



UNIVERSIDAD
COMPLUTENSE
MADRID

FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER EN ACCESO A LA PROFESIÓN
DE ABOGADO

PASADO Y PRESENTE DE LA
ANTICRESIS

AUTOR: SANTIAGO CASADO GÓMEZ

TUTOR: DON CARLOS ROGEL VIDE

TRIBUNAL: DOÑA MARÍA ASUNCIÓN LINACERO DE LA
FUENTE, DON CARLOS CUADRADO PÉREZ Y DON ABEL MARTÍN
VILLAREJO

FEBRERO 2021

CALIFICACIÓN: SOBRESALIENTE (9)

RESUMEN

La anticresis viene contemplada en nuestro Código Civil como un derecho real de garantía equiparable hasta cierto punto a la prenda y la hipoteca. No obstante, este un concepto muy poco empleado en la práctica y en el tráfico jurídico, debido, principalmente, a una deficiente regulación por parte del legislador. A lo largo de este trabajo se va a proceder a delimitar el origen, desarrollo y utilidad de la figura jurídica de la anticresis. Igualmente se abordan cuestiones como el debate doctrinal sobre la naturaleza de este derecho y su situación actual en el Derecho Común y algunos derechos forales, así como que se esboza una prospección del hipotético futuro de la anticresis.

Conceptos clave: anticresis, hipoteca, prenda, derecho real de garantía, frutos, bienes inmobiliarios, contratos, Derecho Civil.

SUMMARY

The antichresis is defined in the current Spanish Civil Code as a security right, comparable until certain extent to the forfeit and the mortgage. Notwithstanding, this is quite an unpopular term, not being used in the day to day legal trading, mostly due to a pauper regulation. During this paper, the origin, development and actual utility of the legal concept of the antichresis, will be delineated. Additionally, this essay approaches other questions regarding doctrinal debates about its nature or its current situation in the Common Law and few Regional Laws, as well as propose a hypothetical future for the antichresis.

Key words: antichresis, mortgage, forfeit, security rights, revenue form property, real estate, contracts, Civil Law.

ÍNDICE

RELACIÓN DE ABREVIATURAS	4
INTRODUCCIÓN.....	5
I. PASADO DE LA ANTICRESIS	6
1. ORIGEN JURÍDICO Y ETIMOLÓGICO DE LA ANTICRESIS	6
2. LA ANTICRESIS EN EL DERECHO ROMANO	7
3. PRECEDENTES AL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL DE 1889	12
3.1 EL DERECHO CANÓNICO Y LA USURA	12
3.2 BREVE APUNTE SOBRE EL <i>CODE FRANCÉS</i>	13
3.3 SOBRE EL PROYECTO DE 1851 DE GARCÍA GOYENA	14
II PRESENTE DE LA ANTICRESIS.....	17
1. ANÁLISIS CRÍTICO Y DOCTRINAL DE LA REGULACIÓN	17
2. SITUACIÓN ACTUAL DE LA ANTICRESIS EN EL CÓDIGO CIVIL	21
2.1 ARTÍCULO 1881.....	21
2.2 ARTÍCULO 1882.....	23
2.3 ARTÍCULO 1883.....	25
2.4 ARTÍCULO 1884.....	26
2.5 ARTÍCULO 1885.....	28
2.6 ARTÍCULO 1886.....	29
3. LA ANTICRESIS COMO DERECHO PERSONAL	30
4. LA ANTICRESIS COMO DERECHO REAL.....	30
4.1 DERECHO REAL DE GARANTÍA	30
4.2 DERECHO REAL DE GOCE.....	32
5 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES	34
6. LA ANTICRESIS EN LOS DERECHOS NAVARRO Y CATALÁN	38
III CONCLUSIONES FINALES	43
BIBLIOGRAFÍA.....	45

RELACIÓN DE ABREVIATURAS

Art. – Artículo

Arts. - Artículos

C.C. – Código Civil

C.C.cat. – Código Civil catalán

DGRN – Dirección General de Registros y Notariado

LEC – Ley de Enjuiciamiento Civil

RDGRN – Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado

STS – Sentencia del Tribunal Supremo

ss. - siguientes

TS – Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto de estudio la institución de la anticresis, un derecho cuya presencia ha sido escasa, o mejor habría que decir inexistente; en la contratación, garantías y negocios jurídicos de nuestro país. Esto puede haber sido consecuencia de la acumulación de diversos factores históricos y morales, como la prohibición del devengo de intereses usurarios, o por una pobre regulación en contraposición a las de la prenda y la hipoteca. Sin ir más lejos nuestro vigente Código Civil regula el derecho de anticresis en sólo seis artículos, siendo el último de ellos una remisión a otras disposiciones del texto legal. Por consiguiente, la situación actual de la anticresis en España se caracteriza por estar plagada de vacíos, imprecisiones y defectos legales que no hacen sino acusar la precaria situación en la que se encuentra esta institución. Cabe preguntarse a este respecto si las carencias legales de la figura de la anticresis, que no han sido suplidas posteriormente ni por doctrina ni por jurisprudencia, son debidas a su anecdótico empleo en la práctica jurídica o si, viceversa, su aplicación residual en el día a día de las obligaciones tiene su fundamento en una pobre regulación en lo tocante a la anticresis.

A lo largo de este Trabajo de Fin de Máster se van a ir examinando las diferentes etapas y consideraciones doctrinales por las que ha pasado la figura de la anticresis, desde su origen en el Derecho Romano¹ hasta su situación hoy en día, pretendiendo concluir este estudio con una prospección sobre la aplicabilidad en la práctica de la anticresis bien como contrato autónomo o bien como pacto accesorio de la garantía hipotecaria. Asimismo se van a ir poniendo de manifiesto las diferentes posturas jurídicas de los autores que han tratado este derecho, al igual que las diversas concepciones sobre la naturaleza de la anticresis; como derecho personal o derecho real; como derecho real de garantía o como derecho real de goce, o como pacto accesorio o negocio jurídico autónomo. En relación a este aspecto, se va a detallar como la anticresis se diferencia sustancialmente de otras instituciones con las que comparte una estrecha relación, tales como la prenda, la hipoteca o el derecho de usufructo pero cómo a su vez comparten disposiciones comunes. Basándonos en los fundamentos vertidos por los juristas analizados y dejando de lado los juicios de valor, se va a poder extraer una síntesis sobre

¹ Como se expondrá posteriormente, existe un debate doctrinal sobre el origen de la anticresis, pero no es hasta que se incorpora al Derecho Romano que el concepto adquiere relevancia y se delimita tal y como lo conocemos.

cuál es la concepción y definición jurídicamente más adecuada, a nuestro juicio, para la anticresis.

Una vez hechas las aproximaciones de rigor al tema de estudio, pasemos al cuerpo de este TFM.

I. PASADO DE LA ANTICRESIS

1. ORIGEN JURÍDICO Y ETIMOLÓGICO DE LA ANTICRESIS

La voz anticresis es etimológicamente de origen griego. Diseccionando este término se puede apreciar que está conformado por dos lexemas: por un lado *anti* que significaría “contra” y por el otro lado, *chresis*, que viene a expresar el “uso”. De este modo, “contrauso” sería su traducción más correcta, aunque jurídicamente se emplea “uso mutuo o contrario”² aunque también es conocido por su expresión en latín, *contrarium mutuuum*³. La nomenclatura de este término encuentra su sentido con la función que le corresponde a esta institución, ya que al acreedor anticrético le pertenece el disfrute de un inmueble que le hace entrega su deudor, y a su vez este deudor está en disposición de disfrutar un crédito, entendamos dinero, concedido previamente por el acreedor. Puede decirse que ambos han realizado un contrato de mutuo, de préstamo en favor de la otra parte, y derivado de ello se encuentran haciendo uso y disposición de algo que no les pertenece en propiedad. Se habría conformado como un *iura in re aliena*⁴. Para PANERO GUTIÉRREZ⁵ la anticresis es un préstamo en sí misma o, en otras palabras, es un préstamo mutuo, recíproco, donde el prestatario del crédito es prestamista del inmueble y el acreedor anticrético es deudor del fundo.

² CASTÁN TOBEÑAS, J. (1986) *Derecho Civil Español, Común y Foral*. T II, Vol II, Madrid: Reus, p.540.

³ HERNÁNDEZ MORENO, A. (2014) *Antichresis o Contrarium Mutuum (Breve ensayo de una solución jurídica a un problema económico)*. Barcelona: RACEF, 2014 y MANRESA Y NAVARRO, J. M. (1931) *Comentarios al Código Civil español. Tomo 12, Arts. 1790-1976*. Madrid: Reus, p.742.

⁴ O' CALLAGHAN, X. (2004) *Compendio de Derecho Civil. T III. Derechos reales e hipotecario. Lección 15*, Madrid: Edersa. Obtenido de <https://app-vlex-com.bucm.idm.oclc.org/#WW/vid/215238>.

⁵ PANERO GUTIÉRREZ, R. (2016) “Marciano D. 20, 1, 11, 1 y D. 13, 7 ,33 (Libro *ad singulari ad formulam hypothecariam*)”. En: MURILLO VILLAR, A., CASTÁN PÉREZ GÓMEZ, S., y ARÁNZAZU CALZADA GONZÁLEZ, M., (coords.) *Estudios en homenaje al profesor Armando Torrent*. Madrid: Dykinson, p.663.

Pese a que algunos autores califican a la anticresis jurídicamente de origen griego⁶, otros alegan que esta institución ya se venía empleando en el Derecho Caldeo⁷ y para otros como MANRESA⁸, que es originaria del Derecho Egipcio. Según este último jurista, la anticresis emana originariamente de Egipto, y es de ahí de donde es tomada por los griegos quienes le otorgaron la actual denominación de *antichresis* que como hemos dicho, podría traducirse actualmente como “uso contrario”. Posteriormente del Derecho Griego pasaría a incorporarse al Derecho Romano⁹ donde adquirió un carácter accidental como complemento a los contratos de prenda e hipoteca como se verá a continuación. Es de destacar que la anticresis no puede ser considerada un “precedente” de la institución de la hipoteca puesto que son dos instituciones diferentes, pero lo cierto es que la razón de ser de aquella “*tiene su origen en la garantía inmobiliaria de los arrendamientos públicos y, sobre todo, en la garantía prestada de los arrendamientos rústicos*”¹⁰.

2. LA ANTICRESIS EN EL DERECHO ROMANO

Como primer apunte, es importante dejar claro que la función de la anticresis en el ordenamiento jurídico de la Antigua Roma se limitaba a ser una extensión del contrato de prenda o *pignus*, por lo que la anticresis en el Derecho Romano no pasaba de ser un pacto ligado a este otro negocio, sin tener la consideración de contrato independiente¹¹. De igual manera, en el Derecho Romano, la anticresis tampoco constituía una garantía autónoma. Es precisamente esta nota de accesoriedad o pacto ancilar, la que doctrinalmente ha perdurado hasta establecerse incluso en nuestro ordenamiento jurídico. Se han dado casos de voces críticas con esta concepción de la anticresis, llegando a poner en cuestión su utilidad como derecho al presentar éste dificultades en su aplicación. Por ejemplo, para MARTÍNEZ PEREDA, “*en el Derecho antiguo debió reducirse la anticresis a una prenda fructífera*”¹².

⁶ MUCIUS SCAEVOLA, Q., y DE APALATEGUI, P. (1955) *Código Civil comentado y concordado extensamente. Tomo XXIX: Arts. 1857 a 1886, hipoteca, prenda y anticresis*. Madrid: Reus p. 561.

⁷ REVILLOT EUGENIO, V. citado en GUTIÉRREZ PEÑA, F. (2004) *El contrato de anticresis en el Código Civil español*. Madrid: DL, p. 27.

⁸ MANRESA Y NAVARRO, J. M. *op cit.*, p. 734.

⁹ MORENO QUESADA, B. (2014) “El derecho real de anticresis”. En: SÁNCHEZ CALERO, F. J. (coord.), *Curso de Derecho Civil III. Derechos reales y Registral inmobiliario*, Valencia: Tirant Lo Blanch, p.385.

¹⁰ PANERO GUTIÉRREZ, R., *op. cit.*, p.668-669.

¹¹ MORATILLA GALÁN, I. (2006) “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”, En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 698, p. 2513.

¹² MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. (1989) “La prenda de cosa fructífera y el artículo 1.868 del Código Civil” En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 593., p. 1054.

Como hemos dicho, para los romanos, tanto la prenda como la hipoteca se incardinaban dentro de la figura del *pignus*¹³. De esta forma no se hacía distinción entre bien mueble e inmueble, lo cual a día de hoy es esencial para diferenciar las obligaciones y prerrogativas del derecho al que se haga referencia. El *pignus* en Roma, comprendía igualmente tanto la garantía con desplazamiento de la posesión (prenda) como sin desplazamiento (hipoteca), por lo que la única diferencia que existía entre un concepto y el otro, giraba en torno a la transmisión de la posesión del deudor hacia al acreedor, al margen de la naturaleza del bien sobre el que se constituía la garantía¹⁴.

El *pignus* era pues el único elemento jurídico para garantizar derechos de crédito, tanto de prenda como de hipoteca. En caso de que se tratara de un inmueble (condición esencial en la definición moderna de anticresis), el fundo quedaba pignorado por el acreedor, pudiendo pactar las partes que los frutos que produjese el bien, sufragaran los intereses derivados del crédito dinerario. Así, este acuerdo recibiría el nombre de *pignus antichreticum*,¹⁵ o también conocido como la figura del *pactum antichreticum*¹⁶ el cual se empleó hasta la época de los Severos, a partir de donde empezó a cobrar fuerza el término *hypotheca*¹⁷.

