garantizado, se trata de un límite establecido para evitar la eficacia de los pactos celebrados por el deudor en situación de poder tener su voluntad coartada por la necesidad. Y, como entiende este propio autor, la efectiva aplicabilidad de esta limitación ha de reducirse al ámbito temporal de la subsistencia de esa situación de coacción de la voluntad, debiéndose limitar el tiempo en que se vea el deudor apremiado a la obtención del crédito, su revocación o prórroga; y de ahí que resulte evidente que esa prohibición del pacto comisorio *ex intervallo*, el concluido con posterioridad a la asunción de la obligación y antes de su vencimiento, pues para estos supuestos el deudor no tendría ya su voluntad coartada.

Trasladados ambos criterios a la venta directa prevista en el CCCat (la venta directa propiamente dicha, es decir sin intervención de notario), ésta puede ser válida y no afecta al pacto comisorio si se conviene tal y como se encuentra legalmente prevista para el derecho de retención, es decir convenido el pacto de venta directa con posterioridad al nacimiento de la deuda. Pero no será posible trasladar esa venta directa a la anticresis. Si la venta directa se conviene al

determinadas circunstancias que concurren en el deudor, se beneficie a costa de éste, al apropiarse de la cosa entregada en prenda por valoraciones inferiores a la verdadera, con el consiguiente enriquecimiento sin causa, lo que excedería de una estricta finalidad de garantía a la que responde la prenda....”

⁵⁸⁵ RODRIGUEZ PRIETO, FERNANDO. “Sobre el Pacto Comisorio”. RLN. Marzo de 2005. Págs., 49-58.

⁵⁸⁶ FÍNEZ RATÓN, J M. loc., cit. pág., 3.838.

tiempo de constituirse la garantía anticrética entonces estamos incurriendo en un pacto comisorio porque la voluntad del deudor al autorizar esa futura venta pudiera estar condicionada por la necesidad de obtener el crédito, de forma que salvo que se pacte expresamente y ex novo entre las partes dentro del proceso de ejecución de la garantía, nos parece que la venta directa no resultará aplicable a la anticresis catalana.

El derecho de retención es un derecho que se instrumenta y configura con la obligación ya vencida, es un derecho real de garantía en la medida en que la ley lo reconoce como susceptible de ser aplicado ante determinados incumplimientos, y que para incrementar su eficacia se ha querido dotar de la facultad de realización de valor. Pero destaquemos esa situación el derecho de retención como tal siempre nace con la obligación ya vencida e incumplida. La anticresis por lo general se constituye en un momento diferente: se constituye para obtener el cumplimiento de una obligación no vencida, por lo que resulta ciertamente dudoso que en ese tiempo pueda pactarse entre las partes un acuerdo de venta directa sin incurrir en la misma causa que origina la prohibición del pacto comisorio.

10.2.5.2.- La Subasta notarial.

En cuanto al otro cauce previsto, el relativo a la venta notarial mediante subasta, no puede serle imputada ninguna connotación comisorio toda vez que precisamente se tiende a garantizar la libre concurrencia de terceros adquirentes y la obtención del mejor precio posible mediando la intervención de una autoridad pública y el deber de convocatoria a subasta abierta. Sin embargo respecto de ese mismo cauce notarial sí que entendemos que pueden plantearse serias dudas relativas al procedimiento de venta que deberá observar el notario y el respeto a lo dispuesto en el art. 24.1 de la CE: Si examinamos el proceso de enajenación previsto en el art. 569.8.3 del CCCat, al que deberá acudir el acreedor anticrético para enajenar la finca, nos encontraremos que en momento alguno el deudor ni es notificado sobre el inicio del expediente, ni es requerido de pago, ni tiene cauce legal para poderse oponer a la ejecución, encontrándose por

tanto afectos a las limitaciones establecidas por el TC en las sentencias más arriba citadas.

Como ya hemos señalado anteriormente, cuando en la nueva LEC (1/2000) se procedió a reformar por medio de su disposición final novena el art. 129 de la LH, sustituyendo la propia denominación de *procedimiento ejecutivo extrajudicial* por el de *venta extrajudicial*, parece que el legislador quiso admitir este procedimiento pero reconociendo en él un convenio privado de venta de un inmueble por un tercero⁵⁸⁷, alejando ese proceso de un procedimiento ejecutivo *strictu sensu*.

Pero no parece que sea esa la intención del legislador catalán cuando precisamente prevé dos vías distintas de enajenación: la enajenación directa por convenio de las partes o la subasta pública notarial, que le resultará impuesta al deudor o al propietario del inmueble ofrecido en garantía sin que exista otro cauce para el ejercicio de la acción real.

El procedimiento legalmente previsto únicamente tiene presente a los propietarios registrales del inmueble a quienes, efectivamente, el notario deberá notificar el inicio del expediente de enajenación (art. 569.8. d) CCCat.), pero la ley dice expresamente "... sin necesidad de requerir de pago al deudor". Lo cierto es que se explica esta omisión porque la regulación se encuentra referida al derecho de retención y para la constitución de ese derecho de retención el art. 569.5.1 ya contempla el requerimiento/notificación al deudor en un momento previo, por lo que cuando se entra en la fase de enajenación este deudor se encuentra más que sobradamente enterado de la existencia de la reclamación. Pero esa situación no es trasladable a la anticresis, por lo que el deudor anticrético, si no es el propietario, se pudiera encontrar con la venta de un inmueble y el pago de un saldo deudor con el que quizás él está en franca oposición y sin haberse podido defender.

Se trata pues de un procedimiento de enajenación forzosa enteramente ajeno al ámbito procesal, cuya única garantía de seguridad radica en la intervención de un notario como representante de la autoridad pública, pero cuyo procedimiento

⁵⁸⁷ JURADO JURADO, J.J. loc., cit., pág., 3.171

ha sido dibujado prescindiendo de la posibilidad de defensa por parte del deudor, en cuanto a lo que la ejecución de la anticresis se refiere.

Como ya hemos visto el antiguo proceso sumario hipotecario, había sido constitucionalmente salvado por el TC precisamente porque el antiguo art. 132 de la LH dejaba abierta la puerta para que el deudor pudiera acudir al procedimiento ordinario en defensa de sus intereses y de sus discrepancias con respecto a la demanda hipotecaria. Se justificaba la separación de la oposición respecto del propio proceso de ejecución, no teniendo cabida en él salvo las cuatro excepciones tasadas⁵⁸⁸, precisamente por tratarse del ejercicio de una acción real y de un proceso de ejecución convenido entre las partes⁵⁸⁹.

De esta forma así como la LEC lo que ha hecho es llevar todo el proceso de ejecución hipotecaria al ámbito jurisdiccional, con la única excepción de admitir la venta notarial como ejercicio privado del *ius vendendi*, y con las garantías ofrecidas por los art. 234 y ss del RH, pero resaltando que ese proceso de venta notarial no se integra en ningún procedimiento de ejecución; pues en estos mismos términos, el CCCat ha hecho quizás lo contrario: al recoger un pacto de

⁵⁸⁸ Las cuatro excepciones del antiguo art. 132 LH, eran: El ejercicio de una acción criminal por falsedad del título; el ejercicio de una tercería de dominio; certificado del registro sobre cancelación de la hipoteca; y disparidad en el saldo entre la libreta de cuenta corriente del acreedor y del deudor.

⁵⁸⁹ DE LA PUENTE ALFARO, FERNANDO. “El Procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria”. RCDI. Nº 365. Julio-Agosto 1.996. págs., 1.339-1.395.: “ Ya dijimos, sin embargo, que la realización hipotecaria no es más que la activación de un derecho privado que constituye la esencia de la hipoteca. Esta realización está sometida a un control de legalidad que tradicionalmente se ha realizado por la autoridad judicial, pero que igualmente puede realizarse por otras autoridades o funcionarios legalmente habilitados para ello (...)”

(...) No se trata pues de una ejecución forzosa, como ya dijimos, que tendría que realizarse a través de los órganos jurisdiccionales puesto que el fundamento de la hipoteca radica en la idea de eludir precisamente la ejecución forzosa sobre el patrimonio del deudor mediante la atribución al acreedor de la facultad de enajenar la cosa hipotecada no a través de un acto coactivo de imperium, sino a través de un acto propio, bajo control de legalidad ejercido por el Estado y ello en virtud del pacto de sujeción al procedimiento judicial o extrajudicial incorporado a la escritura de constitución de hipoteca y de la propia naturaleza y esencia del derecho real de hipoteca”.

venta directa y junto a él un proceso de subasta notarial, parece que a éste le haya querido reconocer connotaciones de ejecutivas, y la ejecución como hemos visto es cuestión jurisdiccional.

El actual proceso de venta extrajudicial contemplado en el art. 129 LH, se desarrolla en los art. 234 y ss del RH⁵⁹⁰. La venta extrajudicial o la ejecución extrajudicial (que es el mismo proceso según LH o RH) resultaría más o menos coincidentes en su finalidad con lo dispuesto en el CCCat para la subasta notarial. La cuestión será saber si las disposiciones de la Ley Hipotecaria resultan o no aplicables al proceso previsto en el CCCat, pues lo cierto es que en este último se presentan algunas carencias que de una u otra forma debieran ser subsanadas, como lo es la ya señalada de la posible falta de requerimiento de pago al deudor o de la notificación de la existencia del ejercicio de la acción real contra el inmueble dado en garantía, o como lo es también que en ese art. 569.8 i) del CCCat⁵⁹¹ se prevé la cancelación de todas las cargas posteriores sin que en ese proceso específico no se haya previsto también que los acreedores posteriores inscritos, o los terceros inscritos con un derecho posterior, deban ser notificados de la existencia del expediente de venta⁵⁹². ¿Resulta entonces aplicable el proceso de venta o ejecución extrajudicial de la Ley y Reglamento hipotecarios ante las carencias del CCCat?

El art. 132 de la LH exige expresamente que a los efectos de las inscripciones y cancelaciones que den lugar los procedimientos de ejecución directa, ergo

⁵⁹⁰ Artículos que se han visto sujetos a un curioso proceso de resurrección, puesto que habían sido declarados derogados por las abundantes STS que antes hemos citado y que declaraban la inconstitucionalidad del antiguo art. 129.2 de la LH.

⁵⁹¹ O como por ejemplo la determinación del valor que ha de servir de tipo en la subasta, algo que tal y como viene planteado en el CCCat nos parece irresoluble y que hará inviable, por razones de economía procesal, cualquier proceso de realización de valor que intente instrumentarse sin acudir a la vía jurisdiccional en reclamación de cantidad.

⁵⁹² También sorprende enormemente que a diferencia de lo dispuesto en el Reglamento Hipotecario para la ejecución extrajudicial que es una ejecución estrictamente notarial como lo es la subasta notarial del CCCat, en ésta el acta que pueda levantar el notario relativa a todo lo actuado y a la propia adjudicación no sea título suficiente para su inscripción, y en esta actuación el notario catalán se vea necesitado de acudir a la vía judicial para que sea el juez quien otorgue la escritura de venta, a diferencia de lo que desde luego prevé el RH.

aplicable a la subasta notarial del CCCat, la calificación del registrador se extenderá tanto a determinar que el deudor ha sido demandado y requerido de pago, como a que se ha notificado la existencia del procedimiento a los acreedores y terceros posteriores inscritos. La falta de estos extremos impediría la inscripción del título.

El procedimiento regulado en el CCCat para la subasta notarial no creemos que pueda ser complementado con las disposiciones recogidas en los arts., 234 y ss. del RH, ambas normas legales están desarrollando o regulando dos procesos de enajenación mediante la intervención de notario pero son procesos que resultan separados y diferentes, de hecho los arts., 234 y ss. del RH lo prevén exclusivamente para la ejecución hipotecaria y el art. 569.8 para los derechos reales de retención y anticresis, de manera que no pensamos que el RH pueda venir a reparar las deficiencias del CCCat.

Pero desde luego eso no evita que el registrador deba aplicar el art. 132 LH a todas las inscripciones de títulos que provengan de procedimientos de ejecución directa, y aunque es cierto que la literalidad de ese artículo se encuentra referida a los procedimientos de ejecución directa sobre bienes hipotecados, nos parece evidente que la exigencia del cumplimiento de los requisitos establecidos en garantía de los derechos del deudor o de los acreedores posteriores o terceros, deben resultar aplicables a cualquier otro procedimiento de ejecución directa de un derecho real de garantía.

De forma que si se aplica el proceso de subasta notarial previsto en el CCCat, entendemos que resultará inexcusable aunque no lo diga su propio texto legal, que el acreedor ejecutante se preocupe de solicitar del notario que éste requiera formalmente de pago al deudor y le notifique la existencia del procedimiento, y que además este procedimiento sea también notificado a todos los posibles interesados, acreedores y terceros, inscritos con posterioridad de la inscripción del título anticrético y sin necesidad de que esa notificación se extienda también a aquellos que hayan inscrito su derecho con posterioridad a la expedición del certificado de dominio y cargas cuya emisión deberá hacerse constar en el Registro de la Propiedad según así dispone el art. 569.8 c) del CCCat, en otro caso entenderemos que el título no pudiera acceder al registro.

Cabe preguntarse también si esas notificaciones y requerimientos hechos de motu proprio por el acreedor, y por el notario a su solicitud, resultarían válidos y suficientes por no encontrarse expresamente previstos en el propio procedimiento de ejecución notarial y ser por tanto extraños al mismo, a lo que pensamos que debe aplicarse el mismo principio que aplica el TC ante los casos de supuesta indefensión, del que resulta suficiente testimonio la STC de 13 de Marzo de 2006:

“Por estas razones, y en aras de la preservación de los derechos e intereses de quienes hayan de ostentar la condición de partes en el proceso, hemos reiterado que «pesa sobre los órganos judiciales la responsabilidad de procurar el emplazamiento o citación personal de los demandados, siempre que sea factible, asegurando de este modo que puedan comparecer en el proceso y defender sus posiciones frente a la parte demandante (SSTC 186/1997, de 10 de noviembre, F. 3; 158/2001, de 2 de julio, F. 2; 199/2002, de 28 de septiembre, F. 2 y 216/2002, de 25 de noviembre, F. 2). No en vano, como dijimos en la STC 242/1991, de 16 de diciembre, F. 4, *el deber de emplazamiento directo tiene su origen en la Constitución y no en la ley y "el derecho de acceso a la justicia garantizado en el art. 24.1 CE impone a los Jueces y Tribunales la obligación de promover, por encima de interpretaciones formales, la efectividad de aquel derecho, entendiendo siempre las normas procesales en el sentido más favorable a su ejercicio"*; sin que, claro está, ello signifique exigir al Juez o Tribunal correspondiente el despliegue de una desmedida labor investigadora, lo que llevaría más bien a la indebida restricción de los derechos de defensa de los restantes personados en el proceso (SSTC 268/2000, de 13 de noviembre, F. 4; y 34/2001, de 12 de febrero, F. 2)» (STC 55/2003, de 24 de marzo, F. 2).

De acuerdo con esta línea de razonamiento nuestra doctrina ha sido particularmente estricta respecto de la admisibilidad del recurso al emplazamiento edictal, dados los límites consustanciales que conlleva este medio de comunicación para alcanzar el efectivo conocimiento del destinatario, sin que por ello hayamos negado validez constitucional a esta forma de comunicación, aun cuando, por lo apuntado, hayamos requerido el cumplimiento de condiciones rigurosas para considerar constitucionalmente aceptable su utilización. De este modo hemos afirmado que la validez constitucional de este cauce exige que se hayan agotado previamente otras modalidades que aseguran en mayor medida la recepción por el destinatario de la correspondiente notificación, lo que implica un especial deber de diligencia del órgano judicial en la realización de los actos de comunicación (por todas, SSTC 7/2003, de 20

de enero , F. 2, y 44/2003, de 3 de marzo , F. 3). Pero, por otra parte, también hemos señalado que, para apreciar la existencia de una posible indefensión contraria al art. 24.1 CE no basta con que se haya producido la transgresión de una norma procesal, sino que *es necesario que el defecto haya supuesto un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa del destinatario de la comunicación y, además, que la indefensión padecida no sea resultado de la falta de diligencia de dicho destinatario.*

Para juzgar este último extremo hemos declarado también reiteradamente que es necesario atender a las circunstancias concurrentes en el caso y, particularmente, a la diligencia que el emplazado por edictos haya observado a fin de comparecer en el proceso, así como al conocimiento extraprocesal que haya podido tener de la existencia de éste (STC 149/2002, de 15 de julio , F. 3, por todas), *pues no puede resultar acreedor de la protección del amparo constitucional quien contribuyó de manera activa o negligente a causar la indefensión de la que se queja, al no comparecer en un procedimiento del que tenía conocimiento por cauces diferentes del emplazamiento personal o del que habría podido tener conocimiento si hubiera actuado con una mínima diligencia”*

De la doctrina recogida en esta sentencia cabe pues deducir que ese defecto de previsión que afecta a la legislación catalana, podrá quedar reparado por una diligente conducta del acreedor ejecutante o del Notario, pudiendo ser subsanado mediante una comunicación formal y fehaciente, a todos los implicados, de los distintos extremos del proceso de ejecución.

Por último en cuanto a la posibilidad de formular oposición no se prevé en el CCCat, pero si admitimos que el expediente notarial de subasta es un ejercicio privado de *ius vendendi* , entonces y frente a ello siempre cabrá buscar la tutela judicial contra un acto de raíz privada⁵⁹³.

⁵⁹³ FUGARDO ESTIVILL, JOSEP M^a. “Consideraciones sobre la prenda y el *ius distrahendi* (En torno a la ley 22/1991 de 29 de noviembre de Garantías Posesorias sobre Cosa Mueble y el Anteproyecto de Ley de Derechos Reales de Garantía)”. RLN. N° 11/2001. Noviembre 2001, pág., 316: “Oposición a la subasta. El apartado 1, art. 14 de la Ley (y art.17.1 ATP LDRG) reconoce el derecho del acreedor para instar la subasta *siempre que no haya oposición judicial.*

Esta frase no aparece en el texto del art. 1.872CCE, y aunque su acierto ha sido cuestionado, a mi parecer, es inocua para la bondad del texto legal. Es evidente que a la hora de proceder al cumplimiento o ejecución de cualquier negocio jurídico, si una de las partes contratantes considera que se están o pueden conculcarse sus legítimos derechos e intereses, la misma estará legitimada para acudir a la autoridad judicial y solicitar la

10.3.-LA REALIZACIÓN DE VALOR Y EL DERECHO DE PREFERENCIA.

Íntimamente ligado a la existencia o no del *ius distrahendi*, se encuentra vinculado el reconocimiento de ser el crédito anticrético un crédito preferente.

Lo cierto es que el art. 1.923 CCE no identifica el crédito garantizado con anticresis como crédito preferente, sin embargo una gran parte de la doctrina española viene a atribuir a la anticresis una preferencia que la ley no declara de forma expresa. Quizás haya sido SANZ el autor que más ha influido al resto de la doctrina al declarar que en las normas que regulan la prelación de créditos deben considerarse incluidos los créditos garantizados con anticresis en el mismo lugar que los garantizados con hipoteca sin que por ello quede vulnerado, sino correctamente integrado el art. 1.923 del CCE⁵⁹⁴.

Se exigiría de la anticresis, para reconocerle preferencia, que el derecho estuviera inscrito en el registro de la propiedad, entendiendo que el derecho de preferencia se encuentra implícito en la garantía anticrética siempre que este derecho se encuentre inscrito o anotado en el registro de la propiedad⁵⁹⁵, pues la anticresis no inscrita únicamente produciría efectos entre las partes contratantes⁵⁹⁶.

tutela de los Tribunales pidiendo la adopción de las medidas cautelares, preventivas o reparadoras que considere procedentes”.

A lo que pudiéramos añadir, tal y como indica la STS de 18 de Diciembre de 1981, ya citada y de la que fue ponente D. Luis Diez-Picazo, que “Se puede afirmar que quien constituye una hipoteca se somete voluntariamente a un procedimiento con elementos de cognición limitados. Con ello no se quiere decir que la inconstitucionalidad quede eliminada por una renuncia al derecho, ya que tal renuncia no sería por sí sola suficiente para sanar un vicio.” (Fundamento Jurídico 7).

⁵⁹⁴ SANZ FERNÁNDEZ, A. loc., cit.,pág., 17. COSSÍO, ALFONSO DE., ob., cit., pág., 349.

⁵⁹⁵ SANTOS BRIZ, J. ob., cit., *Tratado de Derecho Civil*, pág., 471.

⁵⁹⁶ ESPÍN CANOVAS, D. ob., cit., pág., 511.

También GUILARTE⁵⁹⁷ entiende implícita la preferencia aunque el art. 1.884 CCE no lo diga expresamente, pues la circunstancia de no aparecer expresamente reconocida la preferencia en el art. 1.923.3 del CCE se explica porque el legislador la consideró como una especie de modalidad de hipoteca.

Sorprende la necesidad que manifiestan todos estos autores de reconocerle la preferencia al derecho de anticresis. El gran argumento para atribuir o reconocerle a la anticresis *preferencia implícita*, es que ésta es la consecuencia necesaria de haberle atribuido también un derecho de realización de valor que en nuestra opinión resulta más que discutible.

Los privilegios y las preferencias son desde luego la gran excepción al principio de la *par conditio creditorum*, y como bien explica DIEZ-PICAZO⁵⁹⁸ la razón para establecer una preferencia de cobro de un crédito respecto de otro y, por consiguiente para derogar excepcionalmente el principio de igualdad de trato, radica siempre en razones de política legislativa. La excepción que constituyen los privilegios al principio de la *par conditio creditorum* obliga a interpretarlos y tratarlos de la forma más restrictiva posible, por cuanto son por si mismos una quiebra al principio de igualdad ante la ley de todos los ciudadanos. Por ello sorprende pues que la atribución de la preferencia al derecho de anticresis provenga de una conclusión no explícita en la ley: que la garantía anticrética conlleva realización de valor y que, en su consecuencia y para su utilidad, necesariamente debe conllevar también preferencia.

Cierto es que no es éste un tema en absoluto pacífico. ROCA SASTRE, aún admitiendo que el art. 1.884 CCE no hace referencia alguna al derecho de prelación o preferencia pues no emplea la frase “para pagar al acreedor” utilizada sin embargo en el art. 1.858 CCE para la prenda o la hipoteca, agravándose esta carencia por el propio silencio que respecto de la anticresis guarda el art. 1.923, entiende que ello hace pensar que el código confirma la anticresis como una

⁵⁹⁷ GUILARTE ZAPATERO, V. loc., cit., págs., 641 y 672.

⁵⁹⁸ DÍEZ-PICAZO, L. ob., cit., pág., 752.

especie de hipoteca *ad fructus* y no *ad corpus*⁵⁹⁹. No acaba de pronunciarse este autor sobre el reconocimiento de la existencia o no de esa preferencia, limitándose a recomendar que el derecho de realización de valor debiera recogerse expresamente en la escritura de constitución de la anticresis, pero de ahí –deducimos nosotros– parece que pueda concluirse que no pueda reconocérsele a la anticresis, según esta tesis, la preferencia; pues si el *ius distrahendi* precisa ser pactado e inscrito, el privilegio como efecto perseguido por las partes no podrá nacer de un mero pacto entre ellas si no se encuentra legalmente previsto y reconocido⁶⁰⁰.

Nosotros hemos negado más arriba que en el CCE el anticresista disponga de un derecho de realización de valor en méritos de lo ordenado por la ley. Ya hemos indicado lo que a nuestro juicio dispone el art. 1.884 que es remitirse simplemente al proceso ordinario de reclamación de deudas, y en este mismo sentido se pronuncia también SCAEVOLA que no reconoce que el acreedor disponga de un procedimiento propio y específico para la venta del inmueble⁶⁰¹, y junto a él hemos ya citado otros muchos autores que se pronuncian en el mismo sentido⁶⁰². También GAYOSO⁶⁰³ se pronuncia en contra de la existencia de un

⁵⁹⁹ ROCA SASTRE, R. ob., cit., pág., 374.

⁶⁰⁰ Un planteamiento similar lo hace PUIG PEÑA, F. ob., cit., pág., 473, aunque se limita a dejar planteada la cuestión y parece inclinarse por estimar la existencia del privilegio por ser ésta la conclusión alcanzada por la jurisprudencia francesa que entendió que el anticresista que vendió el inmueble de su deudor perdiendo el derecho de retención para posteriormente tener tan solo derecho a participar a prorrata, junto con los restantes acreedores, del precio obtenido en la venta, sería privar de todo alcance práctico a la garantía.

⁶⁰¹ SCAEVOLA, M. ob., cit., pág., 583 : “ Y la única ventaja que puede obtener, si a ello se le puede llamar ventaja, es que puede acudir a los órganos con jurisdicción en el ejercicio de la acción real oportuna, ejercitando ese *ius distrahendi* que el precepto establece, pero como no existe un procedimiento específico para ello, habrá de ir al proceso ordinario que corresponda por razón de la cuantía, en súplica de que se dicte sentencia por la que declare su derecho a vender el inmueble, y que esta venta se lleve a efecto por los trámites de ejecución de sentencia.”

⁶⁰² Así ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, DE COSSIO , o CARRASCO PERERA, o incluso hoy también LACRUZ o GULLÓN. Véase más arriba epígrafes 4.1.1.2 y 4.1.3

⁶⁰³ GAYOSO ARIAS, RAMÓN. *Nociones de legislación hipotecaria*. Editorial. Imprenta de Cleto Vallinas. Madrid. 1918. Tomo 2. Pág., 23.

derecho de realización de valor pronunciándose expresamente en el sentido de que el derecho de anticresis reconoce tan solo un derecho a los frutos, pero no como un *ius ad rem* sino como un *ius in re*, ya que atribuye al acreedor el derecho de percibir los frutos que es uno de los integrantes del dominio y lo atribuye inmediatamente, por efecto del contrato seguido de la tradición. El anticresista adquiere así el derecho mismo de disfrutar.

Este autor sostiene además que respecto de estos frutos, de los que reconoce tiene el acreedor un *ius in re*, tiene también un derecho de preferencia siempre que la anticresis haya resultado inscrita, algo que nos parece un punto contradictorio puesto que si el acreedor tiene un *ius in re* sobre los frutos, aparentemente no necesita para nada que se le reconozca un privilegio o preferencia sobre esos frutos. Algo en lo que parece incidir, desde luego muchos años más tarde, la nueva ley concursal en su art. 90.

10.4.-EL PRIVILEGIO RECONOCIDO EN EL ART. 90 DE LA LEY CONCURSAL.

La nueva ley concursal viene a dejar establecidos los privilegios y el orden de prelación entre los distintos créditos en razón de su naturaleza y para cuando el deudor se encuentre en un proceso concursal. Ciertamente es que el privilegio y la prelación desplegarán sus plenos efectos y consecuencias en una situación de insolvencia del deudor, pero no es el único momento en que resultan de aplicación: En situaciones de ejecución singular también pueden surgir conflictos entre diversos acreedores que pretendan cobrarse sobre unos mismos bienes del deudor que por su liquidez, valor o facilidad de enajenación, resulten más ejecutables que otros bienes del propio deudor, lo que provocará sin duda que se yuxtapongan los derechos de los distintos acreedores que sostengan idénticas pretensiones, y deberá entonces decidirse también cuál de entre ellos es el privilegiado y en su caso quien tiene preferente prelación. Es este un conflicto que en principio deberá ser resuelto por los criterios de preferencia establecidos en el CCE o por las leyes especiales en que puedan encontrarse recogidos, y sin embargo el mismo conflicto se resolverá de forma distinta cuando el deudor encontrándose en situación de insolvencia se haya acogido o se halle sujeto a un proceso concursal.

A estos fines la LC modificó el CCE introduciendo un nuevo párrafo al art. 1.921, que a partir de entonces dice: “En caso de concurso, la clasificación y graduación de los créditos se regirá por lo establecido en la Ley Concursal”⁶⁰⁴. De esta manera a partir de esa reforma se ha instrumentado un sistema de graduación de los créditos que resulta diferente para las situaciones concursales que para las ejecuciones singulares⁶⁰⁵. Este sistema busca que la graduación establecida por la ley concursal, y a esos efectos, resulte cerrada en sí misma, que no deba remitirse, ni permita hacerlo, al régimen general establecido fuera de la ley concursal, sin que resulte posible ninguna interpretación analógica entre ambas normativas⁶⁰⁶.

Esta vocación de cierre que se recoge en la ley concursal se explicita en el art. 90.2 en donde se declara que no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esa ley. Determinación que con seguridad en el futuro planteará alguna situación de conflicto por tratarse de una declaración aparentemente ambiciosa en exceso en relación a los propios efectos que puede producir la ley, y en relación a los efectos que también puedan producir sobre ella leyes posteriores de igual rango; pero declaración que entendemos resulta válida como expresión de la voluntad del legislador en dejar determinada la imposibilidad de una aplicación analógica de otros privilegios o preferencias reconocidos en la legislación extraconcursal⁶⁰⁷. Como señala

⁶⁰⁴ Disposición final primera ley 22/2003 de 9 de Julio, Ley Concursal.

⁶⁰⁵ GARRIDO GARCÍA, JOSÉ M^a. “Artículo 89”. *Comentarios a la Ley Concursal*. Dir. Ángel Rojo – Emilio Beltrán. Editorial. Thomson-Cívitas. 1^a Edición 2004, reimpresión 2006. Madrid. Tomo I pág., 1.598.

⁶⁰⁶ GUILARTE GUTIÉRREZ, VICENTE. “Artículo 89”. *Comentarios a la legislación concursal*. AAVV Directores Juan Sánchez Calero y Vicente Guilarte Gutiérrez. Editorial Lex Nova. Valladolid 2004, Tomo II. pág., 1.775 a 1779.

⁶⁰⁷ Son varios los autores que declaran la inviable aplicación en el concurso de otras preferencias o privilegios reconocidos fuera de la normativa concursal y a través de figuras como la analogía. GARRIDO GARCÍA, J.M^a. loc., cit.,pág.,1.600; GUILARTE GUTIÉRREZ,V. loc., cit., pág., 1.775.

ANDERSON⁶⁰⁸, además puede resultar excesiva porque teniendo la ley concursal una primera finalidad de carácter procesal, no debiera afectar al derecho sustantivo (aunque efectivamente modifica el CCE): la propia ley conoce sus límites cuando en su misma justificación competencial, en su disposición final trigésima segunda, señala el límite del derecho sustantivo de la comunidades autónomas.

La sustancial eliminación de las causas de preferencia que ha sido aplicada por la nueva LC, aumentando el espacio que corresponde a los créditos ordinarios⁶⁰⁹ y persiguiendo la finalidad que declara la exposición de motivos de la propia ley conforme “la igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas”, nos obliga a tener presente que no podrá pretenderse la integración de las preferencias y privilegios recogidos en el CCE y leyes especiales, con los contemplados en la LC. Se ofrecen soluciones legislativas diferentes que deberán ser reconocidas y respetadas. La LC ha eliminado alguna de las preferencias que se encuentra recogida en el régimen ordinario, como es la que se reconoce en el art. 9.1 e) de la LPH relativa a los créditos de la comunidad de propietarios por gastos comunes, y de la misma forma, a nuestro entender, ha venido a dejar establecido alguna preferencia que antes era de dudosa existencia: éste sería el caso del reconocimiento de un privilegio al acreedor anticrético respecto de los frutos de la finca recibida en anticresis (art. 90.1.2 LC). Ahora bien, tampoco creemos que de ahí pueda surgir la interpretación inversa, en el sentido de entender que como la nueva LC ha venido a recoger de forma expresa esa preferencia relativa al derecho de anticresis, ello querrá decir que también se encuentra establecida, aunque sea de forma implícita, en el todavía vigente art.1.923.3 del CCE. Entendemos que son disposiciones enteramente independientes sin que puedan integrarse las unas con las otras.

En nuestra opinión nos podrá o no parecer prudente esa vocación de cierre del legislador concursal, que persigue dejar perfectamente delimitado y limpio el ámbito de aplicación de los privilegios concursales, “purgando” todos aquellos

⁶⁰⁸ ANDERSON, M. loc., cit., pág., 80.

⁶⁰⁹ GARRIDO GARCÍA, J.M^a. loc., cit., pág., 1.597.

otros privilegios y preferencias que habían ido proliferando a través de distintas leyes⁶¹⁰, incluso como decíamos nos puede parecer un tanto arrogante la pretensión de que ninguna otra ley podrá modificar el sistema de privilegios establecido en la LC, pero eso, como también señalábamos, no hace más que poner de manifiesto la voluntad del legislador de querer dar un trato uniforme y estable a los privilegios cuando la situación de insolvencia es general respecto de un deudor, de tal forma que en estos casos pretende priorizar la seguridad de que las excepciones al principio de la *par conditio* son verdaderamente puntuales y siempre las mismas.

Y esta pretensión pudiera resultar más o menos aceptable cuando es fruto de un solo legislador, pero en nuestro sistema jurídico conviven diversos legisladores con sus correspondientes competencias, y se hace difícil, como seguidamente veremos, poder admitir que una comunidad autónoma tenga capacidad legislativa para establecer derechos reales de garantía y luego que la LC no reconozca o contemple dichos derechos. Lo cierto es que la LC aparentemente ha olvidado su convivencia con los ordenamientos jurídicos no estatales, y a priori tan difícil resulta sostener que la LC puede impedir la aplicación de la normativa civil catalana, por ejemplo y especialmente cuando la LC también regula el concurso de la persona física no empresario, como sostener que esa vocación expuesta por la LC de querer dar un trato uniforme a toda la materia de privilegios concursales, cae ante el primer obstáculo que se le interpone.

Lo cierto es que es ésta una materia poco analizada por la doctrina y que ha puesto de manifiesto ANDERSON, denunciando que requiere especial pronunciamiento en lo relativo al privilegio que se reconoce a la anticresis en la LC y los derechos preferentes que se derivarían de los derechos reales de garantía regulados en el CCCat⁶¹¹.

De hecho esta autora plantea tres cuestiones distintas que merecen ser estudiadas:

⁶¹⁰ GUILARTE GUTIERREZ, V, loc., cit., pág., 1.779.

⁶¹¹ ANDERSON, M. loc., cit., pág., 67 y ss.

1.- La ley concursal reconoce tan solo, respecto de la anticresis, un privilegio sobre los frutos cuando estos pertenecen ya *ab initio* al acreedor.

2.- Se ignora, cuando menos aparentemente, la preferencia al cobro del acreedor anticrético respecto al producto obtenido por el ejercicio del derecho de realización de valor, algo que desde luego afectaría a la anticresis catalana puesto que el CCCat expresamente se lo reconoce, pero también a la anticresis española si se defiende que ésta conlleva *ius distrahendi*.

3.- La aplicación de las preferencias reconocidas por la legislación civil catalana (extensivo a la legislación civil de aquellas CCAA que dispongan de figuras afines), no se encuentra reconocida en los supuestos de aplicación de la ley concursal.

10.4.1.- El privilegio a los frutos.

Desde luego la declaración literal del art. 90.1.2 de la LC conforme “son créditos con privilegio especial: 2º Los créditos garantizados con anticresis, sobre los frutos del inmueble gravado”, resulta enteramente desafortunada y confusa⁶¹².

Si la anticresis se constituyó mediando traslado de la posesión, en cualquiera de sus formas posibles, los frutos pertenecen en todo momento al acreedor por lo que reconocerle a ese acreedor un privilegio sobre unos frutos que ya le pertenecen, no es que resulte superfluo es que es erróneo. Y si no hubo traslado

⁶¹²Ibidem, págs., 55 y 75. : “no necesita, por tanto, una garantía sobre los frutos, que sería una garantía sobre una cosa propia.

(...)

En realidad los frutos generados por el inmueble dado en anticresis, ni en el marco del código civil español, ni en el ámbito de aplicación de la ley 19/2002 (*hoy la referencia debiera ser al CCCat*), no deberían formar parte de la masa activa del concurso, sino que el acreedor los hace suyos de acuerdo con el pacto de amortización en el que consiste la anticresis”.

CARRASCO PERERA, A. y CARRETERO GARCÍA, A, loc., cit., pág., 25. nota 38: “Repárese en lo absurdo de esta preferencia; pues el *ius fruendi* del acreedor no es un derecho de realización de valor, sino un derecho de adquirir la propiedad de los mismos por separación. Es como si se quisiera dar al usufructuario un derecho de preferencia sobre los frutos de la finca cuyo propietario fue declarado en concurso.

de la posesión, ya hemos señalado que no estaríamos ante una verdadera anticresis sino ante un contrato cuasi anticrético y para ese supuesto sí resultaría útil la declaración de la LC, pero entendemos que esa posibilidad debe ser rechazada, porque en ese supuesto además de no estar ante una verdadera anticresis tampoco estaríamos es ante un derecho real , y no será además ni con mucho la situación habitual del acreedor anticrético que por la propia naturaleza de la anticresis será alguien que se hará cargo directamente de la explotación del inmueble, siendo las restantes situaciones desde luego de carácter residual⁶¹³.

