

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO
Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XXI

Julio-Agosto 1945

Núm. 206-207

Acerca de la naturaleza jurídica del Derecho de anticresis

S U M A R I O

- I.—Determinación del tema.
- II.—El derecho de anticresis, ¿es real o personal?
 - A) Teorías que afirman su naturaleza personal.
 - B) Teorías que afirman su naturaleza real.
 - C) Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- III.—Admitido que sea un derecho real pleno, ¿es de goce o de garantía? ¿Se trata más bien de una institución intermedia?
- IV.—El problema de la naturaleza jurídica del derecho de anticresis, examinado desde el punto de vista del Derecho constituyente.

I.—DETERMINACION DEL TEMA

El objeto de las presentes cuartillas—exentas, desde luego, de toda pretensión erudita—es el de determinar cuál es la naturaleza jurídica del derecho de anticresis según el Código civil español. Por lo demás, si prescindimos de un notable e interesante trabajo que recientemente publicó el Sr. Sanz Fernández («El derecho de preferencia en la anticresis», en *Revista de Derecho Privado*, abril de 1943), el tema puede decirse que apenas si está desbrozado en nuestra literatura jurídica (1).

(1) También Dalmases, *El usufructo de derechos*, Madrid, 1932, dedica unas interesantes páginas a estudiar la institución que es objeto del presente

La extensión que debe darse a un trabajo de Revista nos impide estudiar el problema a fondo. Prescindimos, por ello, de toda consideración histórica del problema, así como de un examen comparado del mismo en las diversas legislaciones contemporáneas, limitando nuestro estudio al tema concreto de precisar la naturaleza del derecho de anticresis con arreglo al Derecho positivo español.

Este trabajo queda dividido en tres partes. En la primera de ellas trataremos de dilucidar la naturaleza real o personal del derecho de anticresis. Admitiendo que se trate de un derecho real, queda aún por determinar, en la segunda parte, si se trata de un derecho de goce o de garantía, o si más bien debe ser considerado como un derecho intermedio o mixto de disfrute y de realización de valor. Finalmente, en el último apartado examinaremos la cuestión mirándola desde el punto de vista del Derecho constituyente.

II.—EL DERECHO DE ANTICRESIS, ¿ES REAL O PERSONAL?

Todas las numerosas teorías que los autores sobre este tema han formulado, pueden ser agrupadas en dos grandes direcciones : *a*), la de aquellas teorías que consideran a la anticresis como un simple derecho personal, y *b*), la de aquellas otras que le conceden el rango de derecho real.

estudio. Pueden también consultarse los Tratados generales de Derecho civil y los de Derecho hipotecario, y entre estos últimos, especialmente las *Instituciones de Derecho hipotecario*, de Roca Sastre.

Entre los autores extranjeros, son los italianos los que con más detenimiento estudian esta materia, siendo de destacar, además de las obras generales de Derecho civil, las siguientes : Rinaldi : «Saggio sul diritto di anticresia», en *Archivio Giuridico*, t. XXI. Ciccaglione : Voz «Anticresis», en *Encyclopedie Giuridica Italiana*, t. I, parte 2.^a, págs. 2.221 y sigs. Caberlotto : Voz «Anticresis», en *Digesto Italiano*, vol. III, parte 1.^a, págs. 385 y sigs. Mirabelli : *Anticresi en contratti speciali*. Entre los autores franceses son dignos de mención : Brunschwig : *Du contrat pignoratif immobilier et de sa conversion en antichrèse*, París, 1901. Guillouard : *Traité du nantissement et du droit de rétention*. Troplong : *Du nantissement*. Entre las obras generales, tratan el tema con especial detenimiento Beaudry-Lacantinerie : *Traité théorique et pratique du Droit civil*, t. XXV; París, 1906, págs. 159 y sigs., y Planiol et Ripert : *Traité pratique de Droit civil*, t. XII, págs. 276 y sigs.

A) TEORÍAS QUE AFIRMAN SU NATURALEZA PERSONAL.

Antes de mencionar cada una de ellas en particular, veamos los argumentos de que, en general, se valen los autores afiliados a esta dirección.