La característica fundamental de la anticresis en el Derecho Romano, es que realizado este pacto entre las partes, los frutos que generaba el bien pignorado, eran destinados en conjunto para sufragar los intereses devengados del crédito. El detalle reside en que no se imputaban, sino que se compensaban los unos con los otros, independientemente de su valor¹⁸. Esto suponía que el principal de la deuda permaneciese inánime al no realizarse aportaciones directamente sobre este con el fin de liquidarlo. Este aspecto, de los intereses percibidos en general, es altamente relevante para el ordenamiento jurídico español, que como posteriormente se analizará, sigue contemplando esta clase de constitución de anticresis “clásica” en el artículo 1885 del Código Civil. Sin embargo hay ciertos matices diferenciadores con la actual concepción de anticresis del artículo 1881.

¹³ RASCÓN, C. (2011) *Síntesis de Historia e Instituciones de Derecho Romano*. Madrid: Tecnos, p. 288.

¹⁴ GUTIÉRREZ PEÑA, F., *op. cit.*, p. 29, HERNÁNDEZ MORENO, A., *op. cit.*, p.71.

¹⁵ PUIG BRUTAU, J. (1983) *Fundamentos de derecho civil. Tomo 3, Vol. 3, Prenda, Anticresis, Hipoteca inmobiliaria y mobiliaria*. Barcelona: Bosch, p. 47.

¹⁶ GUTIÉRREZ PEÑA, F., *op. cit.*, p. 31.

¹⁷ MARTÍNEZ PEREDA, J. M., *op. cit.*, p. 1056.

¹⁸ GUTIÉRREZ PEÑA, F., *op. cit.*, p. 32-33.

Entonces, en la anticresis romana (art. 1885 del Código Civil) el acreedor no hacía suyos los frutos destinándolos a los intereses, sino que directamente se acordaba entre las partes que el interés generado se compensaría con los frutos de la finca, fuera cual fuese el valor de unos y de otros¹⁹. Esta concepción de la anticresis hacía imposible que el sobrevalor o posible remanente de los frutos en relación a los intereses pudiera ser empleado para sufragar el préstamo inicial, por lo tanto tendría que ser este abonado de otra forma y no mediante anticresis entendida como *pactum antichreticum*.

Se podría entender entonces que la anticresis en el Derecho Romano no tenía un fin solutorio de la deuda contraída, sino que se constituía como un medio de garantizar el pago de los intereses exclusivamente. A este respecto cabría concebir que sólo podría establecerse el pacto anticrético en aquellas obligaciones que fueran susceptibles de generar intereses, pues de otro modo los frutos no podrían aplicarse a ningún fin, al no tener objeto ni razón de ser. Existe entre los romanistas un debate sobre si en este pacto los frutos se percibían en lugar de los intereses o si por otra parte se destinaban a sufragar los devengados. La doctrina mayoritaria, entre los que se encuentran autores como PUIG BRUTAU²⁰, se decanta por la primera opción, aunque hay discusión al respecto.

Precisamente hay autores que opinan que el pacto de compensación “en globo” podía ser tácitamente evitado de forma que “*cuando la cosa era fructífera podía el acreedor percibir los frutos para imputarlos a los intereses y después al capital, aplicando el sobrante de estos o superfluum*”²¹. En relación a esta tesis, encontramos en el Digesto una enunciación que choca con la idea de *pactum antichreticum* de compensación frutos-intereses. Ulpiano, en su *ad edictum*, recogido en D.36, 4, 5,21 proclama que:

*Quaeri poterit, an in vicem usuraru hi fructus cedant, quae in fideicommissis debentur, et cum exemplum pignorum sequimur, id quod ex fructibus percipitur primum in usuras, mox, si quid superfluum est, in sortem debet imputari*²².

Por ende, es posible afirmar que se podía eludir la obligación de compensar los intereses con los frutos y en su lugar, aplicar aquellos primero a estos y posteriormente al capital

¹⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., DÍEZ- PICAZO, L., PAZ-ARES, C. y SALVADOR CODECH, P. (2015) *Comentario del Código Civil*. Thompson Reuters Aranzadi, p.13.

²⁰ PUIG BRUTAU, J., *op. cit.*, p.47.

²¹ MARTÍNEZ PEREDA, J. M., *op cit.*, p. 1055.

²² Se podrá dudar si estos frutos se tendrán por usuras que se deben en los fideicomisos; y siguiendo el ejemplo de las prendas, lo que se percibe de los frutos debe contarse en las usuras; y después si sobrase alguna cosa, en pago del principal.

de la deuda. ¿Cómo era esto posible, entonces? Pensamos que la respuesta pasaría por considerar la autonomía de la voluntad de las partes, elemento esencial para comprender la institución de la anticresis. Entendemos a raíz de lo expuesto por Ulpiano que la compensación de los frutos y los intereses podría eludirse si se pactaba lo contrario, de manera que se calculaba el valor de los frutos que se irían imputando a la cuantía de los intereses y seguidamente al capital de la deuda principal.

Resulta esto de lo más curioso, teniendo en cuenta a raíz de lo expuesto, que en el Derecho Romano la regla general era la compensación, pudiéndose acordar la imputación de frutos a los intereses, y que en nuestro Código Civil sea totalmente lo opuesto, de modo que la anticresis está principalmente pensada para liquidar la deuda contraída y, subsidiariamente mediante pacto expreso, anular los posibles intereses que puedan devengarse mediante la aplicación global de los rendimientos del inmueble. A la vista de esta afirmación, se puede observar que la anticresis como hoy en día se regula en el artículo 1881 del C.C., no se corresponde con la configuración de la anticresis originaria. A mayor abundamiento, en la actualidad ya no es debatible el hecho de que la anticresis pueda considerarse como contrato propio y autónomo: “*el pacto anticrético, accesorio cuando va incluido en el contrato de prenda, se convierte en otro contrato, llamado anticresis*”²³, y no como un adjunto a la prenda –hipoteca del *pignus* romano.

Logra apreciarse como las funciones principales de la anticresis en uno y otro momento no se corresponden, pero ambas se reconocen y aceptan jurídicamente. Recapitulando, la función esencial de la anticresis en el Derecho Romano era la de evitar la acumulación de intereses al principal del crédito prestado mediante la compensación de los frutos que produjese el bien objeto de este contrato. Adelantándonos al apartado correspondiente, podemos decir que la anticresis en la actualidad tiene mayoritariamente una función solutoria de la deuda contraída. La institución es la misma, pero su objetivo primordial se ha visto alterado.

En cuanto a la inclusión y el examen del pacto anticrético por los juristas romanos, es de destacar que apenas se hace mención a esta institución. No obstante, podemos encontrarla si atendemos a las fuentes jurídicas del Digesto. Aparece la primera vez en D.13, 7, 33 en donde se escribe:

²³ PANERO GUTIÉRREZ. R., *op cit.*, p. 668-669.

*Si pecuniam debitor solverit, potest pigneraticia actione uti ad recipendam antixrysin: nam cum pignus sit hoc verbo poterit uti*²⁴.

Y de nuevo en D.20, 1, 11,1:

*Si antixrysis facta sit et in fundum aut in aedes aliquis inducatur, eo usque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur, cum in usuras fructus percipiat aut locando aut ipse percipiendo habitandoque: itaque si amiserit possessionem, solet in factum actione uti*²⁵.

Hay que hacer notar, empero, que el término anticresis es empleado en todo momento en su forma griega y únicamente aparece en estos dos textos del Digesto, textos que además corresponden a la misma obra del jurista clásico Marciano: *liber singularis ad formulam hypothecariam*. De estos extractos de Marciano se puede deducir que la anticresis consta de elementos reales y personales. Los personales como se ya han nombrado serían las figuras del acreedor y del deudor; del prestamista y del prestatario. En cuanto a los elementos reales hay que hacer una subdivisión: por un lado la cosa inmueble sobre la que se impone el gravamen y por otro, los intereses que genera el crédito principal, conocidos como los *usurae*²⁶.

El devengo de estos *usurae* fue lo que propició no obstante que la anticresis no haya estado del todo bien considerada desde la incorporación a nuestro Derecho, incluso previamente, en el Derecho Romano se impuso la prohibición de constituir pactos anticréticos en algunas provincias del Imperio²⁷. El fundamento histórico lo encontramos en los textos jurídicos de Justiniano, en concreto en sus *Novellae Constitutionem* se pronuncia en contra de los comportamientos abusivos de los prestamistas sobre los créditos concedidos a los agricultores, específicamente en las provincia de Tracia e Iliria²⁸.

²⁴ Si el deudor hubiese pagado su deuda, puede usar la acción pignoraticia para recuperar la anticresis: porque puesto que hay prenda, puede usar esta palabra.

²⁵ Si se pusiere a alguno en posesión de la casa o fundo, retendrá la posesión en lugar de la prenda, hasta que se le pague lo que se le debe; y como percibe los frutos por las usuras, o arrendándolos, o percibiéndolos el, o habitando; si perdiese la posesión, puede usar la acción que resulta del hecho.

²⁶ PANERO GUTIÉRREZ. R., *op cit.*, p. 670.

²⁷ MANRESA Y NAVARRO, J. M. *op. cit.*, p.735.

²⁸ GUTIÉRREZ PEÑA, F., *op cit.*, p.34.

3. PRECEDENTES AL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL DE 1889

3.1 EL DERECHO CANÓNICO Y LA USURA

Este desapego por los intereses que genera el préstamo dinerario se mantuvo durante en etapas históricas posteriores, tanto a nivel nacional como internacional. Pues fueron precisamente los abusos de los prestamistas para con los prestatarios, principalmente por la asignación de intereses considerados usurarios, lo que propició la desaparición del derecho de anticresis en España durante la Edad Media²⁹. El devengo de intereses por influencia del Derecho Canónico pasó a ser suprimido de los negocios jurídicos, perdiendo así la anticresis su razón de ser. Como se ha definido, la anticresis (*pactum antichreticum*) surge como medio de pago de los intereses de una deuda dineraria. Luego entendemos que si se dispone que los intereses-por considerarse moralmente inaceptables-pasan a ser jurídicamente ilegales, la anticresis quedaría sin objeto y por ende no podría celebrarse contrato de anticresis al carecer de uno de los elementos esenciales.

¿Por qué este cambio en la consideración de los intereses cuando este hecho ya estaba presente y plenamente aceptado en el Derecho Romano? Pues bien, derivado del Derecho Canónico, la Iglesia reprobó la generación de intereses en el préstamo dinerario por el hecho de que en un cómputo global, el acreedor estaría recibiendo más de lo que otorga, es decir, un beneficio a costa de un mutuo. Este acto que sobrepasa la cuantía de lo prestado, no fue visto con buenos ojos bajo el prisma de la moral eclesiástica dado que “*para la Iglesia, la usura-esto es, cualquier tipo de interés-equivalía a la sustracción de los bienes del otro, a un abuso sobre el trabajo del otro, lo cual era un negocio contra natura*”³⁰. En consecuencia, al deber formalizarse pactos de préstamo gratuitos, tiene sentido que la anticresis desapareciera del tráfico jurídico.

Así, en las Partidas, los pactos de anticresis están prohibidos, concretamente en la Quinta Partida, Título XIII es donde se vetaba el pacto anticrético. La cuestión es que no se prohibía expresamente el interés en la anticresis, sino que se dispuso que los réditos del bien debían pertenecer al deudor³¹ (contrariamente a lo que se establece hoy en día para prenda y anticresis) por lo que el contrato de anticresis carecería absolutamente de sentido

²⁹ PUIG BRUTAU, J., *op. cit.*, p. 48.

³⁰ GUTIÉRREZ PEÑA, F., *op. cit.*, p.38.

³¹ PUIG BRUTAU, J., *op. cit.*, p.48.

puesto que como hemos definido, es el acreedor / anticresista quien tiene que hacer suyos los frutos. La anticresis pasó a tolerarse tras la abolición de la tasa de interés en 1856, pero no ganó adeptos ni pasó de ser una estipulación añadida a contratos de prenda o hipoteca³².

Una vez derogada la disposición sobre el interés, el contrato de anticresis volvió a ser perfectamente lícito. La única puntualización que cabe hacer aquí es que los intereses que se irían devengando a raíz del crédito, habrían de estar pactados de antemano, probablemente para evitar la usura, cumplir con los elementos esenciales del contrato y proteger tanto al deudor como al acreedor. En palabras de MANRESA, “*no hay razón alguna económica ni jurídica para condenar la anticresis*”³³.

No obstante, en el derecho extranjero, concretamente en Francia e Inglaterra, se idearon otras formas de suplir esta prohibición del Derecho Canónico surgiendo así los términos *mort-gage* y *vif-gage* (prenda muerta, prenda viva). El primero de estos conceptos se corresponde con la idea romana de anticresis ya que “*el crédito principal permanece sin posibilidad de alteración a pesar del derecho de disfrute del acreedor*”³⁴ y en segundo lugar “*cuando se estipulaba que los frutos percibidos serían imputados por su valor a los intereses de la deuda y en el caso de resultar un excedente, al capital de la misma se hablaba de vif gage*”³⁵ No obstante, posteriormente estos conceptos fueron igualmente repudiados por la Iglesia³⁶.

3.2 BREVE APUNTE SOBRE EL *CODE FRANCÉS*

No puede dejarse sin nombrar en los antecedentes jurídicos de la anticresis el *Code Civil* francés de 1804, recogida en los artículos 2071 y ss., del capítulo *Du Nantissement*. La relevancia de este texto jurídico reside en que por primera vez se contempló la anticresis como institución autónoma y no como accesorio, puesto que adquiriría la consideración de contrato propio (arts. 2085 y ss.). Entre sus elementos más destacables se encuentra el hecho de que requería necesariamente el desplazamiento posesorio; la entrega de la posesión de la cosa objeto de anticresis (art. 2072), al contrario que en el Código Civil español, como veremos posteriormente. Otro aporte de la codificación francesa fue que

³² PUIG BRUTAU, J., *op. cit.*, p.48.