Sin embargo resulta evidente que cuando el legislador introdujo el privilegio para el derecho de anticresis y referido a los frutos, estaba tratando de reconocer a este derecho un carácter privilegiado que resultase oponible a los restantes acreedores no privilegiados⁶¹⁴, por lo que debe encontrarse un sentido propio y adecuado a la literalidad de ese precepto pues de no hacerlo tal como nos viene dado resultará que es un precepto enteramente inútil.

En esta misma línea también resulta extraño el privilegio que se reconoce al arrendador financiero para cobrarse sobre el bien arrendado, cuando resulta evidente que dicho arrendador es el propietario del bien hasta el pago de la última cuota, cuestión ésta estudiada por MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, quien termina por calificar el art. 90.1.2º LC de un “despropósito completo (...) imposible de ostentar un privilegio sobre una cosa propia del acreedor”⁶¹⁵.

⁶¹³ Sin embargo para aquellos autores que entienden que sí es posible la anticresis no posesoria, así para la anticresis del CCE HERNÁNDEZ MORENO, A. loc., cit., pág., 1.931; o para la anticresis catalana, ANDERSON, M. loc., cit., según nota al pie de la pág., 83, para estos supuestos la declaración del art. 90.1.2º de la LC, significa que el *ius ad rem* del acreedor anticrético respecto de los frutos, tiene desde luego carácter privilegiado.

⁶¹⁴ Más aún, exactamente con la misma literalidad, ese privilegio de la LC se recoge también en lo que fue el Proyecto de Ley de “Concurrencia y Prelación de Créditos en caso de ejecuciones singulares” (Proyecto 121/000098, BOCG 08/09/2006), proyecto de ley abandonado por caducidad pero en el que se daba nueva redacción al art. 1.922 del CCE estableciéndose preferencia especial a: “6º Los créditos garantizados con anticresis sobre los frutos del inmueble gravado”.

⁶¹⁵ MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M^a DOLORES. “Las Causas de Preferencia crediticia tras la ley concursal”. RCDI. Enero-Febrero 2004. nº 681, pág., 187.

Dejando por un momento de lado la cuestión de la preferencia al cobro como consecuencia del *ius distrahendi* y limitándonos al *ius fruendi*, que es a lo que exclusivamente se refiere la LC, el derecho de anticresis conlleva la facultad del acreedor de poseer el bien inmueble y la de percibir los frutos, y esa facultad de poseer el bien se transforma en un derecho de retención con percepción de los frutos y derecho a seguir explotando el inmueble si vencido el crédito, éste no hubiera sido satisfecho por el deudor.

Si este deudor entrase en situación concursal y no existiese el pronunciamiento del art. 90.1.2º, el acreedor con pérdida de su derecho de retención debiera reintegrar a la masa activa dicho bien inmueble, algo que en la actualidad ya dispone expresamente el art. 59 bis de la LC. Entendemos que gracias al artículo citado eso no ocurre, creemos que precisamente lo que ese precepto viene a declarar es que en situación de concurso el acreedor de crédito ya vencido mantendrá su derecho de retención y su derecho a seguir percibiendo los frutos directamente para el pago de los intereses y del capital, pues como ya hemos señalado la retención anticrética no es propiamente retención sino efecto legal propio de la anticresis.

Gracias a ese reconocimiento expreso del privilegio⁶¹⁶ sobre los frutos, el acreedor anticrético se mantendrá en la conservación de la posesión del inmueble y seguirá percibiendo los frutos aplicándolos al pago de los intereses, si estuvieren convenidos⁶¹⁷ y del capital.

⁶¹⁶ Que se hace necesario respecto de la anticresis del CCE puesto que el propio código no le reconoce preferencia expresa alguna; y en cuanto al CCCat, entendemos que del propio Libro V se desprende su preferencia al cobro frente a terceros en procesos de ejecución singular.

⁶¹⁷ El art. 59 LC prevé expresamente y como excepción, que los intereses convenidos en los créditos con garantía real continuarán devengándose.

10.4.2.- La preferencia sobre el valor en venta.

La segunda de las cuestiones que había quedado planteada es la omisión de la LC relativa a la hipotética preferencia que pudiera tener el acreedor anticresista sobre el producto obtenido en la venta judicial del inmueble. Efectivamente al reconocer la LC un privilegio al derecho de anticresis pero limitado a los frutos, parece desde luego que el reconocimiento de ese privilegio excluye cualquier otro que pudiera defenderse sobre el valor del inmueble⁶¹⁸.

La LC ha venido a dejar establecido para su ámbito de aplicación, es decir para el estrictamente concursal, un sistema de privilegios que excediéndose de lo meramente procesal ha afectado a lo sustantivo, pero que en lo que afecta al derecho de anticresis español ha dejado claro que aquellas tesis que defendían que el derecho de preferencia debía entenderse implícito en el aparente *ius distrahendi* que se recoge en el art.1.884 del CCE han perdido ese sustento. Si hay privilegio sobre los frutos, será porque lo declara esa ley y no porque deba deducirse de forma implícita de un hipotético *ius distrahendi*.

A nosotros nos parece que ese no reconocimiento de privilegio alguno sobre el valor líquido del inmueble resulta conforme con la propia finalidad de la anticresis regulada en el CCE, y no pensamos que eso deba inspirar ninguna reacción especial en búsqueda del hueco legal para encontrar la vía adecuada que justifique la introducción, aunque sea forzada, de esa preferencia. Ya lo hemos dicho en innumerables ocasiones, no pensamos que ni el *ius distrahendi* ni la preferencia sobre el valor obtenido, sean elementos de ese contrato de anticresis, de tal manera que la LC no ha venido más que a confirmar aquello que ya estimábamos. Creemos que esta redacción de la LC, junto con la redacción del proyecto de ley que pretendía dar nuevo contenido al art. 1.922 y ss. del CCE, no hace más que ratificar y confirmar, de forma mucho más explícita, esa opinión.

⁶¹⁸ GUILARTE ZAPATERO, VICENTE. “Comentarios Artículo 90.1.1º y 2º”. *Comentarios a la Legislación Concursal*. Directores Juan Sánchez Calero y Vicente Guilarte Gutiérrez. Editorial Lex Nova. Valladolid 2004. Tomo II, págs., 1.787 y 1.788.

Sin embargo también resulta evidente que ese derecho de realización de valor se encuentra expresamente recogido en el código catalán, y ante el silencio de la LC se rebela ANDERSON entendiendo que no es admisible ni posible que el acreedor anticrético en el concurso de su deudor haya perdido esa facultad de enajenar el bien dado en garantía, y estos mismos argumentos resultarían además extendibles a la anticresis española en el supuesto de entenderse que esta anticresis también conlleva ese *ius distrahendi*, que como decimos una vez más nosotros negamos.

Con arreglo a esta teoría se sostiene que la anticresis inscrita debe entenderse incluida dentro de los supuestos previstos en el art. 90.1.1 de la LC, que debe ser asemejada a la hipoteca, puesto que el privilegio reconocido a los derechos reales de garantía en los primeros epígrafes de ese artículo, tienen como denominados común el hecho de constar todos ellos inscritos en el registro de la propiedad. Que la ley haya silenciado el privilegio del acreedor anticrético en los supuestos de realización de valor, no significaría que éste no deba entenderse implícito por quedar englobado dentro de los supuestos descritos en ese art. 90.1.2 de la LC⁶¹⁹.

También se plantea esta cuestión GUILARTE ZAPATERO para quien es del todo punto injustificado que la LC no haya tenido presente el privilegio del acreedor anticresista sobre el precio del inmueble, aunque para este autor la literalidad del precepto es lo suficientemente explícita como para sostener que resulta incuestionable que el acreedor carece de derecho de prelación sobre el precio que se obtenga en la venta del inmueble en caso de ejecución⁶²⁰.

También a nosotros nos parece que no puede hacerse una interpretación extensiva ni del art. 90.1.1º ni del 90.1.6 de la LC, intentando ubicar la enajenación anticrética en alguno de los otros supuestos en ella contemplados, y no puede hacerse porque la propia ley se autolimita en ese sentido cuando

⁶¹⁹ANDERSON, M. loc., cit., pág., 80

⁶²⁰ GUILARTE ZAPATERO, V. loc., cit., pág., 1.790

declara en sucesivas ocasiones que no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en la ley⁶²¹. Desde Luego que no sostenemos que esa declaración recogida en el art. 89.2 LC tenga indiscutida eficacia, porque ni la tiene ni la puede tener, pero sí refleja el espíritu con el que deben ser leídos e interpretados los privilegios reconocidos.

De esta manera la LC ignora el derecho de realización de valor expresamente contemplado en la legislación catalana y atribuido por muchos autores a la anticresis española quienes entienden que esa facultad resulta inherente a los derechos reales de garantía, posición ésta que en nuestra opinión también admite ser discutida, pues frente a quienes sostienen que aquellos que son titulares de un derecho real de garantía tienen preferencia sin necesidad de que ninguna norma legal se la atribuya, porque esa preferencia deriva del propio derecho accesorio⁶²², se levantan otras opiniones en las que precisamente se defiende lo contrario, concibiendo el derecho real de garantía como “una institución jurídica compleja en la que confluyen un derecho de preferencia y un derecho real”⁶²³, dos derechos que concurren en la garantía real pero que no deben ser confundidos, de manera que el derecho real queda reforzado por la preferencia y ésta se mantiene gracias al carácter real del derecho. Para quienes separan preferencia y derecho real no existe un principio apriorístico por el que los créditos protegidos por garantías reales deban recibir sistemáticamente preferencia al cobro. Se hará necesario que una ley así venga a declararlo de forma efectiva⁶²⁴.

⁶²¹ Exposición de motivos de la ley concursal, apartado V: “ Se considera que el principio de la igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir regla general del concurso, y que sus excepciones han de muy contadas y siempre justificadas”.

⁶²² ANDERSON M, loc., cit., pág., 72. Esta autora cita, además, a Gullón Ballesteros A. La prelación de créditos en el código civil. Edit. Bosch. Barcelona 1962. págs., 18, 46, 47,159 y 161.

⁶²³ GARRIDO GARCÍA, JOSÉ M^a. “Teoría General de la Preferencia”. ADC. Octubre .51 n° 4.Págs., 1.803 y 1807. MEZQUITA GRANERO, MD. loc., cit., pág., 192 y 193.

⁶²⁴ LÓPEZ ALARCÓN, MARIANO. “El derecho de preferencia”. AUM. 1960. Vol. XVIII, n° 1.Págs., 145 y 146. Sostiene este autor que debe hacerse una interpretación restringida de la causas de preferencia, no debiéndose extender por analogía la naturaleza de los privilegios a instituciones no tipificadas, por lo que no le parece correcto sostener que el

Otra cuestión es la circunstancia que pone de manifiesto ANDERSON de que esa nueva LC ha pretendido uniformizar todos los privilegios mediante el establecimiento de una *cláusula de cierre* que en ese ámbito concursal ha obviado la existencia de preferencias o de créditos privilegiados que pueden tener su origen en la legislación autonómica y no en la legislación estatal.

10.4.3.- La integración de la ley concursal y la regulación de la anticresis conforme al Código Civil de Cataluña.

Toda vez que el legislador catalán tiene sin duda competencias para la configuración y conformación de derechos reales, incluidos los de garantía, deberá establecerse hasta qué punto las disposiciones del legislador estatal en materia de concurso pueden alterar su eficacia en un aspecto tan relevante como es el de la preferencia al cobro.

Desde luego resulta unánime el pronunciamiento de los autores⁶²⁵ en la necesidad que tenía la LC, en el ámbito de su aplicación, de reordenar las diversas preferencias y privilegios que aparecen diseminados en multitud de normas, pero ello ha conducido a que la propia LC excediéndose de lo que probablemente debiera ser un planteamiento estrictamente procesal, entrase a modificar, eliminar o crear privilegios, y eso pudiera tener mayor o menor trascendencia si hablásemos de un único legislador y de un único ordenamiento

acreedor anticrético en el CCE disponga de *ius praelationis*, preferencia que por otro lado ni en Francia ni en Italia le es reconocida a esa institución.

Este propio autor califica de extraordinariamente polémica, la interpretación dada por SANZ FERNÁNDEZ, A. loc., cit., pág., 223 y ss, y en la que a juicio de López Alarcón, Sanz se inventa (sic) para la anticresis un derecho preferente que no existe en la ley . Solución que buena parte de la doctrina asumió como válida para dar salida a un derecho real de garantía que no tenía la preferencia reconocida.

⁶²⁵ GUILARTE GUTIÉRREZ, V. loc., cit., pág., 1.771. GARRIDO GARCÍA, J M. loc., cit., pág., 1.598. MERCADAL VIDAL, FRANCISCO. “Comentarios al Artículo 89 y 90”. Coordinadores: A. Sala. F. Mercadal. J. Alonso-Cuevillas. *Nueva ley Concursal*. Editorial Bosch S.A. Barcelona 2004. pág., 443.

jurídico, pudiera entonces ser discutido si la LC es el lugar adecuado para que una ley con finalidad sustancialmente procesal modifique derechos integrantes del ámbito sustantivo civil, pero sería ésta una cuestión estrictamente académica. Sin embargo no ocurre lo mismo cuando ese legislador regula un procedimiento cuyo contenido va a afectar también a las legislaciones civiles que conviven con el derecho civil español.

Está claro que la ley concursal excede de un ámbito estrictamente mercantil puesto que regula también el concurso de la persona física no empresaria, está claro también que la LC era consciente de ello cuando en su título competencial, en su disposición final trigésimo segunda se pronuncia expresamente en el sentido de que: “. La presente Ley se dicta al amparo de la competencia que corresponde al Estado conforme al artículo 149.1.6.a y 8.a de la Constitución, *sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las comunidades autónomas*”, y está claro también que la propia LC no recoge disposición alguna que permita integrar las preferencias o privilegios recogidos en los derechos civiles de las comunidades autónomas, con los privilegios o preferencias contempladas en la propia ley. Es desde luego ésta una cuestión de dudosa constitucionalidad⁶²⁶, salvo que pueda encontrarse una vía que permita la integración de esas legislaciones civiles con la legislación estatal.

En este sentido el art. 201 de la LC dispone que los efectos del concurso sobre derechos reales de un acreedor que recaigan en bienes pertenecientes al deudor y que en el momento de la declaración del concurso se encuentren en el territorio de otro estado se regirán exclusivamente por la ley de éste. Planteada así la cuestión resultaría que si nos encontrásemos en un concurso en el que el

⁶²⁶ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, JOSÉ A. *El registro de la propiedad y las preferencias del crédito en la ejecución y en el concurso*. Editorial Comares. Albolote (Granada). 2003. pág162.: “No se entiende muy bien el alcance de la innovación y porque una ley llamada a regular un procedimiento de concurso de los acreedores, esto es una ley de carácter netamente procesal, se aventura sin embargo a intentar resolver el problema de la jerarquía de las preferencias del crédito, intentando sistematizar un régimen de los privilegios, que no sólo es un tema netamente material y sustantivo, sino que además es interdisciplinario y en cierta medida cuasi constitucional, en cuanto que es definitorio del contenido del derecho civil y de sus relaciones de este con los derechos privados especiales y el derecho público.”

deudor, a título de ejemplo, tuviere bienes inmuebles en el extranjero y éstos estuvieren sujetos a un derecho de anticresis con *ius distrahendi y preferencia*, entonces en este concurso seguido con arreglo a la legislación española, se admitiría una excepción a los privilegios especiales reconocidos en la LC, y sin lugar a dudas entre ellos habría que incluir el *ius distrahendi* y el *ius praelationis* reconocido por la ley extranjera del lugar en donde radiquen dichos bienes.

Así que no es para la LC una excepción contraria a la propia ley el que puedan existir situaciones legales en los que el sistema de privilegios sufra alguna alteración. Y si eso es así, entendemos que para la aplicación de las preferencias y privilegios que puedan venir reconocidos en las legislaciones civiles autonómicas habrá que aplicar idéntico precepto, de manera que de esta forma se respetará el propio ámbito competencial de cada una de estas comunidades.

Por ello, en conclusión, entendemos que desde luego la LC no puede inferirse en la legislación civil propia de las comunidades autónomas, ni puede evitar que éstas reconozcan derechos reales, y en su caso preferencias y privilegios, de forma que por más que el legislador se haya pronunciado en el sentido de que ningún privilegio o preferencia será reconocido si no ha resultado establecido por la LC, a pesar de esa declaración sí serán admitidos por el cauce que acabamos de señalar, por lo que resultarán plenamente vigentes los derechos reales de garantía, con reconocimiento de su *ius distrahendi* y del *ius praelationis* si lo tuvieran, de las legislaciones civiles de las comunidades autónomas en aplicación del art. 207 de la LC.

El art. 16.1 CCE dispone que los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el Capítulo IV, y ese capítulo es el que nos remite a las normas de Derecho Internacional privado.

Como señala LALAGUNA DOMINGUEZ, a estas normas y a la remisión a ellas del art. 16 del CCE se refiere el art. 149.1.8 de la CE al atribuir en todo caso a la competencia exclusiva del estado las “normas para resolver conflictos de leyes”, y eso se extiende también a las normas que deben resolver los conflictos entre leyes que se integran en el ordenamiento jurídico nacional español entendido en

su sentido global, y este propio autor citando el voto particular de los Sres. DIEZ PICAZO y RUBIO LLORENTE en la STC 72/1983, sostiene que esas normas de conflicto interregional son extendibles a materias distintas de la propia legislación civil⁶²⁷

⁶²⁷ LALAGUNA DOMINGUEZ, ENRIQUE. “Comentario al artículo 13 del Código Civil. Ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos coexistentes en el territorio nacional”. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Editorial EDERSA. Madrid 1995. Tomo I. Vol. 2º Págs., 1.083-1.201.

11.- LA ANTICRESIS Y FIGURAS AFINES

11.1.- ANTICRESIS Y PACTO ANTICRÉTICO

11.1.1.- Los orígenes del pacto anticrético.

Es, o quizás ha sido, realmente frecuente en el ámbito del contrato de hipoteca encontrar un pacto mediante el que se atribuía al acreedor la facultad, en caso de impago, de poder tomar la administración del inmueble, percibir sus frutos y aplicarlos al pago de la deuda, pacto que ha venido siendo conocido como *pacto anticrético*.

De hecho el nacimiento mismo de la anticresis se produce bajo la sombra de este pacto según ya hemos señalado en el apartado “Antecedentes” de este mismo trabajo, pero también desde esos inicios han debido señalarse las diferencias que pueden encontrarse entre la anticresis y el pacto anticrético pues ya desde el Derecho Romano una cosa era la anticresis entendida como el contrato en donde mutuante y mutuuario lo son de forma recíproca, de forma que uno recibe un préstamo en dinero que podrá utilizar para después devolver su importe y el otro recibe en compensación por el disfrute del capital, es decir por el concepto de intereses, el disfrute del inmueble⁶²⁸. Y cosa distinta era ya el pacto anticrético, que era el pacto efectivamente similar a la anticresis pero pacto distinto de ella, y que se convenía en el establecimiento de una prenda, es decir pacto que acompañaba al *pignus*, y en donde la fuerza de la garantía radica precisamente en ese *pignus*, pero al que se agrega el pacto de poder percibir los frutos de la cosa.

Señala CASTÁN que el pacto añadido a la prenda o a la hipoteca, se encontraba en España especialmente a partir de la abolición de la tasa de interés y que, a diferencia de la infrecuencia de la anticresis, este pacto era muy extendido como complementario a los que se establecen en todo contrato de hipoteca⁶²⁹, pero de

⁶²⁸ Véase al respecto lo que ya hemos dejado transcrito en el epígrafe 1 de este trabajo, y a HERNÁNDEZ MORENO, A. loc., cit., pág., 1.928.

⁶²⁹ CASTÁN TOBEÑAS, J. ob., cit., págs., 525 y ss.

entre estos pactos deberá hacerse distinción , por cuanto los hay que podrán ser asimilados a la anticresis pero otros, que también pueden otorgar la administración del inmueble, y por las razones que veremos, no tendrán este carácter anticrético⁶³⁰.

Se diferencian anticresis y pacto anticrético toda vez que la anticresis es un derecho autónomo como lo es también la hipoteca, y el pacto anticrético es tan solo un pacto que se suele unir al contrato de hipoteca para acabar de cerrar los efectos de ésta.

La disyuntiva entre pacto anticrético y anticresis la encontraremos siempre en razón de estos dos derechos, hipoteca y anticresis, y aunque en la teoría es idealmente imaginable que ambos puedan ser pactados como tales de forma conjunta para garantizar y asegurar una misma deuda, resulta mucho más frecuente encontrarse con una hipoteca a la que se le ha unido un pacto anticrético, que un inmueble que ha sido gravado simultáneamente con una hipoteca y con un derecho de anticresis. Y desde luego no será lo mismo la coexistencia de esos dos institutos que el establecimiento de ese pacto anticrético acompañando a la hipoteca⁶³¹ (pacto que además, y como veremos, hoy carece de contenido).

La posibilidad, incluso la oportunidad, de poder concurrir esos dos derechos para asegurar una misma obligación parece desde luego posible en el ámbito de aplicación del CCE puesto que de conformidad con los razonamientos que hemos expuesto hasta ahora el derecho de anticresis no conlleva el de realización de valor, de tal manera que si al tiempo de constituirse la anticresis en favor del

⁶³⁰ CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, BUENAVENTURA. *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*. Editorial Aranzadi. 1983. 3ª Edición. Volumen VI, pág., 571.

⁶³¹ VALLET de GOYTISOLO, JUAN B. *Estudios sobre derecho de Cosas*. Editorial Montecorvo S.A. Madrid 1976. Pág., 206. Este autor opina en sentido contrario sosteniendo que “la adición de ese pacto a una hipoteca ha de dar como suma una anticresis”.

Criterio del que a su vez discrepan ROCA-SATRE R Y ROCA-SASTRE MUNCUNILL R. ob., cit., pág., 687, porque tal pacto no implica “derecho real alguno anticrético ni otra carga o gravamen real”.

acreedor quiere dotarse a éste de la facultad de venta del inmueble, la forma más razonable de hacerlo es constituyendo simultáneamente anticresis e hipoteca, pues si transcurrido el tiempo convenido para el cumplimiento de la obligación, el acreedor no hubiere visto enteramente satisfecho su crédito con los frutos obtenidos mediante la explotación del inmueble, podrá optar entre retener éste y seguir percibiendo los frutos en el ámbito de lo que más arriba hemos definido como “retención anticrética”⁶³², o bien puede procederse a la ejecución propia de la garantía hipotecaria, que equivaldría a haber dotado a la anticresis de *ius distrahendi*.

Esta posibilidad de simultanear ambos derechos ya vino a ser aceptada por el TS en su Sentencia de 23 de Junio de 1908, en donde ya se planteaba esta cuestión:

“La única y verdadera cuestión que Doña Amalia Pascual de Regoyos ha podido promover en el actual pleito sobre la base y supuesto de la verdad y certeza de la escritura de préstamo de 10 de Mayo de 1906 es la de sí, dados sus términos, el acreedor sólo tenía derecho para pedir en su caso, la administración de la casa hipotecada para hacerse cargo con sus productos del capital e intereses del crédito, o si pudo, prescindiendo de este derecho, reclamar como lo hizo en el juicio el importe de lo que se le adeudaba...

(...)

Considerando que, esto sentado, es de estimar el motivo 4º (...) por desconocer el derecho del acreedor de exigir del deudor Doña Amalia Pascuala de Regoyos el importe de su crédito con los intereses, suponiendo que únicamente podría hacerse pago con la administración y productos de la finca, desconociendo para ello el carácter accesorio de este derecho de nuevo aseguramiento...”⁶³³.

Precisamente en esta sentencia es utilizada, como argumento para sostener la viabilidad simultánea de ambas figuras, que en lo referente a la anticresis el acreedor podrá obligar al deudor a que entre de nuevo en el goce del inmueble y ese extremo permite diferenciar la anticresis del pacto anticrético; aunque en la

⁶³² Véase Supra 9.2.1.

⁶³³ STS de 23 de Junio de 1908, Gaceta de 18 de Abril de 1909, pág., 411.

sentencia referida dicho argumento no sea utilizado con la finalidad de marcar esa diferencia.

Entendemos nosotros que para que la anticresis quede verdaderamente constituida habrá tenido que producirse la transmisión de la posesión del inmueble al acreedor por cualquiera de las formas legalmente previstas⁶³⁴, y que este acreedor se encuentre de hecho en la efectiva administración y toma de decisiones respecto de la explotación económica del inmueble, de manera que de ser así se “redondea”, en su eficacia, el derecho de anticresis dotándolo también de una garantía hipotecaria. No sería esta hipoteca una garantía subsidiaria puesto que llegado el caso, y como hemos señalado, podrá el acreedor optar entre estas dos vías bien diferenciadas: seguir reteniendo o proceder a la venta del bien en pública subasta, a su elección y obviamente salvo pacto.

Esta simultaneidad carece de sentido plantearla en el derecho catalán, puesto que la anticresis catalana conlleva *ius distrahendi*, por lo que esta garantía, complementaria de la del *ius fruendi*, ya está prevista en su propia regulación todo y que el proceso de enajenación no es exactamente el mismo puesto que la venta del inmueble de conformidad con el CCCat será o bien por venta directa o bien por subasta notarial, mientras que la venta hipotecaria será mediante subasta judicial o excepcionalmente la subasta notarial.

Debe tomarse conciencia de una diferencia notoria entre ambas situaciones y es que de conformidad con el art. 91 de la LC, en situación de concurso el acreedor simultáneamente garantizado con un derecho de anticresis unido a una hipoteca, gozaría de privilegio tanto respecto de los frutos como respecto del precio obtenido en la ejecución del inmueble, y por el contrario el acreedor anticrético sujeto a la normativa del derecho catalán aparentemente tan solo gozaría de privilegio respecto de los frutos, aunque como señalamos en este propio trabajo según nuestro criterio a pesar de la literalidad del art. 90.2 de la

⁶³⁴Véase Supra 3.2.2.2.1

LC, es que deben admitirse las excepciones que se deduzcan de las legislaciones civiles autonómicas al elenco de privilegios que se reconocen en la propia LC⁶³⁵.

11.1.2.-El Pacto Anticrético.

Pero una cosa es constituir simultáneamente dos derechos reales uno de garantía y el otro de goce en función satisfactiva, autónomos e independientes cada uno de ellos, y otra bien distinta pactar en sede de hipoteca lo que ha venido siendo conocido como *pacto anticrético*, que debemos entenderlo como aquel pacto unido al contrato y derecho real de hipoteca mediante el cual se concede al acreedor hipotecario la facultad de entrar en posesión y administración de la cosa hipotecada, con efectos anticréticos, desde el instante en que se reclama judicialmente el cobro del crédito garantizado con la hipoteca⁶³⁶.

La constitución simultánea de esos dos derechos reales de goce y garantía, anticresis e hipoteca, no puede ser confundida con la extensión de la hipoteca a los frutos y rentas del inmueble conforme al art. 111 de la LH⁶³⁷ (que tampoco es un pacto anticrético), puesto que ésta extensión ni conlleva posesión o administración para la explotación económica del inmueble, ni percepción de los frutos sino tan solo otorga el derecho a que esos frutos puedan ser vendidos en pública subasta como derecho diferenciado de la propia finca (obviamente si en

⁶³⁵Supra 10.4.3

⁶³⁶ MARÍN PÉREZ, PASCUAL, en *Derecho Civil Español, común y foral* de José Castán Tobeñas, Tomo segundo. Volumen segundo. Edit. Reus. 12ª Edición. Madrid 1978. Pág., 534.

⁶³⁷ En este mismo sentido DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS. “Comentarios al artículo 690”. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Director: Fernando Toribio Fuentes. Edit. Lexnova. Valladolid 2012. pág., 1.274.

lugar de frutos fueran rentas, éstas debieran ser directamente entregadas al acreedor hipotecario)⁶³⁸.

Y en cuanto al pacto anticrético propiamente dicho, que también es diferente de la extensión de la hipoteca a los frutos del inmueble, fue expresamente recogido por la antigua regla 6ª del art. 131 de la LH, que establecía que:

“... el actor podrá pedir que se le confiera la administración o posesión interina de la finca, si así se hubiese pactado en la escritura de constitución de hipoteca o tuviese expresamente reconocido ese derecho por alguna ley. El acreedor percibirá en dicho caso las rentas vencidas y no satisfechas, si así se hubiese estipulado, y los frutos y rentas posteriores, cubriendo con ellos los gastos de conservación y explotación que la misma finca exija y después su propio crédito”.

En relación a esta disposición resulta sobradamente citada la STS de 26 de Junio de 1965⁶³⁹ que definió ese precepto como aquel que “ (...) establece un derecho de naturaleza mixta, por ser a un tiempo cautelar y ejecutivo y cuyos caracteres pueden precisarse diciendo que es facultativo en su ejercicio, limitado en su objeto, alternativo en su finalidad y condicionado en sus efectos”, entendiéndose que es *facultativo* porque el acreedor ejecutante de la hipoteca *podrá pedir* o no la prerrogativa que se le reconoce en el precepto; *limitado en su objeto*, porque el derecho tan solo le otorga la posesión y/o administración del inmueble para percibir los frutos; *alternativo*, por cuanto el acreedor podrá bien reintegrarse de su crédito mediante la percepción de los frutos, bien mediante la venta del inmueble que podrá ser solicitada por el propio acreedor, por el deudor o por el tercer poseedor; y *condicionado en sus efectos* pues el acreedor debe recibir la administración o posesión del inmueble en plenitud de derechos y está obligado a ejercer la administración no sólo de derecho sino también de hecho, no basta pues la mera adjudicación de la administración por el Juzgado sino que

⁶³⁸ GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *El Procedimiento Judicial Sumario de Ejecución Hipotecaria*. Editorial Cívitas. Madrid. 1994. Págs., 231 y ss.

⁶³⁹ RJ 1965, 3940.

además debe, para quedar válidamente constituida esa administración, ejercer efectivamente la misma⁶⁴⁰.

El art. 131 de la LH resultó esencialmente modificado por la disposición final 9ª.6 de la Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil de forma que este procedimiento ha pasado a incorporarse en la ley procesal destacándose de esta forma *el carácter propiamente jurisdiccional de estas ejecuciones*⁶⁴¹, de manera que la administración de la finca o bien hipotecado, en la actualidad, ha pasado a ser una facultad de la que dispone, en el proceso de ejecución, todo acreedor sin necesidad de que estuviere expresamente convenido en el título constitutivo de la hipoteca, pues así queda establecido en el art. 690 de la LEC. Este artículo ha incorporado tanto las normas de la regla 6ª del art. 131 LH como también lo dispuesto en el 133 de la propia LH.

Por otro lado, el carácter *facultativo* de la administración se desprende de la propia redacción del art. 690 que la establece sólo previa solicitud del acreedor y eso mismo nos lleva a estimar también que cabe, mediante pacto expreso, poder renunciar a ella⁶⁴². Es decir quizás cabrá entender como admisible precisamente el pacto contrario al que hasta ahora se venía conviniendo, que acreedor y deudor podrán prever ya en la escritura de constitución de hipoteca que aún en el caso de incumplimiento el acreedor no podrá solicitar la administración interina del inmueble⁶⁴³.

⁶⁴⁰ Así mismo también lo señalan, CAMY SANCHEZ-CAÑETE, B. ob., cit., pág., 572; y MARÍN PÉREZ, P. ob., cit., pág., 537.

⁶⁴¹ Exposición de motivos de la Ley 1/2000.

⁶⁴² En este mismo sentido, MONTERO AROCA, JUAN. *Ejecución de la Hipoteca Inmobiliaria*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia 2012. Pág., 873, nota 82.

⁶⁴³ Quizás pudiera plantearse entonces el alcance de esa renuncia a la administración anticrética cuando el ejecutante resulte ser persona distinta del acreedor constituyente: A nosotros nos parece que aunque el acreedor ejecutante se hubiera subrogado en la posición del acreedor constituyente, la relación procesal que aparece entre actor (acreedor ejecutante) y deudor es una relación en la que sólo entonces nace ese derecho a la solicitud de la administración judicial, que por tanto es una facultad que sólo se le reconoce al actor como tal actor y que la renuncia que hubiera podido hacer el acreedor constituyente a su aplicación no podrá ser exigida al acreedor ejecutante. Entendemos pues que ese pacto de renuncia a la *administración anticrética* sería, en todo caso, de

De esta forma, en el futuro, el pacto anticrético debiera dejar de establecerse como tal en las escrituras de hipoteca por ser éste un trámite más dentro del proceso de ejecución hipotecaria y que al tener sede en la ley procesal deberá entenderse que su contenido tiene carácter estrictamente procesal⁶⁴⁴.

ROCA SASTRE, destacaba la conveniencia de completar el pacto anticrético del art. 131 de la LH con la introducción en la escritura de constitución de hipoteca de otros pactos que pudieran favorecer al acreedor, citando por ejemplo el *premio por administración*, que no nos parece que pueda ahora resultar admisible puesto que el acreedor tendrá la facultad de solicitar la administración y posesión del inmueble, pero lo podrá hacer en los términos que establece la ley y sujetándose estrictamente a su contenido que no contempla esa posibilidad⁶⁴⁵, toda vez que esa facultad se encuentra ahora incorporada al proceso y no forma parte, propiamente, del derecho.

Estando llamado a desaparecer el pacto anticrético como tal, prácticamente las mismas cuestiones que sobre él se planteaban las pudiéramos referir a ese supuesto de administración anticrética contemplado en la LEC., siendo lo primero sobre lo que debiéramos pronunciarnos lo relativo a su propio carácter: ¿Es la administración prevista en el art. 690 LEC un supuesto de *anticresis legal*? ¿Tendrá carácter de derecho real?

naturaleza estrictamente personal y no resultaría aplicable para el supuesto en que el acreedor ejecutante no resultase ser coincidente con el acreedor constituyente.

⁶⁴⁴ VELÁZQUEZ MARTÍN, ÁNGELES. *La intervención judicial de bienes y empresas*. Editorial Thompson-Aranzadi. Cizur Menor (Navarra).2009. pág.,98.
En el mismo sentido MONTERO AROCA, J. ob., cit., pág., 855.

⁶⁴⁵ HERNÁNDEZ BEZANILLA, EMMA DEL ROSARIO. “La Ejecución forzosa: su realización mediante el procedimiento de apremio”. 2008. Base de datos VLEX. <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/>. Esta autora entiende que este pacto tendría cabida dentro del convenio de realización que se contempla en el art. 640 de la LEC.
En el mismo sentido MONTERO AROCA, JUAN. *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia 2004. Tomo II, pág., 1.873.

Si entendemos que la *hipoteca legal* es aquella que queda constituida por ministerio de la ley sin necesidad de ningún título constitutivo a diferencia de lo que sería una *hipoteca forzosa* ⁶⁴⁶ (arts., 115 y 168 LH) en la que lo que sucede es que se acude al juez en búsqueda de la declaración constitutiva de la hipoteca, y entendiendo que esta diferencia pueda ser analógicamente trasladada a la anticresis, entonces desde luego no estaríamos ante un supuesto de anticresis legal sino en todo caso ante una anticresis de origen jurisdiccional. Ahora bien este concepto de hipoteca legal no es en absoluto pacífico⁶⁴⁷, siendo identificada por ALBALADEJO como *hipoteca legal tácita*, y entendida como aquella hipoteca que por disposición de la ley su constitución queda realizada de forma automática⁶⁴⁸. A las hipotecas cuya constitución puede ser exigida por el acreedor no por un acto voluntario del deudor, sino al amparo de una norma o disposición que así lo prevé las denomina este autor como *hipoteca legal expresa*.

Y entendemos que ésta sería la hipoteca comparable con la anticresis prevista en el art. 690 de la LEC, es decir si estimamos que este precepto contempla un supuesto de anticresis, estaríamos en ese caso ante una *anticresis legal expresa*.

