

## CAPITULO II.

### DE LA ANTICRESIS.

527. La palabra *anticresis* es griega; hay disputas acerca de su etimología. Esto es bastante indiferente. Los romanos, que tomaron del griego la palabra y la cosa, entendían por esto un contrato por el cual el deudor abandona á su acreedor el goce de un inmueble para suplir los intereses de la deuda; esto era, pues, una convención aleatoria, pudiendo los frutos valer más ó menos que los intereses. En la jurisprudencia antigua la anticresis cambió de naturaleza; el acreedor sólo adquiría la facultad de percibir los frutos, á cargo de imputarlos anualmente á los intereses, si se le debían, y luego en el capital del crédito. El contrato así modificado no era muy usado sino en los países de derecho escrito y en la jurisdicción del Parlamento de París. Los autores del Código no lo habían mentado en el primer proyecto. En efecto, la hipoteca es generalmente más ventajosa; deja al deudor la posesión del inmueble y da al acreedor un derecho real que puede hacer valer contra los terceros; mientras que la anticresis despoja al deudor de la posesión y no da al acreedor un verdadero derecho real. Pero el poder de la tradición es grande en nuestra ciencia. Las cortes de apelación, á las que el proyecto de Código Civil fué sometido, señalaron el vacío y pidieron que se lle-

nara. Se satisfizo el pedimento. La anticresis, decía la Corte de Burdeos, ofrece al deudor que sólo tiene inmuebles facilidades de liberarse, dándolos en prenda á su acreedor, el que se paga con los productos. El Relator del Tribunal agrega: "Todo cuanto tiende á facilitar las convenciones, á multiplicar y asegurar los medios de liberación es útil á la sociedad y sirve á la vez á los acreedores y á los deudores. La anticresis merecía, pues, figurar en el Código Civil." (1)

528. El art. 2085 define la anticresis en estos términos: "El acreedor *no adquiere* por este contrato más que la facultad de percibir los frutos del inmueble, con cargo de imputarlos anualmente á los intereses, si se le deben, y después en el capital de su crédito." Comparando esta definición con la que el art. 2073 da del empeño se ve que la diferencia es grande entre el empeño de una cosa inmobiliar y el empeño de una cosa mueble. "La prenda confiere al acreedor el derecho de hacer que le paguen de la cosa empeñada, con privilegio y preferencia á los demás acreedores." El art. 2085 no habla de un derecho de preferencia, y como está concebido en términos restrictivos debe concluirse que el acreedor anticresístico no tiene este privilegio; por tanto, no un derecho real. Este último punto está controvertido; volveremos á él. El único objeto y solo efecto de la anticresis es ofrecer al deudor que sólo tiene inmuebles un medio fácil para liberarse, abandonando al acreedor el goce de un inmueble. Hay, sin embargo, respecto de otros puntos, analogías entre el empeño y la anticresis. Son dos especies de empeño; la definición que el artículo 2071 da del empeño se aplica, pues, á la anticresis como al empeño; resulta que los caracteres generales de ambos contratos son los mismos. La anticresis es un contrato

1 Gary, Informe núm. 21 (Loché t. VIII, p. 106). Pent, t. II, p. 679, número 1217.

real, como el empeño; el goce de la cosa implica que el acreedor la posee. Es un contrato unilateral; el deudor no contrae ninguna obligación por el contrato; si queda obligado es por accidente, cuando el acreedor hizo gastos útiles ó necesarios. En fin, la anticresis es un contrato accesorio, como todas las convenciones que tienen por objeto ministrar al acreedor una seguridad para el pago de la deuda. Es, pues, necesario una obligación principal válida para que pueda haber una convención de anticresis. (1)

*SECCION I.—De las condiciones requeridas para la validez de la anticresis.*

§ I. ¿QUIEN PUEDE CONSTITUIR UN ANTICRESIS.

529. Según el art. 2077 la prenda puede ser dada por un tercero ó por el deudor. El art. 2090 dice que esta disposición se aplica á la anticresis. Este es el derecho común. Un tercero puede ministrar la garantía real estipulada para la seguridad de la deuda, hipoteca, prenda ó anticresis, como puede ministrar la garantía personal caucionando la obligación del deudor principal. Lo menos natural, y también lo que menos se usa de estas obligaciones accesorias contraídas por un tercero, es seguramente la anticresis. Pero basta que este compromiso pueda entrar en el convenio de los terceros para que la ley deba consagrar este modo de garantizar el pago de la deuda.