³³ MANRESA Y NAVARRO, J.M., *op. cit.*, p.736.

³⁴ GUTIÉRREZ PEÑA, F., *op. cit.*, p.46.

³⁵ PUIG BRUTAU, J., *op. cit.*, pp.47-48.

³⁶ MARTÍNEZ PEREDA, J. M., *op. cit.*, p. 1063-1064.

reducía la anticresis a la esfera de los bienes inmuebles (arts. 2072 y 2085), destinando la prenda a los muebles (art. 2071) y, deshaciendo así la unidad del *pignum* romano. Por si esto fuera poco, alteró la función principal de la anticresis, desde una compensación de intereses por frutos a una imputación de estos a los intereses devengados y posteriormente al capital (art. 2085).

Como podrá comprobarse, nuestro vigente Código Civil se limita a trasponer las normas relativas a la anticresis desde el *Code* francés. Se incorporan las precisiones y cambios doctrinales como la autonomía de la institución, la naturaleza de inmueble del bien, la función solutoria del contrato, sin aportar ningún nuevo elemento diferenciador respecto de la legislación francesa. La nota a tener en cuenta a nivel nacional es la fuerza que se le otorga a la autonomía de la voluntad de las partes al poderse pactar por un lado la supresión del desplazamiento posesorio y al permitir que se pueda suscribir un contrato de anticresis al estilo clásico romano de compensación (art. 1885 del Código Civil).

El *Code* sirvió de punto de partida para la inclusión de la anticresis en nuestro ordenamiento jurídico en 1888, pues como se puede apreciar en el Proyecto de García Goyena, la anticresis no recibía apenas ninguna mención.

3.3 SOBRE EL PROYECTO DE 1851 DE GARCÍA GOYENA

Contrariamente a lo que cabría esperar por los fundamentos recientemente expuestos, ni el Proyecto de 1851 ni el de 1881 se ocupaba de regular la anticresis³⁷. Analizando el citado Proyecto, no se encuentran referencias a la anticresis, pareciendo que se hubiesen omitido deliberadamente en vista de la escasa popularidad de este contrato en etapas anteriores. Sin embargo el Proyecto de codificación de 1851 recogía en su artículo 1649 que:

Las partes pueden pactar el pago de un interés en el simple préstamo; pero no será válido este pacto si no consta por escrito.

En el artículo 1650:

El interés convencional no podrá exceder del doble del interés legal, y en lo que excediere lo reducirán los Tribunales a instancia del deudor.

³⁷ MORATILLA GALÁN, I., *op cit.* 2518.

Y en el artículo 1651:

Toda prestación en favor del acreedor se reputa interés.

De estos tres artículos se puede extraer una visión vestigial de la prohibición de la usura heredada del Derecho Canónico aunque cabe recordar que seguía vigente la ley sobre la tasa de interés legal, el cual no podía superar el 3% del capital. A este respecto el propio García Goyena comentó que “*los códigos modernos (...) admiten, como el Romano, la antichresis o entrega de la cosa inmueble al acreedor con la facultad de utilizarse de ella, o percibir sus frutos y rentas con carga de imputarlos a los intereses, si se le deben, o de otro modo al capital*”³⁸. Cabe entonces preguntarse, ya que el propio codificador admitía la anticresis como institución reconocida en Derecho, cuáles fueron las razones para no incluirla en su Proyecto de Código Civil. El argumento de la prohibición de la usura parece debilitarse, pues como se ha visto, el Proyecto delimitaba el monto al que podían ascender los intereses, constriñendo y previendo abusos por parte de los acreedores y prestamistas. La cuestión, es que se estaba regulando y poniendo más énfasis en acotar el primer mutuo (préstamo dinerario) pero se estaba dejando sin regular el segundo mutuo (cesión de la finca) del contrato de anticresis.

Lo que es de todo punto sorprendente, es que aun si haber hecho mención alguna a la anticresis, García Goyena considerase que el pacto anticrético podría tener cabida en el tráfico jurídico ordenado por su Proyecto. En los comentarios a su legislación, opina sobre el *pactum antichreticum* manifestando que sería “*inconsecuente rechazarlo después de asentada la base contraria en los artículos 1649 y siguientes*”³⁹. Lo que entendemos que pretende exponer en los artículos examinados es que se limita el tipo de interés de aplicación al préstamo dinerario pero no parece prohibirse la constitución de la anticresis ni la suscripción de ningún pacto anticrético. Al no hacer esto, cabe concebir que el deudor crediticio se podría mantener en la posesión de su inmueble sin necesidad de que se aplicase un desplazamiento posesorio; es decir, transmitir la posesión inmediata del fundo al acreedor; y con los frutos que pudiera producir el bien, destinarlos a pagar la deuda contraída.

³⁸ GARCÍA GOYENA, F. (1852) *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Madrid: Sociedad Tipográfico-editorial, p.172.

³⁹ GARCIA GOYENA, F. *op cit*, p.173.

Es por ello que el art. 1649 permite el acuerdo sobre el devengo de intereses y por la misma razón el art. 1651 expresa que los frutos producidos por el inmueble que se otorguen al acreedor, se reputarán a los intereses. Analizando cuidadosamente estos tres artículos sí que se puede llegar a entender que regulan o perfilan la institución del pacto anticrético. Por un lado, se puede pactar entre el acreedor y el deudor que el préstamo dinerario genere o no intereses. El valor de estos intereses sería como máximo el 6% del valor del capital prestado, no pudiendo aportarse una cantidad superior en concepto de frutos para su abono. Por otra parte, el hecho de que las prestaciones hechas al acreedor se reputasen a los intereses puede relacionarse con la noción de compensación de los intereses con los frutos como ocurría en el Derecho Romano. Así los frutos del bien se destinarían a sufragar los intereses en el caso de que estos hubieran sido pactados *ex art.1649*. No sería descabellado pensar que al igual que ocurría con el *pactum antichreticum* del *pignus* romano, el no pactar intereses habilitase a que los frutos se imputasen directamente al capital.

¿Podría haber sido esta la intención de García Goyena? En sus propias palabras “reconocemos pues y admitimos tácitamente el pacto antichretico (...) en el artículo 1651, pero todos quedarán sujetos al 1650: los frutos de la cosa dada en antichresis no podrán ascender de la tasa señalada, y si la exceden, se imputara en pago del capital a instancia del deudor”⁴⁰. Con esta afirmación no cabe duda de que el pacto anticrético accesorio a la obligación principal estaba perfectamente permitido en el Proyecto, e incluso podría aplicarse en su modalidad de compensación intereses-frutos o en caso de que se produjese un excedente (*superfluum*) de estos, adquiriría el pacto anticrético un cariz extintivo de la obligación principal.

Resulta llamativo que este autor exponga que el pacto anticrético está permitido cuando en la redacción de su Proyecto de Código Civil no hace ningún comentario al respecto, ya no de la anticresis como contrato autónomo, sino del propio pacto anticrético como accesorio. Se puede apreciar una referencia tácita a la anticresis moderna en el contenido del artículo 1777 del Proyecto que dicta de la siguiente manera:

Si la prenda produce frutos o intereses, el acreedor compensará los que percibiere con los que se le deban, o se le imputarán sobre el capital si no se deben, o en cuanto al exceso de los que le sean debidos.

⁴⁰ GARCÍA GOYENA, F., *op cit.*, p.172.

Se puede considerar no obstante que en el artículo 1777 se contiene la definición y elementos de pacto anticrético. También es cierto que no viene contemplada la anticresis como figura autónoma, y no sólo eso sino que el precepto se está refiriendo expresamente a la prenda. García Goyena, empero, es tajante a la hora de calificar el contrato de prenda; ya en el artículo 1772 del Proyecto se deja claro que la prenda sólo puede constituirse sobre muebles. El análisis que se hace de este precepto es que ha de ser contemplado conforme a los artículos 1650 y 1651⁴¹. El artículo 1777 está definiendo el pacto anticrético tanto compensatorio como extintivo, el problema es que no se puede extrapolar a la constitución de un contrato de anticresis porque como se ha dicho, en primer lugar el 1777 lo contempla como una accesión a la obligación principal, y en segundo lugar no podría recaer este pacto más que bienes muebles lo que es absolutamente contrario a la anticresis.

En definitiva, no existe para este Proyecto de codificación la anticresis como contrato autónomo pero sí el pacto anticrético como lo entendían los juristas romanos clásicos, es decir, como añadido al *pignus* (en el presente caso, la prenda). No obstante ni siquiera parece admitirse que pueda ser constituido el pacto anticrético sobre bienes inmuebles puesto que se expresa inequívocamente que el bien fructífero ha de ser mueble.

Para finalizar este comentario es de destacar que un elemento que aporta el codificador es que el pacto anticrético sólo surtirá efecto *erga omnes* si se halla inscrito, pues de otra forma solo tendrá el acreedor una acción personal⁴². Esta cuestión ha sido extensamente debatida por la doctrina tanto nacional como internacional, como se analizará en el apartado siguiente.

II PRESENTE DE LA ANTICRESIS

1. ANÁLISIS CRÍTICO Y DOCTRINAL DE LA REGULACIÓN

La anticresis es un concepto complejo debido a que “*es casi imposible definir qué es la anticresis; porque los requisitos que parecen esenciales pueden ser eliminados sin que desaparezca el contrato ni el derecho real ni la garantía. Es una institución fluida que*

⁴¹ GARCÍA GOYENA, F., *op cit.*, p.172-173.

⁴² GARCÍA GOYENA, F., *op cit.*, p.173.

*puede adoptar formas muy variadas sin perder su naturaleza*⁴³. Antes de comenzar a comentar lo que la doctrina opina sobre esta institución, vamos a delimitar la noción de la anticresis respecto del pensamiento jurisprudencial, que ya adelantamos que no se corresponde con todos los autores doctrinales. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1990 establece sobre la anticresis que:

Es un derecho de garantía, de carácter accesorio respecto a la obligación principal garantizada, y a que la existencia de la deuda reconocida y su correlativa exigibilidad viene a constituir la relación obligatoria causal y principal, resulta indudable que la resolución de la cuestión planteada depende ineludiblemente del contenido de los pactos o estipulaciones figurados en la escritura constitutiva de la anticresis.

Decimos que esta definición del Alto Tribunal no se corresponde con los aspectos doctrinales puesto que desde el primer momento se califica a la anticresis como derecho de garantía y de carácter accesorio, algo que como se expresará en este trabajo es, cuanto menos, debatible.

Para autores como DE CASTRO⁴⁴, el derecho de anticresis es de naturaleza real y presenta similitudes con la hipoteca. Este es un concepto bastante asentado por el resto de juristas y comentaristas de esta institución. Autores como HERNÁNDEZ MORENO⁴⁵ también son de la opinión de comparar estos dos derechos, a su parecer, reales, debido a que *el acreedor ejerce su derecho de manera directa, exclusiva frente a terceros sobre un bien susceptible de dominación inmediata*. Otros definen la anticresis como *“un derecho real constituido en garantía y pago de un crédito dinerario, que recae sobre un inmueble fructífero y enajenable, especial y expresamente determinado, propiedad del deudor o de un tercero, entregado en posesión temporal y administración del anticresista que tiene derecho de persecución y facultad para percibir los frutos que rinda la finca”*⁴⁶. Sin embargo, hemos de puntualizar que se está haciendo referencia aquí a un tipo de anticresis concreto, el tipo extintivo, regulado en el artículo 1881 del C. Civil. Analizando más profundamente estos conceptos, nos encontramos con que hay dos clases de

⁴³ BORRELL Y SOLER. ANTONIO M (1955) *Derecho Civil Español, T.11, Derechos Reales*, Barcelona: Bosch, p.687.

⁴⁴ DE CASTRO GARCÍA, J. (1997) *Código Civil: comentarios y jurisprudencia*. Madrid: Colex, p. 872.

⁴⁵ HERNÁNDEZ MORENO, A., *op cit.*, p.34.

⁴⁶ GUTIÉRREZ PEÑA, F., *op cit.*, p.86.

anticresis, la del 1881 que es imputatoria o de amortización y la del 1885 que es compensativa⁴⁷. Esta última es la expresada anteriormente en la etapa clásica y funciona exactamente igual que en Derecho Romano: compensando frutos con intereses.

Sobre la constitución de la anticresis hay que remarcar varias cosas. En cuanto a los métodos de constitución de la anticresis, pese a estar incardinada dentro del capítulo de las obligaciones y contratos, “*se puede constituir por cualquiera de los medios de constitución de los derechos reales: negocio inter vivos, mortis causa o usucapión*”⁴⁸ y ésta puede ser también creada por testamento⁴⁹ o cualquier otro método de fundación de derechos reales. En contraposición hay juristas que son de la opinión de que, *la anticresis sólo puede constituirse por negocio jurídico de disposición, es decir, contrato*⁵⁰, aunque esta corriente, en nuestra opinión, es menos acertada.

Abundando más en la constitución de este derecho, al sólo poder otorgarse sobre bienes inmuebles, puede deducirse que, las partes integrantes de un inmueble no son autónomas por lo que quedan ligadas al derecho de anticresis, puesto que las construcciones no son inmuebles por naturaleza sino *incorporados*⁵¹. Extrayendo una conclusión de estos hechos, podemos afirmar que la anticresis no es constituíble exclusivamente en inmuebles por naturaleza, sino en toda clase de estos bienes, ya que de lo contrario se estaría limitando profusamente este derecho. De igual modo, esta facultad de disposición recae sobre todos los elementos anejos al propio fundo al ser estos inseparables ex art. 334 del Código.