En la transposición de la regla 6ª del art. 131 de la LH al art. 690 de la LEC, a pesar de que parezca que no resulta especialmente novedosa, se han introducido algunas modificaciones que entendemos afectan a su propia naturaleza. Así debe destacarse que la aplicación del art. 690 de la LEC, a diferencia de lo que se establece en el art. 131 de la LH, no es fruto de un convenio o pacto entre las

⁶⁴⁶ Conceptos empleados por CORDERO LOBATO E. ob., cit., pág., 449.

⁶⁴⁷ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A. ob., cit., pág., 171, diferencia entre *hipoteca general tácita* (que sería la hipoteca legal en términos de Cordero Lobato) e *hipotecas legales especiales* (que coincidirían con las hipotecas de constitución forzosa de Cordero Lobato). PUIG BRUTAU, J. ob., cit., pág., 281, entiende que *hipoteca legal* referida ésta a aquella hipoteca que no necesita acto constitutivo alguno y que nace automáticamente cuando se presenta el supuesto previsto por la ley prácticamente quedó eliminada a partir de la LH de 1861, en cuya exposición de motivos se decía: “La frase hipoteca legal, no tendrá ya la acepción antigua, sino que significará el derecho o la obligación de pedir y obtener una hipoteca especial sobre bienes raíces o derechos reales que sean hipotecables y de que pueda disponer el hipotecante”.

⁶⁴⁸ ALBALADEJO GARCÍA, M. ob., cit. pág., 301.

partes, sino que es un efecto estrictamente procesal. Se dispondrá mediante resolución del Secretario Judicial a petición de parte. Se tratará de una administración judicial constituida y ordenada por el Secretario dentro del procedimiento; teniendo su origen, a partir de la entrada en vigor de la LEC, en el precepto que la contempla y no en el pacto que puede haberse o no convenido. La LEC contempla diversos supuestos de intervención judicial de los frutos o rentas (p.e. art. 622), o de administración judicial (p.e. arts., 630, 676 y 690), pero no todos ellos tienen los mismos efectos⁶⁴⁹. De hecho habrá que diferenciar entre lo que es propiamente una administración judicial y lo que es tan solo el embargo de los frutos y rentas, puesto que en éste lo único que se produce es el embargo del resultado de la explotación económica cuyos frutos deben ser puestos a disposición del tribunal, pero la explotación la sigue conservando el propietario del bien inmueble.

La administración judicial del art. 630, prevista inicialmente para el embargo de empresas o negocios, se puede hacer extensiva a los bienes inmuebles en los supuestos previstos en los apartados 2 y 3 del art. 622, es decir en los supuestos en que el Juez lo estime pertinente dada la naturaleza del bien, la importancia de la explotación económica, la situación en que se encuentre el titular ejecutado, o por incumplimiento de la orden de embargo propiamente dicha. Pero esa administración judicial poco o nada tiene que ver con la administración judicial del art. 690 cuyas raíces provienen del art. 131 de la LH, puesto que esa administración del art.630., se concibe como una administración que será desempeñada por un profesional sujeto al control de un interventor designado por la propiedad, y en la que el producto final obtenido por dicha administración será también puesto a disposición del propio tribunal⁶⁵⁰.

Resulta mucho más semejante a la administración judicial del art. 690 de la LEC, la *administración para pago* que también se contempla en el art. 676 de la propia LEC, así ambas administraciones se constituyen para ser desempeñadas

⁶⁴⁹ MONTERO AROCA, J. ob., cit., págs., 855-865, hace una pormenorizada comparación entre las distintas administraciones judiciales que existen en el seno de la LEC y que pudieran ser equiparadas con la del art. 690.1 LEC.

⁶⁵⁰ MONTERO AROCA, J. ob., cit., pág., 861.

por el acreedor (y no por un administrador independiente como es el caso del art. 630), también en ambas los frutos y rentas los percibe directamente este acreedor que los aplica ya de forma inmediata al pago de gastos, intereses y principal y en todo caso la discrepancia sobre su importe y la aplicación efectuada será algo que quedará aplazada al momento de la rendición de cuentas (también a diferencia del art.630 en donde los frutos y rentas deben consignarse a disposición del tribunal).

A pesar de estas coincidencias también existen entre ellas diversas diferencias, puesto que en la *administración para pago* el ejecutante deberá rendir cuentas al ejecutado y éste tendrá capacidad de oposición a las mismas, en tanto que en la *administración de la finca hipotecada* el acreedor deberá rendir cuentas ante el Tribunal quien las aprobará o no sin audiencia del propietario. También resulta diferente el plazo inicialmente previsto para la duración de esa administración, puesto que la *administración para pago* no tiene plazo máximo de duración predeterminada pues se entiende que es un medio hábil para el pago de la deuda y se constituye precisamente como el medio adecuado para llegar a satisfacer plenamente la pretensión del acreedor, en tanto que en la *administración del procedimiento hipotecario* se establece un plazo de duración de 2 años, y aunque ROCA SASTRE entendía (comentando la regla 6^a del art. 131 de la LH) que ese plazo era reproducible, y aun considerando que en su incorporación a la LEC pudiese seguirse estimando que el plazo de dos años puede irse prorrogando, ello requeriría siempre nueva resolución judicial, pues esta administración no está establecida como verdadero vehículo de pago sino como medida conservativa en tanto se tramite y se proceda a la enajenación del bien en pública subasta.

Tenemos pues que existen entre ambas administraciones judiciales coincidencias y diferencias, pero nos parecen más sustanciales las coincidencias que esas diferencias, especialmente cuando en esas diferencias en todo caso también se aparta la administración del procedimiento hipotecario del propio derecho de anticresis, por ello entendemos que ambas administraciones tienen naturaleza estrictamente procesal y en lo no dispuesto el art. 690 podrá ser completado con las previsiones del art. 676 ambos de la LEC⁶⁵¹.

⁶⁵¹ MONTERO AROCA, J. ob., cit., pág., 873.

El embargo, que carece de definición legal, puede ser entendido como aquel acto del proceso de ejecución consistente en la declaración del Juez encaminada a afectar o trabar y asegurar bienes del deudor con el fin de realizar posteriormente los que sean necesarios para pagar al acreedor ejecutante⁶⁵². PRIETO CASTRO define el embargo como “la ejecución que tiende a satisfacer cualquier obligación pagadera en dinero, consistente en actividades intelectuales o materiales encaminadas a afectar o trabar y asegurar bienes del deudor con el fin de realizar posteriormente los que sean necesarios para pagar al acreedor ejecutante”. Y aunque no lo diga expresamente, al referirse a la ejecución que tiende a satisfacer cualquier obligación, obviamente se está refiriendo en el ámbito de un procedimiento judicial, y es por ello que esa actividad intelectual o material será siempre una declaración judicial o a partir de una declaración judicial. Y en este mismo sentido la Sentencia del T.S de 28 de Diciembre de 1999, declara que el embargo consiste, en una afectación o adscripción, por declaración judicial, de determinados bienes a la actividad de apremio que ha de realizarse en el proceso de ejecución del que dicho embargo forma parte.

A la vista de estas dos definiciones ciertamente nos parece que la actual administración judicial de los arts., 673 y 690 de la LEC debe ser ubicada más dentro del instituto procesal del *embargo*⁶⁵³ que en una supuesta nueva figura de *anticresis legal*, pues está claro que en ambos casos se constituye a través de una declaración judicial y dentro de un proceso de apremio, con la finalidad, última o circunstancial, de satisfacer el crédito que es reclamado dentro de un proceso del que son mero instrumento. Así la administración prevista en el proceso de ejecución hipotecaria más debe ser vista, como decimos, como un acto propio del procedimiento de ejecución que como un derecho de anticresis. Y abunda aún más en este argumento lo dispuesto en el último párrafo del art. 690

⁶⁵² En este sentido lo definen PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, LEONARDO .*Tratado de Derecho Procesal Civil*. Editorial Aranzadi. Pamplona. 1982, Tomo II, pág.,674 y también CACHÓN CADENAS, MANUEL. *El Embargo*. Editorial LLibrería Bosch. Barcelona 1991. Pág., 29.

⁶⁵³VÁZQUEZ BARROS, SERGIO. “El Embargo de bienes. Comentarios Sobre tercerías”. Base de datos VLEX. Editorial VLEX 2010.

de la LEC que determina que para el caso de concurso, la administración o posesión del inmueble se somete a las propias vicisitudes del concurso, de forma que de un lado se está reconociendo el carácter estrictamente procesal de esta medida y de otro se está negando a ese derecho de administración o posesión todo carácter o valor de derecho real.

Por todo ello debe entenderse que el hasta ahora llamado *pacto anticrético*, a la luz de la nueva LEC en modo alguno mantiene ninguna relación con el derecho de anticresis, pues incluso si descendemos un poco más en el análisis de semejanzas y diferencias nos encontramos con cuestiones de marcada diferencia entre ambas figuras, de esta manera y como ya hemos visto más arriba el acreedor anticrético asume la obligación de pagar, aun a cargo de su propio patrimonio –y aunque sea tan solo de forma anticipada- los gastos de contribuciones y cargas (y recordemos que para algunos autores esas cargas abarcarían incluso las garantías reales preferentes, lo que nosotros hemos negado)⁶⁵⁴, o el resultado negativo de la explotación, etc., o la facultad de la que dispone el acreedor anticrético de obligar por si mismo al propietario a reentrar en la posesión del inmueble sin pérdida de su derecho anticrético; sin embargo todo eso quedaría al margen de las responsabilidades que asume el acreedor ejecutante hipotecario cuando recibe la finca en administración que ni parece que esté obligado a soportar una explotación deficitaria, ni a anticipar con su propio peculio contribuciones y cargas, ni que conserve su derecho a percibir los frutos en el supuesto de interrumpirse la administración. Por último tampoco se le reconoce al acreedor ejecutante hipotecario un derecho de retención como así se establece para el acreedor anticrético, ni aparece reconocido el derecho a la prórroga de la administración judicial a la que antes se hacía referencia en la regla 12ª del art. 131 de la LH.

En conclusión entendemos que el *pacto anticrético* como tal debemos declararlo desaparecido, de tal forma que en el ámbito del CCE o bien se constituye una anticresis de forma simultánea a la constitución de la hipoteca, o bien el acreedor deberá esperar dentro del proceso de ejecución a solicitar la administración judicial, al amparo de lo regulado en el propio procedimiento.

⁶⁵⁴Supra epígrafe 7.2.1.2

Disposición procesal que regula la administración judicial del inmueble y que resulta coincidente con la anticresis en el hecho de que se entrega la posesión de la finca para la percepción de sus frutos por el acreedor ejecutante y con ellos proceder al pago de la deuda, coincidencia que aún siendo significativa en modo alguno es suficiente para equipararlas y considerar que se está hablando de un mismo derecho y ello dado la distinta naturaleza de ambas administraciones, de su origen y de las diferencias existentes en las restantes circunstancias.

11.2.- ANTICRESIS Y USUFRUCTO EN GARANTÍA.

11.2.1.- El usufructo en garantía y su falta de regulación.

Entre las instituciones realmente próximas al derecho de anticresis podemos encontrar la figura del *usufructo en garantía*. Su precedente estaría en el derecho alemán en donde la anticresis pasó de estar reconocida en la legislación de las distintas ciudades, a no encontrarse incorporada en el texto del Código Civil Alemán, de forma que para alcanzar fines similares a los de la anticresis se utilizó la garantía hipotecaria junto con la constitución simultánea de un usufructo, combinación ésta nacida en la práctica y al margen de lo establecido en el código. Esta combinación permitía al acreedor no sólo tener la seguridad hipotecaria, sino además adquirir de manera directa e inmediata los alquileres de los inmuebles de manera tal que el deudor no podía incidir sobre los mismos, y todo ello sin necesidad de tener que iniciar ningún proceso judicial solicitando la administración del inmueble⁶⁵⁵.

En nuestro ordenamiento el usufructo en garantía recientemente ha encontrado tipicidad en el art. 561-3.2 c) del CCCat⁶⁵⁶, y debemos decir tipicidad y no

⁶⁵⁵NUSSBAUM, ARTHUR. *Tratado de Derecho Hipotecario alemán*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid.1929. Traducción, W. Roces.págs,129 y 130. DE DALMASES Y JORDANA, JOAQUÍN. *El Usufructo de derechos*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid.1932. pág., 9.

⁶⁵⁶ Este usufructo en garantía ya aparecía en el primer borrador del Libro V y desde entonces se mantuvo presente en todos los textos publicados sin sufrir alteración alguna en su redacción. Véase Parlament de Catalunya, Treballs Preparatoris del Llibre Ve.

regulación porque lo cierto es que al margen de que el epígrafe 2 c) del art. 561-3 refiere expresamente que el usufructo puede ser constituido “en garantía o aseguramiento de una obligación dineraria, en cuyo caso las utilidades del bien gravado se imputan al pago de la deuda”, pues a pesar de esa referencia ningún otro artículo se destina propiamente a su regulación a excepción del epígrafe 1 g) del art. 561-16, que se limita a dejar establecido que se producirá la extinción del usufructo en garantía o aseguramiento, cuando se produzca la extinción de la obligación garantizada o asegurada. Son pues estos los dos únicos preceptos del CCCat que dejan debidamente tipificada esta modalidad de usufructo, que a nuestro juicio queda enteramente falto de una regulación más previsora si realmente se piensa en términos de dar utilidad a una figura hasta ese momento nunca contemplada, y que si se introduce es porque sin duda debió pensar el legislador que podría ser útil como derecho de garantía, aunque de inicio pueda sorprender que si la función perseguida es la función de garantía quizás su reconocimiento debiera haberse hecho junto con los restantes derechos reales de garantía del Capítulo IX del Título VI del Libro V del CCCat⁶⁵⁷.

Sin duda la no incorporación de esta garantía junto con las restantes obedece a que se concibe más como una modalidad de usufructo que propiamente como un derecho de garantía, aunque su función económica vaya a ser la de asegurar o garantizar una deuda.

El usufructo en garantía no se encuentra regulado en el CCE, sin embargo en opinión de RIVERO HERNÁNDEZ resulta perfectamente admisible su constitución a través de pactos expresos entre las partes⁶⁵⁸, pero aún pudiendo

⁶⁵⁷ GINÉS CASTELLET, N. ob., cit., pág., 54. La autora llama la atención en que “es importante distinguir entre las figuras negociales que simplemente tienen un efecto de garantía o aseguramiento y aquellas otras que responden a una función de garantía. Aludo con este último término a los negocios jurídicos que están preordenados y que se explican únicamente en el interés de aumentar las expectativas del acreedor en cuanto a la posibilidad de ver colmado su interés crediticio: los negocios o contratos de garantía, identificados como una serie de figuras negociales destinadas a proporcionar una seguridad adicional al acreedor.”

⁶⁵⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO. *El Usufructo*. Editorial Aranzadi S.A. Cizur Menor (Navarra). 2010. Pág., 1.113.

admitir esa tesis nos parece que, como detallaremos más adelante, su falta de tipicidad conlleva determinadas consecuencias que pudieran impedir la eficacia de los efectos buscados.

Debemos llamar la atención de que, a nuestro parecer, la introducción del usufructo en garantía en el CCCat, o su creación convenida en el CCE, como admite RIVERO, requerirá para posibilitar la función económica de esta figura, que se introduzcan tantos pactos no previstos legalmente que el resultado final es que o bien se terminará por desnaturalizar el usufructo transformándolo en una anticresis o bien su función económica difícilmente será exitosa.

Aparentemente la finalidad coincidente entre anticresis y usufructo en garantía, toda vez que en ambos derechos el acreedor va a recibir los frutos de un bien inmueble de su deudor para ser aplicados al pago de la deuda, hace a estos derechos funcionalmente muy similares: En ambos se va a producir la cesión del *ius fruendi* al acreedor, cesión absoluta, originaria y que requiere de la *traditio*; a partir de ahí si nos aproximamos en la comparación de ambas figuras podremos apreciar diversas circunstancias que las diferencian.

11.2.2.- Diferencias en la constitución y contenido del derecho.

En esta comparativa lo primero que debe señalarse, a pesar de su obviedad, es que el usufructo en garantía puede ser constituido tanto sobre bienes muebles como sobre bienes inmuebles, en tanto que la anticresis tan solo sobre inmuebles; por ello las siguientes líneas se encuentran únicamente destinadas a comparar anticresis y usufructo en garantía sobre bienes inmuebles. Sin embargo está claro que el usufructo en garantía constituido sobre bienes muebles ofrece al acreedor la percepción de los frutos y rendimientos que puedan ser obtenidos de ese bien mueble con un alcance muy superior a lo que en sí mismo puede ser la prenda fructífera, quedando configurado de esta manera como una anticresis sobre bienes muebles⁶⁵⁹. De hecho pensamos que la utilidad práctica del reconocimiento del usufructo en garantía está llamada a

⁶⁵⁹ DE DALMASES JORDANA, J. ob., cit., págs., 10 y 57.

desarrollarse en todo caso sobre los bienes muebles, puesto que sobre los inmuebles existiendo el derecho de anticresis no parece tener una finalidad muy diferenciada como veremos en las siguientes líneas.

Del mismo modo también resulta obvia la diferencia existente entre ambas figuras en el ámbito del derecho catalán, pues la anticresis garantiza al pago de la deuda no sólo con los frutos sino también con la facultad de realización de valor, posibilidad inexistente en el usufructo en garantía. Pero como ya hemos señalado más arriba en este propio trabajo, si se concibe un derecho de anticresis carente de esa facultad entendemos que en modo alguno se desnaturaliza la función de garantía aunque quizás se acentúa la percepción de la anticresis como medio solutorio, y esta circunstancia es la que se da en el usufructo que en este extremo resulta coincidente con la anticresis española que carece de aquella facultad de realización de valor. Esa diferencia entre anticresis del derecho catalán y usufructo en garantía, no es sin embargo el elemento diferencial de ambas figuras, creemos que no puede pensarse que la razón de ser de la coexistencia de ambas figuras sea precisamente que una queda dotada de *ius distrahendi* y la otra no (lo que pudiera ser subsanado mediante la constitución simultánea de una hipoteca). Esa facultad es desde luego sustancial, pero si se conviene una anticresis en la que se excluye por pacto expreso entre las partes la facultad de realización de valor, ese contrato no deja por ello de ser anticresis, y esa anticresis ya sin *ius distrahendi* y, como veremos a continuación, seguirá resultando sustancialmente diferente del usufructo en garantía. BADOSA señala que el verdadero objeto de la garantía en el caso del usufructo en garantía, viene constituido por la totalidad del valor de uso de un bien, este valor que excede de la percepción de los frutos en la anticresis, reemplaza lo que en las otras garantías sería el valor en venta y ese será el elemento diferencial entre unas y otras⁶⁶⁰.

El propio acto constitutivo resulta ya diferente para ambas figuras pues aun cuando en ambos casos se contempla que el derecho puede quedar constituido por cualquier título (561-3, 569-24 CCCat), desde un punto de vista formal para

⁶⁶⁰BADOSA COLL, F. loc., cit., pág., 158.

la constitución válida del derecho se exige en la anticresis escritura pública y se hace como requisito de validez, algo que no se precisa para el usufructo que se regirá por las normas habituales de los derechos reales. El usufructo existirá desde su constitución con independencia de que resulte o no oponible a terceros, por haber tenido o no acceso al registro de la propiedad; con arreglo al CCCat la anticresis si no se constituyó mediante escritura pública, no existe.

Una vez creados ambos derechos nos encontramos con que el derecho de usufructo atribuye a su titular las *utilidades* del bien gravado, en tanto que en el derecho de anticresis la atribución es menor, se atribuyen tan solo los *rendimientos*, en concreto los rendimientos netos. Sobre la diferencia entre rendimientos y utilidades ya nos hemos extendido en otra parte de este trabajo⁶⁶¹, basta por ello recordar que el concepto de utilidad, desde un punto de vista finalista, es más extenso que el de rendimiento, por cuanto por rendimiento deberá entenderse todo aquello obtenido con arreglo al destino económico de la cosa y por utilidad todo aquel aprovechamiento que procede de esa cosa, de forma que cuando el derecho de anticresis hace referencia a los rendimientos se está refiriendo a un concepto lato de fruto en el que deberá entenderse incluido cualquier provecho económico que pueda obtenerse de una finca con arreglo a su explotación económica, pero cualquier otro aprovechamiento que aun siendo valorable y separable de forma individualizada no proceda del verdadero destino económico habitual del inmueble, no se encontraría recogido en el concepto rendimiento sino en el de utilidad. Tenemos pues que inicialmente el alcance de la garantía en el usufructo en garantía es superior al de la anticresis, puesto que no se limita a los rendimientos sino que se extiende a todas las utilidades.

11.2.3.- Diferencia en la causa de la garantía.

Tampoco tienen el mismo alcance los efectos que se derivan de ambos derechos como consecuencia de su diferente naturaleza. En ambos casos como elementos accesorios de una obligación principal cuya pervivencia se encuentra directamente sometida a la propia existencia de la obligación a la que se

⁶⁶¹ Véase Supra Capítulo 6.

vinculan, extinguida la obligación se extingue el derecho *ope legis*. Y en este sentido no puede olvidarse que en los derechos reales de garantía su transmisión sólo es posible junto a la transmisión del crédito garantizado⁶⁶², y eso en el usufructo no resultaría así puesto que, aunque termine por extinguirse cuando se extinga la deuda, el derecho de usufructo sería en sí mismo transmisible.

Además en la anticresis aparece un cierto matiz de derecho *intuitu personae* que no se puede encontrar en el usufructo. En la anticresis para poder ser cedida la posesión de la finca, se requiere expresamente el consentimiento del deudor o del propietario constituyente (569-24 b)), en tanto que el usufructo una vez constituido podrá ser cedido libremente (561-9). Es ésta una diferencia que encuentra su razón en la diferente naturaleza de cada uno de estos derechos.

La función de garantía en el usufructo es un añadido, una función incorporada a un derecho cuya finalidad natural no es esa⁶⁶³. Es una función que viene a modalizar el usufructo. La finalidad propia del usufructo es que el usufructuario puede gozar del bien y disponer de los frutos libremente, en la misma posición jurídica que lo haría el propietario, pero la atribución de estas facultades le han sido modalizadas, de forma que las utilidades que se obtengan deberán ser destinadas a la satisfacción de la deuda garantizada, pero ese destino de los bienes es un añadido que en principio resulta extraño al propio derecho de usufructo. El hecho de que el usufructo en garantía haya tomado tipicidad en el CCCat lo aleja de las titularidades fiduciarias en garantía⁶⁶⁴, pero el uso de una

⁶⁶² DÍEZ PICAZO, L Y GULLÓN A., ob., cit., pág., 551, refiriéndose a la hipoteca.

⁶⁶³ RIVERO HERNÁNDEZ, F. ob., cit., pág., 1.121

⁶⁶⁴ Si la titularidad fiduciaria, tradicionalmente, ha venido requiriendo que por un lado se produzca una atribución patrimonial exagerada o innecesaria respecto del fin perseguido y de otro que la atribución patrimonial se sustente en la confianza o fiducia que debe estar presente entre las partes que constituyen el derecho (véase GINÉS CASTELLET, N. ob., cit., pág., 192.), resulta evidente que cuando ese derecho se constituye al amparo de una disposición legal que lo reconoce, ni puede sostenerse que la atribución patrimonial resulte exagerada, ni que el derecho se constituye con fundamento en la confianza o fiducia, sino buscando un efecto legal perfectamente reconocido.

figura jurídica al servicio de una finalidad para la cual no se encuentra concebida realmente lo aproxima⁶⁶⁵.

No acaba de ser ésta sin embargo la opinión que sostiene BADOSA, para quien la utilización jurídica del usufructo para configurar esta nueva garantía no hace de ese usufructo un *usufructo impropio*, es tan solo un instrumento que permite incorporar a las garantías el concepto amplio del valor en uso del bien: “El usufructo del bien es sólo la designación en términos jurídicos de su valor de uso”, de manera que a través del usufructo en garantía lo único que se hace es fijar el destino de los bienes que adquiere el usufructuario/acredor, pero eso no alterará para nada la tipología del derecho⁶⁶⁶.

El usufructuario percibe los frutos y los percibe porque es titular de un derecho de usufructo, ahora bien los percibe con un gravamen: deben ser aplicados al pago de la deuda, pero es éste un efecto que aparece simultáneamente a la percepción, pero no es la causa de la percepción.

En el derecho de anticresis la causa de la percepción, la causa del propio derecho⁶⁶⁷, es la propia imputación de los frutos al pago de la deuda. El derecho de anticresis por sí mismo no tiene ninguna otra finalidad ni función, no podemos imaginar su existencia sin la existencia de una deuda a la que garantizar, y eso resulta predicable también para los demás derechos reales de garantía. Así en la anticresis se cede el bien no para el goce mismo, sino que se cede para su explotación económica, se cede el *ius fruendi* pero en función de pago de la deuda.

⁶⁶⁵ LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS. “La Causa en los Contratos de Garantía”. RCDI. 1981, págs.,709 a 755.

⁶⁶⁶BADOSA COLL, F. loc., cit., pág., 181. “ El CCCat, para utilizar en garantía el valor en uso de un bien, no ha creado un nuevo derecho de garantía sino que ha utilizado un derecho ya tipificado, el usufructo, por ser el que equivale a tal valor y lo ha reconducido a la garantía/satisfacción con sólo desviarlo de su finalidad normal; del enriquecimiento del usufructuario a la satisfacción de sus deudas.

⁶⁶⁷ Entendida aquí la causa, como la causa de la atribución. LACRUZ BERDEJO, J.L. loc., cit., págs.,709 a 755.

En el usufructo en garantía resulta evidente que el legislador también ha querido unir el derecho a la función de garantía, creando una especie de accesoriedad mediante el art. 561-16 CCCat que dispone la extinción del derecho por extinción de la deuda asegurada. Pero la necesidad de ese propio artículo nos parece a nosotros que demuestra la diferencia entre ambos derechos. Más arriba hemos negado a la anticresis su naturaleza de derecho real de garantía, entendiendo que debe ser considerada como un derecho real de goce en función satisfactiva, pero no deja de ser cierto que la finalidad de ese derecho es la de asegurar al acreedor el cobro de la deuda mediante ese instrumento. La anticresis sólo puede nacer en tanto que accesoria de una obligación principal y se extinguirá por sí misma al extinguirse ésta porque esa causa de extinción la conlleva implícita en su propia esencia, y no precisará de ningún artículo que lo disponga.

Y esta diferencia causal que aparece en la propia naturaleza de ambos derechos, creemos que acabará determinando que el contenido obligacional del usufructuario y del anticresista resulte diferente. Cuando el propio CCCat recoge la existencia de ambas figuras, anticresis y usufructo en garantía, deberemos entender que no está duplicando una misma figura con denominaciones diferentes, sino que les atribuye una finalidad y un contenido diferente. Ya nos hemos referido a la circunstancia de que el usufructo en garantía carece de *ius distrahendi*, y probablemente eso es precisamente consecuencia de su diferencia funcional. La anticresis queda configurada como un contrato en méritos del cual el acreedor irá percibiendo los frutos o rendimientos netos para aplicarlos al pago de la deuda y el carácter fundamental de este derecho es precisamente su función como medio de pago, y si vencida la obligación ésta no ha quedado satisfecha, bien por los propios rendimientos del inmueble o bien por el pago del deudor, se entra entonces en la fase de realización de valor, todo ello tendente a buscar la efectiva satisfacción del crédito.

En el usufructo en garantía esa función como medio de pago no nos parece tan clara, de hecho la propia redacción del art. 561-3.2 c) parece indicar otra cosa al determinar que en el usufructo puede establecerse que: “El usufructo se constituya en garantía o en seguridad de una obligación dineraria, en cuyo caso las utilidades del bien gravado se imputan al pago de la deuda”.

La atribución de las utilidades al pago de la deuda no es más que un efecto secundario que se produce como consecuencia de haber incorporado la función de garantía a un usufructo ordinario. El usufructo no se constituye para que se produzcan utilidades con las que pagar la deuda, a diferencia de lo que ocurre con la anticresis, sino que el usufructo se constituye porque en sí mismo va a desempeñar una función de garantía, y como consecuencia de esa función las utilidades que se generen serán aplicadas al pago de la deuda.

Visto así el usufructo en garantía se aproxima más a un derecho de retención con facultad de uso del bien retenido y percepción de las utilidades que al propio derecho de anticresis. El aseguramiento de la deuda se produce por el traspaso posesorio del inmueble y la plena cesión de su uso y disfrute., la aplicación de las utilidades no es un fin en sí mismo sino tan solo una consecuencia. La función de garantía del usufructo le viene dada por el propio hecho de desgajar el uso y disfrute de la propiedad, en idéntico esquema funcional que el derecho de retención o la prenda, éstos sin facultad de uso de la cosa. La garantía no radica en la aplicación de las utilidades al pago, sino en la permanencia de un usufructo separado de la propiedad en tanto la obligación no sea satisfecha.

Este usufructo aparece constituido en *fiducia cum creditore*. De hecho en la constitución de esta fiducia con transmisión de la propiedad, el acreedor que recibe la propiedad del inmueble no debiera poder transmitirla; si se respeta ese límite la función de la *fiducia cum creditore* y la del usufructo en garantía aparecen como muy similares⁶⁶⁸.

⁶⁶⁸ Sobre los efectos de la transmisión fiduciaria en garantía, GINÉS CASTELLET, N. ob., cit. Lo cierto es que en esta obra la autora se plantea permanentemente la cuestión de los efectos de la transmisión fiduciaria de la propiedad de un inmueble en garantía, a modo de conclusión véase págs., 545 y ss en donde se pronuncia en el sentido de no reconocer que el adquirente fiduciario en garantía no adquiere la propiedad del inmueble, sino tan solo una propiedad aparente acreciendo desde luego de *ius distrahendi*.

Siguiendo a esta misma autora tampoco usufructo en garantía y fiducia en garantía pudieran ser equiparados, puesto que el usufructuario en garantía adquiriría la propiedad de los frutos y rentas, y por el contrario el fiduciario tan solo adquiriría la propiedad aparente de los mismos, correspondiendo la propiedad real al fiduciante.

RIVERO sostiene que el dato definidor de este usufructo es la seguridad que presta más que el disfrute de la cosa gravada⁶⁶⁹, finalidad que nos parece que se evidencia cuando meditamos los efectos de la LC o la preferencia al cobro respecto de la relación obligatoria asegurada: el usufructo se constituirá en esa función de garantía, y a partir de ahí una vez constituido, todas las utilidades pertenecerán al usufructuario no porque le sean atribuidas por aplicación del art. 561-3.2 c) sino porque es el contenido propio del derecho de usufructo: el usufructuario adquiere la totalidad de los frutos y utilidades que produzca el bien, excepto aquellas que por ley o por el título constitutivo hayan quedado excluidas. Es por eso que le pertenecen. Lo único que hace el art. 561.3.2 c) es determinar que esas utilidades deberán ser aplicadas al pago de la deuda porque esa ha sido la causa en méritos de la cual se constituyó el usufructo. Si esa disposición no existiese nos aproximáramos a un usufructo de carácter fiduciario⁶⁷⁰. Por tanto, vigente el usufructo, ni sobre él resulta de aplicación la LC, en el supuesto de insolvencia del deudor ahora nudo propietario, puesto que la facultad de goce del bien inmueble queda fuera de la esfera patrimonial de ese deudor hasta hasta el momento en que la deuda quede totalmente satisfecha instante en que se producirá de nuevo la consolidación de la propiedad, ni sobre las utilidades podrá haber disputa alguna, ni tan siquiera sobre las futuras, respecto a la existencia de derechos de preferencia o privilegios pues éstos, como decimos constante el usufructo, pertenecen de origen al acreedor y están también fuera de la esfera patrimonial del deudor nudo propietario.

Entendemos pues que la causa que da origen a ambos derechos, usufructo y anticresis, será el elemento diferenciador de ambas figuras.

⁶⁶⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, F. ob., cit., pág., 1.117, sin embargo el propio autor se cuestiona “si dado el destino legal de los frutos y rendimientos al pago de la deuda garantizada, la función institucional de goce de aquél queda sustituida por la estricta y única garantía: ¿ha dejado de ser un derecho real de goce para convertirse en una institución o derecho real de garantía, con predominio de esta función sobre aquella facultad, desplazada o sustituida?”.

⁶⁷⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO. “Artículo 561-3”. *Derechos reales. Comentarios al Libro V del Código Civil de Cataluña*. Decanato Autonómico de los Registradores de Cataluña. VV.AA. Dirección Antonio Giner Gargallo. Edit. Bosch S.A. Barcelona. 2008. Pág., 1.138.

11.2.4.- Diferencias en el contenido obligacional.

En cuanto a su régimen de funcionamiento, consecuentemente, serán también distintas las obligaciones que deben asumir usufructuario y acreedor anticrético, puesto que ante la muy parca regulación del usufructo en garantía puede correrse el riesgo de quererse cubrir los vacíos que se producen en su regulación con lo dispuesto para la anticresis, solución que estimaríamos errónea porque el usufructo en garantía es ante todo usufructo, no medio de pago, y la anticresis es más medio de pago que derecho de uso.

11.2.4.1.- La obligación de administración.

A partir de ese planteamiento, cabe examinar las obligaciones que asume el anticresista en la explotación del inmueble y que entendemos no tienen reflejo en el usufructuario. El art. 569-24.5 CCCat establece expresamente que el anticresista deberá administrar el bien con la diligencia necesaria para obtener el máximo rendimiento, siendo ésta una obligación esencial para el acreedor: administrar el bien para obtener el máximo rendimiento; su diferencia con el usufructuario es notoria, toda vez que el usufructuario no administra un bien que tiene bajo su posesión, sino que tiene el derecho real de usar y disfrutar (art. 561-2 CCCat) y aunque el propio artículo indique que deberá hacer uso de su derecho de acuerdo con las reglas de una “buena administración”, es éste un valor que se toma como referencia analógica para determinar el grado de diligencia exigible en el uso del derecho y conservación del bien, no significa que se esté transformando la naturaleza propia de ese derecho de goce.

Y en cuanto a ese nivel de diligencia requerido, en modo alguno se exige al usufructuario que obtenga el máximo rendimiento posible del bien usufructuado: es cierto que el titular de este derecho tiene en principio la libertad de explotarlo o no (siempre que la no explotación no perjudique al propio destino económico de la finca) puesto que nada le obliga a un usufructuario a obtener rendimientos sino los quiere, sin embargo también es cierto que la causa que da origen a la constitución precisamente de ese usufructo, la causa de garantía, pudiera obligarle a mantener la explotación económica ya vigente si ésta existiese al

tiempo de la constitución del derecho, pero no creemos que pudiera exigírsele a ese mismo usufructuario el inicio de una explotación inexistente o la persecución de un rendimiento máximo del inmueble, criterio éste del que discrepa RIVERO que sí entiende que ésta deberá ser la diligencia exigible a tal usufructuario⁶⁷¹ y no la del buen padre de familia, pues el usufructuario, estima, estaría obligado a alcanzar una eficiente explotación de la finca.

Nuestra discrepancia nace de la distinta percepción que puede tenerse de la propia esencia o funcionalidad económica de este usufructo en garantía, pues este autor hace descansar toda la garantía precisamente en la aplicación de las utilidades obtenidas al pago de la deuda, cuando según nuestro criterio es éste sólo un efecto secundario de la propia garantía que viene fundamentalmente constituida a partir de desgajar de la propiedad el derecho de goce y adquirirlo y retenerlo el usufructuario, y obviamente uno de los efectos o consecuencias que se produce en esta situación es que *para el caso* de haber rendimientos o utilidades ésta se aplicarán al pago de la deuda puesto que esta deuda es la que justifica la propia existencia del usufructo.

En conclusión en lo referente a las obligaciones que asumen los respectivos titulares de cada uno de los derechos que estamos comparando, tenemos como primer elemento diferencial que el anticresista adquiere la obligación de explotar el bien para obtener el máximo rendimiento posible, y esa obligación no resulta exigible en igualdad de condiciones al usufructuario.

11.2.4.2.- Sosténimiento de los gastos de administración.

Una segunda cuestión a plantearnos sería el propio régimen de administración de la finca en cuanto a los gastos de conservación, explotación, tributos y cargas. En la anticresis ya hemos analizado más arriba con especial detenimiento⁶⁷², el régimen de todas esas expensas así como también especialmente qué ocurre en los supuestos de rendimientos negativos de la explotación, para acabar

⁶⁷¹ RIVERO HERNÁNDEZ, F. ob., cit., pág., 1.119.