530. Que la anticresis está constituida por el deudor ó por un tercero poco importa en cuanto á los efectos y en cuanto á las condiciones; el contrato es siempre lo mismo. Debe verse ante todo quién tiene el derecho de dar un inmueble en anticresis. Ya hemos dicho que para constituir un empeño es necesario ser propietario de la cosa que se da

<sup>1</sup> Véase una aplicación del principio en una sentencia de Lyon de 8 de Enero de 1873 (Daloz, 1874, 1, 162).

en prenda y tener la capacidad para enajenarla. ¿Pasa lo mismo con la anticresis? El principio es idéntico aunque los efectos de ambos contratos difieren en un punto muy esencial. El empeño es una enajenación parcial. En nuestra opinión (núm. 528) la anticresis no da al acreedor un derecho en el inmueble. Pero atribuye al acreedor el derecho de goce en los frutos; luego el derecho de gozar del inmueble, y en la opinión común este goce puede ejercerse contra terceros, como lo diremos más adelante. Hay, pues, un derecho adherente á la propiedad, que está por ello desmembrada; lo que constituye una enajenación parcial. Esto basta para justificar el principio que acabamos de formular. El propietario sólo puede desmembrar el derecho de propiedad. Pero bajo el nombre de *propietario* hay también que comprender al usufructuario: puede hipotecar su derecho, puede cederlo; puede, pues, empeñarlo también. Sólo que debe agregarse, como el art. 2118 (Ley Hipotecaria, artículo 45) lo hace para la hipoteca: que el usufructuario no puede dar en anticresis su derecho sino durante el tiempo del usufructo, pues aquel que sólo tiene un derecho temporal no puede conceder en la cosa más que derechos temporales.

La segunda condición comprendida en nuestro principio, la capacidad de suponer, deriva de la primera. Puesto que la anticresis desmembra la propiedad la constitución de la anticresis sobrepasa por esto mismo el poder administrativo. En cuanto al propietario tiene que ser capaz para enajenar, para enseñar una enajenación. De ahí esta doble consecuencia: que el propietario incapaz no puede dar sus inmuebles en empeño y que los administradores legales no tienen capacidad para consentir una anticresis. El principio está admitido por todo el mundo. (1)

531. La jurisprudencia aplicó estos principios. Fue sen-

<sup>1</sup> Aubry y Rau, t. IV, p. 715, notas 1 y 2, pfo. 437. Pont, t. II, p. 682, núms. 1222 y 1223.

tenciado que el tutor no puede dar los bienes del menor en anticresis. (1) La sentencia da varias razones, bastante malas; hay una decisiva: es que el tutor no puede hacer más que actos de administración; para consentir la enajenación total ó parcial de un inmueble es, pues, necesario la autorización del consejo de familia homologado por el tribunal; este principio recibe su aplicación directa á la anticresis, puesto que el empeño de un inmueble es un acta de disposición (núm. 530.)

Siguese del mismo principio que la anticresis constituida por un menor, aun emancipado, sería nula, puesto que el menor emancipado no puede hacer ningún acto más que los de pura administración sin observar las formas prescriptas para los menores no emancipados (art. 484).

532. La Corte de París ha sentenciado, por aplicación del mismo principio, que el pródigo colocado bajo consejo judicial no puede empeñar un inmueble en anticresis más que con la asistencia de su consejo. (2) Da como motivo que el pródigo no puede enajenar sus rentas. Esto es vago y, así formulado, el principio sería incontestable. En efecto, la incapacidad de las personas colocadas bajo consejo es enteramente especial; son capaces en regla general y sólo son incapaces cuando el acta entra entre aquellos que la sentencia prohíbe hacer sin asistencia del consejo. Y la ley no dice que los pródigos no pueden enajenar sus rentas, pero dice que no pueden enajenar ni gravar sus bienes con hipotecas. Ahí está la causa de su incapacidad, en lo que se refiere á la anticresis, puesto que dar un inmueble en anticresis es enajenarlo parcialmente (núm. 530).

533. Una mujer separada de bienes dió en anticresis un inmueble del que era usufructuaria en virtud de un testa-

1 Pau, 9 de Agosto de 1837 [Dalloz, en la palabra *Minoridad*, núm. 509 3.º].  
2 París, 10 Marzo de 1854 (Dalloz, 1855, 2, 246).

mento; pidió la nulidad de la anticresis porque la había consentido sin autorización marital. Los primeros jueces pronunciaron la nulidad. Recurso de casación. La Cámara de Requisiciones lo desechó por motivo de que las entencia atacada había podido, sin violar el art. 1449, considerar el abandono del usufructo del inmueble en anticresis por un tiempo indeterminado como una enajenación inmobiliar que la mujer separada de bienes no podía hacer sin autorización marital. (1) El principio pudo haber sido formulado de un modo directo y positivo. ¿Cuál es la capacidad de la mujer separada de bienes? El art. 1449 contesta que recobra la libre administración de sus bienes; luego sólo puede hacer actos de administración; la ley le da, es verdad, el derecho de disponer de sus muebles y enajenarlos, pero esta facultad no tiene nada de común con la contestación de la anticresis que implica una enajenación parcial del inmueble empeñado. Lo que es decisivo.