En lo concerniente al desplazamiento de la posesión de la finca, la mayoría se decanta por esta postura, pues algunos autores⁵² piensan que es un requisito imprescindible que el bien gravado pase a manos del acreedor, esto es, que adquiera la posesión inmediata. Si analizamos el texto legal del artículo 1883, el acreedor puede desembarazarse de la posesión del bien en cualquier momento, por lo que el pensamiento de estos autores no encaja con la voluntad del legislador. Esta discusión doctrinal queda zanjada con la RDGRN de 15 de marzo de 1909 según la cual, se han de aplicar a la anticresis las reglas generales de cualquier contrato, es decir, la perfección por el mero consentimiento. De

⁴⁷ GUTIÉRREZ PEÑA, F., *op cit.*, pp.86-87. LACRUZ BERDEJO, J. L. y LUNA SERRANO, A. (2009), *Elementos de derecho civil III, Derechos reales*. Madrid: Dykinson, p.312.

⁴⁸ O'CALLAGHAN. X., (2004) *op cit.*

⁴⁹ MUCIUS SCAEVOLA, Q. y DE APALATEGUI, P., *op cit.*, p. 565.

⁵⁰ PUIG BRUTAU, J., *op cit.*, p.47.

⁵¹ GUTIÉRREZ PEÑA, F., *op cit.*, p.15.

⁵² MUCIUS SCAEVOLA, Q. y DE APALATEGUI, P., *op cit.*, p. 566.

esta forma existe contrato de anticresis aunque no se haya puesto el inmueble a disposición del acreedor. A mayor abundamiento, repetimos, el legislador no considera la posesión inmediata como requisito esencial. Sin embargo, respecto a esto cabe reflexionar: *¿qué es la anticresis de un inmueble cuando no se desplaza la posesión del anticresista, sino una hipoteca?*⁵³

El Código Civil no exige forma alguna para la constitución de la anticresis, dando a entender que es un tipo más de contrato como otro cualquiera y puede, por tanto, acogerse a la libertad de forma⁵⁴. La única excepción a esta libertad es que al tratarse de bienes inmuebles por definición, han de constar en documento público *ex* artículo 1280, pero cabe discutirlo.

Hemos de tener en mente, que como la anticresis sólo puede versar sobre bienes inmuebles, sería de aplicación el mencionado artículo 1280 sobre aquellos actos que han de constar en documento público. El apartado primero de este artículo obliga a que los actos de creación de derechos reales sobre inmuebles figuren en escritura pública. Pues bien, ya sea derecho real de goce o derecho real de garantía, lo que la doctrina no puede debatir es que se necesita otorgar este tipo de escritura para oponer su eficacia a terceros⁵⁵. Cuestión distinta es que la escritura pública sea constitutiva, puesto que no lo es⁵⁶. Puede existir anticresis sin escritura pública, pero no se puede oponer. Comparando la anticresis con la hipoteca, o cualquier otro derecho real sobre inmuebles, la cuestión de que tenga que otorgarse escritura pública es meramente a efectos de inscripción de este derecho en el Registro de la Propiedad en relación a los artículos 605 a 608 del Código Civil. Tal afirmación se puede extraer de la citada RDGRN de 15 de marzo de 1909.

Pese a lo expuesto, hay corrientes doctrinales que opinan que tanto para la validez de la anticresis como para su inscripción en el Registro es indispensable que se otorgue por el titular registral y que conste un plazo de duración⁵⁷, puesto que la legislación no autoriza un gravamen indefinido (RDGRN de 8 de mayo de 1963). Sin embargo también es cierto que la inscripción en el Registro no es un requisito esencial de la anticresis, pues como ya hemos hablado esta inscripción no se realiza *ad constitutionem* sino *ad probationem*,

⁵³ MARTÍNEZ PÉREZ, F. (2013) “Anticresis legal. Historia y proyección de la administración y posesión interina del acreedor hipotecario”, En: *Revista jurídica de la UAM*, núm. 28, p.242-243.

⁵⁴ PUIG BRUTAU, J., *op cit.*, p.49.

⁵⁵ MORENO QUESADA, B. *op cit.*, p. 390.

⁵⁶BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., DÍEZ- PICAZO, L., PAZ-ARES, C. y SALVADOR CODECH, P., *op cit.*, p.11; HERNÁNDEZ MORENO. A, *op cit.*, p.146; GUTIÉRREZ PEÑA, F., *op cit.*, p.155.

⁵⁷ DE CASTRO, *op cit.*, p. 872.

para que pueda desplegar efectos frente a terceros. Respecto a que se pacte un plazo de duración, cabe debatir al respecto, pues según HERNÁNDEZ MORENO⁵⁸ el ámbito temporal se fija con el límite de la extinción de la deuda, entendiéndose como hasta el momento en que se haga el último pago. De esta forma se está respetando la Resolución de la DGRN, puesto que se establece un momento de finalización del gravamen, pero por otra parte no se limita a un número de años cierto la liquidación de la deuda, ya que a tenor de lo expuesto en los artículos 1881 a 1886, no es un requisito esencial.

Otro de los aspectos que no recoge el articulado del Código Civil pero que es del todo esencial para la buena marcha de este contrato es el hecho de que el acreedor tiene que rendir cuentas anuales de la administración y liquidación por cada trimestre, lo cual fue establecido por jurisprudencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de mayo de 1989.

En cuanto a los modos de extinción de la anticresis, como cualquier otra obligación, si se extingue la obligación principal se extingue la garantía. Son asimilables igualmente las extinciones por destrucción de la cosa, por renuncia del anticresista y por prescripción extintiva por no hacer uso del derecho durante 30 años. Como ocurre con otras figuras, la anticresis se extingue por reunión en una misma persona la propiedad del fundo y otras cuestiones como condición resolutoria o ejecución/ realización del valor⁵⁹. Es importante, como se mencionará respecto del artículo 1886, que al ser un derecho real, no se extingue por la muerte del anticresista ni del constituyente, sigue la garantía a sus herederos, siendo esta una disposición común a la prenda.

2. SITUACIÓN ACTUAL DE LA ANTICRESIS EN EL CÓDIGO CIVIL

2.1 ARTÍCULO 1881

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

Del primer artículo que hace referencia a la anticresis se pueden extraer los elementos esenciales de esta institución, los cuales son tres. A saber: una obligación entre las partes, un inmueble fructífero o susceptible de dar frutos, y una liquidación de los intereses y/ o

⁵⁸ HERNÁNDEZ MORENO, A, *op cit*, p. 50.

⁵⁹ GUTIÉRREZ PEÑA, F., *op cit.*, pp.321-324.

el capital de la deuda con cargo a los frutos⁶⁰. Sobre el primero de estos elementos hay que destacar que para que sea posible establecer un contrato de anticresis, ha de preexistir una deuda. Esta deuda, en virtud de lo que se haya pactado, puede generar intereses o no; de hacerlo, los frutos del fundo que se presta en anticresis se destinarán al abono de estos, y si no, a sufragar el principal de la deuda (noción extintiva de la anticresis). Hasta aquí no hay mayor complicación doctrinal.

El segundo elemento del contrato es que la anticresis ha de establecerse necesariamente sobre un bien inmueble susceptible de dar frutos, de otro modo el contrato carece de objeto⁶¹. La cuestión que se suscita al respecto es, ¿cómo han de evaluarse esos frutos? En opinión de varios juristas⁶² los frutos han de ser valorados previamente, para eliminar por un lado el factor aleatorio y proteger al acreedor y deudor. Asimismo, sobre los frutos hay que hacer varias precisiones:

Hemos dicho que el bien ha de ser fructífero o susceptible de serlo, pero podemos llegar a la conclusión de que todo inmueble ostenta esta cualidad. Si bien no todos producen frutos naturales o industriales, por la mera naturaleza de la finca, todos los bienes inmuebles sin excepción tienen en potencia la capacidad de ser fructíferos desde el punto de vista de los frutos civiles, es decir, todos los inmuebles son susceptibles de ser arrendados y así, generar frutos. Pues de acuerdo con varias voces doctrinales, se permite que el acreedor perciba no sólo frutos naturales ni industriales sino también civiles⁶³, por lo que si el inmueble se encuentra arrendado (por el deudor anticrético o por un tercero dueño del bien), el acreedor tiene derecho a percibir las rentas de la finca.

Por otra parte, ¿qué ocurre con un fundo que otorga frutos naturales, pongamos un olivar, y el deudor anticrético lo arrienda? ¿Cuál es el fruto que percibe el acreedor? Según la doctrina⁶⁴, depende del momento en el que se constituyó la anticresis. Si previamente a este contrato no existía gravamen alguno sobre la finca, los frutos habrán de ser naturales. Si por el contrario ya estaba arrendada, como al constituirse anticresis no se produce enajenación ni subrogación por parte del propietario, el acreedor anticrético recibiría los frutos civiles. No es posible, sin embargo, realizar un cambio del tipo de disfrute del

⁶⁰ HERNÁNDEZ MORENO, A., *op cit.*, p.47. LACRUZ BERDEJO, J. L. y LUNA SERRANO, A., *op. cit.*, p. 316.

⁶¹ O' CALLAGHAN, X. (2012) *Código Civil: comentado y con jurisprudencia*. Madrid: La ley, p. 2003.

⁶² HERNÁNDEZ MORENO, A. *op cit.*, p. 34 y O'CALLAGHAN, X.,(2012) *op cit* p. 2003

⁶³ LACRUZ BERDEJO, J. L. y LUNA SERRANO, A., *op. cit.*, pp. 313-314.

⁶⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L. y LUNA SERRANO, A., *op. cit.*, p. 314.

acreedor por parte del deudor. Y, del mismo modo, el acreedor no puede alterar la naturaleza de los frutos al no tener dominio sino goce sobre el fundo.

Se pregunta HERNÁNDEZ MORENO⁶⁵ cómo puede ser posible que al ser un contrato de préstamo (la cantidad inicial que el acreedor anticrético otorga al deudor que conforma la deuda preexistente) este no siga el precepto del artículo 1740 del Código Civil, el cual proclama que para la devolución de lo prestado en el contrato de préstamo se devolverá *otro tanto de la misma especie y calidad*. Esto sólo sería posible si estableciendo la anticresis los frutos fueran civiles. Fuera de este caso, que sí que es factible en la práctica, la anticresis estaría conculcando el precepto del art. 1740. No se hace excepción ni remisión a la anticresis y la práctica de este último contrato ha sido tan escasa que ni la jurisprudencia ni la DGRN se han pronunciado a este respecto.

Puede deducirse entonces como apunta HERNÁNDEZ MORENO⁶⁶, que - por lo establecido en el artículo 1881- el préstamo dinerario que el acreedor anticrético realiza, puede no ser devuelto por el deudor (al no poder cumplirse lo expuesto en el art. 1740) pero como contraprestación se establece un *ius fruendi* en favor de aquel. Aceptando esto las partes, el acreedor tiene la obligación legal de imputar los frutos en primer lugar a los intereses de la deuda y posteriormente al principal.

En último lugar, no puede obviarse el hecho de que el artículo 1881 da lugar a error desde un primer momento, puesto que no es cierto, o mejor dicho, necesario, que el inmueble sea del deudor. Como se verá, el artículo 1886 por remisión al 1857 del Código Civil, permite que sea un tercero ajeno a la obligación principal quien la garantice mediante la entrega a disposición de su finca. Por tanto, no es correcto enunciar que *se perciben los frutos de un inmueble de su deudor* ya que el inmueble sobre el que se constituye el gravamen puede ser de un tercero ajeno a la obligación principal.

2.2 ARTÍCULO 1882

El acreedor, salvo pacto en contrario, está obligado a pagar las contribuciones y cargas que pesen sobre la finca. Lo está asimismo a hacer los gastos necesarios para su conservación y reparación. Se deducirán de los frutos las cantidades que emplee en uno y otro objeto.

⁶⁵ HERNÁNDEZ MORENO, A, *op cit*, p.47.

⁶⁶ HERNÁNDEZ MORENO, A, *op cit*, p.48.

En lo relativo a este artículo tiene sentido que la ley obligue al acreedor, salvo pacto, a sufragar los gastos a cuenta de los frutos puesto que si no, el deudor podría dejar de abonarlos y ejecutar la finca para pagar las deudas tributarias contraídas⁶⁷. No puede pasarse por alto que el acreedor habría de sufragar todos los tributos que graven la finca como el IBI o el TRUA por nombrar algunos. No significa esto que el obligado tributario deje de ser el dueño de la finca, ya que no se produce enajenación del inmueble, sino que aunque sujeto pasivo del tributo, esta liberado de pagarlo debiendo hacerlo el acreedor (no mediando pacto en contrario). Lo mismo ocurriría si el inmueble tuviera constituida hipoteca.

Este precepto dispone que corran por cuenta del acreedor los gastos necesarios, pero para O' CALLAGHAN⁶⁸ es el deudor quien a fin de cuentas asume los gastos de conservación del inmueble dado que se reducirán de los frutos otorgados los gastos del bien que hayan de abonarse. No deja este acto de repercutir únicamente en el deudor ya que aunque no sufrague directamente los gastos, esto no le supone una amortización más rápida del crédito pudiendo imputar todos los frutos al capital, sino que como ya se ha dicho, estos se destinarán a sufragar los gastos primero, a los intereses después, y por último al capital.

Por otra parte, el fundamento jurídico de este artículo se encuentra en que, si el acreedor ha de devolver la finca objeto del contrato, no ha de ser sino en perfectas condiciones o al menos en las condiciones en las que se le hubiese entregado como resultaría aplicable en los supuestos de depósito, concretamente en el art.1769. Merece hacer disquisiciones entre las cargas ordinarias y extraordinarias, por analogía al resto de los preceptos del Código Civil. De las ordinarias no cabría duda de que han de ser sufragadas, así se establece para el usufructuario (arts. 500 y 501). En cuanto a las de otra clase, cabe aquí preguntarse si se le hacen mejoras a la finca, si deberían también descontarse los frutos o al no ser un gasto ordinario ni necesario que nadie le ha instado a hacer al acreedor, este no tendría derecho a repetir. En ese supuesto no se trataría de gestión de negocios ajenos puesto no estamos en el ámbito de los cuasi contratos. Esta disquisición bien puede ser capital atendiendo a lo establecido en el siguiente artículo sobre el pago total de lo debido al acreedor.