⁶⁷² Véase Supra epígrafe 7.2 de este trabajo.

concluyendo que el acreedor que se haya visto obligado a adelantar esos gastos tendrá siempre derecho al reembolso, y que tanto para estos supuestos como para el caso de rendimiento negativo de la explotación, el deudor deberá hacerse cargo de los mismos, apareciéndole cuando menos para el acreedor un derecho de retención del inmueble en tanto dichos importes no le sean reembolsados.

En el supuesto del usufructo en garantía nos encontramos que la falta de toda previsión legal sobre el contenido y funcionamiento de este derecho, nos obligará a cubrir ese vacío bien con las disposiciones que le son propias al usufructo o bien con las que son propias de los derechos de garantía. Ya hemos indicado más arriba que en nuestra opinión lo que se está constituyendo en garantía de la deuda es un usufructo y que la aplicación de las utilidades es una consecuencia secundaria, que la garantía la constituye fundamentalmente la pérdida del derecho de goce por el deudor ahora nudo propietario, y ello en consecuencia debe llevarnos a buscar la solución a este vacío preferentemente entre las normas del usufructo, no entre las de la anticresis o las del derecho de retención.

Entonces con arreglo a las normas del usufructo la solución resultará algo diferente, aunque desde luego también deberá entenderse que la imputación de los frutos y utilidades al pago de la deuda será la de los frutos y utilidades netas, es decir deducidos todos los gastos de producción, aunque tampoco respecto de ese extremo nada dice la regulación que le es propia en el CCCat, entendemos que así debe ser no tanto por su analogía funcional con la anticresis sino porque responde a la propia causa económica en razón de la cual se constituyó ese usufructo, digamos que el carácter neto de las utilidades formaría parte de la propia esencia del usufructo en garantía.

Otra cosa es qué ocurre con todos aquellos otros gastos a los que se refiere el art. 561-12 del CCCat (conservación, mantenimiento, reparación ordinaria, tributos, tasas, etc.) y que no guarden relación directa con las utilidades obtenidas, o mejor cuya realización no resulte necesaria para obtener esas utilidades que se producirían en cualquier caso, se hubiese acometido o no ese gasto. Entendemos que por aplicación de ese propio precepto esos importes irían a cargo del usufructuario y, a diferencia de la anticresis, no a título de adelanto o por cuenta de la propiedad sino como obligación propia del usufructuario que entendemos

no podrá repetir al nudo propietario⁶⁷³. Sin embargo, resulta admisible que en el pacto de garantía que se establezca al constituir el usufructo las partes puedan convenir sobre ese extremo imputando su importe al nudo propietario y deudor, para que de esta forma el usufructo en garantía tenga la efectividad formal que de él se pretende.

Aún así se produciría una diferencia sustancial con el derecho de anticresis, puesto que en éste si los frutos o rendimientos no alcanzan a cubrir el importe de esos gastos, e incluso también para los supuestos de rendimiento negativo de la explotación (posibilidad que también puede darse en el usufructo en garantía), el anticresista pasa a tener un derecho de retención sobre el inmueble en tanto todo ello no le sea reintegrado⁶⁷⁴. En el usufructo en garantía ese derecho de retención, motivado por esos conceptos, desde luego no existiría y entendemos que dada la propia naturaleza restrictiva de la aplicación del derecho de retención en modo alguno pudiera aplicarse por analogía.

Cuando el usufructo se extinga por el pago total de la deuda (art. 561-16.1 g CCCat), cuyo pago podrá haber sido realizado por el propio deudor con independencia de la funcionalidad del usufructo, pudieran quedar pendientes de ser satisfechos tanto esos gastos realizados, soportados o adelantados, por el usufructuario acreedor, como los hipotéticos resultados negativos si los hubiere habido, sin embargo el propio art. 561-16.4 limita el supuesto del derecho de retención a los gastos extraordinarios quedando por ello al margen de la retención estos otros a los que nos estamos refiriendo⁶⁷⁵.

⁶⁷³ RIVERO HERNÁNDEZ, F. loc., cit., pág., 1.138. Este autor ya advierte “de los problemas de gestión típicos del usufructo (notorio el que los gastos, cargas y demás obligaciones hagan incómoda o antieconómica esa gestión) por lo que es dudoso su éxito en la práctica.

⁶⁷⁴ Véase Supra epígrafe 9.2.1 de este trabajo.

⁶⁷⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, F. ob., cit., pág., 666.

11.2.4.3.- Diferencias en la imputación.

Otra diferencia que entendemos puede apreciarse entre anticresis y usufructo en garantía, la podemos encontrar en la constitución de la garantía para asegurar deudas futuras.

Ya nos hemos manifestado en sentido contrario a la admisión de la constitución de la anticresis para asegurar deudas futuras⁶⁷⁶, por entender que difícilmente podrán exigirse al acreedor las obligaciones que le corresponden a partir del momento de la constitución del propio derecho, si el título por el que recibe la finca y asume esas obligaciones, se fundamenta en el aseguramiento de una obligación todavía inexistente, lo que entendemos que provoca que la entrega del inmueble no pueda hacerse en anticresis porque no se puede entregar en una función solutoria de una deuda inexistente, pero como la entrega efectivamente se produciría, ¿sería ésta un mero depósito? ¿aparecería la obligación de explotar la finca para obtener el máximo rendimiento? ..., parece que en cualquier caso los frutos no le pertenecería, pues su percepción la haría el acreedor en nombre del propietario.

En el usufructo, constituido el derecho, los frutos los percibe el usufructuario y sólo a él le pertenecen. En el usufructo en garantía, si no hay deuda porque resultó extinguida, se habrá extinguido también el derecho de usufructo y en su consecuencia los frutos, en aplicación del art. 522-3 CCCat, pertenecerán o no al ex usufructuario poseedor en función de la buena fe; pero si no hay deuda porque todavía ésta no se devengó, entonces o bien la constitución del usufructo quedó sujeta a una condición suspensiva (consistente en el nacimiento de la obligación que se desea asegurar)⁶⁷⁷, o bien si el usufructo quedó constituido de forma perfecta los frutos pertenecerán desde luego al usufructuario. Y esta

⁶⁷⁶ Véase el epígrafe 5.2.3 de este trabajo.

⁶⁷⁷ DIEZ-PICAZO, L Y GULLÓN, A. ob., cit., pág., 417. “Si la condición es suspensiva, el derecho de usufructo como derecho real no aparece hasta el momento en que se cumpla el evento condicionante. Entre el momento de la celebración del negocio constitutivo y el del cumplimiento de la obligación existe una fase previa que tiene efectos puramente obligatorios”

situación nos lleva a entender que la constitución del derecho de usufructo en garantía de deuda futura, resulta más claro en cuanto al nacimiento del derecho y los efectos que produce que la constitución de una anticresis con la misma finalidad, pero por el contrario resulta mucho más difícil determinar el juego de la percepción de los frutos puesto que siempre pertenecerán al usufructuario, aunque no haya una deuda a cuya extinción deban ser aplicados.

11.2.5.- Conclusión.

En conclusión debe entenderse que anticresis y usufructo en garantía son dos figuras coincidentes en su aspecto externo: en ambos casos se busca satisfacer una deuda mediante los rendimientos (rendimientos en un caso, utilidades en el otro) que se obtienen a partir del bien inmueble sobre el que se constituye la garantía, pero es esa una semejanza solo externa, pues a nuestro criterio el contenido jurídico de ambos derechos será manifiestamente diferente, y en nuestra opinión dada la muy parca regulación o previsión normativa que afecta al usufructo en garantía y el hecho de tener éste que regirse por las disposiciones propias a la naturaleza de este derecho, hará que muy difícilmente llegue a trascender a la vida práctica. Si lo cierto es que la anticresis resulta muy esporádicamente utilizada, más aun ocurrirá –nos parece– con el usufructo, salvo que respecto del mismo acabe dominando más su carácter fiduciario como garantía con preferencia a la búsqueda de la obtención de rendimientos. Si el acreedor garantizado lo que persigue es simplemente adquirir un derecho real de goce sobre un inmueble de forma que este derecho y la posesión del bien salgan del patrimonio del deudor, para forzar así a este deudor a que cumpla en el ánimo de recuperar el bien, o para evitar el embargo de ese mismo bien por otros acreedores concurrentes, entonces se podrá apreciar la utilidad de este nuevo derecho como derecho tipificado y por ello en nada atacable como puede suceder con otras figuras fiduciarias (como ocurre con frecuencia en la venta *cum creditore*), si éste es el perfil buscado quizás este derecho encontrará su lugar entre las garantías; pero no nos parece que así pueda suceder si lo que se

persigue es la aplicación de las utilidades al pago de la deuda en donde nos parece más ventajosa y apropiada la constitución de ese derecho de anticresis⁶⁷⁸.

11.3.- LA PRENDA INMOBILIARIA Y LA ANTICRESIS.

Plantearse la similitud de la prenda inmobiliaria con la anticresis tanto desde el punto de vista del CC como del CCCat puede ser considerado en sí mismo inútil toda vez que en ambos textos la prenda inmobiliaria se encuentra expresamente excluida puesto que es esencia del contrato de prenda que ésta debe recaer sobre un bien mueble, así se establece en los arts., 1.864 CC y 569-12 CCCat.,

⁶⁷⁸ Del análisis que realiza BADOSA COLL, F en loc., cit., págs. 158 y 180 y ss. parece desprenderse que es elemento definitorio del usufructo en garantía la función satisfactiva del mismo puesto que, a partir de su constitución, todas las utilidades de ese bien, sean frutos separables o no puesto que lo que se toma en consideración es el valor en uso de la cosa o del goce de la misma, serán aplicadas a la extinción del crédito. De esta forma excediendo las utilidades del usufructo a los rendimientos de la anticresis, y habiendo sido reconocido el usufructo en garantía en la legislación catalana, también cabe preguntarse por qué utilizar la anticresis, pudiendo utilizar ese usufructo si además se admite que el usufructo puede ser constituido sobre utilidades parciales, de tal manera que este mecanismo permite constituir garantías más rigurosas evitando la constitución de garantías exageradas, refiriéndose claramente a lo innecesario que puede ser en ocasiones ofrecer en garantía la total capacidad de producir frutos de un determinado bien y todos los rendimientos que produzca, o la propia facultad de realización de valor que acompaña al derecho de anticresis.

Y es desde luego cierto que esa aptitud del derecho de usufructo para referirse tan solo a un determinado tipo de utilidades conservando el nudo propietario las restantes (art. 561-6 CCCat) es algo que además de resultar diferencial con la anticresis, puede resultar adecuado cuando se trata de ceder *pro solvendo* la percepción de determinados frutos, rendimientos o utilidades.

Sin embargo a nosotros, aún así, nos parece más adecuado convenir un pacto limitativo de la anticresis excluyendo en su caso el *ius distrahendi* lo que no afecta a la naturaleza de esta, que subvertir un usufructo modalizando el derecho de goce, lo que no deja de ser algo contrario al propio carácter absoluto del usufructo, y además especialmente nos parece que siendo válido el usufructo en garantía cuando las utilidades netas obtenidas resulten ser positivas, sin embargo cuando éstas sean negativas se pone en evidencia sus carencias haciendo poco útil este derecho si es que su primera finalidad ha de ser la de contenido satisfactivo.

(aunque éste cita expresamente además de la genérica referencia a los bienes muebles, los valores, derechos de crédito y el dinero).

Sin embargo no siempre esto ha sido así puesto que en un principio la prenda tuvo por objeto bienes inmuebles, ni tampoco en todas las legislaciones de nuestro entorno se ha suprimido la figura de la prenda inmobiliaria (vgr. Código Civil Suizo y Código Civil alemán), ni tampoco puede darse esta cuestión como enteramente zanjada, pues nos encontramos supuestos como el de la ley francesa Ley n° 2009-526 de 12 de Mayo que elimina del CCfr. la anticresis para sustituirla por la prenda inmobiliaria.

11.3.1.- Antecedentes de la prenda inmobiliaria en el derecho histórico.

IGLESIA FERREIROS⁶⁷⁹ ve en la fiducia la primera de las garantías que aplican en Roma. Utilizaron la figura de la *mancipatio*, que en la primera época podía ir acompañada del compromiso del comprador de devolver la cosa si el vendedor le devolvía el precio, y si eso era así fácilmente puede imaginarse que también pudo ser utilizada esa figura en los supuestos de préstamos. Y cuando ese pacto de fiducia ya fue reconocido, se dotó al fiduciante de una *actio fiduciae* para poder reclamar la remancipación, y al acreedor una *actio fiudciae contraria* para que en esos supuestos pudiera reclamar las impensas realizadas.

Pero la fiducia conllevaba el problema de que significaba la transmisión de la propiedad y eso perjudicaba en mucho al deudor quien a pesar de disponer de la *actio fiduciae* podía verse sorprendido en ocasiones con la pérdida definitiva de esa propiedad y ello junto con la imposibilidad de utilizar el mismo bien para garantizar más de una deuda puesto que transmitida la propiedad eso dejaba de ser posible al deudor fiduciante. De ahí que apareciese la figura del *pignus*, mediante la cual el deudor conservaba la propiedad.

⁶⁷⁹ IGLESIA FERREIROS, AQUILINO. *Las Garantías reales en el Derecho Histórico Español*. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago. Santiago de Compostela.1977.

En sus orígenes la prenda inmobiliaria, y aunque ya nos hemos referido a ella en las primeras páginas de este trabajo, sólo otorgaba al acreedor una garantía de carácter coactivo pues ese acreedor sólo adquiriría la facultad de retener el bien hasta el cumplimiento de la obligación⁶⁸⁰.

Podía constituirse tanto sobre bienes muebles como sobre inmuebles, y su propia evolución hizo que cuando recaía sobre inmuebles pudiera pactarse que los frutos que producía se compensasen con los intereses de formaalzada (anticresis) o si no se había pactado así entonces los frutos debían ser aplicados al pago de los intereses y luego al del capital, por último en esa propia evolución se dotó al acreedor pignoraticio a quien se le había entregado la posesión de la finca de un *pacto de vendendo*⁶⁸¹.

Más tarde esa misma prenda inmobiliaria se transformó de tal manera que el deudor pignorante pudo no transmitir la posesión del inmueble, conservándolo como precarista o como arrendatario, de tal manera que de hecho esta última modalidad de prenda sin desplazamiento dio lugar al *pignus conventum* o hipoteca⁶⁸².

También la prenda inmobiliaria aparece en los orígenes del derecho germánico, en donde se distinguía entre la prenda de sustancia (*substanzpfand*) y la de disfrute a aprovechamiento (*nutzungspfand*)⁶⁸³, la primera otorgaba un derecho de retención en principio ilimitado aunque más tarde se le introdujera una cláusula de caducidad de forma que el acreedor terminaba por adquirir la

⁶⁸⁰ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, JOSÉ MANUEL. “La prenda de cosa fructífera y el artículo 1.868 del Código Civil”. RCDI. Número 593. Julio/Agosto 1989. pág., 1052: “En su originaria regulación la prenda sólo proporcionaba una garantía de carácter coactivo, la retención de la cosa dada en prenda por el deudor hasta que fuera cumplida la obligación que garantizaba. Quedaba así limitada la prenda a la conservación de la posesión sobre la cosa gravada, ejercitando con ello una coacción psicológica sobre el deudor a fin de inducirlo al cumplimiento de la obligación.”,

⁶⁸¹Ibidem pág., 1.055

⁶⁸² D’ORS PÉREZ-PEIX, A. ob., cit., pág., 476.

⁶⁸³ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J M, loc., cit., pág., 1.058

propiedad del inmueble y estaba orientada a la atribución de fincas a la iglesia por la herencias en favor de las almas; y la segunda, de carácter ordinario, se orientaba principalmente a la percepción de los frutos por el acreedor⁶⁸⁴.

Esta prenda de disfrute o aprovechamiento se asemejaba a la anticresis de compensación de forma que permitía al acreedor la percepción de los frutos sin imputarlos a la satisfacción del crédito de tal manera que el acreedor percibía los frutos del inmueble hasta la entera satisfacción del crédito por el deudor.

Como señala PLANITZ a partir del Siglo XIII el derecho territorial modificaría esta situación de forma que los frutos debieron guardar proporción con el importe de la deuda a modo de un interés o tanto por ciento, en esta misma evolución esta clase de prenda adquirió la condición de ser una prenda mediata que daba derecho a percibir una parte de los frutos, transformándose la prenda inmobiliaria en una prenda de derechos y convirtiéndose los propios rendimientos del inmueble en el objeto mismo de la prenda⁶⁸⁵. De esta forma se consolidó el *gewere* de rédito que no otorgaba ni dominio ni posesión del suelo, de forma que resultó ser una prenda sin posesión coincidente con la hipoteca del derecho romano⁶⁸⁶.

⁶⁸⁴ PLANITZ, HANS. *Principios de Derecho Privado Germánico*. Editorial Bosch. Barcelona 1957. Traducción Carlos Melón Infante. Págs. 145 y ss.

⁶⁸⁵ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J M. loc., cit., pág.,1.059.

⁶⁸⁶ PLANITZ, H. ob., cit., pág., 147: “En las ciudades la prenda de disfrute fue configurada desde muy pronto conforme a puntos de vista económico. El hecho de habitar una casa en la ciudad se consideró como el disfrute normal de este objeto prendario. En las grandes ciudades comerciales el valor arrendaticio y la suma de la prenda pronto se pusieron en relación recíproca. También aquí finalizó la evolución en la prenda de rentas. En Colonia apareció un *empeño con Gewere de rédito a favor del acreedor*. El propietario de una casa vivienda constituía sobre ésta una prenda, de forma que transmitía al acreedor anualmente provechos variables a costa de la finca y le otorgaba con ello un *Gewere* de rédito. Estos provechos consistían en un interés de rendimiento que era proporcional al valor arrendaticio. También en este negocio se contenía la idea de las rentas. La *Gewere* de rédito no otorgaba ya una dominación efectiva sobre el suelo; el negocio se parecía bastante a una prenda sin posesión”.

En Francia también acabó por suceder algo similar pues habiendo recibido la hipoteca a través del derecho romano, ésta desaparece con ocasión de las invasiones bárbaras recuperándose de nuevo la aplicación del *pignus* cuya denominación acabará siendo sustituida por la de *wadium* y que en el Mediodía tomará el nombre de *poderagium o nantum* (y de ahí *nantissement*).

La prenda se generaliza, habitualmente sobre inmuebles y el acreedor adquiere sobre ella una especie de propiedad temporal pudiéndola utilizar y percibir los frutos, si el deudor cumple y paga recuperará la propiedad y si no es así la propiedad acabará siendo del acreedor, y esa manera de entender la prenda hace que cada vez más se configure la garantía como una venta con pacto de retro⁶⁸⁷.

Durante los Siglos XII a XVI va imponiéndose la necesidad de que los bienes entregados en prenda debían ser vendidos en el mercado y termina por ser requerida la intervención de un juez y el acreedor cobrará de forma preferente. En su consecuencia y para evitar fraudes (por ejemplo en supuestos de insolvencias generales) se exigirá también que la prenda se constituya mediante escritura pública.

Simultáneamente el deudor ordinario, no prendario, que deba hacer frente a sus deudas con sus bienes, responderá primero con los bienes muebles y sólo en última instancia con los inmuebles. Esta excusión no satisface obviamente a los acreedores que comienzan a exigir de los deudores la constitución de garantías sobre inmuebles aunque conserven la posesión de los mismos: en estos casos se autoriza a los acreedores a que en el supuesto de impago puedan entrar por ellos mismos en posesión del inmueble y puedan proceder a su venta, pero esta

⁶⁸⁷En la época feudal esa configuración variará algo, siendo sustancialmente similar, de forma que el acreedor no adquiere la propiedad *per se* sino que acaba adquiriéndola por prescripción. La propia prohibición de la usura y de la percepción de intereses hace que esas prendas inmobiliarias que recibía el acreedor adquiriendo los frutos en compensación (*mort-gage*) se deban transformar en *vif-gage* de manera que el acreedor recibirá el inmueble y los frutos deberán ser empleados en la amortización de la deuda, lo que provoca todo desinterés de los acreedores en recibir esa prenda inmobiliaria y comienza a tomar relevancia la prenda mobiliaria.

prenda no otorga al acreedor ninguna preferencia ni derecho de persecución del bien puesto que se enmarca dentro de las obligaciones generales de los deudores.

También esta situación termina por evolucionar de forma que acaba apareciendo, frente a la idea de la responsabilidad general y absoluta del deudor, otro concepto de obligación, obligación especial, que afectaría particularmente un bien inmueble al cumplimiento de una obligación concreta, teniendo en ese caso el acreedor preferencia sobre los restantes acreedores, de manera tal que ya estamos ante lo que los romanos identificaron como hipoteca⁶⁸⁸.

Vemos pues cómo tanto en derecho germánico como en Francia durante la edad media tuvo su vigencia la prenda inmobiliaria pero que dicha prenda terminó por derivar en la hipoteca del derecho romano.

11.3.2.- Los antecedentes de la prenda inmobiliaria en Derecho Español.

La evolución en el derecho español resultó sustancialmente coincidente con lo que acabamos de ver. Debemos partir de la propia aplicación del derecho romano en la península⁶⁸⁹ y por tanto del reconocimiento de que cuanto en Roma estaba regulado sobre la prenda y la hipoteca, terminó por resultar igualmente aplicable en España y de que los visigodos llegaron a la península procedentes de Francia.

⁶⁸⁸ OURLIAC, PAUL y DE MALAFOSSE, JEHAN. *Derecho Romano y Francés Histórico*. Editorial Bosch. Barcelona 1960. Traducción: Manuel Fairén. Tomo I. Derecho de Obligaciones. Págs., 546 y ss.

⁶⁸⁹ IGLESIA FERREIROS, AQUILINO. *La creación del Derecho*. Editorial Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales. Madrid.1996.2ª Edición, págs., 116 y ss. Para este autor no es que con anterioridad al derecho romano los pueblos habitantes de la península no dispusieran de un derecho aplicable, sino porque el conocimiento de éste resulta extraordinariamente difícil para los estudiosos del derecho, por lo que cuando nos referimos al derecho escrito forzosamente debe acudir al derecho romano y especialmente a partir del momento en que Vespasiano (S.I D.C.) concedió el *Ius Latii* a todos los habitantes de la península de manera que a partir de entonces y respecto de su derecho patrimonial pudieron aplicar no sólo el *ius gentium* sino también el *ius civile*, de manera que todo cuando estaba escrito para el *pignus* en Roma también resultó aplicable en España.

Y al igual que sucedió en Francia con los bárbaros, en España a partir del asentamiento de los visigodos (primero en el sur de la Galia, Aquitania) comienza a entremezclarse el derecho romano con las primeras leyes creadas por los reyes visigodos.

En lo que afecta al derecho de prenda, la prenda romana que en buena manera había ido derivando al *pignus conventum* se va a ir viendo sustituida por la prenda visigoda que requiere siempre de la entrega del objeto por el deudor al acreedor⁶⁹⁰, y con el paso del tiempo el *pignus conventum* terminará por desaparecer enteramente y la prenda siempre requerirá el traslado de la posesión y la posibilidad de venta del bien por el acreedor⁶⁹¹ quien no podía adjudicarse el bien en pago de esa deuda.

La aplicación del derecho visigodo termina con la invasión musulmana⁶⁹². Los musulmanes estuvieron ocho siglos y por supuesto disponían de su propio derecho, pero éste no se impregnó en la propia sociedad cristiana de forma que

⁶⁹⁰ IGLESIA FERREIRO, A. ob., cit., págs., 77 y ss.

⁶⁹¹ Ibidem, pág., 87.

Ese concepto de prenda visigoda requiere de la existencia y aplicación de un plazo que es el que determina el vencimiento de la obligación y la aplicación de la propia garantía, pero la prenda visigoda desarrolló también otra modalidad de prenda en la que ni la obligación ni la garantía se encontraban sujeta a plazo que determinase el cumplimiento de la obligación y facultase al acreedor a instar la venta del objeto. De esta forma en esta segunda modalidad de prenda no sujeta a plazo, el acreedor recibía el inmueble y percibía los frutos en tanto la deuda no le fuera satisfecha, y como no había plazo de duración tampoco nunca podía proceder a la venta del bien⁶⁹¹ y sin que los frutos debieran ser aplicados al pago de la deuda, siendo pues una prenda de manifiesto contenido anticrético.

⁶⁹² IGLESIA FERREIROS, A. ibídem pág., 113, explica que “no existe la ley como fuente del derecho en esta época y tampoco se toma en consideración la ley visigoda, el *liber Iudiciorum*, porque el mismo no es testimonio del derecho germánico, propio de los visigodos, sino del derecho regio, un derecho –se dice– que durante la época visigoda los monarcas intentaban hacer aplicar sin mucho éxito en perjuicio de las típicas costumbres visigodas, éstas sí de origen germánico, que tras la desaparición de la estructura política visigoda logran florecer incontrastadas, encontrándose un fiel reflejo en los documentos de la época y siendo posteriormente recogidas en los fueros municipales”.

cuando desaparece el dominio musulmán desapareció su derecho y nunca formó parte de las normas jurídicas que más adelante se integraban en la codificación.⁶⁹³

En opinión de IGLESIA FERREIROS la invasión musulmana provocó el repliegue de la sociedad a formas vitales reducidas: la aldea y la familia, y se desarrolló el principio de la autotutela jurídica, de la que es expresión la prenda extrajudicial que debe ser vista más que como medio de aseguramiento como instrumento que para conseguir que el deudor procediese al pago de la deuda, coaccionándolo mediante la aprehensión de un bien.

Con la caída del reino visigodo, desaparecida la organización monárquica, desapareció también la organización judicial y esta función acabó en muchas ocasiones en manos de jueces o árbitros que ni tan siquiera podían acudir al *liber* porque eran analfabetos y eso conllevó la transformación del derecho aplicado, de forma que los razonamientos jurídicos fueron perdiendo presencia y trascendencia en las resoluciones judiciales que prácticamente se limitaban solo a los hechos. Y terminó ello por provocar que aparecieran figuras de autotutela, reconocidas por estos jueces que por otro lado además también carecían del poder necesario para hacer aplicar sus propias sentencias.

Una de estas instituciones de autotutela fue la llamada “prenda extrajudicial”⁶⁹⁴ que era el derecho reconocido al acreedor para apoderarse personalmente de los

⁶⁹³Ibíd. ob., cit., págs., 244 y 250

Durante la invasión musulmana se produjeron distintos efectos como consecuencia de la deconstrucción del reino visigodo, así en los territorios nunca ocupados (la franja norte de la península) que se mantuvieron independientes y no influidos por la invasión, se continuó aplicando el *liber iudiciorum* que recopilaba el derecho visigodo impregnado de la tradición romana, y algo similar ocurrió en los territorios caídos bajo el poder o el control de los francos (Marca Hispánica), pero todos ellos aplicaban ese derecho bajo la influencia de sus propios Señores, pues perdida la autoridad real comienza a aparecer un derecho que pudiera denominarse Señorial.

⁶⁹⁴ No es ésta, de todas formas, una opinión pacífica, ORLANDIS ROVIRA JOSÉ. La “Prenda como procedimiento coactivo en nuestro derecho medieval”. AHD. Madrid. Tomo XIV.1942-1943, pág., 104, sostiene respecto de la desaparición del reino visigodo: “Para explicar la rapidez del derrumbamiento, es forzoso admitir que toda esta brillantez externa del Reino de los visigodos con sus monarcas Flavios y su romanismo absorbente no pasaba de ser un artificio que apenas si acertaba a ocultar un mundo de luchas sordas, de incumplimiento sistemático de la legislación real, de incompreensión popular

bienes de su deudor y servía tanto para asegurar preventivamente el cumplimiento de una obligación como para ejecutar lo juzgado⁶⁹⁵.

Junto con esta prenda extrajudicial, coexiste otra que es la prenda contractual, esta prenda de origen convencional recibirá el nombre de *impignorare*, frente al de *pignorare* que es la denominación utilizada para la prenda extrajudicial (que sin embargo también engloba a la propia judicial) y que en realidad fue una prenda unilateral tomada por el acreedor⁶⁹⁶.

hacia aquellas concepciones políticas. Sólo así resulta explicable el fenómeno de que se hace eco el celebre texto del Cronicón de D. Lucas de Tuy, este nuevo *consuetudines antiquorum iurium observare*, este resurgir inesperado del derecho germánico proscrito del ordenamiento jurídico oficial. La romanización del Estado no había hecho mella en el ánimo popular, y no puede resultar extraño que apenas desaparecido el organismo que las imponía se vuelva a vivir aquel derecho consuetudinario que había permanecido siempre latente en el espíritu del pueblo”.

Y este propio autor sostiene que una de las muestras de este germanismo latente es precisamente la aparición de esta prenda extrajudicial.

⁶⁹⁵ IGLESIA FERREIROS, A. *La creación del derecho*. Edit. Marcial Pons. Madrid 1996. 2ª Edición. págs., 252-256. Sobre la preferencia de los bienes muebles: “Esta preferencia quizás puede explicarse porque esta pignoración es un medio coactivo para lograr el cumplimiento de las obligaciones; se prefería pignorar animales a los que se dejaba sin comer ni beber para así obligar al deudor al pago ante el riesgo de la muerte del animal; a la pérdida del animal muerto se unía una nueva pignoración por parte del acreedor, hasta lograr el cumplimiento efectivo de la obligación contraída por el deudor”

⁶⁹⁶ IGLESIA FERREIROS, A. *Las Garantías reales en el derecho histórico español*. Editorial Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago. Santiago de Compostela 1977., pág., 153. En cuanto a la impignoración, el contrato más antiguo que refleja ese *impignorare*, data del año 973 (20 de mayo de 973) y tiene su origen en Cataluña en donde se desarrolló esta figura antes que en los otros reinos de la península, en donde cien años más tarde también encontraremos este mismo contrato en el reino de León y más tarde en los restantes.

GARCÍA DE VALDEAVELLANO, L. ob., cit., pág., 398 y ss En estos contratos de prenda el deudor podía seguir en posesión del bien inmueble pero en el supuesto de incumplimiento en la devolución del préstamo recibido debía ceder el bien al acreedor, y esta cesión se instrumentaba en ocasiones mediante una venta de la que se deducía la deuda pendiente y en otras a través de una donación.

GARCÍA DE VALDEAVELLANO, L. ob., cit., pág., 160 y ss. La conservación en Cataluña de esa prenda contractual, frente a su aparición más tardía en otros reinos de la península, puede obedecer a que por medio de la Marca Hispánica, Cataluña conservó el poder político lo que hizo que se conservase la prenda visigoda que poco a poco derivaría en otro tipo de prenda, la prenda de usufructo

Como ya hemos visto la prenda visigoda se caracterizaba por la transmisión de la posesión del bien inmueble al acreedor, y si el préstamo no estaba sometido a plazo esa transmisión era indefinida y el acreedor podía retener el bien hasta en tanto el deudor no pagase la deuda; pero también podía ser que el préstamo tuviera fecha de vencimiento, llegado el cual si no era devuelto el préstamo, el inmueble debía ser vendido. En esta clase de prendas sujeta a plazo, usualmente se introducía un pacto mediante el que se autorizaba al deudor a conservar la tenencia del bien a través de la cláusula *per tuum benefitium*, de manera que el deudor tenía la finca en nombre del acreedor, ésta era una concepción de la prenda para plazos breves y en los que la garantía se concentraba en la ejecución. En su evolución los plazos se alargan pero el acreedor percibirá los frutos del inmueble aunque el deudor seguirá conservando la tenencia del mismo, y se mantiene que si pasada la fecha de vencimiento el préstamo no es devuelto entonces se procederá a la venta.

Con el tiempo ello deriva en la prenda de usufructo que termina por desplazar enteramente a la prenda visigoda de forma que el usufructo era concedido por tiempo indefinido al acreedor y en tanto el préstamo no fuera redimido, y el plazo en todocaso comenzó a jugar en sentido inverso: cuando se fijaba un plazo era para garantizar que en tanto éste no hubiera transcurrido el deudor no podía redimir el préstamo y recuperar el inmueble.

A partir de mediados del Siglo XI la prenda de usufructo va a ser prácticamente la única utilizada. El acreedor percibirá los frutos pero no podrá enajenar el bien en caso de incumplimiento, los plazos además serán mucho más amplios y frecuentemente indefinidos y el acreedor no siempre recibirá el inmueble que podrá permanecer en manos del deudor con la obligación de entregarle los frutos al acreedor⁶⁹⁷.

⁶⁹⁷ Ibidem, pág., 171 y ss. 214.

Se trata de una prenda en la que con carácter indefinido el acreedor recibirá la posesión del inmueble, aunque sea una posesión *de iure* porque la tenencia la conservará el deudor, y con el derecho de percibir los frutos que no son aplicados al pago de la deuda sino que se perciben en compensación de los intereses, sería ésta la figura de la anticresis compensatoria si bien nunca recibió esta denominación.

De esta forma debe destacarse que el gran cambio que supone la prenda de usufructo no radica tanto en que el interés de la garantía recaiga en los frutos, sino en la circunstancia de que en lo que no recae es en la ejecución –puesto que ésta no es posible-. Como consecuencia de la imposibilidad de ejecutar la propiedad, entonces, y solo como efecto, lo que sucede es que la garantía se desplaza como consecuencia de ello a los frutos y al tiempo de duración. En cuanto al tiempo de duración de la prenda, no para determinar su vencimiento, que será indefinido, sino para señalar que antes de un determinado plazo no podrá ser redimida⁶⁹⁸.

La prohibición canónica de percibir intereses por los préstamos hizo que esa prenda de usufructo se fuera modificando poco a poco, puesto que los frutos ya no los percibía el acreedor sino que los percibía el deudor quien sin embargo debía entregarlos al acreedor para ser aplicados al pago del capital, de forma que la prenda de usufructo se transformó más que en un contrato de garantía en un medio de pago⁶⁹⁹.

⁶⁹⁸ Ibidem. Pág., 363

Ese carácter indefinido provocará que esa prenda o esa situación se perpetúe incluso por generaciones de forma que esas relaciones sean transmisibles por herencia a los sucesores o por actos intervivos a terceros, y será objeto de transmisión tanto por el acreedor que transmitirá su derecho, como por el deudor quien transmitirá su propiedad y la posibilidad de redimirla. La prenda de usufructo no conllevaba el derecho a la venta en el supuesto de incumplimiento sino la retención indefinida y la percepción de los frutos, pero se fue introduciendo una cláusula mediante la que se convenía que el acreedor podía a su vez entregar la prenda a un tercero, siempre y cuando no fuera para garantizar una deuda de importe superior a aquella por la cual él la había recibido

⁶⁹⁹ Ibidem págs., 275 y ss,

De esta manera irán apareciendo distintos acuerdos en los que bajo la apariencia de donaciones o de ventas se disimulaban auténticos préstamos y en los que lo que se perseguía era que el acreedor adquiriese la propiedad aparente para así poder seguir percibiendo los frutos como compensación y no como pago. Y cuando se utilizaba apropiadamente la prenda, también se modificó puesto que de nuevo se sustituyó el objeto de la garantía recuperándose la facultad de venta para el supuesto de incumplimiento al vencimiento de la deuda. Ahora bien, apareció de nuevo la facultad de venta, pero no el traslado de la posesión que la siguió conservando el deudor y de esta forma quedó abierta la puerta a la hipoteca.

Por ello y con el tiempo la prenda irá recayendo sobre bienes muebles de especial valor y la prenda de usufructo acabará viéndose enteramente sustituida por la hipoteca.

Podemos ver la prenda de usufructo sobre bien inmueble, tanto en derecho catalán como español, como auténtico precedente del actual contrato de anticresis (aunque la prenda de usufructo nunca recibiría esta denominación), y cuyas diferencias más sustanciales con la actual anticresis podemos apreciar que consistirían en que se trataría en todo caso de una anticresis compensatoria no de amortización que es la que fundamentalmente se regula en los códigos, así como en su duración indefinida y en la inexistencia de la facultad de disposición por el acreedor.

11.3.3.- La reciente aparición de la prenda inmobiliaria en el código civil francés.

El Código civil francés ha sufrido una reciente y notable modificación y actualización, y las modificaciones introducidas han afectado sustancialmente las garantías reales y particularmente se ha hecho desaparecer la anticresis quedando ésta sustituida por la prenda inmobiliaria. No es que haya quedado especialmente alterado el régimen de la anticresis, sino que su denominación, en la búsqueda de términos que actualizaran la terminología jurídica para hacerla más próxima al ciudadano lego, ha venido a ser reemplazada rescatando de nuevo el concepto de prenda inmobiliaria. Tampoco puede decirse que esa alteración haya sido exclusivamente semántica puesto que como señalamos se

IGLESIA FERREIROS, A. señala, ob., cit., pág., 373, que “el camino ha sido tortuoso y vacilante, pero al final parece haberse logrado imponer la idea de una prenda sin transmisión, que con el tiempo logra incluso presentarse, con carácter general, sobre todos los bienes del deudor. Los tiempos estaba maduros para la recepción de la hipoteca.