534. El marido usufructuario en virtud del régimen adoptado por los esposos ¿puede dar en anticresis los inmuebles de la mujer de los que tiene el goce? Sí, cuando este goce constituye un usufructo (núm. 530); acerca de este punto trasladamos á lo dicho en el título *Del Contrato de Matrimonio*. Suponiendo que el marido sea usufructuario su derecho sólo es temporal: sólo puede, por consiguiente, conceder una anticresis temporal. De esto se sigue que si la mujer obtiene la separación de bienes la anticresis consentida por el marido cesará con el goce del marido. En un caso que fué presentado ante la Corte de Caen el que tenía la anticresis invocaba su buena fe como dándole un título á los frutos; para desechar tal pretensión la Corte se esfuerza en probar que el demandado tenía conocimiento de la separa-

1 Denegada, 22 de Noviembre de 1841 (Dalloz, en la palabra *Empeño*, número 233).

ción de bienes. (1) Hubiera debido decidir que la demanda no tenía sentido. Que se lea la definición de la posesión de buena fe que da un derecho á los frutos y se convencerá uno de que el poseedor de anticresis no es nunca un poseedor de buena fe. El art. 550 dice: «El poseedor es de buena fe cuando posee como propietario en virtud de un título translativo de propiedad del que ignora los vicios.» ¿El que tiene una anticresis que sólo es un poseedor precario que recibe un inmueble en empeño posee en virtud de un trato translativo de propiedad? ¡Tantas preguntas y otras tantas herejías jurídicas! La Corte confundió la buena fe legal definida por el art. 550 con la buena fe de hecho; y es á la posesión de buena fe, tal como la define la ley, á la que se atribuyen los frutos.

#### § II.—DE LA FORMA.

535. Según el art. 2085 «la anticresis sólo se establece por escrito.» Esto es una diferencia entre la anticresis y el empeño. Los arts. 2074 y 2075 prescriben la redacción de una acta auténtica ó privada y registrada para que el acreedor prendista tenga un privilegio para con los acreedores. Y hasta no es de rigor cuando el interés del litigio no pasa de 150 francos y que la prenda tiene por objeto un mueble corporal. Entre las partes ningún escrito está exigido y la prueba se da según el derecho común (núms. 422 y 434). Si la ley hubiera seguido este principio en materia de anticresis no hubiera exigido un escrito, puesto que la anticresis no da ningún privilegio al acreedor. ¿Por qué, pues, los autores del Código han exigido un escrito para la anticresis? Berlier contesta á la pregunta en la Exposición de los Motivos: «La anticresis sólo se establece por escrito. Esta regla, que hubiera sido inútil volver á dar si se hubiera que-

<sup>1</sup> Caen, 11 de Julio de 1844 (Daloz, 1845, 2, 43).

rído circunscribirla en los términos ordinarios de la legislación acerca de los contratos, indica aquí que aunque el fundo valiera menos de 150 francos nadie puede entrometerse en él ó, cuando menos, mantenerse en él contra la voluntad del propietario alegando *convenciones verbales* que en esta materia podrían ser el pretexto de numerosos desórdenes. (1) Se pueden contestar los motivos que da el Orador del Gobierno para justificar la necesidad de un escrito para la anticresis; no entraremos en este debate que sólo se refiere al legislador; sabemos lo que quiso éste y el intérprete debe atenerse á ello.

536. Resulta desde luego del art. 2085, tal como la Exposición de los Motivos lo interpreta, que el escrito no se exige como condición esencial para la existencia de la anticresis. La ley no entendió hacer con la anticresis un contrato solemne; no había para esto ninguna razón, así para el empeño de una cosa inmueble como para el empeño de una cosa mueble. Así el escrito sólo se exige como prueba del contrato; es una derogación del derecho común, y Berlier nos dice que el legislador quiso derogarlo. Queda por determinar la extensión y el alcance de la derogación. Un primer punto es seguro, puesto que Berlier lo dice. Según el art. 1341 la prueba testimonial sería admisible para probar la anticresis si el fundo que es su objeto no tuviera más valor de 150 francos. El legislador no quiso una anticresis verbal por causa de los desórdenes á que hubiera dado lugar la puesta en posesión del acreedor sin título. Luego el art. 2085 deroga la regla del art. 1341.