⁶⁷ MANRESA Y NAVARRO, J.M., *op cit.*, p. 742.

⁶⁸ O'CALLAGHAN, X, (2012) *op cit.* P. 2004.

2.3 ARTÍCULO 1883

El deudor no puede readquirir el goce del inmueble sin haber pagado antes enteramente lo que debe a su acreedor. Pero éste, para librarse de las obligaciones que le impone el artículo anterior, puede siempre obligar al deudor a que entre de nuevo en el goce de la finca, salvo pacto en contrario.

En cuanto a la interpretación de este artículo, no tiene sentido establecer un contrato de garantía si el deudor puede recuperar la finca antes de haber satisfecho todos los pagos. Este aspecto es equiparable a la prenda en el artículo 1871 que además concuerda con el mismo. El contenido de este artículo ya venía regulado en la Partida Quinta⁶⁹ donde se exponía que el acreedor tenía derecho de retención hasta que se le hubiese efectuado el último pago, incluyéndose también las expensas realizadas por el acreedor. A la luz de esta interpretación podemos dar solución a la cuestión planteada anteriormente, sobre la obligación de abonar al acreedor los gastos de mejora realizados en el inmueble. Según lo expuesto, pensamos que cabría entender que *las expensas realizadas por el acreedor* también englobarían esta clase de gastos.

El segundo apartado de este artículo da la opción exclusivamente al acreedor de devolver el bien y trasladar de nuevo la obligación de conservación del inmueble ya que puede darse la circunstancia de que al acreedor le suponga una merma importante o un perjuicio económico suficiente como para no mantenerse en este negocio. Pese a ello no cabe entender extinguida la obligación “principal” de la anticresis que se recoge en el artículo 1881 sino que las partes acuerdan, o más bien el acreedor obliga al deudor a hacerse cargo de los gastos de mantenimiento del inmueble, entendiéndose esta una obligación accesoria. Sólo se renunciaría a la obligación de mantenerse en la posesión de la finca y hacerse cargo de las obligaciones que le impone el artículo 1882⁷⁰. De lo que estamos hablando aquí es de una especie de rescisión parcial del contrato, de una sola de las estipulaciones del mismo, por la voluntad unilateral de una de las partes (la del acreedor anticrético). No implica ello que el deudor deba abonar los frutos antes del tiempo pactado, pero sí que surgen algunas dudas que la norma no precisa.

⁶⁹ MANRESA Y NAVARRO, J.M., *op cit.* P. 750.

⁷⁰ PUIG BRUTAU, J., *op cit.* P. 50.

Apostilla O'CALLAGHAN⁷¹ que se le faculta este derecho al acreedor puesto que la puesta a disposición del inmueble a manos del acreedor, esto es, el denominado desplazamiento, no es un requisito esencial para la constitución del contrato. El desplazamiento al no ser inherente a la anticresis, permite al acreedor a ejercer el derecho como mejor le convenga y salvaguarde sus intereses.

De la literalidad del artículo no se conocen límites al mismo, y los juristas y comentaristas de este precepto no han podido arrojar luz sobre esta cuestión. Podría pensarse que es una facultad abusiva del acreedor puesto que este este quien *obliga*, no sólo percibe los frutos sino que no se hace cargo del mantenimiento del fundo *contrario sensu* a lo establecido en el artículo anterior. Es verdad, no obstante, que se admite el pacto en contrario, pero de no concretarse nada, el acreedor estaría en una posición muy superior al deudor. ¿Y si el deudor no puede hacer frente a los gastos de la finca? ¿Y si por ello el inmueble no da los frutos esperado? ¿No sería injusto que el acreedor, a causa de su deseo, promueva la realización de la finca por falta de pago en el tiempo convenido al no poder satisfacerse los intereses y el principal con los frutos?

2.4 ARTÍCULO 1884

El acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido. Todo pacto en contrario será nulo. Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble.

Sobre el comentario a este artículo que realiza Xavier O'CALLAGHAN⁷², en la primera parte de este precepto no se aclara si se está refiriendo en particular al supuesto de las anticresis sometidas a plazo, o si el art. 1884 se refiere a una de las características de la anticresis en general. Para este autor es necesaria esta precisión, puesto que si no hay plazo convenido, el primer párrafo del artículo 1884 queda vacío de contenido para los contratos sin tiempo. Consecuentemente, si la anticresis fuese intemporal como propugna HERNÁNDEZ MORENO⁷³, no debería ser de aplicación lo contenido en este punto a las anticresis que se suscribiesen sin plazo fijado. Recordemos que esto es del todo factible, pues el plazo no es un elemento esencial, sino accidental del contrato.

⁷¹ O'CALLAGHAN, X. (2012) *op cit.*, p. 2006.

⁷² O'CALLAGHAN, X. (2012) *op cit.*, p. 2006-2007.

⁷³ HERNÁNDEZ MORENO, A. *op cit.*, p. 50.

En cuanto al segundo párrafo de este artículo, prohíbe el pacto comisorio incluso aunque las partes lo hayan pactado así. Es de destacar como a lo largo de la regulación de la anticresis, junto con las disposiciones comunes a la prenda e hipoteca, el Código actúa subsidiariamente, llenando los vacíos ocasionados por la falta de previsión de las partes, pero dejando, sin embargo, que sea la voluntad de los contratantes la que defina el alcance del contrato. En este caso ocurre todo lo contrario al prohibirse expresamente el pacto comisorio y se consideran nulos los acuerdos entre partes encaminados a ese fin.

Lo que principalmente se establece en este artículo es entonces la prohibición absoluta del pacto comisorio en relación con el 1859 del Código⁷⁴. Hay que traer a colación aquí el artículo 1872 relativo a la prenda, donde se estipula que el acreedor no podrá hacer suyo el bien garantizado, por falta de pago en el periodo convenido. Es fundamental dejar claro, volviéndolo a expresar, que queda totalmente prohibido este tipo de pacto el cual ya era rechazado en el Derecho Romano y declarado prohibido por la Partida Quinta⁷⁵. Sucede en este caso como con la prenda y la hipoteca: no se adquiere la propiedad del bien por falta de pago, ni siquiera aunque la finca se encuentre ya en posesión del acreedor como consecuencia del desplazamiento posesorio. Aun así, el texto legal de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite como excepción en su artículo 671 que se adjudique el inmueble al acreedor cuando una vez celebrada la subasta no hay postor (denominado comúnmente como subasta desierta), siempre que se cumplan los requisitos legales para ello, siendo uno de ellos la petición del acreedor transcurridos veinte días tras la subasta. En este artículo la anticresis se asimila más a la hipoteca que a la prenda ya que el acreedor no puede, por sí mismo, enajenar el bien sino que ha de acudir a la LEC para ello. La venta por lo tanto ha de ser judicial y puesto que nada se dice respecto de ventas extrajudiciales, teniendo en cuenta la estrecha relación con la prenda e incluso su consideración en otros ordenamientos jurídicos como prenda inmobiliaria, cabría al menos debatir al respecto.

Un apunte a tener en cuenta es que en este artículo se hace una remisión a la LEC, aunque no se especifica el procedimiento judicial a seguir para solicitar la venta del inmueble. Ni en la LEC de 1881 vigente cuando se publicó el Código Civil ni la actual del año 2000 se regula un procedimiento especial para la ejecución de la anticresis. Es posible que el codificador de 1888 hubiera dejado abierta esta posibilidad para una posterior regulación,

⁷⁴ DE CASTRO, *op cit.* P. 874.

⁷⁵ MANRESA Y NAVARRO, J.M., *op cit* 753.

sin embargo sólo cabe seguir un procedimiento general de ejecución de títulos judiciales. Este punto no será objeto de comentario en el presente trabajo al ser más relativo al derecho procesal.

2.5 ARTÍCULO 1885

Los contratantes pueden estipular que se compensen los intereses de la deuda con los frutos de la finca dada en anticresis.

Este artículo parece reiterativo del 1881 en tanto en cuanto vuelve a referirse a los frutos y los intereses relacionados con el contrato de anticresis, donde el único aspecto reseñable de esta disposición es la referencia a la compensación. Nada más lejos de la realidad, pues este artículo es el que está regulando la institución de la anticresis al modo clásico romano, donde los frutos se compensan en globo con los intereses (anticresis compensativa). De esta forma, como se ha venido exponiendo a lo largo del trabajo, los frutos que rente la finca de la anticresis se compensaran con los intereses devengados del préstamo dinerario, sin entrar a valorar unos ni otros.

No obstante algunos comentaristas al Código han sido de la opinión de que este artículo debería ser suprimido, puesto que no aporta nada que no se haya reproducido en el art. 1881⁷⁶, a nuestro juicio algo totalmente erróneo por los fundamentos ya vertidos sobre las diferentes funciones de la institución: extintiva o compensatoria.

Otro de los aspectos que consagra tácitamente esta norma, es el de la plena libertad que las partes tienen para pactar el tipo del interés y los frutos aplicables al mismo, sin tener limitaciones como se vio en el Proyecto de Codificación de 1851.

Para otros juristas, este tipo de anticresis compensatoria se trata de un contrato de un tipo demasiado específico y califican de “contrato de doble préstamo”⁷⁷ este acuerdo de la compensación de los frutos de la finca con los intereses del capital previamente prestado.

Hay corrientes de pensamiento doctrinal que proponen que este artículo pueda interpretarse de forma que las partes pactan una anticresis accesoria⁷⁸. De este modo el principal de la deuda se pagaría en dinero (recordando otro tanto de la misma especie y

⁷⁶ MANRESA Y NAVARRO, J.M., *op cit.* P.755.

⁷⁷ O'CALLAGHAN, X, (2012) *op cit.* P. 2005.

⁷⁸ HERNÁNDEZ MORENO, A. *op cit* p.159

calidad del art. 1740) pero los intereses que pudieran devengarse se pagarían con cargo a los frutos.

2.6 ARTÍCULO 1886

Son aplicables a este contrato el último párrafo del artículo 1857, el párrafo 2º del artículo 1866 y los artículos 1860 y 1861.

Como se ha descrito en este trabajo, la anticresis, aunque independiente, tiene multitud de similitudes con los contratos de prenda e hipoteca. De los artículos a los que hace remisión puede sacarse en claro lo siguiente:

Terceros ajenos a la obligación pueden asegurar el cumplimiento de esta. Detallando más este precepto, el del artículo 1857, el tercero que garantiza su finca por anticresis podrá pedir al deudor que rinda cuentas sobre el importe total al que asciendan los frutos en las mismas condiciones que si la finca fuese del deudor⁷⁹.

Del 1866 no cabe entender que exista *ius distrahendi* pero igualmente el acreedor puede hacer uso de su derecho de retención en el supuesto de que antes de quedar saldada la deuda, el deudor contraiga otra con el acreedor. Por otro lado, la anticresis es indivisible. Concretamente es el derecho a percibir los frutos lo que es indivisible ya que es lo que está afecto al pago de la obligación contraída y esta indivisibilidad beneficia al acreedor anticrético, asegurando su derecho al cobro⁸⁰.

Por último, se establece que la anticresis puede asegurar todo tipo de obligaciones, puras o condicionales. Sobre este artículo 1861 hay un punto incongruente. Si la anticresis puede gravar cualquier tipo de obligación, en caso de que esté sujeta a condición suspensiva no sería lógico, porque mediante anticresis surge el derecho de obtener los frutos de la finca desde el mismo momento de su constitución⁸¹. Tampoco parece sensato gravar con condición resolutoria la anticresis, puesto que perdería todo fundamento y provocaría un enriquecimiento injusto por un lado o una donación encubierta por otro.

⁷⁹ O'CALLAGHAN, X, (2012) *op cit.*, p. 2005.

⁸⁰ HERNÁNDEZ MORENO, A. *op cit.*, p. 30.

⁸¹ GUTIÉRREZ PEÑA, F., *op cit.*, pp. 160-162.

3. LA ANTICRESIS COMO DERECHO PERSONAL

Doctrinalmente existe otro debate relativo a si la anticresis debe considerarse como derecho real o derecho personal. Este trabajo no comparte la concepción de la anticresis como derecho personal, pero igualmente es conveniente entender por qué.

Entre los que abogan por que sea un derecho personal, mayoritariamente autores italianos como Ruggiero, Mirabelli, Rinaldi, Fillipis, Stolfi, Caberlotto o Ricci⁸² dicen que el Código Civil no califica a la anticresis como derecho real. Sin embargo tampoco lo hace con la prenda y la hipoteca y no hay cuestión al respecto. Utilizando este mismo argumento, tampoco se concede a la anticresis expresamente la categoría de derecho personal en el Código. Además si la anticresis fuese un derecho personal no cabría oponerla a terceros⁸³ puesto que no entraría en el Registro de la Propiedad. El hecho de que la doctrina italiana considerase a la anticresis como derecho personal, tiene su origen en el art. 1897 del Código Civil italiano de 1865 “*según el cual la anticresis no produce efecto más que entre las relaciones entre deudor y acreedor y sus herederos, manteniéndose lógicamente el carácter personal de este derecho*”⁸⁴

4. LA ANTICRESIS COMO DERECHO REAL

4.1 DERECHO REAL DE GARANTÍA

No obstante esta postura, la doctrina se decanta por incluir a la anticresis dentro de los derechos reales ya que los frutos son una accesión, un añadido al bien principal que es el inmueble y que sin este no pueden ser aquellos. La doctrina actual configura el derecho de anticresis como real basándose en dos puntos⁸⁵:

“El párrafo primero del artículo 1884 prohíbe rotundamente el pacto comisorio en forma más categórica que el artículo 1859 para prenda e hipoteca. ¿Tendría sentido esta prohibición si el anticresista no adquiriese derecho alguno sobre la cosa?