El término *hypotheca*, desaparecido ya bajo los visigodos, reaparece tímidamente a los inicios del siglo XIII, consolidándose en una constitución de Jaime I y en las *consuetudines ilerdenses*”

han introducido modificaciones que alteran de manera más o menos sustancial el régimen de las garantías.

En el derecho francés la regulación de la anticresis ha evolucionado notablemente en los últimos años (hasta llegar a su total desaparición), en principio por medio de la Orden n° 2006-346 de 23 de marzo de 2006 y posteriormente por medio de la Ley 2009-526, de 12 de mayo de 2009, se introdujeron sendas modificaciones que han alterado sustancialmente la regulación establecida por el Code Napoléon.

Hasta marzo 2006 existía la figura del *nantissement*, que cuando se refería a los bienes muebles se denominaba *prenda* y si recaía sobre inmuebles se denominaba anticresis. A partir de esa fecha tenemos que la *prenda* es un derecho de garantía que se constituye sobre bienes muebles corporales, presentes o futuros; y el *nantissement* ha pasado a ser la *prenda* o afectación en garantía de bienes muebles incorporeales, presentes o futuros.

La anticresis fue separada enteramente de estas figuras para pasar a ser regulada dentro de las garantías sobre inmuebles y con referencia directa a la hipoteca, dejando de ser por tanto el *nantissement* sobre inmuebles⁷⁰⁰.

Más recientemente (2009) se sustituyó la denominación anticresis por la de *prenda inmobiliaria*, como consecuencia de la ley de reforma y actualización del lenguaje jurídico. Esta reforma se limitó a la sustitución de la denominación, no así la reforma que se produjo en méritos de la Orden 2006-346, que supuso una verdadera reforma del contenido de la anticresis. Aunque no deja de ser un contrasentido romper la relación de una institución con la figura de la *prenda* y

⁷⁰⁰PIETTE, GAËL. La “nature de l’antichrèse”, après l’ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006. Recueil Dalloz 2006, pág., 1,688, citando a C.Mouly, sostiene que la anticresis haya dejado de ser una de las variedades del *nantissement*, no es una cuestión intrascendente. Su pertenencia a esa garantía conllevaba que se le aplicaran, en su interpretación, las normas relativa a la *prenda* mobiliaria establecidas por la ley o a través de su interpretación..

aproximarla a la hipoteca para luego darle esa misma denominación de prenda⁷⁰¹.

La actual regulación francesa de esa prenda inmobiliaria (antigua anticresis), tiene un perfil más próximo a la regulación que de la anticresis se hace en el CCCat, abandonando su entera similitud con la anticresis española para la que fue el modelo a copiar.

Aún a pesar de que señalamos que existe una cierta similitud entre la prenda inmobiliaria francesa y la anticresis catalana, debe destacarse que conceptualmente se produce una diferencia sustancial por cuanto en la anticresis catalana (y también en cierto modo en la española) las remisiones que se hacen a otros institutos para completar su régimen legal se hacen fundamentalmente a la prenda (aunque en el derecho catalán, para la ejecución nos remite sin embargo al derecho de retención), en tanto que en la prenda inmobiliaria francesa, a pesar de esa denominación, todas las remisiones son referidas a la hipoteca.

Coinciden sin embargo en que para la prenda inmobiliaria, al igual que para la anticresis del CCCat, se exige desde luego de forma expresa desposesión del bien, que podrá ser entregado en alquiler al propio deudor, pero la posesión debe adquirirla el acreedor⁷⁰² y que en ambas se requiere escritura pública para su constitución. Ambas legislaciones resultan coincidentes en los requisitos relativos a la constitución y oponibilidad⁷⁰³.

⁷⁰¹ En este sentido CABRILLAC, M. ob., cit., pág., 706.

⁷⁰² De hecho lo que el CCfr. exige es desposesión del constituyente: “... *il emporte dépossession de celui qui le constitue*”

⁷⁰³ PIETTE, G. loc., cit., pág., 1,688. Para este autor la modificación de la regulación de la anticresis, comporta que a partir de ese momento la anticresis deviene en un contrato solemne, puesto que aunque antiguamente ya se exigía que fuera constituida mediante documento escrito, lo era solo como exigencia de medio de prueba. Antes de la reforma, existía un cierto debate entre los autores sobre si se trataba de “un contrato real”, toda vez que la desposesión era la esencia de este derecho, o de “un contrato consensual” en donde la desposesión era sólo una medida de protección del acreedor, pero esta concepción conllevaba una consecuencia: si el contrato era real, la entrega de la cosa era un requisito de formación del contrato, de forma que a partir de ahí el acreedor pasaba a

En cuanto a la garantía propiamente dicha, el deudor no puede reclamar la devolución del inmueble hasta haber pagado totalmente la deuda sin que aparezca referencia alguna a ningún plazo que pueda poner fin a ese derecho de retención indefinida de la prenda inmobiliaria.

No existe en la prenda inmobiliaria francesa especial referencia a la explotación del inmueble, aunque se concreta especialmente que podrá el acreedor cederlo en alquiler sin perder la posesión (bien al deudor, como ya hemos señalado; bien a

ser el único obligado a conservar el bien gravado y a restituirlo en el momento del pago de la deuda, de forma que estaríamos ante un contrato unilateral. Por el contrario si calificamos la anticresis como un contrato consensual, entonces estaríamos ante un contrato sinalagmático, en tanto que las partes asumen obligaciones recíprocas: el deudor deberá entregar la finca, en tanto que el acreedor conservarla y restituirla en el momento del pago de la deuda.

Esta calificación jurídica, a partir de la reforma realizada mediante *l'ordonnance du 23 mars 2006*, lejos de aclararse parece ser algo más confusa, puesto que en el *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés* (JORF n° 71 du 24 mars 2006 page 4467 texte n° 28), suscrito por el *Garde des Sceaux* (Ministro de Justicia), el contrato de anticresis es calificado en dicho texto y de forma expresa como contrato real, aunque el propio texto real es mucho menos explícito que ese informe y dirá que la anticresis es *la afectación de un inmueble en garantía de una obligación; ella conlleva desposesión de aquel que la constituye* (la traducción es nuestra). El uso del término *conllevar* parece significar que la desposesión es un efecto, y por tanto imaginable que las partes puedan voluntariamente renunciar a él. Se produciría pues una cierta antinomia entre ambos textos.

De esta forma concluye este autor, siendo rarísimo, por no decir caso único en el derecho francés, estaríamos ante un contrato solemne y real, a la vez. Solemne porque requiere para su constitución un acto notarial, real porque si se hace caso al *rapport de le garde des Sceaux*, así se califica como tal. Pero así debe ser considerado puesto que la validez de un contrato en que el bien pudiera faltar la solemnidad por haber sido otorgado en documento privado, o bien pudiera faltarle la desposesión por haberlo convenido así las partes, haría que este contrato debiera ser calificado como promesa de contrato, y las promesas consensuales de contrato en los contratos solemnes debe ser consideradas ineficaces en la pretensión de la constitución de la garantía, a lo que nunca se podrá obligar al deudor propietario, aunque el incumplimiento de su promesa pueda dar lugar a la indemnización de daños y perjuicios.

Esta misma cuestión se la plantean CABRILLAC, MICHEL y otros, Ob.cit., pág., 708, para quienes por el hecho de que la nueva regulación francesa establezca que el contrato se extingue por la devolución, por cualquier causa, del bien inmueble a su propietario, ven en ello una afirmación del carácter real de este contrato.

un tercero). De hecho, a nuestro entender, la garantía no se centra tanto en los frutos como en la desposesión y en la futura venta del inmueble por la misma vía que la ejecución hipotecaria, de la que puede llamarnos la atención la expresa regulación del pacto marciano, salvo que se trate de la vivienda habitual del deudor.

Desaparece íntegramente toda referencia a la anticresis de compensación, figura que como veremos a continuación tampoco se encuentra recogida en el CCCat.

11.3.4.- Diferencia entre anticresis y prenda inmobiliaria.

De cuanto ha quedado expuesto, y aunque pueda parecer que ambas figuras resultan próximas, tanto que el CCfr se ha permitido reemplazar su denominación sin alterar su contenido (que fue alterado conservando la denominación de origen), lo cierto es que nosotros estimamos que existen considerables diferencias entre ambas figuras, sin que ello obste a que efectivamente quepa admitir en el futuro la regulación de la prenda inmobiliaria.

Las diferencias, que estimamos son notable, radican en que la anticresis se concibe girando todos sus efectos principales en la explotación del inmueble y en la percepción de los frutos. Como hemos señalado tanto es así que aunque la anticresis del CCCat conlleve *ius distrahendi*, esa facultad no es en modo alguno definidora del derecho de anticresis, siendo sus elementos definidores el traslado de la posesión, el deber de explotación económica para obtener el máximo de rendimientos posibles y la percepción de estos frutos para ser aplicados al pago de la deuda y de sus intereses. El derecho de retención con el que se dota a la anticresis es una facultad de la que dispone el acreedor, pero no es elemento esencial ni definidor del derecho (como ya hemos señalado, de hecho el derecho de retención aparece cuando la anticresis se extingue). En cuanto a la prenda sus elementos definidores serían: traslado de la posesión, derecho de retención y facultad de enajenación; podrá darse la percepción de los frutos, pero será éste un efecto secundario del derecho, no existiendo desde luego ni derecho de goce ni deber de explotación.

Esa función de los frutos es pues la que marca la verdadera diferencia entre ambas instituciones. Y en ese sentido, y como también ya hemos remarcado, si tuviéramos que equiparar anticresis y prenda inmobiliaria debiera hacerse con la prenda de usufructo de inmueble con traslado de la posesión.

11.4.- LA ANTICRESIS COMPENSATORIA.

11.4.1.- Introducción.

Dentro de la regulación de la anticresis en el CCE se recoge, de una forma un tanto subrepticia, la figura de la anticresis compensatoria o *en globo*. Y decimos que se recoge de esa forma escondida, porque como veremos a continuación del pacto en que se convenga se van a deducir una serie de efectos que terminarán por separar esa anticresis, *verdadera anticresis*, del contrato de anticresis que se recoge en el artº.,1.881 y al que nos venimos dedicando.

A nuestro entender esta figura no sólo no guarda armonía con la institución en la que se integra sino que se separa enteramente de ella, de forma que o bien debiera haber sido objeto de una regulación propia o ni tan siquiera contemplarla (como ocurre en el CCCat), para que su regulación en todo caso fuera la de un contrato enteramente atípico, y que no tiene por qué someterse a los preceptos de otra institución llamada a cumplir diferente función (aunque se le haya querido hacer compartir idéntica denominación). Como señala HERNÁNDEZ MORENO, la razón de que fuera recogida su regulación junto con la anticresis de amortización, puede obedecer a razones de índole histórica puesto que ya SALMASIUS puso de relieve en el S. XIII que no siempre la anticresis había sido interpretada correctamente, y que esta anticresis compensatoria no estaría constituida en función de garantía, sino como figura autónoma y reguladora estrictamente de un convenio en donde se acuerda el mutuo y el contramutuo⁷⁰⁴.

⁷⁰⁴ HERNÁNDEZ MORENO, A. loc., cit., pág., 1.936.

Ahora bien si esa figura estuviese recogida por ese motivo, pensamos que efectivamente se le hubiera dado en el código un lugar autónomo respecto del propio contrato de anticresis. Pensamos que es más fácil suponer que al incorporar intempestivamente el contrato de anticresis en el código trayéndolo prácticamente de forma literal del código francés, también se trajo esa figura que también allá se encontraba contemplada (art. 2.089 del *Code Napoléon*)⁷⁰⁵.

Desde luego la presencia de esta anticresis compensatoria enredada entre la regulación de la anticresis de amortización, resulta anómala. Mientras que la anticresis de amortización tiene claramente una causa de garantía o de pago, la causa de la anticresis compensatoria no es otra que compensar el uso de un capital ajeno con el uso de un bien inmueble.⁷⁰⁶

11.4.2.-Naturaleza jurídica.

Lo cierto es que si intentamos integrar la figura de esta *anticresis pura* con la anticresis hoy contemplada tanto en el CCE como en el CCCat, el encaje se hace verdaderamente imposible. Comparando los conceptos de una y otra y la finalidad para las que son constituidas, tanto la anticresis contemplada en el art. 1.881 CCE como la regulada en el art. 569.23 del CCCat tienen un manifiesto contenido solutorio tanto de los intereses de la deuda como del capital, cumpliendo una innegable función de pago, que quizás para algunos autores no es suficiente como para determinar que su naturaleza jurídica sea la de medio satisfactivo más que la de derecho de garantía, pero es desde luego innegable esa función de pago que atiende o puede atender.

⁷⁰⁵ Debemos recordar que esta figura de la anticresis compensatoria ha desaparecido en el actual código civil francés, tras la reforma de la institución en el años 2006.

⁷⁰⁶ BADOSA COLL, F. ob., cit., pág., 758, en nota al pie, nos recuerda que, citando a SALMASIUS, “la pura anticresis carece de efecto vinculante sobre la finca en garantía del crédito (*ut nullum pactum interponatur de obligandofundo qui traditur in anticresis*) y, por tanto no existirá *ius distrahendi* en caso de impago. Su eficacia es la compensación de los intereses debidos por los frutos percibidos (*ut fructus ad creditorem pertineant usurarum vice*) y un efecto *pignoris loco*, la retención de la cosa hasta el pago total del crédito...”

En la pura anticresis, anticresis compensatoria o en globo, esa función de pago no se da. La deuda principal existirá siempre, por más frutos que produzca el bien inmueble, y hasta que no sea efectivamente satisfecha la deuda mediante el pago o cumplimiento propiamente dicho, la deuda seguirá subsistiendo de forma intacta, puesto que ni podrá aumentar por gracia de los intereses ni tampoco disminuirá por gracia de los frutos percibidos.

Debe llamarse la atención de que no se trata de una deuda que no genere intereses, puesto que si así fuera la cesión del uso del inmueble estaría falta de causa. La deuda debe ser una deuda en que se haya convenido que generará el pago de intereses, lo que ocurre es que mediante ese convenio los intereses nunca serán objeto de liquidación. De hecho los intereses se dan por pagados mediante la cesión del *ius fruendi*.

Es un contrato en el que no se da el requisito de la equivalencia, y en este sentido pudiéramos decir que es un contrato sinalagmático pero no conmutativo, lo que no sucede con la anticresis de amortización. Es ésta una característica especialmente identificativa de la anticresis compensatoria: las partes convienen en compensarse alzadamente intereses y frutos, pero sería esa una compensación en la que no se toma en consideración la equivalencia, el acreedor no liquida los intereses⁷⁰⁷, y ni tan siquiera resulta preciso que esté determinada la tasa de interés, y el deudor cede el disfrute del inmueble también sin tomar en consideración la capacidad productiva del mismo.

No es un contrato aleatorio, aunque el alcance anual de los frutos pueda tener una variable aleatoria (o no), pero esa indeterminación entendemos que no transforma el contrato en aleatorio. Las prestaciones nos parecen concretas y determinadas, permuta de interés por frutos, el *quantum* se determinará por sí mismo en el futuro.

⁷⁰⁷O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. ob., cit., pág., 352.

En cuanto a la propia naturaleza de este pacto entendemos que puede ser examinado desde dos visiones diferentes: (i) como contrato autónomo, y (ii) como convención accesoria de un préstamo.

(i) Si resaltamos como elemento propio de la pura anticresis su carácter independiente y separada respecto de la deuda de la que trae causa, y observamos que el vínculo recae sobre los frutos y los intereses (y no en el capital del crédito)⁷⁰⁸, nos encontramos entonces que lo esencial de esta relación sería la cesión indefinida del uso de un bien a cambio de la percepción de un capital, con facultad de retrotraer esa cesión mediante la devolución de dicho capital.

Estaremos ante un contrato que sería vehículo hábil para transmitir el uso de un inmueble con carácter real, cesión a modo de usufructo, y a cambio del uso y disfrute de un capital previamente recibido por el cedente.

El deudor percibe un capital y el acreedor percibe el inmueble, pero no tanto en función de garantía o aseguramiento de la devolución de este capital, sino como medio de adquisición del derecho al uso del inmueble. No se trataría de un contrato accesorio de otro, sino que se trataría de un contrato con sustantividad propia, mediante el que se cede el uso de un inmueble por un precio, que no es el importe del capital sino la disponibilidad de ese capital durante un cierto tiempo⁷⁰⁹, y además ese contrato pudiera tener carácter indefinido, de forma que esta situación pudiera alargarse en el tiempo hasta que cualquiera de las partes proceda a manifestar su voluntad de darlo por finalizado bien devolviendo el capital (que quizás si tanto tiempo ha transcurrido, habrá pasado a tener un valor testimonial por efecto de la pérdida de valor de la moneda) o a devolver el inmueble para recuperar el capital⁷¹⁰.

⁷⁰⁸Ibídem pág., 757.

⁷⁰⁹ El valor de la “disponibilidad de un capital durante un cierto tiempo” se traduce en los intereses, pero en este caso se cede el aprovechamiento de un inmueble contra la disponibilidad de un capital.

⁷¹⁰ PRADES CUTILLAS, DANIEL. “La anticresis y el concurso de acreedores”. *Créditos, Garantías y Concurso*. AAVV. Coordinador: Abel Veiga Copo. Editorial, Civitas Thompson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2010 pág., 240, para este autor la anticresis compensatoria no estaría sujeta a plazo, vigente hasta la total devolución de la cantidad

El código civil italiano en su art. 1.964, recoge esta misma figura de la anticresis compensatoria, pero complementa la disposición en la que se admite de forma expresa con la indicación de que podrá el deudor, en cualquier momento, recuperar la posesión del inmueble mediante la devolución del capital. Disposición, imperativa, que sólo tiene sentido precisamente si contemplamos este convenio, desde la posición en que lo estamos haciendo, como instrumento hábil para crear un derecho real de cesión de uso de un inmueble, de carácter indefinido e independiente de lo que sería propiamente un usufructo.

(ii) Si ponemos nuestra atención no en la propia cesión del inmueble sino en ese pacto como accesorio de un préstamo, que es la postura que viene a defender MANRESA⁷¹¹, se trata simplemente de una excepción al principio de amortización establecido en el art. 1.881, de forma que en lugar de establecer un tipo fijo para el préstamo, las partes habrán estipulado como tal interés lo que sobre de los frutos una vez pagados los gastos a los que se hace referencia en el art. 1.882.

Así entonces, si centramos la atención del convenio no en los efectos que se produce por la cesión de uso del inmueble, sino estrictamente en el devengo o no de intereses líquidos, la finalidad del acuerdo es obviamente bien distinta.

prestada, y con ella en la práctica se obtiene un efecto similar a la venta con pacto de retro.

⁷¹¹MANRESA NAVARRO, JM. ob., cit., pág., 541.

Y en el mismo sentido se pronuncia también SCAEVOLA, ob., cit., pág., 585, para quien el art. 1.885, no cumple más que una función de aclaración de una duda legal que pudiera surgir sobre la admisibilidad o no de ese pacto, y lo único que ocurre es que se declara admisible que las partes hayan podido convenir que cualquiera que fueren los intereses que devengare el crédito y cualesquiera que fueren los frutos obtenidos, los unos se compensarán con los otros, y no de forma parcial o liquidatoria correspondiéndose con sus respectivos vencimientos, sino de manera alzada como si no existieran ni frutos ni intereses.

11.4.3.- Régimen legal: Características propias del régimen jurídico aplicable a la anticresis compensatoria.

Si analizamos el régimen jurídico que resulta *de facto* aplicable a esta clase de anticresis, nos parece que resultará tan distinto al aplicable a la anticresis de amortización, que ello nos lleva a estimar que efectivamente podemos estar ante un contrato que admite ser considerado de manera independiente al préstamo del que proviene. Estimaríamos entonces que la causa del contrato de anticresis compensatoria es distinta de la causa de la anticresis de amortización, en el primer caso la causa estaría en la cesión del uso de un inmueble a cambio de la cesión de uso de un capital, en el otro la causa estaría en el aseguramiento del pago de una obligación de la que ese contrato es accesorio.

El régimen de gastos para atender los tributos y cargas que pesan sobre la finca o para su conservación y reparación, y según ya hemos señalado más arriba⁷¹², en la anticresis de amortización recae sobre el acreedor anticrético con el límite de los frutos que produce la finca, cuya consecuencia es que de hecho los sigue soportando el deudor puesto que el importe neto de los frutos aplicable a la reducción de la deuda por intereses o capital es menor. Por el contrario respecto a la anticresis de compensación el acreedor pasará a ser el responsable de su pago puesto que el montante de esos gastos siempre significarán menos frutos (y por ello menos intereses o menos provecho) que el acreedor termina por percibir.

Estima GUILARTE ZAPATERO⁷¹³ que los gastos deberán ser soportados por el acreedor, pero que también resultaría defendible que fueran a cargo del deudor. Argumenta en defensa de la primera tesis porque así lo dispone el art. 1.882 del código civil y porque es esencia de la anticresis de compensación la supresión de cualquier liquidación y rendición de cuentas⁷¹⁴. Y en defensa de la segunda tesis argumenta que esos gastos van relacionados con la finca y no con los frutos.

⁷¹² Véase *supra* capítulo 6.

⁷¹³ GUILARTE ZAPATERO, V. loc., cit., pág., 677.

⁷¹⁴ En sentido contrario MORATILLA GALÁN, I. loc., cit., pág., 2.517

A nosotros nos parece que efectivamente los gastos van relacionados con la finca, pero eso no es argumento suficiente para sostener que deba pagarlos el deudor en el supuesto de la compensación en globo (y obviamente salvo pacto en contrario), porque la finalidad no es el instrumentar un medio y garantía de pago en el que el acreedor no tiene por qué soportar que en méritos de esa garantía su crédito se perjudique asumiendo costes que no tenía sino que lo que se está produciendo es la cesión de un uso compensatorio de unos intereses; y por tanto lo trascendente es el uso no el crédito. Y a mayor abundamiento, porque en figuras análogas que conllevan cesión de uso, el código establece que esos gastos van a cargo del usuario (así, arts., 500 y 505 respecto del usufructuario, o 1.743 para el comodato). Los gastos extraordinarios serían siempre a cargo del propietario.

Por supuesto que considerándolo de esta forma pudiera resultar que la adquisición de los frutos fuera deficitaria para el acreedor, pero ese riesgo formaría parte de la aleatoriedad propia de ese pacto.

En su consecuencia en la anticresis compensatoria desaparece enteramente el acto de imputación que queda sustituido por el de la compensación ilíquida, compensación *ab initio* y conceptual, y que por ello se elimina también toda obligación de rendición de cuentas⁷¹⁵

Por último debemos señalar que la figura de la anticresis compensatoria no se encuentra recogida en la regulación del CCCat⁷¹⁶, de la misma forma que en la

⁷¹⁵ En este sentido se pronuncian BADOSA COLL, F, ob., cit., pág., 763 y O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. ob., cit., pág., 352: "Cabe un pacto compensatorio sin necesidad de liquidación"

Y en sentido contrario, entendiendo que la obligación de rendir cuentas es una cuestión de orden público en todo supuesto de administración de cosa ajena, se pronuncia ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A. ob., cit., pág., 219. Y aunque podamos estar de acuerdo sobre la necesidad de rendir cuentas en la administración de bienes ajenos, en el presente caso ¿Cuál sería la utilidad de tal rendición de cuentas?

⁷¹⁶ Y no se encuentra recogida por voluntad expresa del legislador, puesto que cuando se procedía a tramitar la aprobación no del actual libro V del CCCat sino de la precedente ley 19/2002 de 5 de Julio, reguladora de los derechos reales de garantía, se propuso una

actualidad ha desaparecido también del CCfr., pero ese silencio no debe ser interpretado como exclusión de esta figura. Las partes podrán convenirla expresamente y recogiendo la literalidad de lo que decía el antiguo art. 2.089 del CCfr, *este pacto se ejecutará como cualquier otro que no esté prohibido por las leyes*⁷¹⁷

11.5.- LA ANTICRESIS EN LA COMPILACIÓN NAVARRA.

La Compilación o Fuero Nuevo de Navarra (CN) recoge la regulación de la anticresis en su Título VII, DE LAS GARANTÍAS REALES. CAPÍTULO III : De la prenda con desplazamiento, Hipoteca, anticresis, Derecho de retención y Depósito en garantía. Ley 471: Pacto Anticrético.

Su regulación no deja de ser particular si la comparamos con la regulación de la misma figura en otros ordenamientos. Como se puede ver, se regula bajo la denominación de *Pacto Anticrético*. El contenido de esa regulación no responde desde luego a lo que en los otros ordenamientos se entiende por pacto anticrético; como tampoco sucede cuando posteriormente utiliza el término anticresis, que lo hace para atribuirle esa denominación a una figura no prevista en los otros ordenamientos.

La Ley 471 CN, es del siguiente tenor literal:

“Ley 471. Pacto Anticrético.

Tanto en la prenda como en la hipoteca se puede pactar la anticresis o compensación de uso de la cosa o de sus frutos con los intereses devengados por la deuda. En otro caso, si la cosa en posesión del

enmienda de adición (nº 96) para incorporar tal figura junto con la regulación de la anticresis, enmienda que fue rechazada. ANDERSON, M. loc., cit., pág., 142.

⁷¹⁷ En este mismo sentido, CARRASCO PERERA, A y CARRETERO GARCÍA, A, loc., cit., pág., 29.

También ANDERSON M, loc., cit. pág., 142.

acreedor produce frutos, deberá percibirlos aquel para imputarlos a la deuda de intereses y después a la del capital.

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

Inscripción. Estos pactos anticréticos serán inscribibles, según su objeto, en el Registro de la propiedad u otros Registros.”

De su lectura debemos destacar, como gran elemento diferencial de cualquier otro texto, que el contrato de anticresis puede tener como objeto tanto bienes muebles como inmuebles.

En segundo lugar parece que la concepción de la anticresis en este texto es la de una anticresis compensatoria, puesto que a tenor de su primer párrafo se entiende que si se hubiera pactado, el uso o los frutos compensarán íntegramente los intereses, de manera que en la forma en que viene redactado parece que desde luego ello se haga a tanto alzado⁷¹⁸, y por tanto sin liquidación alguna.

El uso del término *compensación* parece así indicarlo, de forma que en la prenda y en la hipoteca se podrá pactar la compensación en globo de los intereses por el uso de la cosa o por sus frutos. De hecho esta figura es la más próxima al propio origen de la anticresis, que en el momento de su aparición, acompañando al *pignus*, no distinguía si era sobre bienes muebles o inmuebles, y siempre fue compensatoria⁷¹⁹.

⁷¹⁸ En este mismo sentido parece entenderlo también DORAL GARCÍA, JOSE ANTONIO. “Ley 471. Pacto Anticrético”. *Comentarios Al Código Civil Y Compilaciones Forales*. Editorial EDERSA. Madrid 2002. Tomo XXXVIII. Pág.,921.

⁷¹⁹Supra epígrafe 1.1.2.

Y en este mismo sentido parece pronunciarse también OSCÁRIZ MARCO, FLORENCIO. “Ley 471” *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*. Dirigido por Enrique Rubio Torracó y coordinado por M^a Luisa Arcos Vieira. Editorial Aranzadi. Cizur Menor. 2002. Pág., 1.856.

Ahora bien, si ese pacto, que deberá darse de forma expresa entre acreedor y deudor en la prenda o en la hipoteca, no se diera, *en otro caso*, dice la ley, y los frutos –no ya el uso-⁷²⁰ los percibe el acreedor por estar en posesión del bien, entonces deberá ese acreedor aplicarlos al pago de los intereses y posteriormente al del capital. Ese es un régimen de amortización similar a lo que establece el CCE para la prenda fructífera en su art. 1.868. No será pues una verdadera relación anticrética puesto que ni el acreedor podrá utilizar el objeto recibido en prenda (Ley 469 CN), ni el objeto es entregado para la producción de esos frutos, pues según la dicción de la Ley el acreedor percibirá los frutos pero no adquirirá el derecho y la obligación de asumir su explotación económica⁷²¹.

Por tanto y en conclusión, el pacto anticrético recogido en el primer párrafo de la Ley 471 CN se pudiera asemejar a la anticresis compensatoria del art. 1.885 del CCE. Y lo que hoy sería la anticresis de amortización, la que se recoge en los arts., 1.881 del CCE y 469-23 del CCCat, no tiene reflejo en la ley civil navarra.

El segundo párrafo describe bajo la denominación de *Anticresis*, una figura distinta del contrato anticrético en los términos en que lo hemos venido estudiando en el presente trabajo. Parece desde luego aproximarse más a una relación arrendaticia que a lo que conocemos como contrato anticrético. En éste el uso o disfrute no extingue la deuda por si mismo, la extingue en función de los frutos realmente obtenidos y el acreedor adquiere la obligación de explotación del inmueble para ir aplicando esos frutos al pago de los intereses adeudados y estando sujeto a la posterior rendición de cuentas. La simple cesión de uso o del disfrute no extingue por si misma la deuda principal, ni tan siquiera en la

⁷²⁰Ibidem,pág.,1.587.

⁷²¹En sentido contrario se pronuncia OSCÀRIZ MARCO, F. loc., cit., pág., 1.586: “Ello conllevaría al acreedor deber de atender a la administración de la cosa y a los gastos que la misma conlleva, y rendir cuentas, pero no le confiere el control de la producción”. Es éste un criterio con el que en modo alguno podemos estar de acuerdo, si coincidimos en aceptar que el acreedor no adquiere la dirección económica, no puede serle imputada la obligación de administrar y atender los gastos. Obligaciones que, por otro lado, para nada cita la ley. El acreedor percibirá los frutos netos, pero las obligaciones de soportar los gastos seguirán correspondiendo al deudor o al tercero propietario del inmueble, como ocurriría en la prenda fructífera.

anticresis compensatoria que únicamente produce sus efectos en relación con los intereses.

En la regulación descrita por la Ley 471 CN se está previendo que alguien que recibió un capital (dinerario) de otro, le ceda el uso de algo por un tiempo determinado y en pago de ese capital, situación que como decimos más se sitúa en la proximidad de los contratos arrendaticios que propiamente en los de garantía. De hecho como ya hemos señalado más arriba en algún país iberoamericano viene utilizándose la anticresis precisamente con la finalidad que se describe en este precepto.

12.- EXTINCIÓN DE LA ANTICRESIS.

En el epígrafe 4.4.2 de este trabajo nos hemos referido a la circunstancia de que el derecho de anticresis siempre se encontrará vinculado a la existencia de una deuda principal, allí ya hemos concluido que se trata de un derecho accesorio de una obligación principal por lo que se encontrará siempre vinculada a la misma. De ahí que todos los autores, que siempre se refieren muy brevemente a la extinción de este derecho, prácticamente se limitan a citar que la anticresis se extinguirá tanto por la extinción de la deuda como por los modos de extinguirse los derechos reales⁷²².

Obviamente otro de los cauces de la extinción del derecho anticrético sería por la ejecución del mismo si reconociésemos que la facultad de realización de valor forma parte de su propia naturaleza en tanto que derecho real de garantía, este tema es cuestión que hemos tratado en un apartado específico⁷²³ para concluir que a la anticresis sometida a la regulación del CCE no le puede ser reconocida tal facultad, y que por el contrario eso es innegable para la anticresis regulada en el CCCat si bien de ella cabe poner en duda que se trate de una facultad esencial propia de ese derecho. Nos remitimos pues a ese apartado dando por reproducido aquí lo allí manifestado.

12.1.- LA EXTINCIÓN DE LA ANTICRESIS POR LA EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN.

Hemos concluido más arriba que en nuestra opinión la anticresis es, sustancialmente, un cauce para el pago de una deuda, sea por ello su naturaleza de derecho real de goce o sea un derecho de garantía, tal y como tradicionalmente ha sido estimada y calificada por los propios códigos civiles. Lo cierto es que extinguiéndose la deuda principal, se extingue *ope legis* el derecho de anticresis.

⁷²² Entre todos, LACRUZ BERDEJO, J.L., ob., cit., pág., 45.

⁷²³ Epígrafe 4.1.2

Desde luego a la extinción de la obligación le será aplicable la teoría general de las obligaciones, pero pensamos que existe una circunstancia que debe ser tratada específicamente dado que es la propia finalidad de este contrato: es la extinción de la obligación por medio de la amortización mediante la percepción de frutos.

12.1.1.- Extinción por efecto de la amortización mediante la percepción de frutos.

La anticresis de amortización se constituye para que el acreedor, mediante la percepción de los frutos, pueda ir pagando los intereses de la deuda y en su caso del capital. Es pues la amortización total de la deuda uno de los fines perseguidos, sin duda el principal, y por tanto en estos casos será el vehículo natural para la extinción de la obligación: En el preciso momento en que el acreedor, mediante los frutos obtenidos, haya alcanzado a percibir todo lo que se le debe, la deuda quedará extinguida y como consecuencia también la propia anticresis. Subsiguientemente deberá el acreedor reponer el inmueble a su deudor, junto con todos los frutos que se generen a partir de ese instante.

Nada disponen los códigos sobre la forma de proceder llegada la extinción de este derecho, y para ese caso entendemos nosotros que resultarán de aplicación analógica las soluciones estimadas para el usufructo, toda vez que en ambos casos estaríamos hablando de sendos derechos reales en los que, en ambos casos, mediante entrega de la posesión se separa el *ius fruendi* del derecho de propiedad (aunque es cierto que en el caso del usufructo, la facultad de goce adquirida por el usufructuario es superior al *ius fruendi* que adquiere el anticresista en la anticresis).

En su consecuencia, aplicando analógicamente, lo que viene a ser aceptado o dispuesto para el usufructo, podremos afirmar que en el mismo instante en que se extinga el derecho de anticresis, el deudor propietario readquiere, *ipso iure*, la

posesión del inmueble⁷²⁴. De forma que vencida la anticresis y recuperando automáticamente el propietario la integridad del dominio sobre la finca, si el acreedor conserva la posesión material del inmueble será ésta una posesión desprovista de título⁷²⁵.

Y en este mismo sentido RIVERO⁷²⁶, quien también refiriéndose al usufructo sostiene que tanto la extinción propiamente del derecho como la reintegración del *ius fruendi* en la propiedad se producen de manera automática e instantánea, sin necesidad de que se formule ninguna clase de acto jurídico *ad hoc*, por ser un efecto que se deriva de la propia extinción del derecho; cosa diferente serán las consecuencias que de esa extinción se deriven.

En este mismo sentido la STS de 19 de Noviembre de 1958⁷²⁷:

“(...) lo que no ocurre con la entrega de la cosa usufructuada, que más que consecuencia de una obligación personal, aun teniendo su origen en el contrato constitutivo del usufructo, es un efecto inmediato y directo del poder atractivo del derecho real de nuda propiedad en que tienen su raíz y virtualmente se comprenden las facultades integrantes del derecho de usufructo y cuya reversión se produce “*ipso jure*” y de igual manera automática que la extinción del mismo; y si bien es cierto que al usufructuario asiste, según el citado artículo 522 en relación con el 502 del repetido Código, el derecho de retención de la cosa hasta reintegrarse de los desembolsos que le fueren de abono, ello ni impide la extinción del usufructo, sino que la supone, ni tiene otro alcance, dados los términos del citado artículo 502, que un derecho de garantía, que cesa en el momento mismo en que queden reintegrados aquellos desembolsos, bien con los productos de la cosa, bien mediante su pago por el propietario o un tercero, dando lugar en todo caso, mientras persista, a una posesión en nombre del dueño...”.

⁷²⁴Este efecto es el que estiman que se produce, para el caso del usufructo, Díez-PICAZO, L y GULLÓN, A. en, ob., cit., pág., 348.

⁷²⁵ También refiriéndose al usufructo, DORAL GARCÍA DE PAZOS, JOSÉ ANTONIO. “Artículos 476 a 478”. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Editorial EDERSA. Madrid 1980. Tomo VII. Volumen 1. Pág., 153.

⁷²⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, F. ob., cit., Pág., 647.

⁷²⁷ RJ 4032.