537. ¿Debe irse más allá y decir que el artículo rechaza la prueba testimonial de un modo absoluto de modo que ni siquiera se la admitiría si hubiese un principio de prueba por escrito? La cuestión está controvertida. En nuestro concepto la prueba testimonial no es de admitirse. El texto

<sup>1</sup> Berlier, Exposición de los motivos, núm. 10 (Loché, t. VIII, p. 100).

está concebido en términos absolutos y restrictivos. Se podría decir, es verdad, que el art. 2085 se refiere únicamente á la prohibición del art. 1341, lo que no excluye la aplicación del art. 1347. Pero la Exposición de los Motivos desecha esta interpretación; no quiere que se alegue una *convención verbal*; y cuando las partes invocan un principio de prueba por escrito han tratado verbalmente, mientras que la ley quería que redactasen un escrito; esto nos parece decisivo. Hay una sentencia de Bruselas en este sentido. (1)

La prueba testimonial no es admisible más que en el caso previsto por el art. 1348, núm. 4, cuando se ha perdido el acta redactada por las partes por caso fortuito ó de fuerza mayor. No se puede reprochar á las partes el no haber redactado escritura, puesto que tenían hecha una; no se les puede exigir que la reproduzcan, puesto que no existe, y á lo imposible nadie está obligado.

538. ¿Puede hacerse la prueba de la anticresis por confesión del demandado ó por juramento decisorio que le sea conferido? Acerca de este punto todos están acordes; (2) las explicaciones hechas por Berlier prueban que el legislador ha querido separar la prueba testimonial; no se pensó en prohibir las demás pruebas que son de derecho común, y no había razón para ello.

539. Queda por saber cómo se prueba la anticresis con respecto á los terceros. La cuestión se liga á las relaciones que la anticresis establece entre el acreedor y los terceros; volveremos á este punto.

540. Conforme á la legislación francesa el acta de anticresis debe ser transcripta para que el acreedor la pueda oponer á los terceros (3) La Ley Hipotecaria Belga no men-

1 Bruselas, 20 de Febrero de 1822 (Pasicrisia. 1822, p. 65). Compárese Troplong, núms. 514 y 515. Massé y Vergé sobre Zachariæ, t. V, p. 112, nota 2. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. IV, p. 716, nota 4, pfo. 437. Pont, tomo II, p. 685, núm. 1228.

2 Durantón, t. XVIII, p. 639, núm. 558.

3 Aubry y Rau, t. IV, p. 716, pfo. 437.

ciona la anticresis y el acta de empeño no entra en los términos del art. 1.º que sólo somete á la transcripción á las actas translativas de derechos reales inmuebles, y la anticresis no es un derecho real inmueble; lo que es decisivo.

### § III.—DE LA POSESIÓN.

541. En los términos del art. 2076 el privilegio del acreedor prendista no subsiste en la preuda mientras que no se entregue y quede en posesión del acreedor la prenda. La posesión también está requerida para que exista el empeño y surta sus efectos entre el acreedor y el deudor (núm. 470). ¿Sucede lo mismo con la anticresis? No se puede tratar de la posesión como condición del privilegio, puesto que la anticresis no tiene privilegio; pero en la opinión general tiene un derecho real ó al menos puede hacer valer su derecho contra los terceros, lo que implica que está en posesión, como lo diremos adelante. En cuanto al derecho del acreedor anticresista con relación al deudor consiste en percibir los productos del inmueble, lo que sólo se concibe cuando el acreedor tiene la posesión. También todas las disposiciones del Código suponen que el anticresista posee el fundo objeto de la anticresis. Esto resulta de la misma definición de la anticresis. La ley la califica de empeño y la define como un contrato por el que el deudor *da* una cosa á su acreedor en seguridad de su deuda. La anticresis, del mismo modo que el empeño, es, pues, un contrato real que se perfecciona por la tradición de la cosa que es su objeto.

542. La legislación francesa (ley de 23 de Marzo de 1855) exige que el acta de anticresis sea transcripta para que el acreedor pueda oponer su derecho á los terceros. De aquí se ha concluido que la posesión no era ya una condición esencial para la existencia de la anticresis estando solamente prescripta la posesión en interés de la publicidad y reem-

plazando la tradición á la publicidad de hecho que resulta de la posesión por una publicidad legal mucho más eficaz. (1) Esta oponión no ha encontrado eco; basta con leer el artículo 2071 para convencerse de que la anticresis es un contrato real, y la formalidad de la transcripción no puede reemplazar la puesta en posesión del acreedor.

§ IV.—DE LA ANTICRESIS DISFRAZADA.