En el mismo artículo, párrafo segundo concede al acreedor el derecho de pedir la venta del inmueble en caso de falta de pago de la deuda”.

⁸² GARCÍA-GRANERO, J., (1945) “Acerca de la naturaleza jurídica del Derecho de anticresis” En: *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, nº 206-207, p.462.

⁸³ GARCÍA-GRANERO, J., *op cit.*, p.464.

⁸⁴ MORENO QUESADA, B. *op cit.*, p. 386.

⁸⁵ MANRESA Y NAVARRO, J.M., *op cit.*, p. 743.

En contraposición a las corrientes italianas sobre la anticresis como derecho personal, los defensores de la anticresis como derecho real son principalmente españoles, franceses y alemanes⁸⁶. Un argumento que se esgrime para favorecer esta tesis es que cómo puede ser que la prenda mobiliaria sea indiscutiblemente real pero la inmobiliaria no tenga esta consideración. La DGRN mediante resolución de 30 de junio de 1913 estableció el carácter de derecho real para la anticresis de modo que “*el contrato y derecho de anticresis por su naturaleza, constitución, efectos, fines de garantía y pago de cantidad o deuda principal, y por el lugar que ocupa en nuestro Código Civil, se parece sobre todo desde el punto de vista del Registro de la Propiedad al contrato y derecho real de hipoteca y no al de arrendamiento*”. Dentro de la concepción de derecho real existen varias ramas doctrinales relativas a la preferencia, la oponibilidad o el derecho de persecución.

Por otra parte, sobre los defensores de la anticresis como derecho real quiero destacar dos tesis principales, los que consideran la anticresis como un derecho real de plena garantía y los que consideran a la anticresis como un derecho de goce, ya que esta cuestión es la más debatida entre los diferentes juristas. En cuanto al primer tipo, podemos encontrar a autores como SCAEVOLA⁸⁷ que argumenta que la inclusión de la anticresis en el libro IV de los contratos, no obsta para que esta sea un derecho real de garantía dado que lo mismo ocurre con la prenda y la hipoteca y estos no son objeto de debate. En conjunto, como se ha apuntado, esta es la tesis que defiende la mayoría de la doctrina española: derecho real de garantía con realización de su valor.

La razón por la que la doctrina considera mayoritariamente a la anticresis como un derecho real de garantía es porque la facultad de “goce” de los frutos que se concede al acreedor no es por sí sola un fin autónomo, sino que por otro lado es una consecuencia o un aprovechamiento de la constitución de la garantía anticrética. Dicho de otro modo, “*existe en razón de un crédito que asegura; no tiene contenido propio, sino que actúa en funciones de garantía, y el anticresista no es libre respecto del destino que ha de dar a los frutos percibidos*”⁸⁸. Este apunte, si se permite la licencia, no nos parece ser determinante para considerar a la anticresis como derecho real de garantía. No es cierto que el acreedor no pueda, por definición de la institución, elegir el destino de los frutos,

⁸⁶ GARCÍA GRANERO, J., *op cit.*, p. 466.

⁸⁷ MUCIUS SCAEVOLA, Q. y DE APALATEGUI, P., *op cit.*, p. 564.

⁸⁸ PUIG BRUTAU, J., *op cit.*, p. 50.

puesto que estos exclusivamente tienen una función compensatoria o extintiva de los intereses devengados y/o del capital prestado. Suponiendo que los frutos de inmueble gravado con anticresis sean frutos civiles, el acreedor al percibirlos e imputarlos como corresponda, tiene plena libertad de uso, goce y disfrute sobre ellos.

En cuanto a la naturaleza de la anticresis como derecho real de garantía⁸⁹ para la mayoría de los autores, se pueden destacar varias notas. La justificación de la doctrina que piensa así se encuentra en el hecho de que el acreedor toma posesión del inmueble y, en el caso que se dé, una posterior inscripción en el Registro. Para algunos autores “*el último párrafo del artículo 1860, al que se remite el 1886*” – y también el artículo 216 del RH- “*demuestra que la cosa dada en anticresis responde de la obligación asegurada*”.⁹⁰ Sin embargo otras posturas distan de esta aproximación.

Para otros autores más críticos,⁹¹ la anticresis como derecho de garantía no tendría el peso y la relevancia suficiente puesto que la función que esta realiza al asegurar la obligación, ya la viene haciendo la hipoteca de forma más amplia y mejor regulada. Aunque la mayoría de la doctrina entienda la anticresis como un derecho real de garantía, el legislador no previó o no quiso equipararle al resto de garantías al no dotar, como ya hemos planteado, a la anticresis de un procedimiento de ejecución específico. Atendiendo a la LEC, el Capítulo V (arts. 681 y ss.) se refieren únicamente a la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados, dejando a un lado la institución objeto de este trabajo.

No obstante, sobre esta cuestión de si conlleva o no *ius distrahendi*, los defensores de la doctrina del derecho real de garantía se inclina por pensar que sí⁹², pero cabe ser crítico con esta cuestión. La puesta a disposición del inmueble para cobrarse la deuda con los frutos no implica que pueda realizarse el fundo ya que éste no es el objeto de la garantía. Si fuese un derecho de garantía, y por lo tanto realizable, el legislador habría incluido a este derecho en las disposiciones comunes de prenda e hipoteca.

4.2 DERECHO REAL DE GOCE

No queda tan claro sin embargo que la anticresis sea un derecho real de garantía puesto que no lo exige de esta forma el Código Civil. Por otra parte podemos establecer, por

⁸⁹ LACRUZ BERDEJO, J. L. y LUNA SERRANO, A., *op cit*, p.312.

⁹⁰ LACRUZ BERDEJO, J. L. y LUNA SERRANO, A., *op cit*, p.312.

⁹¹ HERNÁNDEZ MORENO, A. *op cit*, p.29.

⁹² LACRUZ BERDEJO, J. L. y LUNA SERRANO, A, *op cit*, p. 313.

exclusión legal, que la anticresis no puede ser un derecho real de garantía si examinamos los artículos 1886 y 1857. El primero de ellos, que se enmarca dentro de aquellos dedicados a la anticresis, hace una remisión a aquellas otras disposiciones que le son de aplicación, entre ellas el último párrafo del artículo 1857. No se contempla que la anticresis se rija por el resto de los preceptos de esta norma que expone:

Son requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca:

1º Que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal

2º Que la cosa pignorada o hipotecada pertenezca en propiedad al que la empeña o hipoteca

3º Que las personas que constituyan la prenda o hipoteca tengan libre disposición de sus bienes, o en caso de no tenerla, se hallen autorizadas a tal efecto.

Las terceras personas extrañas a la obligación principal pueden asegurar está pignorando o hipotecando sus propios bienes.

Por lo tanto, la anticresis no es un derecho real de garantía al no haberlo establecido expresamente el legislador y haber omitido las referencias a esta clase de derechos. El artículo 1886 se remite exclusivamente al último párrafo del 1857, obviando por completo el primer punto de este precepto: *que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación*. La anticresis pues, sería un contrato independiente que genera derechos reales de disposición y goce, pero no una garantía. La definición que hace HERNÁNDEZ MORENO⁹³ es de “*un contrato de carácter bilateral y real quoad constitutionem, que genera un derecho real de goce (...) a cambio de una deuda de capital y, en su caso, de intereses cuyo pago o extinción se produce con los frutos del inmueble sobre el que se constituyó aquel derecho real*”.

Recapitulando sobre por qué la anticresis es un derecho real de goce y no de garantía, en el primero de estos derechos se establece un dominio sobre los frutos⁹⁴, no sobre el bien. Para adquirir los frutos de un bien es imprescindible tener un derecho de disfrute (*ius fruendi*) sobre este. No obstante, la mayoría de la doctrina discrepa con que la anticresis

⁹³ HERNÁNDEZ MORENO, A. *op cit.*, p.37.

⁹⁴ HERNÁNDEZ MORENO, A. *op cit.*, p.54.

recaiga sobre los frutos y no sobre el inmueble, pues es cierto que “*la anticresis recae sobre los frutos, pero no concibiendo estos como elementos separados del inmueble que los produce, sino como parte integrantes e inherentes a él*”⁹⁵.

Por otra parte la garantía con su consiguiente realización sólo puede ser constituida sobre el propio bien, lo que en la anticresis no ocurre en ningún caso, amén de que las partes en el contrato no disponen esto último. Se puede entender que la anticresis no configura un derecho real de garantía habida cuenta de que, en primer lugar no se contempla expresamente, y en segundo, no se hace una remisión directa a los artículos donde sí que aparece la naturaleza de garantía. Así, por ejemplo, el art. 1886 hace referencia a la prenda y su derecho de retención (párrafo segundo) pero no lo hace respecto de la totalidad del contenido del artículo 1857 (garantía) por lo que es asumible pensar que la condición de garantía, aun pudiendo existir, no es esencial e intrínseco a esta figura.

Cabe preguntarse aquí, entonces, si no es una garantía, ¿Cómo es que siempre se ha considerado e incluso se sigue considerando como tal? En palabras de HERNÁNDEZ MORENO⁹⁶ “*si la Comisión*”- Codificadora del actual Código Civil de 1888- “*hubiera considerado a la anticresis como un derecho real de garantía, habría, sin duda, aprovechado la ocasión para remitir su regulación a las normas específicas de la prenda e hipoteca que exigen aquel carácter*”. Es decir, lo que se acaba de exponer de la omisión al artículo 1857. Si entonces no hay garantía, no ha de haber *ius distrahendi* por lo que el artículo tal no tiene razón de ser y, por extensión, la consideración de la institución anticrética como garantía tampoco.

5 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Una vez expuestas todas las teorías doctrinales sobre la naturaleza y concepción de la anticresis, es preciso aquí desarrollar el contenido de este derecho poniendo el foco tanto en los derechos como las obligaciones del constituyente y del anticresista. Cabe añadir que sobre los derechos derivados del pacto de anticresis, hay igualmente posiciones enfrentadas. De un lado, hay quienes creen que la anticresis no otorga derechos reales sino personales, debido a que es innato en esta clase de derechos que quien lo ostente pueda perseguir la cosa este donde este. En el caso de la anticresis el acreedor no sería capaz, como se ha explicado, de perseguir la cosa si se haya en poder de un tercero que

⁹⁵ MORENO QUESADA, B. *op cit.*, p. 387.

⁹⁶ HERNÁNDEZ MORENO, A. *op cit.*, p.65.

no sea deudor, entendiendo la cosa como la finca gravada. Igual que sucedía con la idea del derecho personal, se argumenta sobre esta cuestión que el contrato, la obligación en sí, no recae sobre el inmueble sino sobre sus frutos.

Como se ha adelantado, las partes pueden pactar que algunas de estas obligaciones recaigan sobre uno u otro contratante, en función de su voluntad. Así pues, las obligaciones y derechos serían las que siguen.

En primer lugar, y sobre los derechos del acreedor anticrético cabe destacar la entrada a poseer el inmueble. Esta facultad le es propia hasta que se haya satisfecho el total de la deuda y los gastos que haya tenido que sufragar *ex art 1883*, tanto si es mediante la permanencia del contrato de anticresis como si es por la ejecución del bien. Visto esto, tenemos de nuevo una incongruencia en la regulación de la anticresis. Si ya queda expresamente recogido en el artículo 1883 que el acreedor se mantendrá en la posesión del bien, el incorporarle un derecho de retención de prenda *hasta que se le pague el crédito* por remisión del 1886 al 1866 no aporta nada relevante. Entendemos aquí que la remisión a este artículo sólo es en relación al segundo párrafo. Aun así esta falta de precisión se debe a una torpeza del legislador, pues ¿por qué añadirle al acreedor la retención de la prenda si ya queda claro que no retomará el deudor el bien hasta satisfacer el crédito? Por otra parte, si sólo se está refiriendo al artículo 1866 segundo párrafo, ¿por qué no especificarlo como sucede con otras remisiones? Ya hemos visto que aunque derecho, la anticresis no comporta la obligación de transmitir la posesión efectiva del fundo al acreedor, esto es, el desplazamiento. De esta forma el acreedor adquiriría la posesión, pero de una manera mediata⁹⁷ ya que el bien seguiría en poder del dueño de la misma, que recordemos no tiene por qué ser la misma persona que el deudor. Aun así, aun no teniendo esta posesión inmediata, sino mediata, el derecho de posesión del anticresista está bien claro y delimitado.

Otro de los derechos del acreedor anticrético es la percepción de los frutos del bien. La regulación del Código es bastante parca en este sentido, y alejada del sentido económico. Para terminar de demarcar este concepto hemos de acudir esta vez a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, concretamente a la STS de 6 de marzo de 1965 (1436/1965) y a la STS de 5 de marzo de 1999 (RJ 1403/1999) donde la Sala de lo Civil se pronunció en este

⁹⁷ GUTIÉRREZ PEÑA, F., *op cit.*, p.177.

sentido en cuanto a la definición de frutos: “*todo beneficio o rendimiento que, con propia sustantividad se deriva de la utilización o explotación de una cosa*”.

Derivados de estos dos derechos principales tendríamos por un lado el derecho del anticresista a la deducción de los gastos de mantenimiento de la finca *ex art 1882*. De forma que se le estarían devolviendo los pagos adelantados que éste está haciendo para conservar el fundo.

Un derecho más del anticresista es el de dimisión de la posesión de bien que le concede el artículo 1883. Esta renuncia a la posesión no significa una renuncia al derecho real de anticresis, sino exclusivamente a la administración del inmueble. Así lo consideran autores como SCAEVOLA⁹⁸, O'CALLAGHAN⁹⁹ y PUIG BRUTAU¹⁰⁰ entre otros. Precisamente SCAEVOLA dice a este respecto que “*el acreedor cede la posesión del fundo al deudor y este, quiera o no, entrará en dicha posesión*”.