Y eso entendemos que es enteramente trasladable a lo que ocurre en la anticresis, de manera que el *ius fruendi* que se separó de la propiedad al tiempo de constituirla, se reintegrará en la misma cuando esa anticresis se extinga, sea por cumplimiento o por transcurso del plazo. Llegados a ese punto deberá entrarse en la fase liquidatoria del contrato.

En los supuestos de incumplimiento, la posesión no la readquiere el propietario porque *ope legis* surge un derecho de retención⁷²⁸.

12.1.2.- Extinción por pago anticipado.

La anticresis también pudiera extinguirse mediante el pago anticipado de la deuda o redención, como consecuencia de que el deudor de forma anticipada proceda al pago íntegro de la deuda, en cuyo caso obviamente se extinguirá la anticresis toda vez que su única razón de ser es, precisamente, ser el cauce de la misma. Entendemos que dicho pago anticipado deberá haber sido previsto al tiempo de la constitución del derecho, o bien ser admitido por el acreedor, puesto que en otro caso resultará de aplicación el art. 1.127 del CCE. CARRASCO, refiriéndose a la redención de la hipoteca en garantía de rentas ofrece una solución similar al entender que la redención es posible en el censo porque la garantía es perpetua o indefinida, pero en la hipoteca debe estar pactada expresamente pues en otro caso no se encuentra contemplada tal posibilidad⁷²⁹.

Recordemos que tan solo hubo un código, el de Perú, que inicialmente previó esta facultad del deudor para poder satisfacer en cualquier momento el importe de la deuda y recuperar así la posesión del inmueble⁷³⁰. Previsión que en la actualidad no se contempla en el código vigente.

⁷²⁸ Vid. 9.2.1

⁷²⁹ CARRASCO PERERA, A ob., cit., pág., 560.

⁷³⁰ Supra 2.3.1.2

12.2.- EXTINCIÓN DEL DERECHO DE ANTICRESIS POR EXTINCIÓN DEL DERECHO REAL.

El CCCat explicita en su art. 532-1 la causas de extinción de los derechos reales en general, indicando que los derechos reales se extinguen además de en los casos previstos expresamente para cada derecho por la propia ley o por su título de constitución, por la pérdida del bien, la consolidación y la renuncia de su titular, y éstas serían las mismas causas que sin estar expresamente citadas en el CCE en el ámbito de un precepto que recoja las causas generales de extinción para los derechos reales, la doctrina ha venido a reconocer como aplicables a todos los derechos reales limitados⁷³¹.

Para el derecho real de anticresis, ninguno de los códigos prevé una causa específica de extinción del derecho, extinción independiente del de la propia obligación, por lo que deberemos sujetarnos a las causas generales de extinción aplicables a los derechos reales limitados.

12.2.1.- Extinción de la anticresis por vencimiento del plazo para el que fue constituida.

En el ámbito del vínculo causal que puede existir entre el crédito o deuda principal y el propio derecho de anticresis, vínculo o dependencia que resulta evidente en la medida en que no puede admitirse la existencia del derecho real si no hay deuda principal, tiene la anticresis una característica que le es propia,

⁷³¹Podemos ver en este sentido DÍEZ PICAZO, J.L. y GULLÓN, A. ob., cit., pág., 69; si bien en ese caso recogen dos supuestos más, que serían la expropiación, que podemos entender que se encontraría recogida en el supuesto de pérdida, y la revocación del título de adquisición, que más nos parece que es un supuesto de nulidad que de extinción propiamente dicha, siendo la revocación causa de extinción de un derecho real tan solo en la donación, por lo que entendemos que no debe incluirse como causa general de extinción de los derechos reales.

En el mismo sentido, PUIG BRUTAU, JOSÉ. *Compendio de Derecho Civil*. Bosch, Casa Editorial, S.A.. Barcelona. 1989. 1ª Edición. Volumen III. Pág., 138 y ss. Y en la pág., 142 en cuanto a la revocación como causa de extinción de los derechos reales adquiridos por donación.

Y por último, LACRUZ BERDEJO, J.L. ob., cit., pág., 219.

sólo de ella, y a la que ya hemos aludido más arriba, pero que aquí toma de nuevo relevancia: La anticresis es un derecho que despliega todos sus efectos, los que le son propios, no los que se derivan de la posterior retención, cuando la deuda principal no se encuentra incumplida; es ciertamente un vehículo para el cumplimiento, no un remedio ante el incumplimiento (aunque, cierto es, puede convenirse para solucionar un incumplimiento previo, en cuyo caso se estaría novando una relación obligatoria anterior), de forma que no forzosamente su plazo de vigencia tiene que coincidir exactamente con el vencimiento de la obligación.

La anticresis debe ser constituida por un plazo concreto o determinado, de manera que al vencimiento del mismo la deuda resulte también vencida y deba procederse a la liquidación final de la misma; o puede resultar constituida por un plazo más breve que el vencimiento de la propia obligación de pago: Eso podrá darse bien por acuerdo expreso entre las partes, que hayan convenido un vencimiento de la deuda más allá del plazo por el que se cede el *ius fruendi* del inmueble; o puede venir dado por el propio título del constituyente, así cuando el usufructuario constituyente de la anticresis fallece antes del vencimiento de la deuda: el nudo propietario en ese caso recuperará la plena propiedad que le deberá ser repuesta por el acreedor anticrético perdiendo la posesión de la finca, y la deuda que se transmite a los herederos del fallecido permanecerá plenamente vigente sin sufrir alteración alguna sobre su propio plazo y condiciones.

Desde luego en el caso en que la anticresis hubiera sido convenida sin indicación de plazo, ni la deuda tenga tampoco plazo de vencimiento expresamente estipulado, entonces resultará de aplicación cuanto ya hemos expuesto en el epígrafe 5.4 de este trabajo, es decir no puede existir ni una deuda sin vencimiento, ni un derecho real limitado que separe el *ius fruendi* de la propiedad también de manera indefinida. La deuda podrá ser exigida por en el plazo que se infiera de su propia naturaleza o de manera inmediata, y la anticresis deberá entenderse que se encuentra sujeta a ese mismo plazo, teniendo presente especialmente cuanto disponen los arts., 1.113 y 1.128 del CCE.

12.2.2.- Extinción por pérdida o destrucción del inmueble.

12.2.2.1.- Pérdida y subrogación real.

Siguiendo la tesis expuesta por DÍEZ-PICAZO⁷³², la *pérdida total de la cosa* aparece citada en el CCE como causa de extinción de muchos de los derechos reales (art. 460 para la posesión, 513 en el usufructo, 1.625 para los censos, etc.), y también ahora es contemplada de forma expresa como causa general de extinción de los derechos reales en el CCCat, arts., 532-1 y 532-2.

La expresión *pérdida total*, nos señala este autor, no debe entenderse como la destrucción total de un inmueble o su desaparición, cosa que además frecuentemente no se produce puesto que en todo caso los inmuebles pueden transformarse más que destruirse, sino que debe entenderse como la imposibilidad de ser el inmueble utilizado conforme a su destino, puede llegar a suceder que el inmueble no sufra alteración física alguna pero que quede afectado de tal manera por alguna disposición jurídica que lo haga totalmente inhábil para su destino económico. Así aunque jurídicamente pueda ser utilizada la expresión *pérdida de la cosa*, lo que de verdad se nos está señalando es la imposibilidad de su uso conforme a su función o a su destino económico⁷³³, y así mismo lo determina expresamente el CCCat. en su art. 532-1.

Y esta circunstancia desde luego resulta especialmente aplicable a la anticresis cuando precisamente su única finalidad es la obtención de los frutos con arreglo a su destino económico, y que como hemos señalado más arriba⁷³⁴ no abarcaría a los otros productos o rendimientos que no fueran propios de ese destino económico. Pues bien, deberá entenderse que si la finca pierde ese destino económico, ya sea por su alteración física o por una alteración jurídica que la inhabilite –suelo agrario que ha sido declarado urbano-, o el bien inmueble ha resultado expropiado, en todos esos supuestos la anticresis se extinguiría.

⁷³²DÍEZ PICAZO, J.L.. ob., cit., pág., 994 y ss.

⁷³³Ibídem, pág., 996. En este mismo sentido, PUIG BRUTAU, J, ob., cit., pág., 138.

⁷³⁴ Supra Tema 6.

Claro que entonces deberemos plantearnos la cuestión, no debatida en sede de anticresis pero si cuestionada en la de otros derechos reales de goce o de garantía, de qué ocurre con el principio de subrogación real. Qué ocurre si por cualquiera de esas causas, la propiedad terminara percibiendo una indemnización o precio por la pérdida del inmueble o por su expropiación. Esta cuestión en principio la resuelve también el CCCat. al indicarnos en su art. 532-2 que el derecho real limitado subsiste, en los supuestos de subrogación real, sobre las indemnizaciones percibidas por los seguros o por la expropiación de los bienes.

Con independencia del debate que puede plantearse relativo a si se trata de una verdadera subrogación real⁷³⁵, lo cierto es que la ley ofrece soluciones diferentes según el derecho real de que se trate: Así los arts., 109 y 110 de la ley hipotecaria vienen a afectar el importe obtenido como precio en la expropiación o

⁷³⁵ En este sentido, ROCA SASTRE, R y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. ob., cit., pág., 575 : “ En la indemnización por siniestro asegurado de cosa hipotecada, ¿puede hablarse propiamente de subrogación real? Si atendemos a la letra de los arts., 109 y 110 de la Ley Hipotecaria la contestación ha de ser afirmativa, pues disponen que la hipoteca se *extiende* a la indemnización, entendiéndose *hipotecada juntamente* con la finca. Pero en rigor no es posible sostener que exactamente sea así. La hipoteca no puede sobrevivir a la pérdida de la cosa inmueble hipotecada, de modo que se extingue *ex peremptione rei*, si bien, por convenio entre hipotecante y acreedor, cabe subrogarla en otro bien inmueble. Así, en el caso de indemnización por seguro, no es posible que la hipoteca se subrogue sobre el derecho de crédito resultante por razón de la indemnización debida por el asegurador, ni sobre el importe hecho efectivo de tal indemnización, por cuanto en ambos casos se trata de bienes muebles y estos no son susceptibles de hipoteca en nuestro Derecho.

(...)

Esto así, la transmutación de la hipoteca en una prenda parece poner en entredicho la tesis de la subrogación real, ya que es esencial en ésta la inmutabilidad o identidad de la relación jurídica, a pesar del cambio o sustitución de la cosa afectada. No obstante, creemos que puede salvarse aquí la figura de la subrogación real si se tiene en cuenta la identidad de la hipoteca y de la prenda en su función general de garantía del cumplimiento de una obligación, demostrada por la nota común a ambas figuras de ser derechos de realización de valor, armados los dos del *ius distrahendi*. Si bien sufre una alteración aquella relación jurídica de afección sobre las cosas cambiadas, en el fondo subsiste en su función esencial de garantía”.

Sobre esta misma cuestión, MARÍN PADILLA, M^a LUISA. “El principio general de la subrogación real en los derechos reales de garantía y goce”. RCDI n° 529. Noviembre-Diciembre 1978, págs., 1.149-1.201.

como indemnización por el seguro al pago del capital asegurado con la hipoteca, y nos parece evidente que esa debe ser la solución toda vez que en la hipoteca el elemento sustancial de la garantía es la realización de valor, de forma que cuando esta realización deviene en imposible por destrucción o desaparición del objeto, pero en su lugar aparece efectivamente el valor del mismo, resulta lógico aplicar ese valor a la función de garantía a la que se habría afectado el inmueble⁷³⁶.

Lo cierto es que en el caso de la anticresis en el ámbito del CCE, y negándole como le negamos que conlleve la facultad de realización de valor, no podrá afectarse ese valor efectivamente recibido como sustitutivo del inmueble destruido al pago del capital adeudado, puesto que el acreedor anticresista no recibió el inmueble con esa función económica, y por ello no podrá aplicarse la extensión de la responsabilidad que prevén los arts., 109 y 110 de la ley hipotecaria a ese derecho⁷³⁷. Sin embargo no podemos dejar de manifestar que si tradicionalmente ha venido considerándose que el derecho de anticresis es un derecho real de garantía que conlleva *ius distrahendi*, entonces en ese caso le resultarían perfectamente aplicables esos preceptos.

Por esta razón entendemos que una solución distinta se nos ofrece para el derecho catalán, en donde la facultad de realización de valor se encuentra reconocida, si la anticresis resultó efectivamente inscrita en el Registro de la Propiedad (y no si carece de tal inscripción): pues en este caso entendemos que le deberán resultar aplicables los referidos artículos puesto que la anticresis en ese caso cumpliría una función de garantía, ante el incumplimiento, similar a la de la hipoteca⁷³⁸.

⁷³⁶ MARIN PADILLA, M^a L. loc., cit., pág., 1.167.

⁷³⁷ Por supuesto no sería la misma solución si el seguro no se hubiera establecido sobre el inmueble sino sobre los frutos, en cuyo caso sí entonces la indemnización reemplazaría a los frutos.

⁷³⁸ Posición que resulta conforme con la establecida por ROCA SASTRE, R y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L, según la nota anterior transcrita.

12.2.2.2.- Efecto de la pérdida del inmueble en la anticresis sujeta al CCE y en la anticresis no inscrita sujeta al CCCat.

Así, no pudiendo encontrar solución para la anticresis del CCE o para la no inscrita del CCCat en el ámbito de la garantía hipotecaria, deberemos plantearnos a qué otras figuras podemos remitirnos para la aplicación analógica de su solución. Lo cierto es que hasta el momento hemos venido utilizando como figura analógica el derecho de usufructo, en tanto que refleja la separación del *ius fruendi* del derecho de propiedad, pero no deja de ser cierto que el alcance del usufructo es mucho más amplio que el estricto *ius fruendi* de la anticresis; además la regulación que ofrecen los códigos en cuanto al usufructo es una regulación que afecta a toda clase de bienes en general, desde luego sin perjuicio de las disposiciones particulares que puedan darse con arreglo a la naturaleza propia de cada uno de ellos, pero el derecho se concibe de forma genérica y luego se concreta o particulariza en cada tipo de bien. Junto al usufructo encontramos también, como derecho del que pudiéramos tomar analogía, el censo: este derecho recae siempre sobre bienes inmuebles, y en su función económica no es desdeñable la función de garantía que cumple respecto a la devolución del capital (especialmente el enfiteútico con pensión de frutos).

¿En qué resultan coincidentes usufructo sobre inmueble y anticresis?: en que ambos otorgan solo un derecho de goce, por lo que en ambos casos nos encontramos una situación de convivencia entre propietario (nudo propietario) y usufructuario o acreedor anticrético. Y ello conlleva situaciones próximas relativas al mantenimiento y conservación del inmueble, o la obligación de no alterar el destino económico y sustancia de esa finca, obligaciones de pago por inversiones y mejoras, etc., y por último que ambos son dos derechos temporales.

Con el censo, y refiriéndonos al enfiteútico que quizás es el más similar, una primera aproximación nos diría que aparentemente las coincidencias son mucho menores. Coinciden en que ambos pueden recaer exclusivamente sobre inmuebles, y en que en cuanto a los frutos el censalista tiene derecho a percibir una parte del rendimiento de la finca en concepto de pensión; pero desde luego se diferencian en que esos frutos los adquiere el censatario que tiene

una obligación de entrega y solo mediante la entrega cumple con el pago, en cambio en la anticresis el anticresista percibe los frutos y eso ya produce *ipso iure* el pago, otra cosa es la rendición de cuentas y la liquidación. En la anticresis se perciben los frutos en pago de la deuda, en el censo el censatario destinará una parte de los frutos para pagar la pensión a su acreedor. Y si esa diferencia ya resulta esencial, más lo es que el censalista cuando entrega el inmueble transmite su propiedad pasando ésta al censatario, quien por ello y como pleno propietario podrá realizar toda clase de alteraciones y disposiciones y también modificar el destino económico del inmueble. En la anticresis el deudor entrega y sigue siendo pleno propietario, encontrándose el anticresista especialmente limitado su derecho a la explotación y percepción de los frutos. Y por último si estamos hablando de los supuestos en que no reconocemos la facultad de realización de valor, tampoco entonces coincide la función económica de garantía que puede ser apreciada en el censo, de conformidad con el art. 1.633 del CCE y 565-9 del CCCat.

Sin embargo pese a esas diferencias que pueden ser esenciales porque los destinatarios finales de los frutos aparentemente ocupan posiciones jurídico subjetivas opuestas (en la anticresis, el acreedor –y por tanto acreedor de los frutos- los percibe directamente; en el censo, el censalista –también aparente acreedor de los frutos- debe esperar a que le sean entregados porque la percepción es del censatario), es en cierta manera un trampantojo, puesto que al contrario de lo que aparenta, respecto de los frutos, censalista y deudor anticrético ocupan una posición muy similar: a los dos se les va a pagar la pérdida de su propiedad o de su posesión mediante los frutos (al censalista se le entregarán físicamente, al deudor anticrético mediante la aplicación de esos frutos a la reducción de la deuda; pero ambos obtienen un beneficio patrimonial con esos frutos). Y además démonos cuenta que ante la destrucción parcial del inmueble⁷³⁹, si el derecho real se extingue, ellos recuperarán la plena propiedad del inmueble⁷⁴⁰.

⁷³⁹Es ésta quizás la reminiscencia más clara de la división de la propiedad en dominio útil y dominio directo. Lo cierto es que se hace difícil imaginar una desaparición total de un inmueble (se suelen poner ejemplos tales como la inundación por la alteración en el cauce de un río), pero si esta extinción se produce de manera parcial el censatario podrá liberarse del censo reponiendo la propiedad. (art. 1.665 CCE).

Por la constitución del censo el censatario adquiere la propiedad y con ella el derecho a explotar el inmueble y adquiere por ello el derecho a los frutos como le sucede al acreedor anticrético, y ambos perciben los frutos en origen; pero así como en la anticresis –que es un derecho temporal⁷⁴¹- la *contraprestación* que recibe el propietario constituyente es la reducción de la deuda, igualmente para el censalista constituyente –que es un derecho permanente- la *contraprestación* es el cobro de una parte de los frutos, pero en ambos casos quien tienen el *ius fruendi* es quien recibe la posesión del inmueble (en origen, además al censatario tampoco se le consideraba pleno propietario). El paralelismo en las figuras lo podemos encontrar si situamos por un lado a acreedor anticrético y censatario, y por el otro al deudor anticrético y al censalista. Ahí está el trampantojo, porque la tendencia natural quizás sea equiparar al acreedor anticrético quien adquiere el *ius fruendi*, con el censalista porque éste aparentemente adquiere el derecho a percibir una parte de los frutos (pero, insistimos, estos frutos los recibe en pago, pues quien ha adquirido un *ius fruendi* equivalente al del acreedor anticrético es el censatario). La equiparación debiera ser poseedor anticrético/censatario frente a propietario anticresista/censalista.

Desde esta perspectiva entonces sí podemos entender que la figura del censo enfiteúutico conforme al CCE y la anticresis mantienen importantes similitudes, puesto que en ambos el titular de los respectivos derechos percibe unos frutos que van a ser empleados bien en pagar un canon bien en reducir una deuda.

Sin embargo esta similitud funcional, termina por romperse. Cuando menos como consecuencia de la declaración que venimos haciendo conforme el acreedor anticrético no dispone de *ius distrahendi*. La función de garantía en el censo en tanto que el valor del inmueble responde del capital recibido por el censatario no admite discusión, y en su consecuencia la solución que se ofrece en el censo a los supuestos en que en reemplazo del inmueble perdido se recibe un capital por

⁷⁴⁰O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER. “Artículos 1.625 y 1626”. *Comentarios al código Civil y compilaciones forales*. Editorial Edersa. Madrid 1982. Pág., 106).

⁷⁴¹Supra 12.2.1

seguro o indemnización, es la extensión de la garantía a ese capital recibido⁷⁴². Solución muy similar a la que se establece para la hipoteca. Por ello, podremos admitir que esa solución es válida para la anticresis regulada en derecho catalán (y que hubiese resultado inscrita), pero no adecuada para la anticresis del CCE.

12.2.2.3.-¿ Aplicación analógica de la subrogación real prevista en el usufructo a la anticresis?.

Toda vez que la anticresis no responde a un derecho de garantía de realización de valor y tomando en consideración su apariencia como derecho real de goce, pensamos que la referencia al usufructo resulta obligada⁷⁴³, debiendo acudir a lo que se prevé en los supuestos de extinción del objeto de un usufructo para examinar si cabe trasladar esas mismas previsiones a la anticresis en el ánimo de solucionar el vacío existente. Y lo primero que deberá determinarse en el supuesto de destrucción del inmueble anticrético, es si éste se encontraba o no asegurado, o en el caso de cambio de destino, bien por expropiación bien por disposición legal, ha dado lugar a la percepción por el propietario de algún tipo de indemnización.

Los supuestos de extinción del usufructo a las indemnizaciones percibidas por destrucción del objeto se regulan, con soluciones bien diferenciadas, en el CCE en sus arts., 518 y 519, y en el 561-18 del CCCat. Conforme al art. 518 CCE, la extensión del derecho de usufructo se configuraría como una verdadera subrogación real, perfecta para el supuesto previsto en su primer apartado, por cuanto el derecho de usufructo no se extingue sino que se reemplaza el objeto; subrogación real imperfecta para los supuestos en que el objeto no es reemplazado sino que verdaderamente se constituye un nuevo derecho subjetivo, que reemplaza al anterior, pero sobre un objeto francamente diferenciado: la

⁷⁴²Para MARÍN PADILLA ,L. loc., cit., pág., 1.187, se trata de un claro supuesto de subrogación real, al igual que en la hipoteca y pese a que el CCE utilice la expresión *revivir* cuyo concepto es antagónico al de subrogación real.

⁷⁴³LUCAS ESTEVE, A. ob., cit., pág., 256.

indemnización⁷⁴⁴. Sin embargo no existirá subrogación real en el supuesto en que el usufructuario, por no haber participado en el establecimiento del seguro, conservara su derecho tan solo en seguir gozando de la finca y de los materiales⁷⁴⁵. Se trata por tanto de poder determinar si en la anticresis, podrá darse esa subrogación real o siempre que se destruya el objeto se producirá una extinción del derecho.

a) *No existiendo indemnización o precio sustitutorio*: En el supuesto en que esa indemnización no existiese, resultaría de aplicación lo dispuesto en el art. 517 del CCE y 561-17 del CCCat, en el bien entendido que trasladados a la anticresis significan la extinción, total o parcial, de este derecho, pues de la misma forma que en el usufructo éste solo se mantendrá bien en la parte que reste del inmueble, dado que en la anticresis el derecho de uso se limita a la percepción de frutos, si ésta sigue produciéndose parcialmente se deberá entender que el derecho se conserva en esa parte, pero si los frutos no pueden seguirse generando con arreglo al destino económico que el inmueble tenía, deberá darse por extinguido el derecho anticrético (no así, desde luego la obligación, en tanto que la anticresis no se constituyó *en pago*, sino *para pago*).

b) *Existiendo indemnización o precio que venga a sustituir el valor del inmueble*: Cosa distinta será el supuesto en que pueda existir una indemnización que cubra el valor de lo derruido o expropiado, y entonces resultará cuestionable si no existiendo *ius distrahendi*, por estar constituida la anticresis con arreglo al CCE o estándolo de conformidad con el CCCat el título no fue inscrito (por lo que carecería de esa facultad de realización de valor), si el importe recibido por el propietario debe quedar afecto a la garantía anticrética. Afección que no puede tender a asegurar el pago del capital adeudado por extensión o subrogación, puesto que ya hemos señalado que esa no es la finalidad del contrato de anticresis, ni el valor de la finca es el objeto del derecho, sino tan solo sus frutos. Por ello en todo caso la afección deberá ir dirigida a los frutos que ese capital pueda producir, es decir a los intereses y si sobre éstos tendría el acreedor

⁷⁴⁴GARCÍA-BERNARDO LANDETA, ALFREDO. *La Subrogación real en el Derecho Común Español*. Editorial, Colegios Notariales de España. Madrid.2000. pág., 181.

⁷⁴⁵MARIN PADILLA, I. loc., cit., pág., 1.177.

anticrético un derecho a su percepción, toda vez que ese capital habrá sustituido al propio bien inmueble o a su destino económico. Esta situación sería la que queda contemplada para el usufructo en los arts., 518 CCE y 561-18 del CCCat para el usufructo, con soluciones ciertamente diferenciadas.

Con arreglo al CCE cabrá entender que efectivamente si el propietario y usufructuario fueran ambos titulares del seguro, éste último mediando la subrogación real conservaría el derecho al goce del inmueble en caso de reconstrucción y a los intereses del capital percibido si tal reconstrucción no se llevara a cabo. ¿Será ésta pues la solución que deberá aplicarse a la anticresis en la que concurren idénticas circunstancias?. Si acreedor y deudor han convenido conjuntamente en la constitución de un seguro sobre el inmueble, está claro que lo habrán hecho pensando en la conservación y mantenimiento del mismo y con la intención de que en el supuesto en que la finca sufra daños de tal entidad que disminuyen o eliminan los frutos, esos daños puedan ser reparados, y si en la realidad no llegaran a repararse parece equitativo aplicar el mismo principio que se aplica en los supuestos en que en el usufructo no se reedifica, de forma que efectivamente los intereses debieran ser aplicados, en sustitución de los frutos, al pago de la deuda anticrética; y ello aunque ciertamente se produce una clara disfunción en cuanto que la naturaleza de la anticresis exige que los frutos procedan de un bien inmueble y en el presente caso estarían proviniendo de un capital, es decir de un bien mueble. Estaríamos aplicando pues una institución sobre un objeto respecto de la que es incompatible. Pero si no lo aceptamos así resultará que destruido el inmueble la anticresis se extingue de forma definitiva, y ello puede favorecer manifiestamente al deudor que pasaría a percibir unos frutos que tenía afectados al pago de una deuda. Como hemos señalado más arriba algo similar sucede con la extensión de la hipoteca al capital asegurado, supuesto en el que ROCA SASTRE determina que aunque pueda estimarse que la naturaleza del derecho pudiera haber cambiado para pasar a ser una prenda, deberemos entender que efectivamente se ha producido una subrogación real⁷⁴⁶

⁷⁴⁶ Véase nota de cita de ROCA SASTRE, R y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L, en el epígrafe 12.2.2.1

El citado artículo prevé además otros dos supuestos, para el caso en que el seguro hubiera estado concertado por tan solo una de las partes. Si el seguro hubiera estado tomado por el propio acreedor anticrético, su finalidad solo sería una: cubrir la falta de diligencia del propio acreedor en la conservación del inmueble, y por tanto el importe asegurado deberá ser reinvertido en la reconstrucción del mismo, y reconstruido éste el acreedor de nuevo podrá percibir los frutos y por el mismo mecanismo de la subrogación real (igual solución si acreedor y propietario voluntariamente decidieran no reedificar).

Y si el acreedor optase por no reedificar, el derecho se extinguiría, la propiedad recuperaría la posesión de la parte restante del inmueble y el acreedor se vería obligado a indemnizar por su falta de diligencia.

Si la destrucción no se ha producido por su falta, sobre ese seguro entendemos que el propietario no tendrá derecho alguno, debiendo él soportar la pérdida de la finca, y extinguiéndose la anticresis más no la deuda con ella garantizada.

Sin embargo y pese a cuanto hemos transcrito, retomando de nuevo la naturaleza del propio derecho de anticresis, éste se diferencia de la hipoteca, censo y usufructo, en que ni es un auténtico derecho de garantía ni es tampoco un derecho de goce pleno, siendo cierto que comparte con ellos el aseguramiento del cumplimiento de una obligación y el acceso a la posesión del bien para con sus frutos poder el acreedor cobrar su crédito, pero hemos concluido más arriba que para nosotros el derecho de anticresis es ante todo un derecho real de goce en función de pago⁷⁴⁷, en donde el acreedor poseerá la finca no con amplias facultades de uso sino exclusivamente para la obtención de esos frutos, el objeto del derecho de anticresis no es la finca sino que lo son los frutos, lo que sucede es que para percibir los frutos se hace necesario poseer la finca.

Cuando en el usufructo el objeto se destruye se corre el riesgo de que el derecho de usufructo se extinga, y por tanto habrá que entrar en examinar cuales son *los restos* que quedan de esa situación para examinar de que forma el derecho del usufructuario puede o no haber perecido y en qué medida el nudo propietario

⁷⁴⁷Epígrafe 4..3

podiera encontrarse en situación más favorable que antes de la destrucción de ese objeto. Pero eso no sucede así en la anticresis, el deudor propietario siempre responderá universalmente con todos sus bienes del pago de la deuda asegurada con anticresis, de manera que el inmueble se destruya no le puede beneficiar en absoluto la deuda permanece de forma íntegra, afectando al resto de su patrimonio. El sentido que puede tener la constitución de un seguro que cubra la pérdida del inmueble en el usufructo y en la anticresis es enteramente diferente. El usufructo, habitualmente, es un derecho constituido por la vida del usufructuario y durante esa vida, que es incierta, el usufructuario adquiere la obligación de conservarlo íntegramente y a su extinción, el nudo propietario readquirirá la plena propiedad debiendo responder el usufructuario o sus causahabientes de los daños que se le hubieran podido producir al objeto. El seguro (que no es de constitución obligatoria, pero probablemente si diligente en la legislación española⁷⁴⁸, sí lo es de conformidad con la legislación catalana (561-18.1 CCCat)), tiende a cubrir la responsabilidad de restitución del usufructuario y a reemplazar el objeto del usufructo en los supuestos de extinción sin culpa. Esta misma situación no tiene por qué reproducirse en la anticresis que, como venimos señalando, no es estrictamente un derecho de goce puro y simple, sino que es el cauce –a través del goce- mediante el que se instrumenta la hipotética satisfacción de una deuda (hipotética puesto que desde luego la explotación conlleva una dosis de *áleas* que es lo que provoca que sea un medio para el pago y no un pago), y si el objeto se destruye sin culpa del acreedor el derecho se extinguirá sin generarse consecuencia alguna (la obligación de pago del deudor no se verá afectada y permanecerá) y si el objeto se destruye por negligencia del acreedor/poseedor, desde luego aparecerá la obligación de responder de los daños y perjuicios producidos, entre los que deberán calcularse los frutos dejados de producir y que hubieran servido para compensar o incluso pagar la deuda y el derecho de anticresis quedará extinguido.

No creemos pues que las soluciones que se ofrecen en el usufructo para los supuestos de extinción del inmueble coexistiendo un seguro, resulten trasladables a la anticresis puesto que la necesidad de buscar una subrogación

⁷⁴⁸ Así lo estima RIVERO HERNÁNDEZ, F. ob., cit., pág., ., 441.

real del objeto usufructuado en la indemnización percibida no es trasladable a la anticresis dada la distinta finalidad de ambos derechos; y en la anticresis, y en eso sí coincidiendo con el censo (art. 1.625 CCE y 565-11.2 CCCat), habrá que entender que el derecho se ha extinguido por la propia destrucción del inmueble.

Ahora bien los efectos de la pérdida del objeto en principio no afectarán a la relación obligatoria, aunque entendemos que sí pueden hacerla inmediatamente exigible, si es que el plazo para el pago de la misma quedó vinculado a la duración de la propia anticresis. Si obligación de pago quedó vinculado a la vigencia de la garantía anticrética, extinguida ésta habrá que entender que la obligación resultará inmediatamente exigible por aplicación de lo dispuesto en el art. 1.129.3º del CCE.

12.2.3.- La renuncia.

Es supuesto general de la extinción de los derechos reales la renuncia por su titular, y no parece que haya obstáculo en admitir esa posibilidad para el anticresista. En su examen no debemos pasar por alto dejar de hacer referencia a los efectos del art. 1.883 del CCE⁷⁴⁹, porque no es exactamente lo mismo la renuncia al derecho de anticresis que la renuncia a la posesión de la finca o a su explotación directa. En méritos del contrato de anticresis las partes resultan recíprocamente obligadas, y el acreedor no sólo queda sujeto a la obligación de explotar eficazmente la finca sino que además puede haber quedado obligado (no siempre) a estar y pasar por el sistema de amortización de la deuda y de los intereses convenidos en ese contrato.

Efectivamente entendemos que el derecho real de anticresis como cualquier otro derecho real es renunciable, en cuyo caso el deudor recuperará el pleno goce de la finca y el crédito pasará a ser un crédito ordinario. Y como hemos señalado más arriba, pese a que el art. 1.883.1 señala que la renuncia es posible salvo pacto en contrario, y frente a lo sostenido por muchos autores quienes interpretan que si existe pacto al efecto tal renuncia no es posible, nosotros

⁷⁴⁹ Véase Supra epígrafe 7.3.1

entendemos que esa expresión no debe ser interpretada de esta forma sino que su significado es que la renuncia o pérdida de la posesión de la finca y su readquisición por el deudor *habitualmente* producirá la extinción del derecho real de anticresis *salvo pacto en contrario*, en cuyo caso la anticresis se mantendrá siendo el deudor (a pesar de ser el propietario) un mero detentador del inmueble.

Como señalamos si las partes no hubieran previsto esta situación la ley admite que el acreedor se libere de ellas perdiendo todas las otras ventajas que ese derecho le confería. Es por ello que para el supuesto en que tal renuncia suponga la extinción efectiva de la anticresis, el crédito pasará de nuevo a ser un crédito ordinario, pudiendo ocurrir que tal crédito no tuviera en sí mismo un plazo de vencimiento propio sino que hubiera quedado sujeto al plazo que se hubiese previsto como plazo de duración del derecho de anticresis. A diferencia de lo que ocurre en los supuestos de extinción del objeto, no pensamos que en ese caso extinguiéndose la anticresis y no teniendo plazo propio, la obligación pasase a ser inmediatamente exigible. Entendemos que el plazo de la anticresis será aplicable a la propia obligación en los términos previstos en el art. 1.127 del CCE.

Cuando se habla de la renuncia a la posesión del inmueble prevista en el art. 1.883 del CCE, no se está en el mismo supuesto que cuando empleamos el término renuncia como modo de extinción de los derechos reales limitados. En los supuestos del art. 1.883 el mecanismo no es estrictamente unilateral, como sí lo es la renuncia extintiva de los derechos reales limitados. En el 1.883 el acreedor puede *obligar a su deudor*, de forma que en tanto el deudor no entre de nuevo en posesión del inmueble el derecho se mantiene. No es pues una renuncia unilateral y además se constituye para aliviar al acreedor de unas cargas que le resultan excesivas.

El CCCat no dispone en ningún artículo una facultad similar para el acreedor anticrético, sin embargo sí dispone expresamente en su art. 532-4, que los derechos reales limitados podrán extinguirse por renuncia de su titular facultad que se les reconoce para poder ser ejercitada de manera unilateral. No es pues la misma renuncia que la prevista en el 1.883 CCE, y en todo caso ésta del CCCat resultaría relacionada con la del art. 6.2 del CCE.

La renuncia unilateral tiene y debe tener un alcance diferente. Lo cierto es que en el caso de la anticresis la renuncia unilateral no deja de resultar contradictoria con lo dispuesto en los arts., 1.091 y 1.254 del CCE, toda vez que la anticresis tiene contenido contractual: cuando el acreedor la acepta se obliga a explotar la finca *para obtener el máximo rendimiento* y puede haber convenido, desde luego con cierto contenido novatorio, que el pago de la deuda se instrumentará de esta forma. Sorprende pues que ante estas obligaciones de carácter recíproco entre deudor y acreedor, pueda éste renunciar al derecho real lo que conllevaría la extinción de sus obligaciones.

La cuestión estaría en determinar si la renuncia al derecho de anticresis por el acreedor conlleva condonación de la deuda, o cabe la renuncia al derecho como derecho real pero su permanencia con carácter estrictamente personal entre las partes de forma que el acreedor ya no sería titular de un derecho real, pero seguiría obligado a la explotación de la finca con contenido de un contrato al que no puede renunciar unilateralmente.

Nos parece que lo más lógico sea entender que si sobre una anticresis constituida como derecho real se produce la renuncia unilateral por su titular a tal derecho, ello conlleve la condonación de la deuda (a salvo, por supuesto, que todo ello se produzca por pacto entre las partes, pero en este caso ya no estaríamos en un supuesto de renuncia propiamente dicha⁷⁵⁰). Carecería de todo sentido poder renunciar al derecho real y ante la quiebra de los principios de reciprocidad del contrato que lo constituyó sostener que pese a la renuncia el acreedor debe permanecer obligado.

12. 2.4.- Por Consolidación.