543. La anticresis puede ocultar una convención de usura en el caso en que los frutos se compensen con los intereses si el valor de aquéllos sobrepasa al interés legal. Bajo el imperio de una legislación que prohíbe estipular los intereses, ó que al meaos limita el tipo del interés, las partes contratantes tratan de eludir la prohibición ó las restricciones de la ley haciendo contratos disfrazados. Sucedió así bajo el imperio de la ley de 3 de Septiembre de 1807 que impone á las partes el interés como límite que no pueden sobrepasar. De lo que se sigue que no está permitido á las partes hacer indirectamente lo que tienen prohibido hacer directamente; eludir la ley, y sobre todo á una ley de orden público, sería violarla. Los tribunales tienen, pues, el derecho de anular por causa de usura los contratos de anticresis que ocultan convenciones de usura, cualquiera que sea el nombre y forma que le den las partes contratantes. De aquí resultan las dificultades de interpretación, siendo el fraude siempre ingenioso cuando trata de eludir las prohibiciones legales. Estas dificultades ya no se presentan en nuestra legislación que da á las partes libertad de estipular el interés que quieran; no se puede ya tratar de contratos disfrazados, puesto que no hay prohibiciones que eludir. Dejamos á un lado las reglas que los autores dan en este respecto, reglas que se reasumen en una apreciación de hecho,

1 Mourlón, *Trado de la Transcripción*, núm. 89 y siguientes. *Repeticiones* t. III, p. 485, nota 5. En sentido contrario Pont, t. II, p. 686, núm. 1232.

puesto que se trata de interpretar contratos y de conocer la verdadera intención de las partes contratantes bajo el disfraz con que se cubren. (1) Bastaría con citar un ejemplo de la jurisprudencia.

544. Se da el nombre de *contrato pignorativo* á la convención que tiene por objeto disfrazar las estipulaciones usurarias. Este contrato tenía la forma de una venta; los caracteres que hacen reconocer la intención de las partes de eludir la ley acerca de la usura son la vileza del precio, la facultad de rescate, el subarrendamiento consentido por el vendedor. Si el juez del hecho decide que las partes han querido hacer un contrato de usura lo anulará; mejor dicho, lo declarará inexistente, como fundado en una causa ilícita. Por consecuencia, no se admite ninguna confirmación ni, por consiguiente, la prescripción de diez años que es una confirmación tácita. La parte interesada tendrá treinta años para promover, no porque después de ellos se confirme la convención ilícita sino porque prescribirá la acción; el interés general lo exige así. (2)

No se deberá deducir de esto que todo contrato en el que se encuentran los caracteres que acabamos de indicar esté viciado y nulo; esto es una cuestión de hecho y no de derecho, puesto que ninguna ley determina los caracteres en los que se puede reconocer un contrato pignorativo. La Corte de Casación ha juzgado varias ocasiones que el juez del hecho podía declarar válido, como conteniendo una venta, el contrato por el que se vendió un inmueble con facultad de rescate é inmediatamente subarrendado al vendedor. En derecho la discusión no es dudosa y la apreciación de la intención de las partes se abandonó á los jueces. (3) El disfraz por sí solo no es una causa de nulidad; las partes pueden

1 Pont, t. II, p. 683, núm. 1225 y 1226.

2 Limoges, 22 de Julio de 1873 (Dalloz, 1874, 2, 68).

3 Danegada, Cámara Civil, 22 de Abril de 1846. Casación, 23 de Diciembre de 1845 (Dalloz, 1854, 2, 422).

dar á sus convenciones la forma que juzguen conveniente, sólo llegan á tener causa de nulidad cuando tienen por objeto eludir una prohibición de orden público. (1)

*SECCION II.—Derechos del acreedor poseedor de la anticresis.*

§ I. DERECHOS DEL ACREEDOR RESPECTO DEL DEUDOR.

*Núm. 1. Derecho á los frutos.*

545. El contrato de anticresis da al acreedor el derecho de percibir los frutos del inmueble, con cargo de imputarlos á los intereses y al capital (art. 2085). ¿Cuál es la extensión de este derecho á los frutos? El acreedor tiene el derecho de gozar; su derecho se parece en este punto al del usufructuario. Hay, sin embargo, una diferencia esencial: el usufructuario tiene un derecho en la cosa, derecho que, generalmente, dura toda la vida, mientras que el de la anticresis no tiene derecho real en el inmueble y su goce puede cesar de un día á otro por el pago de la deuda. Siguese de esto que el goce del que tiene una anticresis es un derecho menos extenso que el del usufructuario; éste puede hipotecar su usufructo, el anticresista no tiene este derecho. Según el art. 595 el usufructuario puede gozar por sí mismo, dar en arrendamiento á otro y hasta vender su derecho. ¿Sucede lo mismo con el anticresista? Se enseña así. (2) Puede, se dice, dar en arrendamiento bajo las mismas condiciones que el usufructuario y el marido administrador. Esto nos parece dudoso. El art. 2085 le da el derecho de percibir los frutos, lo que implica un goce personal; y se comprende siendo el goce esencialmente temporal y no teniendo más objeto que el pago de los intereses y del capital de