Cabe preguntarse de nuevo aquí si existe derecho del acreedor anticrético a la realización del valor del bien, es decir, *ius distrahendi*. Si asumimos que el acreedor no puede adquirir la propiedad del bien mediante pacto comisorio, no parece haber otra opción para ver liquidada su deuda. Sin embargo hemos visto como autores como HERNÁNDEZ MORENO¹⁰¹ opinan que no puede existir este derecho, al no estar el acreedor capacitado para ello. Otros como ALBALADEJO¹⁰² se decantan por conceder esta facultad al acreedor haciendo una analogía con la prenda y la hipoteca, teniendo siempre el anticresista el *ius distraendi*. Para GUTIÉRREZ PEÑA¹⁰³ la anticresis también ha de conllevar realización del valor puesto que a su parecer es un derecho real más y que de otro modo, al no existir éste se le estaría negando al acreedor el cobro de lo debido.

Por otra parte, si se prohíbe el pacto comisorio y la anticresis no llevase aparejada *ius distrahendi*, en caso de no abonarse la deuda en el plazo convenido (si se hubiese pactado plazo) ¿Qué otra alternativa le quedaría al acreedor? Desde este punto de vista parece ilógico que se quede sin su derecho de crédito, pero por otra parte, reiteramos que se puede considerar que la anticresis es un derecho real de goce de los frutos, sin adquirir el

⁹⁸ MUCIUS SCAEVOLA, Q. y DE APALATEGUI, P., *op cit.*, p. 580

⁹⁹ O'CALLAGHAN, X., (2012) *op cit.*, p.43.

¹⁰⁰ PUIG BRUTAU, J., *op cit.*, p.50.

¹⁰¹ HERNÁNDEZ MORENO, A. *op cit.*, p. 65.

¹⁰² ALBALADEJO GARCÍA, M. (1989) *Derecho Civil. T III. Derecho de bienes, Vol. 2, Derechos reales en cosa ajena*. Barcelona: Bosch, p. 285.

¹⁰³ GUTIÉRREZ PEÑA, F., *op cit.*, p.219.

acreedor la propiedad de la finca de ninguna de las maneras. Al margen de análisis doctrinales, lo cierto y verdad es que el artículo 1884 permite al acreedor solicitar la venta del inmueble, por lo que pese a estar mal conceptuado, sí que existe este *ius distrahendi*. Cabe matizar no obstante, que el artículo 1884 plantea el supuesto de que se haya acordado plazo para el abono de los frutos. En ese caso sí sería posible realizar el valor del inmueble. De otro modo, si la anticresis fuera *ad infinitum*, hasta que se satisfaga el crédito, es decir, sin plazo, es del todo imposible pedir la venta judicial de la finca ya que “no hay plazo convenido”. Por lo tanto el derecho conferido al acreedor sobre la realización del inmueble, dependerá si existe o no tiempo para el pago del crédito.

Además para PUIG BRUTAU¹⁰⁴ y MORENO QUESADA¹⁰⁵, cabe entender que se produce, por silencio legal una analogía con las disposiciones que afectan a la hipoteca, es decir, que el acreedor tendría un derecho de preferencia, de lo contrario se trataría de un gravamen que solo afectaría con carácter real a los frutos, pues el derecho a instar la venta de los bienes del deudor que no cumple sus obligaciones es una facultad de cualquier acreedor.

Hemos querido esbozar los derechos más relevantes del anticresista, pasemos ahora a ver sus obligaciones principales emanadas del derecho de anticresis.

La primera de ellas es genérica y común a otros derechos que impliquen la posesión de bien ajeno, ésta es la de conservación y restitución (cuando proceda) del inmueble en buen estado. Relativa a esta obligación está la de sufragar los gastos necesarios de conservación. Pueden parecer que estas dos obligaciones son reiterativas pero no dejan de ser dos caras de la misma moneda. Tenemos por un lado la obligación de no menoscabar voluntariamente el estado en el que se entregó el inmueble y por otra parte la necesidad de emplear los medios necesarios para repararlo y conservarlo. Existiría entonces una obligación de no hacer, unida a una obligación de hacer. Sumado a esto, el acreedor que entre en la posesión de la finca (en caso contrario esto no sería de aplicación) ha de hacer frente a los tributos y contribuciones que graven el inmueble. A este respecto y según la STS de 10 de febrero de 1909, si la finca permanece en posesión del deudor, sin desplazamiento posesorio, el anticresista no ha de resultar obligado tributario, por lo que esta obligación no le sería de aplicación.

¹⁰⁴ PUIG BRUTAU, J., *op cit.*, p.52.

¹⁰⁵ MORENO QUESADA, B., *op cit*, p. 391.

Como últimas obligaciones del acreedor tenemos la rendición de cuentas periódicas, esto es, de los frutos que ha rentado el inmueble y de la aplicación de los mismos ya que “*esta tarea adquiere una especial y relevante significación en tanto que dependerá de su resultado la determinación de la deuda exigible*” (STS de 10 de mayo de 1990). La observancia de la rendición de cuentas tiene una esencial importancia en la anticresis, de manera que si se incumple o se falsifica, las consecuencias recaen únicamente sobre el acreedor, no pudiendo seguir exigiendo al deudor la cantidad a abonar al no quedar prueba fehaciente suficiente de los frutos que se han producido ni del remanente de la deuda.

Como contraparte al anticresista, tenemos los derechos del constituyente. Como ha quedado patente en los apartados anteriores, exista o no desplazamiento posesorio, el deudor anticrético no pierde la propiedad del inmueble (salvo ejecución judicial y realización de valor del bien). Este es el primer derecho del constituyente anticrético, el mantenimiento de todas las facultades que le son propias como *dominus* de la finca, salvo aquellas que han sido cedidas al anticresista, como resulta obvio.

Como segundo derecho tenemos el derecho de restitución en la posesión del fundo, siempre y cuando se observen los requisitos legales previstos y que el anticresista no ejercite su derecho de retención. Y, como en cualquier otro préstamo a plazos, el deudor posee la facultad de amortizar anticipadamente el crédito.

Como obligaciones del constituyente tenemos principalmente el pago de la deuda en función de cómo se haya pactado, compensatoria o extintiva. Como contrapunto, éste está obligado a entregar la cosa garantizada al anticresista. Curiosamente también está obligado a adquirir la posesión en caso de que el acreedor así lo desee siempre y cuando esta posibilidad se haya pactado de antemano, pues así lo permite el artículo 1883.

6. LA ANTICRESIS EN LOS DERECHOS NAVARRO Y CATALÁN

Examinemos ahora como se regula la anticresis en el Derecho Civil navarro y catalán. Ambas regulaciones presentan similitudes con el Derecho Común en cuanto a la concepción de esta institución, aunque igualmente difieren en algunos aspectos. Estas diferencias podrían emplearse como punto de partida para unificar y modificar la regulación de la anticresis en nuestro ordenamiento.

En primer lugar, sobre la Compilación de del Derecho Civil Foral de Navarra aprobado por la Ley 1/1973 de 1 de marzo, nos encontramos con que se atribuye al derecho de

anticresis la condición de derecho real de garantía inicialmente en el Título VII de la Compilación y seguidamente, la Ley 463 la equipara a otras garantías reales como la prenda, la hipoteca, las arras o el derecho de retención. Este hecho concuerda con la corriente doctrinal más extendida en nuestro país que considera a este derecho como una garantía real más, como se ha expresado en este trabajo en apartados previos. Si bien es cierto que el Código Civil incluye a la anticresis en las disposiciones sobre la prenda y la hipoteca, no se pronuncia respecto a su naturaleza como derecho real de garantía, algo que sí realiza, a nuestro juicio muy acertadamente, la Compilación del Derecho Civil de Navarra.

Una vez delimitada su naturaleza como derecho real de garantía, la anticresis en la Compilación tiene una concepción, en algunos aspectos, diferente a la del Derecho Común. Una buena muestra de ello es la ley 468 que pese a no estar directamente relacionada con la anticresis, sí que influye a la hora del establecimiento de pactos anticréticos. La mencionada ley 468 dicta que *la prenda se constituye por entrega de la posesión de la cosa mueble o inmueble*. Al establecerse de este modo, la prenda en Derecho Foral, a nuestra forma de entenderlo, sería una especie de *pignum* moderno, donde cabe perfectamente la entrega en garantía de prenda de un bien inmobiliario. Esta ley en concreto se contrapone a la opinión de los autores que argumentan que *“la prenda como derecho real de garantía se define por la doctrina como un gravamen que recae sobre muebles, en garantía de una obligación propia o ajena, con desplazamiento al acreedor”*¹⁰⁶. Que el Derecho Foral navarro permita la prenda inmobiliaria llama la atención al entenderse que cabe la posibilidad de que se establezca un pacto anticrético (*ex ley 471*) sobre un bien inmueble que fuese accesorio a una obligación de prenda. En Derecho Común, repetimos, la prenda sólo puede ser constituida sobre bienes muebles pues así lo expresa inequívocamente el artículo 1864 del C.C. La posibilidad del supuesto de pacto anticrético sobre un bien inmueble, accesorio de la prenda, estaría por lo tanto únicamente limitada al Derecho Foral de Navarra.

Posteriormente, en esta regulación foral, vuelve a tratarse el aspecto del pacto anticrético y de la anticresis propiamente dicha en la ley 471. El concepto que define esta ley de pacto anticrético, presenta una identidad de objeto y naturaleza con lo establecido por el

¹⁰⁶ DORAL GARCÍA, J. A., (2007) “Título VII. De las garantías reales. Tomo XXXVIII – Vol. 1º. Leyes 346 a 487 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra”, En: ALBALADEJO, M., y ALABART DÍEZ, S., (dirs.) *Comentarios al Código Civil*, Madrid: Edersa, p.42.

Derecho Romano¹⁰⁷, es decir, como un acuerdo accesorio a una obligación principal cuyo fin principal es la compensación de frutos con intereses, cabiendo la posibilidad previo pacto entre las partes de que se haga imputación de unos a los otros con el objeto de extinguir la obligación. Siendo esto cierto, tenemos que puntualizar varias características del concepto de pacto anticrético y anticresis en la Compilación navarra. Así, en primer lugar, la ley 471 dicta que:

Pacto anticrético. Tanto en la prenda como en la hipoteca, se puede pactar la anticresis o compensación total o parcial del uso de la cosa o de sus frutos con los intereses devengados por la deuda. En otro caso, si la cosa en posesión del acreedor produce frutos, deberá percibirlos 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 total o parcial de una deuda dineraria con el uso o disfrute de una cosa mueble o inmueble.

Inscripción. Los pactos anticréticos serán inscribibles, según su objeto, en el Registro de la Propiedad u otros Registros.

Por lo expuesto cabe entender que tanto el pacto anticrético como la anticresis pueden conllevar la compensación del crédito preexistente con el mero uso del objeto otorgado en garantía. Objeto que puede ser mueble o inmueble. Este concepto es único y totalmente distinto tanto a lo establecido históricamente como a lo dispuesto por el Código Civil. Del modo de calcular esta compensación nada se dice. Cabe destacar que “*la anticresis en Derecho navarro es un gravamen autónomo semejante a la compensación voluntaria, pero sin homogeneidad ya que es dinero por goce o disfrute*” y que además, esta compensación con el uso “*puede parecer un contrato como arrendamiento*”¹⁰⁸.

En un segundo nivel encontramos a la anticresis como contrato autónomo, diferenciado del pacto anticrético unido a la prenda o hipoteca. La cuestión en este aspecto es que la ley permite constituir la anticresis sobre bienes muebles, lo cual no encuentra su concordancia con el Derecho común, pues el art.1881 del C.C es claro a este respecto: la anticresis ha de gravar bienes inmuebles. Comentaristas a este precepto han expresado que “*en principio la anticresis tendrá como objeto inmuebles pero la ley no distingue y permite que acompañe a la prenda sobre muebles o muebles incorporales, valores mobiliarios, pólizas de seguros o propiedad intelectual*”¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Ver pp. 6 - 10, especialmente la nota 11.

¹⁰⁸ DORAL GARCÍA, J. A., *op cit.*, p. 46.

¹⁰⁹ DORAL GARCÍA, J. A., *op cit.*, p. 46.

Por parte del Derecho navarro se desprende que no parece exigirse escritura pública para la validez del contrato de anticresis, aunque por lo establecido en la ley, este puede ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad.

Como comentario final al Derecho navarro, sobre el *Pignum Gordianum* de la ley 472 cabe decir que establece el derecho de retención del acreedor, reconocido igualmente en Derecho común, pudiendo ser asimilable esta ley a las referencias del art. 1886 del C.C, en especial al art. 1866 de ese Código. En la Compilación, el *Pignum* “*es más un derecho de retención que una verdadera prenda, puesto que no implica realización, ni confiere preferencia al acreedor*”¹¹⁰.

A propósito del Código Civil catalán, se regula la figura de la anticresis en los arts. 569-23 y ss., aunque ya aparece reconocido como derecho real de garantía desde el artículo 569-1 junto con la prenda, la hipoteca y el derecho de retención. La definición de anticresis del art. 569-29 del C.C.cat., introduce una característica no reconocida por el Código Civil, siendo esta la posibilidad de que el inmueble gravado pase a encontrarse en posesión del acreedor o de una tercera persona si así se pacta. A este respecto, se puede deducir que como ocurre en Derecho Común, el desplazamiento posesorio en favor del acreedor no es un requisito esencial de este tipo de institución, sin embargo el Código Civil no se pronuncia al respecto de transmitir la posesión a un tercero ajeno al contrato.