Desde luego y al igual que los restantes derechos reales limitados, la reunión en la misma persona de los derechos desgajados producirá el efecto de la

⁷⁵⁰EGEA FERNÁNDEZ, JOAN y FERRER RIBA JOSEP. “Artículo 532-4”, *Codi Civil de Catalunya*. Editorial, Flor del Viento S.A. Barcelona.2006. pág.,80.

consolidación y por tanto la extinción del derecho real limitado, en este caso la anticresis. Por ello si el acreedor llegase a alcanzar la propiedad del inmueble que recibió en anticresis, éste se extingue pero no así la obligación, que en todo caso se sujetará a lo previsto para los supuestos de confusión de las obligaciones.

Puede ser que la finca estuviere en posesión de un tercero, quien la administrase en anticresis en interés del acreedor, y que este tercero terminase por ser el propietario del inmueble, en ese caso entendemos que la anticresis subsistiría (como garantía prestada por tercero) por ser anterior a la propia adquisición del derecho de propiedad. Además no sería éste un supuesto de verdadera consolidación sino de simple transmisión de la propiedad, puesto que el tercero cuando administra en anticresis no lo hace para sí, sino en nombre del acreedor: los frutos obtenidos no ingresan en el patrimonio del tercero, sino en el del anticresista. Si el tercero con posterioridad alcanza la propiedad, ello no alterará la subsistencia de las cargas anteriores y entre ellas la anticresis.

12.2.5.- No uso y Prescripción extintiva.

¿Puede la prescripción extinguir el derecho de anticresis?. Nos estamos refiriendo a la prescripción extintiva del derecho . La deuda como tal desde luego puede prescribir si el acreedor no exige su cumplimiento, y prescrita la obligación se extinguen los derechos accesorios a la misma (1.847 CCE y art 121.8.2 CCCat). Pero en cuanto al derecho de anticresis, ¿puede considerarse prescrito si el acreedor no utiliza el goce?.

ALBALADEJO diferencia el no uso de la prescripción, pero refiriéndose a los derechos reales admite ambas circunstancias como extintivas de los derechos reales limitados⁷⁵¹. En cuanto al no uso, entiende que los derechos reales limitados tienen su razón de ser en *satisfacer cierto fin*, de forma que si esto no

⁷⁵¹ALBALADEJO GARCÍA, M. ob., cit., pág., 230. También LACRUZ BERDEJO, J.L. ob., cit., pág.,41, es concluyente al referirse al usufructo, señalando que no hace falta posesión alguna por el nudo propietario, el simple no uso por el usufructuario extingue su derecho.

se persigue, si el titular del derecho no utiliza el bien en el ánimo de alcanzar ese fin, entonces habrá que considerar que el derecho se extingue por su no uso, puesto que, nos dice, pierde toda justificación la existencia de un derecho que limite la propiedad, y ese derecho debe ser visto como algo excepcional, por lo que de no usarse procede declarar su extinción⁷⁵².

En el caso del derecho real de anticresis la circunstancias son un poco especiales, por cuanto el acreedor que recibe el inmueble lo recibe con la obligación de explotarlo y obtener los frutos, por lo que si no lo hace además de su *no uso* en lo que está incurriendo es un manifiesto incumplimiento, hipotética posibilidad que ya hemos tratado más arriba⁷⁵³ para concluir que ese no uso no daría lugar a la extinción de la anticresis sino a la estimación de los frutos para ser éstos deducidos, de los intereses o de la deuda. No creemos pues que el no uso pueda ser estimado como causa de extinción del derecho de anticresis. Por otro lado, además, los plazos aplicables para poder llegar a considerar el no uso como causa extintiva, que serían coincidentes con los de la prescripción adquisitiva (aunque no hubiese tal adquisición por un tercero), nos llevaría a situaciones realmente anómalas: la obligación prescribiría (en general) a los 15 o 10 años (según el derecho que estemos aplicando) y el no uso se consumaría a los 30⁷⁵⁴ o 20 años; cierto es que cabe que la obligación no hubiese prescrito por su reclamación extrajudicial expresa (es decir, el acreedor no usuario, sin embargo es diligente en la conservación de su crédito) y el no uso efectivamente llega a consumarse por el transcurso del tiempo (es decir, el deudor a pesar de ser requerido al pago no reacciona reclamando la explotación del inmueble), pero es, como decimos, verdaderamente anómalo que pueda llegarse a producir tal situación.

⁷⁵² DÍEZ PICAZO L y GULLÓN A. ob., cit., pág., 347. Se pronuncian en sentido contrario en cuanto se refiere al usufructo, poniendo de relieve que el CCE sí admite el no uso como causa extintiva de la servidumbre, lo que dice expresamente en el artº 546.2º, y no lo hace en cuanto al usufructo (artº 513.7º) para el que emplea el término prescripción.

⁷⁵³ Véase Supra epígrafe 8.3.1

⁷⁵⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L. ob., cit., pág., 41.

A mayor abundamiento en el derecho catalán cabría objetar que además en su código civil se prevén expresamente las causas de extinción de los derechos reales y entre las que no se incluye el no uso, por lo que pudiera abrirse la discusión de si resultan admisibles causas de extinción no tipificadas.

En cuanto a la prescripción propiamente dicha, es decir que junto al no uso exista una posesión y adquisición paralela por un tercero⁷⁵⁵ de un derecho sobre el inmueble que conlleve la adquisición del *ius fruendi* y resulte por tanto incompatible con la existencia del propio derecho de anticresis: desde luego, si esta situación se diese sería causa de extinción de la anticresis⁷⁵⁶.

⁷⁵⁵ DÍEZ PICAZO L y GULLÓN, A. ob., cit., pág., 347, Y todavía más rotundos en esa misma obra en su edición de 1981, Vol. III, pág., 438.

⁷⁵⁶ Dejando siempre a salvo los supuestos en que resultase de aplicación el art. 34 de la LH. De esta forma si un tercero adquiriese la titularidad de un inmueble gravado con anticresis y este derecho constase inscrito en el Registro de la propiedad, el tercer adquirente debiera estar y pasar por la existencia de la anticresis, pero si hubiere ésta estado inscrita entonces entraríamos –siendo un derecho que implica traslado de la posesión- en el juego de la buena fe, como sucede en todos los supuestos de aplicación del art.34 LH.

FINAL.CONCLUSIONES

De todo cuanto ha quedado expuesto podemos extraer las siguientes,

CONCLUSIONES

1.- Antecedentes. Resulta claro que el contrato de anticresis evolucionó como pacto o acuerdo vinculado en su origen al *pignus*, encontrando su causa en una función compensatoria. Se compensaban los intereses que debían ser satisfechos por un capital recibido con el uso o disfrute de un inmueble. Y ese carácter no debiera haberse perdido en el tiempo. Sin embargo tras el largo silencio provocado por la prohibición de convenir intereses, primero en la obligaciones de dinero y luego también en las demás, y cuando se recupera el contrato de anticresis con ocasión del proceso de codificación, no se destaca de ella esa función originaria sino que se transforma queriendo encontrar en ella una función de garantía.

En la anticresis el *ius fruendi* acompañó al *pignus*, pero esa facultad de percepción de los frutos tomó tanta relevancia que sin negar el *ius retentionis* propio del *pignus*, lo ocultó como facultad propia de la garantía y lo hizo de tal forma que una buena parte de la doctrina, en el ánimo de quererle reconocer contenido asegurador a esta figura, quiso entender la anticresis estaba dotada de *ius distrahendi* y preferencia, como si el *ius fruendi* y la retención no fueran *per se* facultades suficientes para asegurar el cumplimiento de una obligación.

Lo cierto es que tras el examen comparativo de todos esos códigos modernos resultantes del proceso codificador iniciado por el *Code Napoleon*, puede concluirse que la facultad de realización de valor y el privilegio a ella vinculada, en modo alguno son propias de la anticresis. Todos esos antecedentes, sin embargo, sí vinculan la anticresis a los derechos de garantía bien como derecho real bien como derecho personal.

A través de las conclusiones que siguen creemos que podrá explicarse que el ostracismo en que ha caído esta institución es precisamente consecuencia de haber querido apreciar en la anticresis una función de garantía que no le es propia, que se debiera haber respetado su propio origen como instrumento de

compensación o como medio de pago por la imputación de frutos. Cualidad que por otro lado las reformas legislativas posmodernas, aquellas modificaciones introducidas a finales del siglo XX o principios del presente (así Francia o Cataluña) siguen sin querer considerar que son por si mismo suficientes, y por ello han dotado expresamente de *ius distrahendi* a esa institución, lo que sin duda no ayudará en absoluto a esa figura a salir de ese ostracismo, además de resultar ser de absoluta inadecuación para el destino que le es propio y natural.

2. Naturaleza jurídica. Debe concluirse que el derecho catalán no admite duda de que la anticresis es un derecho real puesto que así mismo lo define el código y que esa consideración le viene además inexcusablemente reconocida por la propia configuración que se hace del derecho, exigiéndose como se exige que su constitución se haga mediante escritura pública y traslado de la posesión. Y por esos requisitos, hemos concluido también que estamos ante un contrato formal y real, diferencia sustancial con la anticresis regulada en el CCE, de la que hemos predicado que aunque aparentemente pueda convenirse un contrato con carácter estrictamente obligacional y de contenido anticrético, este contrato no dará lugar al nacimiento de un derecho de anticresis, por cuanto ni el acreedor percibirá los frutos ni tendrá tampoco derecho de retención alguno ni le resultarán aplicables la mayoría de los artículos reguladores de esta figura y recogidos en el CCE, contrato que hemos venido en aceptar que pueda ser denominado cuasi anticrético.

Para la producción de todos esos efectos se hace necesaria, en cualquiera de sus formas, la transmisión de la posesión al acreedor y como acto dispositivo y por ello hemos concluido que también la anticresis del CCE tiene naturaleza de derecho real, aunque la entrega de la posesión será requisito de eficacia del contrato constituyente de la anticresis más que carácter real del contrato, siendo por otro lado un contrato sujeto a libertad de forma.

3. Tipología. Definida la naturaleza real de la anticresis, también hemos concluido que debe ser calificada como derecho real de goce en función satisfactiva (o *para* el pago) por imputación de los frutos obtenidos. Es pues un derecho real de goce de alcance limitado, por cuanto la adquisición del *ius*

fruendi por el acreedor anticrético se limita tan solo a los frutos y no otorga ninguna otra facultad de uso.

Y es calificación entendemos que es tan válida para la anticresis del CCE como para la anticresis del CCCat. A pesar de que en la definición legal que de la anticresis hace este código en la que se incorpora el *ius distrahendi* como formando parte de la propia naturaleza del derecho, esa facultad no es en sí misma elemento definitorio y esencial como sí lo es la percepción de los frutos en esa función de pago.

En su lógica consecuencia hemos descartado su calificación tradicional como derecho de garantía, conclusión que quizás es la más trascendente de cuantas consideraciones hemos realizado a lo largo del presente trabajo. En nuestra opinión no es la anticresis un derecho real de garantía, ni tan siquiera su genuina finalidad es asegurar las consecuencias de un incumplimiento o permitir el cumplimiento forzoso aún en contra de la voluntad del deudor. La anticresis despliega sus efectos, los verdaderamente anticréticos, cuando dicho incumplimiento está aún por llegar y precisamente su finalidad principal es la satisfacción del crédito, evitando así que tal incumplimiento pueda producirse. Bien es cierto que en ese caso si el incumplimiento se produce aparece un derecho de retención, que hemos denominado retención anticrética por ser de contenido diferente al puro derecho de retención. Y esta retención anticrética tiene, obviamente, caracteres propios de un derecho de garantía, pero no suficientes como para transformar la naturaleza de la figura, cuya finalidad principal es procurar el pago o cumplimiento mediando la cesión del *ius fruendi*, y la retención anticrética será tan solo uno de los efectos propios del contrato pero no una de sus finalidades.

Coincide la anticresis con los derechos de garantía en ser un derecho accesorio y que no puede ser creado de manera autónoma. No es un derecho que pueda ser creado de manera independiente, por sí mismo. Su única razón de ser es como derecho accesorio de una obligación principal, y sólo existirá en tanto exista ésta. Esa accesoriidad se la otorga precisamente la función para pago, de forma que coincidiendo con las garantías en su carácter accesorio, es precisamente la causa de esta accesoriidad la que nos señala la diferencia entre ellas.

Es pues la anticresis un derecho real de goce en función de pago (o para pago) y accesorio de una obligación principal.

4. Título constitutivo. Esa función satisfactiva determina de tal manera el propio derecho que señala una diferencia sustancial con el *ius fruendi*, de forma que cuando desgajamos o separamos éste del derecho de propiedad y lo modalizamos por esa función para pago, entonces solo a partir de esa modalización nos encontraremos ante un derecho de anticresis.

Esa propia función nos va a impedir, extremo que concluimos en contra de abundante doctrina, que la anticresis pueda constituirse para asegurar el cumplimiento de toda clase de obligaciones, especialmente las futuras o la sujetas a condición suspensiva. Esta apreciación no puede ser aceptada, aún cuando como indicamos es frecuente su aceptación indiscutida. La anticresis o resulta de plena aplicación o no existe: entregada la posesión anticrética de un inmueble al acreedor y recibida por éste, la percepción de frutos será adquirida por ese acreedor, pero ¿Cómo aplicar esos frutos al pago de una deuda que no existe, o cuyo nacimiento se encuentra sujeto al cumplimiento de una condición suspensiva? ¿En concepto de qué, a título de qué, adquiriría ese acreedor la propiedad de los frutos desde el mismo momento de su separación?. En la anticresis los frutos se adquieren de una sola forma: en plena propiedad y para ser aplicados al pago de una deuda. Y eso solo puede darse si la deuda ya existe. Esta misma modalización, esa función para pago, nos lleva también a concluir y rechazar que ni es posible la constitución del derecho de anticresis mediante título *mortis causa* ni tampoco ese derecho es susceptible de ser adquirido mediante usucapión.

En ambos casos, siendo la anticresis un derecho accesorio de una obligación principal, se hace necesario el consentimiento del acreedor. Es un derecho que en su nacimiento requiere de un negocio bilateral y del que nacen obligaciones para ambas partes. No es posible pues dejar constituida una anticresis por la vía testamentaria, no quedaría simplemente pendiente de ser ejecutado puesto que, como decimos, requiere siempre del consentimiento recíproco entre acreedor y deudor. Y lo mismo sucede con la usucapión, respecto de la que hay que

señalar con especial hincapié que aun cuando el derecho anticrético efectivamente puede quedar aparentemente constituido faltándole el necesario título dispositivo al constituyente, y resultando por tanto imaginable que el poseedor/acreedor anticrético consolide su posición por la prescripción, mediante ese mecanismo prescriptivo estará legitimando su posesión y transformando lo que era un mero derecho personal en derecho real; pero la condición anticrética del *ius fruendi ganado*, no le vendrá dado por su acto unilateral prescriptivo sino por la declaración contractual originaria del constituyente.

5. Forma. Declaración contractual que con arreglo al derecho catalán deberá constar en escritura pública, por tener el contrato carácter solemne toda vez que la exigencia se establece como requisito de constitución, y declaración contractual que con arreglo al CCE podrá tener cualquier forma puesto que no se exige requisito alguno relativo a la formalidad. Igualmente hemos concluido también, que para ambas legislaciones se requiere la entrega del inmueble para el nacimiento del derecho real de anticresis, siendo para el CCCat un contrato real puesto que la tradición se exige como requisito de constitución. En el CCE cabe sostener que la entrega del inmueble resulta necesaria para el nacimiento del derecho real, no así como requisito de validez del contrato.

6. Sujetos y capacidad. Concluido que el derecho de anticresis únicamente puede ser constituido mediante contrato se requerirá para ambas partes la capacidad y el poder de disposición ordinarios tanto para contratar como para disponer de bienes inmuebles, señalando que siendo un acto dispositivo, podrán también constituir anticresis todos aquellos titulares de un derecho real en cosa ajena siempre que su derecho le atribuya el *ius fruendi* del inmueble y por la vigencia del derecho.

Podrá también ser constituido el derecho de anticresis por un tercero y así mismo ser recibido en administración por un tercero, quien en ese caso no posee como anticresista sino como mandatario de éste.

El tercero constituyente para resarcirse de los frutos percibidos por el acreedor, procedentes del *ius fruendi* de una finca de su propiedad, tendrá acción ordinaria

contra el deudor en cuyo interés constituyó la anticresis si éste lo consintió expresamente, pero en otro caso tan solo tendrá la acción del enriquecimiento injusto. Y en el derecho catalán, para el supuesto de ejecución efectiva del *ius distrahendi*, y para recuperar las cantidades satisfechas, podrá frente al deudor subrogarse en la posición del acreedor.

7. El Inmueble. Debe ser fructífero conforme dispone expresamente el CCCat y es doctrina comúnmente aceptada para el CCE, respecto de lo que únicamente debemos añadir que los frutos no solo podrán ser naturales y civiles, sino que también cabe el uso propio susceptible de ser valorado económicamente.

8. Duración. Ninguna de ambas regulaciones se ocupa de predeterminar la duración o vigencia de la anticresis, algo que si excepcionalmente hace algún código extranjero, por ello deberá entenderse que se estará en primer lugar al plazo que hubieran convenido las partes, en cuyo caso no cabrá la redención anticipada salvo nuevo acuerdo entre ellas; a falta de pacto deberá estarse al vencimiento de la propia obligación de la que la anticresis es accesoria; y a falta de ese plazo al que se desprenda de la propia naturaleza de la obligación principal.

9. Contenido del *ius fruendi*: Los frutos. En cuanto a los frutos hemos concluido también con una notable diferencia entre el derecho catalán y el CCE, por cuanto debe estimarse que con arreglo al CCCat, a falta de pacto expreso entre las partes, el acreedor anticrético que administre el inmueble deberá hacerlo conforme a la propia naturaleza del mismo, y frente a ello el acreedor anticresista que con arreglo al CCE explote el inmueble deberá hacerlo conforme al destino económico que en su momento hubiera determinado el propietario.

En ambos casos el acreedor percibe la propiedad de los frutos por medio del *ius percipiendi*, y entendiendo por fruto todos los productos y rendimientos del inmueble y que provengan bien del propio destino económico de la finca bien que sean el producto obtenido mediante su explotación con arreglo a su propia naturaleza, no siendo por tanto frutos aplicables al pago de la deuda o de sus intereses todas aquellas otras utilidades o provechos separables y económicamente valorables que no se engloben en esos parámetros.

10. La administración para la producción. Debe concluirse que en cuanto a su contenido el derecho de anticresis no es un derecho de goce autónomo sino que tiene una funcionalidad predeterminada, y que el acreedor anticresista viene obligado a la obtención de esos frutos, no encontrándose en la regulación de los códigos la forma de actuación de ese anticresista en su administración del inmueble. Hemos concluido que produciéndose una relación jurídica de colaboración del acreedor ante su deudor, o ante el tercero constituyente, el contrato típico regulador de esas relaciones sería el mandato; a él deberemos remitirnos para solventar la forma de actuar del anticresista frente a su deudor.

11. Obligaciones del anticresista relativas al pago de contribuciones, cargas y gastos de administración. Las contribuciones y cargas siempre las acabará asumiendo el propietario del inmueble por lo que la solución que establece el CCE en su art.1.882, es tan solo una norma de administración temporal; en el CCCat no se indica nada al respecto si bien puede entenderse dicha obligación subsumida en el deber del acreedor de llevar una administración diligente del bien inmueble.

Siendo pues una norma de administración temporal que tan solo obliga al adelanto del importe de los gastos pero no a su asunción definitiva, se encontrará sujeta a la posterior liquidación justificativa de la imputación del sobrante al pago de la deuda. Teniendo esta obligación de adelanto carácter legal conforme al CCE, debe determinarse que al tiempo de ser resarcido el acreedor del adelanto soportado no podrá reclamar intereses. Conclusión distinta de la aplicable al derecho catalán, por cuanto el acreedor que pague lo hará tan solo en defecto de no haberlo hecho el obligado principal que es el propietario.

En cuanto a las cargas, no deberán entenderse incluidas en tal concepto aquellos gravámenes que signifiquen la sujeción del inmueble al cumplimiento de una obligación (hipoteca y prenda), por ser derechos de garantía accesorios de una obligación que como tal es independiente del inmueble.

También el acreedor vendrá obligado a anticipar el pago de los gastos de conservación ordinarios pero no los extraordinarios.

12. Renuncia. El acreedor anticrético podrá liberarse de la obligación de pagar contribuciones, cargas y gastos, devolviendo la finca a su propietario. Esa devolución ordinariamente conllevará la extinción del derecho de anticresis, salvo que expresamente las partes hubieran convenido que el propietario readquirirá la tenencia material del inmueble y su administración, haciéndolo como poseedor instrumental del acreedor, conservándose intacto en ese caso el derecho de anticresis.

También las partes habrán podido convenir expresamente la prohibición de la aplicación de la renuncia, y en sus méritos el acreedor vendrá obligado a permanecer en la administración del inmueble, salvo que en la explotación del mismo se entre en pérdidas o resulte negativa en cuyo caso, y por aplicación de la teoría de la pérdida de la base del negocio, estimamos que pese a ese pacto el derecho resultaría renunciable, extinguiéndose el mismo pero no el crédito. Este sería además el único cauce mediante el cual el acreedor anticrético sujeto al derecho catalán pudiera liberarse de la obligación de atender contribuciones y cargas, posibilidad que al no estar reconocida en su propia normativa no puede ser admitida por aplicación de los arts. 1.091 y 1.256 del CCE.

13. Gastos de producción. Hemos concluido también que la aplicación de los frutos al pago de la deuda se encuentra referida a la aplicación del líquido neto obtenido por la explotación del inmueble, por lo que debe entenderse que con cargo a esa explotación tendrá que satisfacerse la totalidad de los gastos soportados por el acreedor en el cultivo, contratación, explotación, conservación y también los de comercialización y liquidación (conversión en su caso de los frutos naturales, en líquido amortizable con la deuda). Se diga (como así se hace en el CCCat) o no se diga (como así sucede en el CCE) siempre estamos ante la aplicación de los rendimientos netos.

14. Producción negativa. Las pérdidas que puedan producirse con motivo de la explotación deberán ser siempre soportadas por el propietario del inmueble, sea el propio deudor anticrético o lo sea un tercero.

15. En cuanto a la rendición de cuentas. Forma parte de los elementos naturales del contrato de anticresis la rendición de cuentas, y siendo como es un

elemento esencial tanto en lo que afecta a la propia administración y gestión de la finca anticrética como en lo que afecta a la propia liquidación de la deuda para cuyo pago se constituye ese derecho, resulta sin embargo que en ambos códigos, español y catalán (pero también en los extranjeros) se da una muy deficiente regulación de esa última obligación del acreedor anticrético.

Hemos señalado que existen dos rendiciones de cuenta diferenciadas: i) La relativa a los actos de administración del inmueble, que es aquella que deberá ser prestada por el acreedor anticrético al propietario del inmueble (no necesariamente al deudor; y no necesariamente *propietario*, en tanto que refiriéndonos a él nos estaríamos refiriendo al titular de cualquier derecho real de goce transmisible), y en la que deberá acreditarse la gestión y administración del inmueble o finca, de su explotación, la obtención de frutos y la liquidación de dichos frutos, el pago de los gastos, contribuciones y cargas.

En el ámbito de esta rendición de cuentas relativa a la administración y gestión del inmueble podemos apreciar una diferencia entre la legislación española y la catalana: En tanto que esta última contempla la autorización expresa que debe dar el propietario del inmueble para que un tercero tome bajo su dirección esa explotación, mediante ese consentimiento/autorización se produce un desplazamiento de la responsabilidad por una hipotética defectuosa administración de forma que el acreedor anticrético no poseedor quedará exento de toda responsabilidad. Y eso no ocurriría en el CCE, en donde tal autorización no está prevista por lo que el acreedor anticrético que cede el control de la explotación a un tercero, seguirá vinculado frente al propietario constituyente en la obligación de una administración diligente.

La gestión en la administración deberá ser desempeñada con la diligencia de un buen padre de familia, y con esa diligencia alcanzar los máximos rendimientos posibles, y ante el incumplimiento de la misma podrá el constituyente recuperar la posesión del inmueble pero no se dará por extinguida la anticresis.

ii) La otra rendición de cuentas que deberá ser prestada es la relativa a la deuda principal y a su saldo deudor, es la que se dará siempre entre acreedor

anticrético y deudor, y que afecta directamente a la relación obligatoria para cuyo pago se constituyó el derecho de anticresis.

16. El derecho de retención. Junto con el *ius fruendi*, dispone también el acreedor anticrético del *ius retentionis* como elemento propio del derecho de anticresis. La retención es calificada en el derecho catalán como derecho real de garantía, reconocimiento que ni doctrina ni jurisprudencia reconocen a ese derecho en el ámbito del CCE. Pero en cualquier caso ambas regulaciones reconocen en la anticresis la facultad del acreedor a retener la posesión del inmueble en los supuestos de incumplimiento.

De este derecho de retención hemos concluido que se trata de una retención anticrética, es decir una retención que sigue reconociendo al acreedor la adquisición de los frutos por medio de la percepción incluso vencida la anticresis pero vigente el *ius retentionis*, cuando el origen proviene del impago de la deuda principal o de sus intereses. Cuando la retención tiene su origen en deudas pendientes que proceden de los gastos de conservación, mantenimiento, contribuciones y cargas, el acreedor dispondrá de un derecho de retención ordinario en el que podrá aplicar los frutos que produzca el inmueble al pago de esas deudas, esos frutos en su origen pertenecerán ya al propietario o titular del inmueble, quien por la elasticidad de los derechos habrá recuperado *ipso iure* la plena propiedad del inmueble aunque la posesión la siga conservando el acreedor ahora reconvertido en retentor, y podrá retenerlos el acreedor para aplicarlos al pago de esa deuda.

La solución que nos ofrece el derecho catalán es que esos gastos siempre deberán ser satisfechos mediante los frutos y antes que el capital e intereses, sin embargo si esos frutos no alcanzasen a satisfacer el importe de esas impensas, en ese supuesto esas deudas –al igual que ocurre en el derecho español– no pueden ser integradas en la deuda principal y salvo que hagamos una interpretación extensiva de la remisión que en la anticresis se hace a la retención de la prenda, sólo mediante esa interpretación cabrá entender que el reembolso de estos gastos también se encuentra asegurado mediante un derecho de retención que permita la percepción de los frutos para el pago de esos gastos de conservación.

En cuanto a los gastos de explotación propiamente dichos, el acreedor siempre tendrá derecho al reembolso con cargo a los rendimientos del inmueble. El problema se plantea cuando esos frutos o rendimientos no alcanza a cubrir aquellos gastos. Para este supuesto hemos concluido que de conformidad con lo dispuesto en el CCE el acreedor anticrético dispondrá de un derecho de retención del inmueble hasta que su importe sea satisfecho y que ese derecho de retención conllevaría, por aplicación analógica del art.502, el derecho a aplicar los frutos del inmueble retenido al pago de los mismos. Solución que difiere sustancialmente de lo que ocurriría de conformidad con el CCCat, en el que debiéramos concluir que si los frutos del inmueble, durante la vigencia del derecho de anticresis, ni tan siquiera hubieran sido suficientes para satisfacer los gastos de explotación, éstos en modo alguno acrecerían la deuda principal y constituirían en una nueva deuda independiente que careciendo de todo tipo de previsión sobre un hipotético derecho de retención propio de la institución, sólo podrá beneficiarse de esta acudiendo a la aplicación de los arts. 569-3 y 569-4.a) del CCCat.

Por los restantes gastos útiles realizados en la finca no siendo éstos de mero ornato, podrá el acreedor reclamar su reembolso y vendrá el propietario deudor a satisfacerlos si efectivamente han incrementado el rendimiento efectivo del inmueble. En ambas legislaciones se les reconoce el derecho de retención, bien lo sea por aplicación del art.1.886 del CCE, bien por la facultad de acogerse a él mediante lo dispuesto en el art.569-3 y ss. del CCCat. Y en ambos casos sin derecho a aplicación de los frutos.

17. Ius distrahendi. Hemos concluido que el derecho de anticresis regulado conforme al CCE carece de esa facultad, y será esa carencia elemento de sustancial diferencia con el CCCat. Siendo sustancial no es sin embargo esencial puesto que también hemos admitido la posibilidad de configurar, en el ámbito de la regulación catalana, una anticresis que carezca de *ius distrahendi* y no dejando por ello de ser una verdadera anticresis.

El acreedor anticrético sujeto al CCE deberá pues, en el supuesto de incumplimiento y para cobrar lo que se le deba, acudir a la vía ordinaria

careciendo de acción real para el cobro, y en función de la forma en que se haya instrumentado el crédito podrá acudir a la vía ejecutiva o deberá iniciar el proceso declarativo, pero no le será posible en ningún caso acudir a la aplicación del procedimiento especial de ejecución que la LEC prevé para los bienes hipotecados o pignorados.

Como hemos señalado sustancial es la diferencia en el ordenamiento jurídico catalán en donde expresamente se contempla la facultad de realización de valor respecto de la que hemos concluido que al remitirse el legislador a la regulación de esa facultad en el derecho de retención, la aleja y separa expresamente de la prenda y de la hipoteca. Y hemos puesto de manifiesta también la enorme dificultad que supone aplicar el procedimiento previsto para la ejecución del derecho de retención a la anticresis, dificultad tan trascendente que prácticamente la hacía inapropiada o inhábil, encontrando como único cauce de aplicación del proceso de ejecución notarial previsto que, por la parte acreedora o por el propio notario interviniente, se salven las causas de indefensión que aparecerían de aplicar directamente el procedimiento regulado, citando y trasladando al deudor y a los demás interesados en la ejecución la existencia del procedimiento, la liquidación o saldo reclamado y las demás circunstancias esenciales. De no hacerlo así el deudor no tendría cauce legal para su oposición causándosele evidente indefensión.

La adaptación de proceso de ejecución del derecho de retención al derecho de anticresis requiere una profunda revisión porque ciertamente tal y como queda configurado mediante una remisión sin matices resulta enteramente inhábil por indefensión del deudor.

18. El derecho de preferencia y la ley concursal. No reconociendo el art. 1.923 del CCE, de forma expresa, preferencia alguna al crédito anticrético tampoco nosotros hemos entendido que esa preferencia pueda estimarse implícita en el propio derecho. Carecería de sentido negando como negamos el *ius distrahendi* y negando como negamos que la anticresis del CCE sea un verdadero derecho de garantía. En el supuesto de incumplimiento la acción será una acción ordinaria, que podrá ser sobre el inmueble, pero sobre el líquido

obtenido no habrá preferencia alguna. Tampoco sobre los frutos, que pertenecerán de origen y por su propia percepción al acreedor.

El privilegio que se reconoce en la LC solo puede ser entendido en la medida en que de él cabe deducir que el acreedor anticrético de crédito ya vencido, en situación de concurso de su deudor, mantendrá su derecho de retención y el derecho a percibir los frutos del inmueble para el pago de la deuda aunque en ese caso los frutos ya no le pertenezcan por percepción, y que como frutos retenidos el art. 90.1.2 LC le permite su compensación sin ser integrados en la masa activa del deudor.

Y si ese criterio es válido tanto para ser aplicado en la normativa española como en la catalana, sin embargo queda subsistente el problema que se plantea con ocasión de que la LC no hace mención explícita al *ius distrahendi*, presente en la regulación catalana. La legislación concursal ayuda a sostener las tesis que defienden que la anticresis española carece de esa facultad de realización de valor, pero resulta de difícil integración su propia previsión con el principio que ella misma declara en su título competencial: “*sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las comunidades autónomas*”. En el Libro V del CCCat se reconoce al anticresista no solo facultad de enajenación sino también preferencia al cobro, y sin embargo no solo no se reconoce ese privilegio en el texto de la LC, sino que de su literalidad debe deducirse que tal privilegio no puede ser admitido mediante una interpretación extensiva de la norma. Sin embargo hemos concluido que por aplicación del art. 201 de la propia LC y 16.1 CCE, procederá aplicar la normativa aprobada por las propias comunidades autónomas respecto de los derechos reales que recaigan sobre los bienes del concursado que se encuentren en esa comunidad y superando de esa forma la aparente intromisión, que en otro caso sucedería, de la LC en el derecho sustantivo de esas comunidades.

19. Anticresis y pacto anticrético. Hemos declarado muerto el pacto anticrético con el que se dota habitualmente a las escrituras de constitución de hipoteca, dado su incorporación al proceso de ejecución hipotecaria en méritos del art., 690 de la LEC del que también hemos concluido que no es en modo

alguno un supuesto de anticresis legal. La anticresis del art., 690 debe ser ubicada en el instituto procesal del embargo siendo un acto propio del procedimiento de ejecución y en modo alguno resiste comparación con el derecho de anticresis. Siendo ya enteramente diferente su propia naturaleza, declaración procesal en un caso y derecho real en otro, en los supuestos de insolvencia concursal del deudor la administración judicial se somete a las vicisitudes del concurso mientras que la anticresis mantiene su propia autonomía y efectividad. No pueden confundirse pacto anticrético y anticresis, y si se desea dotar a la hipoteca de un derecho de goce para la satisfacción de la deuda o a la anticresis del CCE de una facultad de realización de valor, deberán constituirse simultáneamente hipoteca y anticresis. En otro caso, y como hemos señalado, estaríamos ante un mero acto procesal propio del procedimiento de ejecución.

20. Anticresis y usufructo en garantía. Tampoco resultan equiparables la anticresis y el usufructo en garantía, todo y que ambos tienen una función satisfactiva de la deuda. Ambas figuras tienen una causa esencialmente diferenciadora: en el derecho de anticresis la causa es la percepción de los frutos para ser aplicados al pago de la deuda, en tanto que para el usufructo en garantía esa percepción no es más que la consecuencia de la existencia del propio derecho. El usufructo existe con entidad propia y autónoma, la función satisfactiva no es más que una modalización del derecho. La garantía la constituye el propio valor en uso del inmueble.

El usufructo en garantía del CCCat tipifica la salida patrimonial del derecho de goce de un bien del deudor para forzar así el cumplimiento de éste y hacer de esta adquisición por el acreedor una situación inatacable para otros acreedores, asemejándose desde esta perspectiva mucho más al derecho de retención o prenda que a la propia anticresis, con quien sin embargo comparte la función satisfactiva inexistente para esos otros derechos de garantía.

21. Prenda inmobiliaria y anticresis. Aunque también pudiera pensarse que entre ellas existe ciertamente proximidad, aunque el CCfr haya sustituido la denominación de anticresis por la de prenda inmobiliaria, son dos instituciones desde luego diferentes: En la prenda la finalidad perseguida, como verdadero derecho de garantía, es dotar al acreedor de un derecho de retención y de

enajenación del bien para que vencida la obligación pueda iniciar un proceso de ejecución en la seguridad de poder actuar sobre un bien afecto al pago de la deuda; en la anticresis la finalidad perseguida es la de ceder al acreedor un derecho de goce que permita el cumplimiento de la obligación. La prenda facilita o permite una reacción ante el incumplimiento, en tanto que la anticresis se constituye precisamente para vehicular el cumplimiento. Son pues dos derechos que persiguen finalidades diferentes y que actúan en distintos momentos de la relación obligatoria.

22. La anticresis compensatoria. Genuina anticresis que sin embargo guarda enorme diferencia con la anticresis de amortización que es la que viene específicamente regulada en el CCCat y en el CCE. La anticresis compensatoria se caracteriza por ser un derecho de retención de constitución voluntaria por el deudor, con facultad de goce, sin liquidación ni cálculo de los frutos obtenidos ni de los intereses adeudados, teniendo la compensación entre ambos un manifiesto contenido aleatorio y siendo por ello un contrato sinalagmático pero no conmutativo, y que ni persigue el cumplimiento de la obligación principal ni lo facilita. Mediante su constitución no se instrumenta una futura reacción ante un hipotético incumplimiento ni se instrumenta una función satisfactiva de la obligación principal.

La anticresis compensatoria instrumenta la cesión de un uso del inmueble con la compensación por el uso de un capital. No guarda pues relación alguna con el cumplimiento de la obligación, más allá de que permita un derecho de retención ante la falta de devolución del capital: pero en este supuesto la garantía reside en la retención, no en la cesión del uso.

23. La anticresis en la compilación navarra. La Compilación o Fuero Nuevo de Navarra utiliza la denominación *anticresis* para una figura distinta de lo que entienden tanto el CCE como el CCCat. Superada la sustancial diferencia de que la anticresis navarra admite la constitución de ese derecho tanto sobre bienes muebles como sobre inmuebles, la anticresis tendría carácter compensatorio pero no con los intereses sino con el capital mismo: Se configura como la cesión de un inmueble por la percepciónalzada y anticipada de un capital, situándose como figura realmente próxima a los contratos arrendaticios.