1 Burdeos, 22 de Junio de 1849 (Dalloz, 1852, 5, 374). Lyon, 30 de Diciembre de 1863 (Dalloz, 1867, 5, 286).

2 Aubry y Rau, t. IV, p. 717, pfo. 438. Pont, t. II, p. 687, núm. 1235.

la deuda. Sin embargo, como la ley no define el derecho á los frutos que pertenece al anticresista se admite que puede darlos en arrendamiento. Pero el ejercicio de este derecho suscita una dificultad que, de hecho, la hace casi imposible. En principio el que sólo tiene un derecho temporal no puede dar al arrendatario más que un goce igualmente temporal. Luego llegando á cesar el derecho del anticresista el arrendamiento que consintiera acaba también. La ley deroga este principio para los arrendamientos consentidos por el usufructuario, pero es una excepción, y las excepciones no se extienden. ¿Cómo encontrará el anticresista un arrendatario en semejantes condiciones? El legislador hubiera debido aplicar al anticresista la excepción que estableció para el usufructuario. Hay un vacío en la ley y creemos que el intérprete no tiene el derecho de llenarlo. Quizá la intención del legislador fué la de dar al anticresista sólo un goce personal; esto sería un mal sistema bajo el punto de vista económico.

546. El art. 2085, después de decir que el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos del inmueble, añade que esto es con cargo de imputarlos anualmente en los intereses, si se le deben, y luego en el capital de su crédito. Así la percepción de los frutos es á la vez un derecho y una obligación. Es en interés de ambas partes como el derecho á los frutos se concede al acreedor; éste se paga con los frutos que percibe imputándolos en los intereses y en el capital, y el deudor se libera mediante el abandono de los frutos. Siguese de esto que el acreedor está obligado á percibir los frutos; si descuidara de ello sería responsable por la pérdida que resultara al deudor, á reserva de que el acreedor probara que no hay ningún descuido que procharle; cuestión de hecho que, como todas las dificultades acerca de la prueba, se deja á la apreciación del juez.

La imputación de los frutos en lo que se debe al acreedor debe hacerse anualmente. De esto la necesidad de cuentas anuales, en las que el acreedor enseña sus entradas; es decir, los frutos que percibió de dinero, los gastos de cultivo y luego los intereses á que tiene derecho. Se siguen á este respecto las reglas generales relativas á las cuentas é intereses. Los comerciantes acostumbran capitalizar los intereses; fué sentenciado que el anticresista no tiene el derecho de hacerlo si la convención no le autoriza á ello. (1) Las cuentas deben presentarse en la forma legal; la Corte de Casación ha casado una sentencia de la Corte de París que fijaba, sin que hubiese cuenta regular, el producto que podía dar una papelería, refiriéndose á las obras publicadas acerca de este género de fabricación; era al Código de Procedimientos al que debiera consultarse y aplicar al establecer una cuenta de entradas y salidas para fijar después el saldo. (2)

547. El art. 2039 permite á las partes derogar el rigor de estas obligaciones; dice así: «Cuando las partes han estipulado que los frutos se compensarán con los intereses ó totalmente, ó hasta concurrencia de cierta suma, este convenio se ejecuta como todos los que no prohíbe la ley.» En la jurisprudencia antigua no se admitía la convención que atribuía al deudor el goce del inmueble para los intereses de su capital y lo dispensaba de dar cuenta de los frutos. Se quería evitar las convenciones de usura, y hay que recordar que en el derecho antiguo cualquier interés se reputaba usura. El Orador del Gobierno explica las razones que inclinaron á los autores del Código á permitir la convención antaño prohibida. Desde luego no podía ya tratarse de reprobar como usura una convención que permite al anticresista percibir los réditos bajo la forma de frutos; todo lo que se podía temer es que tal