Sobre la constitución, el C.C.cat., recoge de una forma más precisa los requisitos para establecer la anticresis. Este derecho ha de constituirse necesariamente sobre bienes inmuebles, aunque el legislador haya expresado en el art. 569-23 que *puede* y no que “debe” constituirse sobre bienes inmuebles, pudiendo dar a entender que cabe, como en la legislación foral de Navarra, la anticresis sobre muebles¹¹¹. Un apunte a tener en cuenta es que el legislador catalán ha previsto en el artículo 569-23 que el constituyente del derecho tenga *el poder de libre disposición sobre la finca*, algo que no se requiere expresamente en el C. Civil¹¹².

Si bien es cierto que los requisitos para su constitución son los mismos que exige el Derecho común, llama la atención que este Código requiere que para su constitución se otorgue necesariamente escritura pública en virtud del artículo 569-24, por lo que cabe

¹¹⁰ DORAL GARCÍA, J. A., *op cit.*, p. 47.

¹¹¹ LUCAS ESTEVE, A. (2014) *Dret Civil Català Vol IV (2). Drets Reals. Drets Limitats i Registre de la Propietat*. Barcelona: Bosch, p. 242.

¹¹² LUCAS ESTEVE, A., *op cit.*, p. 244.

asumir que es este un requisito esencial para su validez, siendo el otorgamiento de documento público un requisito *ad solemnitatem*. Este aspecto choca con lo establecido por la doctrina para la anticresis del Código Civil, la cual como ya se ha expuesto en este trabajo, dictamina que la escritura pública no es un requisito necesario para la validez de la anticresis¹¹³.

La función que posee la anticresis en la legislación catalana es extintiva de la deuda mediante la imputación de los frutos del inmueble a los intereses y posteriormente al capital, pues así se contempla en el art. 569-23 del C.C.cat. En este Código no se hace referencia expresa a la anticresis en su modalidad compensatoria.

Como viene siendo la regla general, está prohibido el pacto comisorio y en este sentido, la realización del valor de la finca y el *ius distrahendi* del acreedor es de los aspectos que mejor trata el C. Civil catalán. En el artículo 569-26 se establece que la forma de realización de la garantía en caso de impago será la misma que la del derecho de retención. Esto supone una remisión al art. 569-8 el cual, entre otras disposiciones establece que el acreedor tiene dos modos de realizar el bien, por un lado la subasta (común al C. Civil) y por otro lado una enajenación directa. Este último medio supone una novedad respecto al método de realización de la finca al incorporar un sistema de venta más rápido y que permita obtener un precio más cercano al valor real del inmueble.¹¹⁴ El sistema de realización del C.C.cat., es bastante más completo y detallado que el artículo 1884 del C.C., de forma que se especifican pormenorizadamente los requisitos sustantivos y procesales en vez de limitarse, como hace el Derecho común a *pedir en la forma que previene la LEC*, forma que no es propia ni única de la anticresis.

Poniendo en común ambas regulaciones junto con la del Código Civil, podemos concluir que la anticresis está pobremente regulada en el conjunto de nuestro ordenamiento jurídico. Es cierto que estos Derechos Forales arrojan algo más de luz sobre aspectos ambiguos del Derecho común, como el *ius distrahendi* catalán, el pacto anticrético o el *ius retentionis* navarros. Sin embargo la falta de concordancia entre ordenamientos obstaculiza la unificación conceptual de la anticresis, puesto que en función del Código legal de que se trate, la anticresis podrá establecerse sobre muebles o inmuebles, será necesaria o no escritura pública, o podrá haber diferentes formas de realización de la

¹¹³ Ver notas 55 – 57.

¹¹⁴ LUCAS ESTEVE, A., *op cit.*, p. 248.

garantía. Es preciso por lo tanto agrupar en una disposición común todos estos elementos, para así dotar de más fuerza y rigor a esta institución. Pese a estas dificultades, los dos Códigos forales examinados han de tenerse en consideración como punto de partida, pues no solo aportan, detallan y complementan al Código Civil, sino que sus regulaciones en materia de anticresis son posteriores y bastante recientes (las disposiciones de Navarra fueron modificadas en 2019 y el Libro Quinto relativo a derechos reales del C.C. cat., es de 2006).

III CONCLUSIONES FINALES

Como colofón y punto final a este trabajo de Fin de Máster ya podemos establecer las principales características de la anticresis. Este es un derecho real, mayoritariamente considerado de garantía pese a no ser esencial ese carácter en su constitución, el cual está estructurado sobre la base de una obligación preexistente. Dicha obligación, generalmente dineraria, podrá ser susceptible de generar intereses para cuyo pago se destinaran los frutos que produzca el inmueble sobre el que se constituye la anticresis. Los frutos pueden ser naturales, industriales o civiles, y podrán ser compensados con los intereses o imputados a estos. La diferencia es que en el segundo caso, si el valor de los frutos sobrepasa los intereses, el sobrante o *superfluum* se destinará a sufragar el capital principal de la deuda. Esta construcción de la anticresis genera una dualidad en las partes, puesto que lo que se está produciendo son dos préstamos, dos mutuos contrarios. Así, el prestamista del crédito se convierte en obligado a producir y destinar los frutos a la deuda y el deudor del primer préstamo dinerario se convierte mediante la anticresis en prestamista de la finca. Por estas razones cabe entender que la anticresis es un contrato bilateral y oneroso, al haber contraprestaciones.

En mi opinión, al margen de las cuestiones históricas planteadas sobre la usura y las leyes limitadoras de los intereses crediticios, la anticresis ha venido gozando de escasa popularidad porque, como se ha podido comprobar, tiene una regulación deficiente en nuestro ordenamiento. No obstante, el contrato de anticresis presenta grandes oportunidades si se llegase a regular adecuadamente o se complementase su contenido con leyes propias tal como ocurre con la Ley Hipotecaria o la Ley de Crédito Inmobiliario. Una de estas utilidades es la incorporación de pactos anticréticos a los contratos de crédito con garantía hipotecaria de fincas rústicas. De esta forma y en caso de no poder sufragarse las cuotas hipotecarias, se puede pactar accesoriamente por las partes que el capital

prestado que constituye la hipoteca y los intereses que este genera, sean liquidados con cargo a los frutos que rente el fundo. Este tipo de acuerdos también puede darse en arrendamientos urbanos, puesto que el inmueble que se entrega para gravarlo en anticresis no debe ser necesariamente del deudor, pudiéndose entregar otra finca, rustica o urbana, de un tercero ajeno a la obligación principal.

Por otra parte, y una vez vistas todas las modalidades de anticresis, el pacto anticrético accesorio de una obligación principal con una finalidad extintiva de la deuda contraída es a mi modo de verlo, la institución jurídica que más aplicabilidad y utilidad generaría. La función compensatoria de este derecho real no creo que tuviese demasiada aceptación, puesto que una de las partes, prestamista o prestatario, saldría perdiendo en esta computación en globo de unos y otros, pero puede igualmente ser de aplicación en los negocios jurídicos. No obstante, y en vista de que la jurisprudencia examinada (que por limitaciones de espacio no ha podido incluirse en su totalidad), la anticresis como contrato autónomo no sería tan útil por sí misma como en una forma de pacto anticrético.

A mayor abundamiento, habría que fomentar y hacer énfasis en la inclusión de este tipo de acuerdos en los contratos de préstamo dinerario, tanto hipotecarios, de prenda o créditos personales, puesto que es un medio muy oportuno para satisfacer las necesidades de ambas partes, pudiéndose además no pactar plazo determinado para la financiación sino solo hacer constar que durará hasta que se liquide la deuda. Cabe recalcar, que el anticresista hace suyos los frutos y se los imputa al interés y al capital por el valor de estos, por lo que sería descabellado pensar que una entidad bancaria se cobraría un préstamo en manzanas o lechugas, sino que cobraría la deuda con el valor real de dichos frutos.

Además de todo ello, el caso prototípico de la jurisprudencia se da en las áreas rurales por lo que vuelvo a instar a regular mejor este derecho, de manera que las entidades de crédito puedan entrar a valorar el hecho de empezar a realizar créditos anticréticos en todas aquellas fincas rusticas que por falta de motivación se encuentran en situación de abandono. No sólo se otorgaría un préstamo con más facilidades para ser liquidado, sino que a la hora de trabajar la finca, la entidad prestamista podría crear un alto grado de empleabilidad con el fin de obtener más y mejores frutos de los fundos.

Quizá este aspecto sea también la causa de que la anticresis no haya sido vista como un producto estrella, el hecho de que el prestamista busque una garantía sin obligaciones

añadidas (cultivo, conservación, abono de cargas, etc.) pero estas son perfectamente renunciables si existe pacto en ese sentido.

BIBLIOGRAFÍA

ARTÍCULOS, LIBROS Y REVISTAS DOCTRINALES

ALBALADEJO GARCÍA, M. (1989) *Derecho Civil. T III. Derecho de bienes, Vol. 2, Derechos reales en cosa ajena.* Barcelona: Bosch.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., DíEZ- PICAZO, L., PAZ-ARES, C. y SALVADOR CODECH, P. (2015) *Comentario del Código Civil.* Thompson Reuters Aranzadi.

BORRELL Y SOLER. ANTONIO M (1955) *Derecho Civil Español, T.11, Derechos Reales,* Barcelona: Bosch.

CASTÁN TOBEÑAS, J. (1986) *Derecho Civil Español, Común y Foral. T II, Vol II,* Madrid: Reus.

DE CASTRO GARCÍA, J. (1997) *Código Civil: comentarios y jurisprudencia.* Madrid: Colex.

DORAL GARCÍA, J. A., (2007) “Título VII. De las garantías reales. Tomo XXXVIII – Vol. 1º. Leyes 346 a 487 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra”, En: **ALBALADEJO, M., y ALABART DíEZ, S.,** (dirs.) *Comentarios al Código Civil,* Madrid: Edersa.

GARCÍA GOYENA, F. (1852) *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español.* Madrid: Sociedad Tipográfico-editorial.

GARCÍA-GRANERO, J., (1945) “Acerca de la naturaleza jurídica del Derecho de anticresis” En: *Revista Critica de Derecho Inmobiliario,* Madrid, nº 206-207.

GÓMEZ MARÍN, M., y GIL Y GÓMEZ, P. (1872), *Digesto, Código, Novelas e Instituta de Justiniano,* Madrid.

GUTIÉRREZ PEÑA, F. (2004) *El contrato de anticresis en el Código Civil español.* Madrid: DL.

HERNÁNDEZ MORENO, A. (2014) *Antichresis o Contrarium Mutuum (Breve ensayo de una solución jurídica a un problema económico)*. Barcelona: RACEF.

LACRUZ BERDEJO, J. L. y LUNA SERRANO, A. (2009), *Elementos de derecho civil III, Derechos reales*. Madrid: Dykinson.

LUCAS ESTEVE, A. (2014) *Dret Civil Català Vol IV (2). Drets Reals. Drets Limitats i Registre de la Propietat*. Barcelona: Bosch.

MANRESA Y NAVARRO, J. M. (1931) *Comentarios al Código Civil español. Tomo 12, Arts. 1790-1976*. Madrid: Reus.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. (1989) “La prenda de cosa fructífera y el artículo 1.868 del Código Civil” En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 593.

MARTÍNEZ PÉREZ, F. (2013) “Anticresis legal. Historia y proyección de la administración y posesión interina del acreedor hipotecario”, En: *Revista jurídica de la UAM*, núm. 28.

MORATILLA GALÁN, I. (2006) “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”, En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 698.

MORENO QUESADA, B. (2014) “El derecho real de anticresis”. En: SÁNCHEZ CALERO, F. J. (coord.), *Curso de Derecho Civil III. Derechos reales y Registral inmobiliario*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

MUCIUS SCAEVOLA, Q., y DE APALATEGUI, P. (1955) *Código Civil comentado y concordado extensamente. Tomo XXIX: Arts. 1857 a 1886, hipoteca, prenda y anticresis*. Madrid: Reus.

O’ CALLAGHAN, X. (2004) *Compendio de Derecho Civil. T III. Derechos reales e hipotecario*. Madrid: Edersa. Obtenido de <https://app-vlex-com.bucm.idm.oclc.org/#WW/vid/215238>

O’ CALLAGHAN, X. (2012) *Código Civil: comentado y con jurisprudencia*. Madrid: La ley.

PANERO GUTIÉRREZ, R. (2016) “Marciano D. 20, 1, 11, 1 y D. 13, 7 ,33 (Libro *ad singulari ad formulam hypothecariam*)”. En: MURILLO VILLAR, A., CASTÁN PÉREZ

GÓMEZ, S., y ARÁNZAZU CALZADA GONZÁLEZ, M., (coords.) *Estudios en homenaje al profesor Armando Torrent*. Madrid: Dykinson.

PUIG BRUTAU, J. (1983) *Fundamentos de derecho civil. Tomo 3, Vol. 3, Prenda, Anticresis, Hipoteca inmobiliaria y mobiliaria*. Barcelona: Bosch.

RASCÓN, C. (2011) *Síntesis de Historia e Instituciones de Derecho Romano*. Madrid: Tecnos.

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

- **STS de 10 de febrero de 1909** – *Sobre el obligado tributario en el desplazamiento posesorio.*
- **STS de 6 de marzo de 1965 (RJ 1436/1965) y STS de 5 de marzo de 1999 (RJ 1403/1999)** – *Definición jurisprudencial del concepto de frutos.*
- **STS de 10 de mayo de 1990 (RJ 3701/1990)** – *Sobre la accesoriedad de la anticresis respecto de la obligación principal.*
- **RDGRN de 15 de marzo de 1909** – *Sobre la perfección del contrato de anticresis y la falta de necesidad del desplazamiento posesorio hacia el acreedor.*
- **RDGRN de 30 de junio de 1913** – *Sobre las similitudes a efectos registrales entre los derechos reales de anticresis e hipoteca.*
- **RDGRN de 8 de mayo de 1963** – *Sobre la exigencia de plazo de duración en el contrato para su inscripción registral y la prohibición de gravámenes temporalmente indefinidos.*