La compilación también regula de forma separada lo que denomina *pacto anticrético* que tampoco es lo que habitualmente viene entendiéndose por tal, sino una anticresis similar a la de compensación de los códigos tradicionales pero no como figura autónoma (y de ahí su calificación como pacto) sino como accesoria de la prenda y de la hipoteca.

24. La Extinción. Las conclusiones que hemos alcanzado en lo relativo a los modos de extinción de la anticresis, nos han llevado a diferenciar entre la extinción de la anticresis por extinción de la obligación y la extinción de la anticresis por extinción del derecho real como tal.

A la extinción de la anticresis por extinción de la obligación le será aplicable la teoría general de las obligaciones. Al extinguirse la obligación simultáneamente se extingue el derecho de anticresis y el acreedor debe reponer el inmueble a su propietario, pasando desde ese mismo instante a ser poseedor sin título. Y ante el incumplimiento de la obligación, surge en todo caso el derecho de retención anticrética.

En cuanto a la extinción del derecho de anticresis en tanto que derecho real, se extingue también por las causas generales de extinción de dichos derechos: (i) por transcurso del plazo por el que fue constituida –que puede no ser coincidente con el de la obligación principal, pero nunca posterior-. (ii) Por destrucción o pérdida del objeto, que debe ser entendido como pérdida del destino económico del inmueble y para cuyo caso hemos estimado que si estamos ante una anticresis constituida conforme al CCCat y dotada de *ius distrahendi* por haber resultado inscrita, podrá producirse la subrogación real en los supuestos de existencia de indemnización o seguro que reemplace el bien inmueble, subrogación real que no será aplicable para los supuestos de anticresis del CCE por cuanto no estando dotada de esa facultad de realización de valor, el valor liquidativo del inmueble no cumple función alguna. Y para estos supuestos o para aquellos en los que la anticresis sujeta al CCCat carezca de *ius distrahendi*, si el inmueble (su función económica) ha perecido sin culpa del acreedor/poseedor la anticresis se extinguirá sin generarse responsabilidad alguna y perviviendo la obligación principal; y si hubiere habido culpa del

poseedor anticrético éste deberá responder por daños entre los que deberá valorarse los frutos dejados de percibir por la desaparición de la función económica del inmueble. (iii) También la renuncia podrá producir la extinción del derecho de anticresis, más la renuncia unilateral del acreedor conlleva la condonación de la deuda. (iv) Por consolidación, dejando a salvo los efectos de la confusión que pueden producirse, o no, de forma simultánea. (v) Y en cuanto a la prescripción extintiva, admitiéndose la prescripción de la obligación, no tiene fácil encaje la prescripción del derecho real por su no uso, pues en ese supuesto nos encontraríamos más ante un supuesto de incumplimiento que de verdadero abandono del derecho.

25.- De cuanto antecede, creemos que debe concluirse que tradicionalmente ha venido haciéndose una incorrecta interpretación de la función jurídica y económica de la anticresis. El empeño en querer reconocer (CCE) o dotar (CCCat) a esta institución de la facultad de realización de valor, ha desfigurado enteramente su propia finalidad, provocando sin duda su inhabilidad y en su consecuencia su falta de uso.

La anticresis debe ser contemplada como un derecho de goce en función satisfactiva y no debe ser llevada más allá; su gran cualidad es que de los dos valores que puede tener un bien inmueble, el valor en uso y el valor liquidativo, mediante la anticresis tan solo se compromete el valor en uso de forma que el propietario constituyente se reserva para sí el valor liquidativo, no ve comprometida la pérdida patrimonial del inmueble, y podrá disponer de ese valor que aún conserva para otros destinos o necesidades.

Históricamente ha venido reconociéndose que la prenda quedó sustituida por la hipoteca, por la ventaja que le suponía al deudor poder seguir en la posesión del inmueble en tanto no se produjera el incumplimiento de la obligación. Si esa es la voz activa, la anticresis viene a ser su voz pasiva: su gran cualidad es esa que le ha querido ser negada, que mediante la cesión del *ius fruendi* el propietario tan solo ve comprometida esa facultad; reservándose para sí el derecho de propiedad que podrá ser utilizado para transmitirlo o podrá constituir sobre él otro derecho real, esta vez de garantía, como puede ser la hipoteca.

La anticresis no es un derecho de garantía, es una alternativa a esos derechos. Al dotarla de *ius distrahendi*, se le hacen perder todas sus cualidades como alternativa válida a la prenda y a la hipoteca, haciéndola entonces inútil.

26.- Y por último y en su consecuencia también estimamos que puede ser la anticresis una figura válida como alternativa a la dación en pago. Mediante ésta se extingue la deuda, pero se pierde la propiedad y con ella toda hipotética plusvalía que pueda darse en el futuro. La anticresis ofrece la función contraria: la atribución de la posesión al acreedor conservando la propiedad, de forma que ese acreedor adquiere una parte sustancial del valor del bien como lo es su capacidad de ser explotado económicamente, y sin embargo el deudor no ve perdida la totalidad de ese patrimonio, conservando esa *nuda propiedad*. Si además quiere dotarse al acreedor de una garantía, siempre podrá constituirse simultáneamente un derecho de hipoteca, pero serán éstos dos actos dispositivos complementarios y en muchos casos innecesarios en su concurrencia.

BIBLIOGRAFÍA

ALABADALEJO GARCÍA, MANUEL. “La hipoteca unilateral”. ADC.1950. Págs. 53 a 85.

- ❖ “La rendición de cuentas en el albaceazgo”. RCDI. N° 468. Septiembre- Octubre 1968. Págs. 1.185 a 1.216.
- ❖ *Manual de Derecho Civil*, Tomo III-1, Librería Bosch. Barcelona 1976.
- ❖ *Manual de Derecho Civil*. Volumen III-2. 2ª Edición. Edit. Bosch. Barcelona. 1.976.

ALONSO PÉREZ, MARIANO. “Del derecho de accesión respecto del producto de los bienes. Artículo 354”. *Comentarios al Código Civil*. Editorial Edersa. Tomo V. Vol. 1. Madrid 1990. Págs. 287 a 321.

ALVAREZ CAPEROCHIPI, JOSÉ ANTONIO. *Curso de Derechos Reales*. Tomo II. Editorial Cívitas. Madrid. 1.986.

- ❖ *El registro de la propiedad y las preferencias del crédito en la ejecución y en el concurso*. Editorial Comares. Albolote (Granada). 2003

AMAT I LLARÍ, M^a EULALIA. “Anticresis”. *Institucions del Dret Civil de Catalunya*. Tomo IV. Dirigida por Puig-Ferriol y Roca i Trías. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia.2007. Págs. 817 a 834.

ANDERSON, MIRIAM. “L’anticresi: algunes qüestions de naturalesa i de règim jurídic.” LN, 11/12 noviembre/diciembre 2003. Págs. 133 a 143.

- ❖ “ L’anticresi Catalana en la Nova Llei Concursal: La preferencia al cobrament”. RCDP. Societat Catalana d’Estudis Jurídics. Vol.6. 2006. Págs. 53 a 90

ARIAS DIEZ, M^a DOLORES. “El Derecho de retención de inmuebles del usufructuario: El art. 502 del Código Civil”. ADC. N° LIV. Octubre 2001. Págs. 1.449 a 1.554

ARNAU RAVENTÓS, LIDIA. “El efecto anticrético de las garantías reales en el derecho civil catalán”. LN. N° 28. Abril 2006. Págs. 77 a 96,

BADOSA COLL, FERRAN. *La Diligencia y la Culpa del Deudor en la Obligación Civil. Studia Albornotiana*. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia. 1987.

- ❖ *Dret D'Obligacions*. Publicacions Universitat de Barcelona. Barcelona.1.990”
- ❖ “Els Bens”. *Manual de Dret Civil Català*. Director: Badosa Coll. Edit: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid.2003. Págs., 197 a 228.
- ❖ “Las garantías reales en el CCCAT”, en *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*. Dir. Elena Lauroba Lacasa. Coordinación. Jaume Tarabal Bosch. Editorial Marcial Pons. Madrid 2012. Págs. 157 a 190.

BATLLE VÁZQUEZ, MANUEL. “La Anticresis”. Nueva Enciclopedia Jurídica Seix. Editorial Seix. Barcelona 1950. Págs. 697 a 703.

BAUDRY-LACANTINERIE GABRIEL, *Précis de Droit Civil*. Edit. Librairie de la Société du Recueil G^{al} des Lois et des Arrêts. Paris.1.901.

- ❖ *Del pegno, dei privilegi, delle ipoteche e della espropriazione forzata*. Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi. Milano.1912.

BAUDRY-LACANTINERIE, GABRIEL, y DE LOYNES, PAUL. *Traité Theorique et Practique de Droit Civil. Du nantissement. Des Privilèges & Hypothèques*. Editorial: Librairie de la Societèn du Recueil. Paris.1906. Troisieme Edition

BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, PABLO. “El Derecho de retención”. RDP. Enero 1952. N° 418. Págs. 1.003 a 10032.

- ❖ *El Derecho de retención en el Código Civil Español*. Acta Salmanticensia. IUSSU SENATUS UNIVERSITATIS EDITA. Universidad de Salamanca.1955.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO. “Artículo 1.173”. *Comentarios del código Civil*. Ministerio de Justicia. Madrid.1.991. Tomo II.Págs. 237 a 239.

- ❖ “Comentarios a la sentencia de 23 de marzo de 2000”. CCJC. Año 2000.nº 53. Págs.879 a 887.
- ❖ “Comentarios a la Sentencia de 3 de Febrero de 2009” CCJC. Septiembre-diciembre de 2009. Nº 81. Págs. 1.230 a 1.237.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO y VALLADARES RASCÓN, ETELVINA. “Artículo 1.175”. *Comentarios al Código Civil*. Editorial EDERSA. Madrid. 2004,.2ª Edición. Tomo XVI, vol 1º. Págs 258 a 278.

BIONDO, BIONDI. *Los Bienes*. Bosch, casa Editorial. Barcelona. 1961. Traducción por Antonio de la Esperanza.

BORRELL Y SOLER, ANTONIO M. *Derecho Civil Español. Derechos reales*. Tomo II. Editorial Bosch. Barcelona.1955.

CABRILLAC, MICHEL; MOULY, CHRISTIAN, CABRILLAC SÉVERINE, PÉTEL, PHILIPPE. *Droit des Sûretes*. Editorial Lexis Nexis.S.A. Paris.2010. 9ª Edición.

CACHÓN CADENAS, MANUEL. *El Embargo*. Editorial LLibrería Bosch. Barcelona 1991

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, BUENAVENTURA. *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*. Editorial Aranzadi. 1983

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. IGNACIO. *La Retención de cosa ajena*. Editorial Bosch. Barcelona 1990

CARPÍ MARTÍN, REBECA. *La Hipoteca en garantía de deuda ajena*. Centro de Estudios Registrales. Madrid.2002.

- ❖ “La realización de valor de los bienes hipotecados: ¿acto dispositivo del acreedor hipotecario?”. RDP. 2006. Págs. 107 a 125.

CARRASCO PERERA, ÁNGEL. “Restitución de provechos”, ADC.1987. Tomo XL, Fascículo IV. Págs. 1.055 a 1.148.

CARRASCO PERERA, ÁNGEL., y CARRETERO GARCÍA, ANA. *Tratado de los Derechos de Garantía*. Obra Colectiva. Carrasco Perera. Cordero Lobato y Marín López. Editorial Aranzadi. Cizur Menor (Navarra).2002.

- ❖ “Los derechos de retención y anticresis en la ley 19/2002 de Cataluña, de derechos reales de garantía”, RJC.2004. Págs. 9 a 34.

CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Editorial Reus. Madrid. Ediciones Undécima (1973) y Duodécima (1978), revisadas y puestas al día por Pascual Marín Pérez. Tomo Segundo, Volúmenes Segundo y Tercero.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO. *Derecho o Carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca*. Editorial CEDECS EDITORIAL S.L. Barcelona. 1998,

- ❖ “El Hipotecante no deudor: ¿Un “fiador real” cobijado por la analogía en el régimen de la fianza?” ADC. Octubre 2006.Págs. 1.659 a 1.766
- ❖ “El hipotecante por deuda ajena no es un “fiador real”, RDP nº 24. 2010. Págs. 299 a 322.

CLARO SOLAR, LUIS. “De la anticresis y especialmente de la prenda minera”. RDJ. Año. 1958. Tomo V. Págs. 115 a 124.

CLEMENTE DE DIEGO, FELIPE. “Derecho Patrimonial de Familia: El incremento de valor alcanzado, constante matrimonio, por las acciones de un Banco aportadas a aquél por el marido como capital propio”. RDP. Enero-Diciembre 1921. Madrid. Tomo VIII. Págs. 45 a 55.

CORDERO LOBATO, ENCARNA. “De la Anticresis”.*Comentarios al Código Civil*. Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Edit. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2009. 3ª Edición. Págs. 2.135 a 2.138.

D’ORS PÉREZ-PEIX , ÁLVARO. *Derecho Privado Romano*. Editorial Universidad de Navarra. 4ª Edición. Pamplona. 1.981.

DE CASTRO VÍTORES, GERMÁN. *La Obligación real en el Derecho de Bienes*. Centro de Estudios Registrales. Madrid. 2.000.

DE COSSIO Y CORRAL, ALFONSO. *Instituciones de D° Civil*. Edit. Civitas. Madrid.1988.

DE DALMASES Y JORDANA, JOAQUÍN. *El Usufructo de derechos*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid.1932.

DE LANGLADE, FAVARD. *Répertoire de la Nouvelle Legislation. Civile, Commerciale et Administrative*. Imprimerie de Firmin Didot. Paris.1823. Tome III. Digitalizado por Google

DE LA PUENTE ALFARO, FERNANDO. “El Procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria”. RCDI. N° 365. Julio-Agosto 1.996. Págs. 1.339 a 1.395.

DE REINA TARTIÈRE, GABRIEL. “Teoría General de las garantías reales”. RCDI n° 724. Marzo 2011. Págs. 717 a 750.

DEL POZO CARRASCOSA, PEDRO en “La Nova regulació del Dret de Retenció, la Penyora y l’Anticresi”. La Codificació dels drets reals de Catalunya. Materials de les Catorzenes Jornades de Dret Catalá a Tossa. Universitat de Girona. 2006. Págs. 236 a 272.

DEL POZO CARRASCOSA, PEDRO y TORMO SANTONJA, MERCEDES. “Artículos 569-24 y 569-25”. *Comentarios al Libro V del Código Civil de Cataluña. Derechos Reales*. Tomo III. Edit. Bosch. 2008. Barcelona. Págs. 1.907 a 1.914.

DÍEZ GARCÍA, HELENA en “Efectos del pago efectuado por un hipotecante no deudor mediante la ejecución de la garantía hipotecaria” ACE. Número 15/2009. Pamplona 2009. Págs. 2.703 a 2.730.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS. “La Naturaleza Jurídica de los Minerales”. ADC”. N° 2. 1.954. Págs. 355 a 376.

- ❖ “Los Efectos jurídicos de la gestión representativa”, ADC. Vol. 31. Nº 3. 1978. Págs. 489 a 508.
- ❖ *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Vol. 1. Edit. Cívitas. 5ª Edición. Madrid.1996.
- ❖ *Fundamentos de derecho Civil Patrimonial*. Vol.2. Edit. Cívitas. 5ª Edición. Madrid, 1996.
- ❖ *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial III*. Edit. Thompson Cívitas. Pamplona. Quinta Edición 2008.
- ❖ *Fundamentos de derecho civil patrimonial VI. Derechos reales*. Editorial Aranzadi S.A. Cizur Menor (Navarra). 2012.,

DÍEZ-PICAZO, LUIS Y GULLÓN , ANTONIO. *Sistema de Derecho Civil. Volumen III. Derecho de cosas*. Editorial Tecnos. Madrid.1981. 2ª Edición.

- ❖ *Sistema de Derecho Civil. Volumen III. Derecho de cosas*. Editorial Tecnos. Madrid 2005. 7ª edición, 5ª reimpresión.

DOMAT, JEAN. *Les Loix Civiles dans leur ordre naturel, Le Droit Public, et Legum Delectus*. Edit.:.Chez Peirre & Jean Herissant. Paris. 1705.

DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS. “Comentarios al artículo 690”. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Director: Fernando Toribio Fuentes. Edit. Lexnova. Valladolid 2012. Págs. 1.273 a 1.274

DORAL GARCÍA, JOSE ANTONIO. “Artículos 476 a 478”. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Editorial EDERSA. Madrid 1980. Tomo VII. Volumen 1. Págs., 136 a 158.

- ❖ “Ley 471. Pacto Anticrético”.*Comentarios Al Código Civil Y Compilaciones Forales*. Editorial EDERSA. Madrid 2002. Tomo XXXVIII. Vol. 1 Págs. 920 a 924

ESPEJO LERDO DE TEJADA, MANUEL. “Autonomía privada y Garantías reales”. *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*. Editorial Thompson-Civitas. Madrid. 2003. Tomo III.

EGEA FERNÁNDEZ, JOAN y FERRER RIBA, JOSEP. “Artículo 532-4”, *Codi Civil de Catalunya*. Editorial, Flor del Viento S.A. 13ª Edición. Barcelona.2006. Págs. 80 a 81.

ESPÍN CÁNOVAS, DIEGO, *Manual de Derecho civil español*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1975. 4ª Edición. Vol. II.

FENET, PIERRE-ANTOINE. *Recueil Complet des Travaux Préparatoires du Code Civil*. Imprimerie de Marchand du Brevil. Paris 1877. Tomo 15.

FERNÁNDEZ VILLA, JOSÉ. *El Pago con subrogación: revisión del artículo 1.212 del Código Civil Español*. Editorial Comares. Granada 1999.

FERRANDIS VILELLA, JOSÉ. “Introducción al estudio de los derechos reales de garantía”. ADC. Enero Marzo 1960. Tomo XIII. Fascículo I. Págs. 37 a 62

FERRARA, FRANCESCO. *Trattato de Diritto Civile Italiano*. Vol. I. Athenaeum. Roma. 1921.

FÍNEZ RATÓN, JOSÉ MANUEL. “Garantías Reales. Imperatividad de las normas de ejecución versus Pacto Comisorio”. *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez Picazo*. Edit. Thomson-Civitas. Cizur. Navarra. Madrid.2003.Tomo III. Págs. 3.829 a 3.839.

FUGARDO ESTIVILL, JOSEP M^a. “Consideraciones sobre la prenda y el *ius distrahendi* (En torno a la ley 22/1991 de 29 de noviembre de Garantías Posesorias sobre Cosa Mueble y el Anteproyecto de Ley de Derechos Reales de Garantía)”. LN. N° 11/2001. Noviembre 2001. Págs. 263 a 359.

GARCÍA-BERNARDO LANDETA, ALFREDO. *La Subrogación real en el Derecho Común Español*. Editorial, Colegios Notariales de España. Madrid.2000.

GARCÍA DE VALDEAVELLANO Y ARCIMIS, LUIS. *Estudios medievales de Derecho Privado. Anales de la Universidad Hispalense*. Editorial: Publicaciones de la Universidad de Sevilla. 1977.

GALICIA AIZPURUA, GORKA. *La disciplina sobre el pago por tercero y el alcance de la subrogación*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia 2.006.

GARCÍA CANTERO, GABRIEL. “Concepto de Frutos en el Código Civil Español”. RDN. Año III nº 7. Enero-Marzo 1955. Edit. Colegios Notariales de España. Junta de Decanos. Madrid. Págs. 61 a 240.

GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. “Artículo 32 ” *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Editorial Revista de Derecho Privado (EDERSA). Madrid. 1.999. Tomo VII, LEY HIPOTECARIA, Vol.4º. Págs. 301 a 387.

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. Zaragoza. 1.974.

GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, JUAN. “Acerca de la Naturaleza Jurídica del Derecho de Anticresis”. RCDI. Año XXI. Julio-Agosto 1945. nº 206-207. Págs. 457 a 478.

GARRIDO GARCÍA, JOSÉ M^a. “Teoría General de la Preferencia”. ADC. Octubre 1998. Vol.51 nº 4. Págs. 1.769 a 1.863.

- ❖ “Comentarios Artículo 89 y 90”, *Comentario de la Ley concursal*. Directores Ángel Rojo y Emilio Bertrán. Cívitas Ediciones. Madrid.2004. Págs. 1.597 a 1.616.

GAYOSO ARIAS, RAMÓN. *Nociones de legislación hipotecaria*. Editorial. Imprenta de Cleto Vallinas. Madrid. 1918. Tomo 2.

GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, JUAN LUIS. *Derechos Reales. Comentarios al libro V del Código Civil de Cataluña*. Decanato Autonómico de los Registradores de Cataluña. Dir. Antonio Giner. Edit. Bosch.S.A. Barcelona 2008. Tomo III.

GINÉS CASTELLET, NURIA. *La Enajenación de Bienes inmuebles con Fin de Garantía*. Edit. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España. Madrid. 2004.

- ❖ “Algunas Reflexiones en torno al concepto de derecho real de garantía y sus principios rectores”. *Derechos reales: principios, elementos y tendencias*. AAVV Coordinador De Reina Tartiere, Gabriel. Editorial Heliasta. Buenos Aires. 2008. Págs., 421 a 448.

GUILARTE GUTIÉRREZ, VICENTE. “Artículo 89”. *Comentarios a la legislación concursal*. AAVV Directores Juan Sánchez Calero y Vicente Guilarte Gutiérrez. Editorial Lex Nova. Valladolid 2004, Tomo II. pág., 1.775 a 1779

GUILARTE ZAPATERO, VICENTE. “De la Anticresis”. *Comentarios al código Civil y compilaciones forales*. Tomo XXIII. 2ª Edición. EDERSA. Madrid. 1990. Págs. 635 a 683.

- ❖ “Artículo 57”. *Comentarios a la legislación concursal*. AAVV Directores Juan Sánchez Calero y Vicente Guilarte Gutiérrez. Editorial Lex Nova. Valladolid 2004, Tomo II. Págs. 1.067 a 1.076

GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO. *El Derecho real de subhipoteca*. Editorial: Bosch, Casa Editorial. Barcelona 1957.

- ❖ “De la anticresis. Artículos 1.881 a 1.886.” *Comentarios del Código Civil*. Director: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. Editorial Bosch, S.A. Barcelona 2006.2ª Edición. Tomo 9. Págs. 195 a 203

GULLÓN, ANTONIO y DIEZ-PICAZO, LUIS. *Sistema de Derecho Civil*. Ver DÍEZ PICAZO.

GUTIÉRREZ PEÑA, FLORENCIO. *El derecho de anticresis en el código civil español*. Coslada (Madrid) 2004. Editorial, Gráficas Blonde S.L.

GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*. Editorial Aranzadi S.A. Cizur Menor (Navarra). 2006.

HERNÁNDEZ-MORENO, ALFONSO. “De la Anticresis”. *Comentarios del código Civil*. Ministerio de Justicia. Madrid.1.991. Págs. 1.926 a 1.939.

HERNÁNDEZ BEZANILLA, EMMA DEL ROSARIO. “La Ejecución forzosa: su realización mediante el procedimiento de apremio”. 2008. Base de datos VLEX. <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/>.

IGLESIA FERREIROS, AQUILINO. *Las Garantías reales en el Derecho Histórico Español*. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago. Santiago de Compostela.1977.

- ❖ *La creación del Derecho*. Editorial Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales. Madrid.1996.2ª Edición

JIMENO ARANGUREN, ROLDÁN. “Las figuras de Garantía en los Fueros Medievales Hispánicos occidentales”. *Historia de la Propiedad Crédito y Garantía*. V Encuentro interdisciplinar de Historia de la Propiedad, Crédito y Garantía. Servicio de Estudios Colegio Registradores. Fundación Registral.2007. Págs. 15 a 79.

JURADO JURADO, JUAN JOSÉ. “El procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: una primera aproximación a sus particularidades”. RCDI. nº 662. Noviembre-Diciembre 2000. Págs. 3.143 a 3.324.

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS. “La causa en los contratos de garantía. RCDI. Mayo-Julio 1981. Págs. 709 a 755.

- ❖ *Elementos de derecho civil V. Derecho de Sucesiones*. 5ª Edición. Edit.: José Mª Bosch Editor S.A. Barcelona.1993.
- ❖ *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. Editorial Dykinson. Madrid.1999. Volumen Segundo
- ❖ *Elementos de Derecho Civil.III. Derechos reales. Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*. Edición. Editorial Dykinson. Madrid. 2004. Tomo III. Volumen Segundo.
- ❖ *Elementos de derecho civil. III Derechos reales. Posesión y propiedad*. Editorial Dykinson. Madrid., 2008. Volumen Primero.

LALAGUNA DOMINGUEZ, ENRIQUE. “Comentario al artículo 13 del Código Civil. Ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos coexistentes en el territorio nacional”. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Editorial EDERSA. Madrid 1995. Tomo I. Vol. 2º. Págs. 1083 a 1.201.

LASSO GAITE, JUAN FRANCISCO. *Crónica de la Codificación Española. Codificación Civil*. Tomo 4. Vol. I. Ministerio de Justicia. Madrid.1979.

LAURENT, FRANÇOIS. *Principes de Droit Civil Française*. Tomo XXVIII. 3ª Edición. Edit. Brylan-Christophe & Editeurs. Bruxelles. Librairie A. Marescq, Ainé. Paris.1878.

LEÓN ALONSO, JOSÉ R. “Artículo 1.709” *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Edit. EDERSA. Madrid.1986. Tomo XXI. Vol.2. Págs. 16 a 46.

❖ “Artículo 1.716”. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Edit. EDERSA. Madrid.1986. Tomo XXI. Vol.2. Págs. 156 a 171.

❖ “Artículo 1.730”. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Edit. EDERSA. Madrid.1986. Tomo XXI. Vol.2. Págs. 431 a 449.

LÓPEZ ALARCÓN, MARIANO. “El derecho de preferencia”. AUM. 1960. Vol. XVIII, nº 1. Págs. 5 a 74.

LÓPEZ DE HARO, CARLOS. *El Derecho de Retención*. Manuales Reus de Derecho. Volumen XXXV. Editorial Reus. Madrid.1921

LÓPEZ VILAS, RAMÓN. “Del derecho de accesión”. *Comentarios Del Código Civil*. Ministerio de Justicia. Madrid. 1991. Tomo I. Págs. 991 a 1.005.

LUCAS ESTEVE, ADOLFO. (Dir) *Els Drets reals. Estudi Introductori del Llibre V del Codi Civil de Catalunya*. Edit. Atelier. Barcelona 2007.

LLEBARÍA SAMPER, SERGIO. “Comentarios al art. 569-23”. *Comentarios al libro V del Código Civil de Cataluña*. AAVV. Decanato Autonómico de los Registradores de Cataluña. Edit. Bosch. Barcelona 2008. Tomo III. Págs. 1.902 a 1.915.

MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ M^a. “Artículos 451 a 458”. *Comentarios al código Civil Español*. Edit. Revista de Legislación. Tomo 4, Madrid 1910. 3^a Edición. Págs. 249 a 303.

❖ “De la Anticresis.” *Comentarios al código Civil Español*. Edit. Revista de Legislación. Tomo 12. Madrid. 1911. 2^a Edición. Págs. 523 a 546.

MARÍN PADILLA, M^a LUISA. “El principio general de la subrogación real en los derechos reales de garantía y goce”. RCDI. n^o 529. Noviembre-Diciembre 1978. Págs. 1.149 a 1.201.

MARÍN PÉREZ, PASCUAL, en *Derecho Civil Español, común y foral* de José Castán Tobeñas, Tomo segundo. Volumen segundo. Véase Castán Tobeñas.

MARTÍN RETORTILLO, CIRILO. “Los Frutos según el Código Civil”. RDP. Tomo XXI. Enero-Diciembre 1934, Madrid. Págs. 86 a 89, y 350 a 354.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, JOSÉ MANUEL. “La prenda de cosa fructífera y el artículo 1.868 del Código Civil”. RCDI. Número 593. Julio/Agosto 1989. Págs. 1.049 a 1.111.

MAZEAUD, HENRI. MAZEAUD, LEON, MAZEAUD, JEAN. *Lecciones de Derecho Civil. Parte Tercera. Volumen I*. Traducción de Luis Alcalá-Zamora. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1962.

MERCADAL VIDAL, FRANCISCO. “Comentarios al Artículo 89 y 90”. *Nueva ley Concursal* Coordinadores: A. Sala. F. Mercadal. J. Alonso-Cuevillas.. Editorial Bosch S.A. Barcelona 2004. Págs. 439 a 445.

MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M^a DOLORES. “Las Causas de Preferencia crediticia tras la ley concursal”. RCDI. Enero-Febrero 2004. n° 681. Págs. 187 a 217.

MONTERO AROCA, JUAN. *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia 2004. Tomo II.

❖ *Ejecución de la Hipoteca Inmobiliaria*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia 2012

MORATILLA GALÁN, ISABEL. “La falta de pago de la deuda en el plazo convenido concede al acreedor anticrético la facultad de pedir el pago de la misma o la venta del inmueble”. RCDI. Noviembre- Diciembre 2006. n° 698. Págs., 2.513 a 2.519.

MORENO QUESADA, LUIS, *Las Garantías reales y su constitución por tercero*. Edita Universidad de Granada. Departamento de Derecho Civil. Granada. 1987.

NUSSBAUM, ARTHUR. *Tratado de Derecho Hipotecario alemán*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid.1929. Traducción, W. Roces.

O'CALLAGHAN MUÑOZ XAVIER,. “Artículos 1.625 y 1626” *Comentarios al código Civil y compilaciones forales*. Editorial Edersa. Madrid 1982. Tomo XX. Vol. 3. Págs. 100 a 109.

❖ *Compendio de Derecho Civil. Derechos reales e hipotecario*. Editorial Revista de Derecho Privado (EDERSA), Madrid. 1988. 2^a Edición Tomo III,.

❖ *Código Civil Comentado*. Editorial La Ley S.A. Fuenlabrada (Madrid). 2001.

OSCÁRIZ MARCO, FLORENCIO. “Ley 471” *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*. Dirigido por Enrique Rubio Torracó y coordinado por M^a Luisa Arcos Vieira. Editorial Aranzadi. Cizur Menor. 2002. Págs 1.585 a 1.589.

ORLANDIS ROVIRA JOSÉ. “La Prenda como procedimiento coactivo en nuestro derecho medieval”. AHD. Madrid. 1942-1943. Tomo XIV. Págs. 81 a 183.

OSSORIO MORALES, JUAN. *Manual de Sucesión Testada*. Edit. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1957.

OURLIAC, PAUL y DE MALAFOSSE, JEHAN. *Derecho Romano y Francés Histórico. Derecho de Obligaciones*. Editorial Bosch. Barcelona 1960. Traducción: Manuel Fairén. Tomo I.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL. *Derechos reales. Derecho Hipotecario*. Centro de Estudios Registrales. Madrid 1999. Tercera Edición.

PETREL SERRANO, JUAN JOSÉ. "Artículo 140 Ley Hipotecaria". *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Editorial EDERSA. Madrid 2000. Tomo VII. Vol. 8. Págs 18 a 28.

PIETTE, GAËL. « La nature de l'antichrèse, après l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 ». Recueil Dalloz 2006. Págs. 1.688 a 1.706.

PIETRI ALEJANDRO, *El Código Civil de 1916 y sus diferencias con el de 1904 e indicación de los artículos correspondientes en este y en el de 1896*. Editorial: Litografía del Comercio. Caracas 1916.

PLANIOL, MARCEL. *Traité Pratique de Droit Civil Français*. Tomo XII. Por Emile Becqué. Edit. LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE . Paris 1.953. 2ª Edición.

❖ *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Editorial Cultural S.A. La Habana. 1942. Tomo 12, 1ª parte. Traducción: Mario Díaz Cruz.

PLANITZ, HANS. *Principios de Derecho Privado Germánico*. Editorial Bosch. Barcelona 1957. Traducción Carlos Melón Infante.

POTHIER, ROBERT JOSEPH .*Oeuvres de Pothier* publicadas por M. Dupin. Edit. Pichon-Béchet. Paris. 1827. Tome Veme.

❖ *Oeuvres de Pothier, contenant Les Traités Du Droit Français*. Editorial: Pichon-Bechet, Successeur de Béchet Ainé. Paris. 1827. Tome Huitème.

❖ *Traité des Personnes et des Choses*. Tomo V. Edit. Pichon-Bechet. Paris 1.927

PRADES CUTILLAS, DANIEL. “La anticresis y el concurso de acreedores”. *Créditos, Garantías y Concurso*. AAVV. Coordinador: Abel Veiga Copo. Editorial, Civitas Thompson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2010. Págs., 237 a 263

PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, LEONARDO .*Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tomo II. Editorial Aranzadi. Pamplona. 1982.

PUIG BRUTAU, JOSÉ. *Fundamentos de Derecho Civil. Volumen III (Libros 1º, 2º y 3º)*. Bosch. Casa Editorial. Barcelona.1974.

❖ *Compendio de Derecho Civil*. Bosch, Casa Editorial, S.A.. Barcelona. 1989. 1ª Edición. Volumen III

PUIG FERRIOL, LLUIS. *Institucions Del Dret Civil de Catalunya*. Puig i Ferriol y Roca i Trias. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. 2007. Vol. IV

PUIG PEÑA, FEDERICO. *Tratado de Derecho Civil Español*. Editorial Revista de Derecho Privado. Tomo III. Vol I., Madrid 1972; y Tomo III. Vol II.1ª Edición, Madrid 1958 y 2ª Edición, Madrid, 1974.

RAMOS FOLQUÉS, RAFAEL. “Los Mojones de Ática o la publicidad hipotecaria en el siglo IV antes de Jesucristo”. RCDI. Julio-Agosto 1949. Págs. 417 a 452.

RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO. “Arts. 553-1” *Derechos reales. Comentarios al Libro V del Código Civil de Cataluña*. Decanato Autonómico de los Registradores de Cataluña. VV.AA. Dirección Antonio Giner Gargallo. Coordinador Vicenç Clavell. Edit. Bosch S.A. Barcelona. 2008.

❖ *El Usufructo*. Editorial Aranzadi S.A. (Civitas). Cizur Menor (Navarra). 2010.

ROCA SASTRE, RAMÓN. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Tomo I. Edit. Bosch, Casa Editorial. Barcelona. 1941.

ROCA SASTRE, RAMÓN M^a Y ROCA SASTRE MUNCUNILL, LUIS, en *Derecho Hipotecario*. Edit. Bosch. Barcelona.1979. Tomo IV- 2º

ROCA TRIAS ENCARNACIÓN. “Rasgos básicos de la regulación española en materia de negocios de garantía”, *Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil*. Obra Colectiva: Coordinador, Ubaldo Nieto y José Ignacio Bonet. Editorial Cívitas. Madrid.1996. Tomo I. Págs. 131 a 164.

RODRÍGUEZ OTERO, LINO. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Editorial DIJUSA. Madrid. 2007. Tomo III.

RODRIGUEZ PRIETO, FERNANDO. “Sobre el Pacto Comisorio”. LN. Marzo de 2005. Págs. 49 a 58.

RUBIO GARRIDO, TOMÁS. *La subrogación por pago. Régimen jurídico y supuestos prácticos de aplicación*. Editorial Mc Graw-Hill, 1997.

SANTOS BRIZ, JAIME. (Dir.) . *Tratado de Derecho Civil*. Edit. Bosch. Barcelona. 2003.

SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. “El Derecho de Preferencia en la Anticresis”. RDP. 1943. Tomo XXVII. Págs. 223 a 229.

SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS. *Comentarios al Código Civil. Tomos IV y XXIX*. Instituto Editorial Reus. Madrid 1955.

TESDESCHI, VITTORIO. *L'anticresi*. Unione Tipografica-Editrice Torinese. Torino.1952.

VALLET de GOYTISOLO, JUAN B. *Estudios sobre derecho de Cosas*. Editorial Montecorvo S.A. Madrid 1976.

VÁZQUEZ BARROS, SERGIO. “El Embargo de bienes. Comentarios Sobre tercerías”. Base de datos VLEX. Editorial VLEX 2010. Págs. 1 a 113.

VELÁZQUEZ MARTÍN, ÁNGELES. *La intervención judicial de bienes y empresas*. Editorial Thompson-Aranzadi. Cizur Menor (Navarra).2009