1 Lieja, 6 de Diciembre de 1824 [Pasierisia, 1824, p. 239].

2 Casación, 10 de Agosto de 1822 (Daloz, en la palabra *Cuenta*, núm. 22).

convención perjudicase al deudor. Berlier contesta que si se prohibiera las partes encontrarían fácilmente medios más onerosos todavía para el deudor obligado á sufrir la ley del acreedor. (1) La justificación es singular; hay otra en el sistema del Código que es decisiva. Según el art. 1907 el interés convencional puede exceder al que fija la ley todas las veces que ésta no lo prohíbe. Luego la convención prohibida en el derecho antiguo se volvía cierta, en virtud de las nuevas leyes, por todo el tiempo que el interés quedara abandonado á las estipulaciones de las partes. Pero ya se prevenía en 1804 la restricción que fué consagrada por la ley de 3 de Septiembre de 1807; de ahí la redacción bastante extraña del art. 2089 que sólo admite la cláusula compensatoria porque no está prohibida por las leyes; lo que implica que ya no podía ser contestada si la ley prohibiera la estipulación de intereses convencionales superiores á los intereses legales. (2) Esto es lo que hizo la ley de 1807, bajo el imperio de esta legislación restrictiva; la cláusula compensatoria del art. 2089 no estaba permitida sino en los límites que resultan de la ley de 1807; es decir, que la compensación no se podía hacer más que hasta concurrencia del interés legal. Estando abolida en Bélgica la ley de 1807 hay que concluir que la cláusula del art. 2089 es hecha sin ninguna restricción.

548. «El acreedor está obligado, si no está convenido de otro modo, á pagar las contribuciones y demás cargos anuales del inmueble que recibe en anticresis» (art. 2086). ¿Por qué tiene esta obligación y en qué sentido? El Relator pel Tribunado contesta que este es un cargo de los frutos que recae, por consiguiente, en el que los percibe. (3) Esto es muy absoluto, pues se podría concluir de ello que

1 Berlier, Exposición de los motivos, núm. 12 [Loché, t. VIII, p. 101].

2 Gary, Informe núm. 26 (Loché t. VIII, p. 107); Durantón, t. XVIII, página 636, núm. 556.

3 Gary, Informe núm. 27 (Loché, t. VIII, p. 107).

la anticresis debe sufrir estos cargos, así como el usufructuario que tiene esta obligación; mientras que es más bien un anticipo que hace y del que se paga con los frutos. Esto resulta del mismo objeto de la anticresis; el contrato tiene por objeto liberar al deudor por la percepción de los frutos que se delega al acreedor; no es, pues, en su nombre personal como el anticresista percibe los frutos, es en nombre del deudor; se paga con ellos, deduciendo ante todo los cargos que soporta por razón de los frutos que percibe. Así el anticresista no es deudor personal de las contribuciones, éstas son una deuda del que da el inmueble en anticresis. De esto se sigue que si los frutos no tardaran para pagar las contribuciones y los cargos el anticresista tendría un recurso contra el deudor, pues, sin duda, es el que pagó. Es en este sentido como el anticresista paga como mandatario del deudor. (1) Si esto no es un mandato convencional es un mandato legal, puesto que la ley le impone esta obligación. Sólo que el mandato está también en interés del mandatario, pero poco importa; lo seguro es que el anticresista paga la deuda del deudor por cuenta del que percibe los frutos.

549. El art. 2086 agrega: "El acreedor debe igualmente, bajo pena de daños y perjuicios, proveer al mantenimiento y reposiciones útiles y necesarias del inmueble, á reserva de tomar de los frutos todos los gastos relativos á estos varios objetos." Se aplica para los gastos y manutención lo que acabamos de decir de las contribuciones. Si el anticresista está obligado á pagarlas es porque es detentor del fundo, tiene que conservarlo para restituirlo al concluir la anticresis; es necesario, por consiguiente, que haga las reposiciones necesarias y útiles. Pero la ley agrega que toma estos gastos de los frutos; no es, pues, en su nombre personal como hace estos gastos, es en nombre del deudor y por cuenta suya. Hay, á este respecto, una gran dificultad entre el anti-

1 Pont, t. II, p. 688, núm. 1236.

eresista y el usufructuario; ambos gozan de los frutos, pero el usufructuario goza de ellos en virtud de un derecho que le es propio, derecho real que es un desmembramiento de la propiedad y que le impone también cargos; aunque estos cargos sobrepasaran el provecho de su goce no tendría ningún recurso contra el nudo propietario. El anticresista, al contrario, posee como acreedor para pagarse lo que se le debe sin derecho en la cosa en nombre del deudor, quien se libera por la percepción de los frutos que abandona al acreedor. Siguese de esto que si los gastos fueran mayores que los productos el acreedor tendría un recurso contra el deudor; nunca puede perder como anticresista, puesto que sólo percibe lo que se le debe bajo forma de frutos. La anticresis es una seguridad para su crédito y la garantía no puede imponer cargo al garante sin volverse en su contra.

550. ¿Qué se debe entender en el art. 2086 por reparaciones útiles? ¿Quiere decir que el que tiene la anticresis puede repetir contra el deudor los gastos que ha hecho para la mejora del inmueble? Se enseña esto contando como principio que tiene por este punto una acción hasta concurrencia del aumento de valor que resulta de los trabajos, sin que, no obstante, esta indemnización pueda exceder á los gastos. (1) Lo cual nos parece muy dudoso. La posesión y el goce del que tiene la anticresis tienen un carácter muy especial. Por una parte no tiene derecho para modificar la cosa ó alterarla, aunque fuese mejorándola; sólo puede percibir los frutos; no hay, pues, más derechos que los que se desprenden de la percepción de los frutos, lo que excluye los trabajos de mejora. Por otra parte, el que tiene la anticresis no puede asimilarse á un poseedor; éste posee como propietario y goza como tal, mientras que el otro percibe los frutos en virtud de un contrato cuyo único objeto es procurar al acree-

1 Aubry y Rau, t. IV, p. 717, nota 5, pfo. 438. Pont, t. II, p. 689, número 1240.

dor el pago de lo que se le debe. El que tiene la anticresis se extralimitaría, pues, en sus derechos y obraría contra la intención que preside el contrato si hiciera trabajos de mejora. No se debe perder de vista que el deudor que da un inmueble en anticresis lo hace porque no puede pagar su deuda directamente; luego no entiende dar al acreedor el derecho de gravarla con una nueva deuda; tampoco dice el texto lo que se debe hacer, no habla de los trabajos de mejora, dice que el acreedor está obligado á proveer á las reparaciones útiles, bajo pena de daños y perjuicios; y las reparaciones implican trabajos de conservación; si el anticresista está obligado á hacerlos es porque debe conservar el inmueble: hé aquí por qué la ley lo somete á los daños y perjuicios si no lo hace. Es su obligación, desde luego no puede tratarse de gastos útiles; ¿se concibe que el acreedor esté obligado á hacer trabajos de mejora con pena de daños y perjuicios? Esto no tiene sentido.

La jurisprudencia que invocan más bien está por nuestra opinión. Unos fundidores empeñan sus fundiciones. El anticresista las cede á una sociedad anónima. Esta, sin pedir el consentimiento al propietario, cambia el modo de explotación, hace nuevas construcciones y emplea nuevas máquinas. Al vencer la anticresis la compañía pretendió que todas esas obras le debían ser reembolsadas, sin lo cual tenía el derecho de quitarlas, conforme á los términos del artículo 555. Esta sería una pretensión absurda por parte del anticresista, mejor dicho, del arrendatario, invocar una disposición que supone una posesión á título de propietario y un posesor vencido en juicio por el verdadero propietario. En la especie la pretensión era tanto más extraña cuanto que existía un contrato entre el deudor y el acreedor; el contrato estipulaba que se haría, cuando la entrada en goce del anticresista, un inventario del local y que se vendería todo al vender la anticresis conforme á este inventario, lo que

excluía toda obra de mejora. El anticresista solamente estaba autorizado á hacer las reparaciones grandes como la ley ya se lo había impuesto como una obligación. La Corte de París dice muy bien: según esas cláusulas, que son las de toda anticresis, el acreedor solamente tenía el derecho de reparaciones y refacciones y no de construcciones nuevas; que de otro modo el acreedor tendría la facultad, exorbitante é incompatible con su calidad de anticresista, de desnaturalizar enteramente la propiedad. La Corte concluyó que el anticresista no había podido, por construcciones que no estaba autorizado á hacer, imponer al propietario cargos que excedieran al aumento de valor. (1) Esta conclusión no es muy lógica. Trabajos no autorizados no obligan á nada. Las circunstancias de la causa explican la decisión de la Corte; el propietario entendía conservar las construcciones; desde luego se debía aplicar el principio de que nadie puede enriquecerse á expensas de otro y obligarlo, por consiguiente, á indemnizar al anticresista hasta concurrencia del aumento de valor que resultaba de las obras.

551. «El acreedor que quiere descargarse de las obligaciones expresadas en el art. 2086 siempre puede, menos cuando renuncia este derecho, obligar al deudor á volver al goce de su inmueble» (art. 2087). Esto quiere decir que el acreedor puede renunciar á la anticresis, lo que es de evidencia; es una garantía estipulada en seguridad de su crédito, análoga á la prenda ó á la hipoteca, y el acreedor siempre puede renunciar á las garantías que se han estipulado en su favor. (2) Es por demás decir que renunciando á la anticresis conserva su crédito contra el deudor, pudiendo muy bien la obligación principal subsistir sin la obligación accesoria del empeño.

La ley supone que el acreedor puede renunciar al derecho

1 París, 9 de Diciembre de 1836 (Dalloz, en la palabra *Empeño*, núm. 280).  
2 Gary, Informe núm. 23 (Loché, t. IV, p. 107).