1.^o La anticresis—se dice—recae únicamente sobre los frutos del inmueble; éste no queda afecto al crédito; el derecho del anticresista se limita a la percepción de los frutos para aplicarlos a los intereses. Son los frutos, no el fundo mismo, el fundamento del derecho antícrético (1). El argumento carece de toda consistencia, pues, como hace notar Roca Sastre (2), «es cierto que la anticresis recae sobre los frutos, pero no concibiendo éstos como elementos separados del inmueble que los produce, sino como partes integrantes e inherentes a él. También el usufructo persigue los frutos de una cosa, pero tanto uno como otro derecho atribuyen a su titular el derecho a percibir los frutos de una cosa ajena y no éstos aisladamente considerados». El derecho del acreedor antícrético no recae sólo sobre los frutos, sino también sobre la cosa misma, constituyendo, por tanto, una disminución o desmembramiento de las facultades dominicales.

2.^o El Código—dicen los partidarios de la tesis personalista—no califica a la anticresis de derecho real (3). Esto es cierto. Pero, aun cuando lo dé a entender con toda claridad, tampoco lo dice expresamente a propósito de la prenda y la hipoteca. Además, tampoco se dice en lugar alguno del Código que la anticresis sea un derecho personal; la misma razón existe, por tanto, para sostener una cosa u otra.

3.^o El anticresista—se alega—no tiene derecho de preferencia, pues el artículo 1.884 del Código civil (4) le concede únicamente la facultad de pedir la venta del inmueble, pero no la de cobrarse con prelación a los demás acreedores, y el derecho de preferencia sólo

(1) Laurent: *Principes du Droit civil français*, 1878, 3.^a edic., tomo XXVIII, páginas 548 y 549. Filippis: *Corso completo di Diritto civile italiano comparato*; Nápoles, 1879, t. VIII, pág. 352.

(2) *Instituciones de Derecho hipotecario*; Barcelona, 1941, t. I, pág. 373.

(3) Laurent, ob. y loc. cits., pág. 551.

(4) Cfr. arts. 2.088 Cód. francés y 1.894 Cód. italiano de 1865.

existe en virtud de expresa declaración de la ley (artículo 1.925 del Código civil).

Con objeto de evitar repeticiones trataremos este punto con posterioridad.

4.^º La anticresis—se objeta también—no otorga al acreedor la facultad de perseguir la cosa; y siendo la persecución una nota inherente y esencial a todo derecho real, de ahí que no pueda afirmarse que lo sea el de anticresis.

Igualmente reservamos para más adelante la crítica de este argumento.

5.^º Los autores franceses, para demostrar el carácter personal de la anticresis, acuden como última y definitiva razón al artículo 2.091 del *Code Napoleon*: «*tout ce qui est statué au présent chapitre ne préjudicie point aux droits que des tiers pourraient avoir sur le fonds de l'inmeuble remis à titre d'anticrèse. Si le créancier muni à ce titre, a d'ailleurs sur le fonds, des priviléges ou hypothèques légalement établies et conservés. il les exerce à son ordre et comme tout autre créancier*». Este artículo concuerda con el 1.897 del Código italiano, si bien la redacción de este último es más energica, pues dispone que «*L'anticresi non produce effetto che nei rapporti tra debitore e creditore e i loro eredi*». Ante todo vaya por delante la afirmación de que, por cuanto a nosotros se refiere, el argumento está de más, porque ni uno ni otro artículo han sido acogidos por el Código civil español. De todos modos, y aun cuando no sea problema nuestro, tal vez sea conveniente examinarlo.

Los autores italianos, basándose en el citado precepto, y con asombrosa unidad de criterio, se pronuncian por la índole personal de la anticresis.

Por el contrario, no es acorde la doctrina francesa. Así, mientras unos autores, como Guillouard, entienden que el artículo 2.091 se refiere únicamente a los derechos adquiridos por terceros antes de la transcripción de la anticresis, otros, en cambio, como Trop-long y Laurent, opinan en sentido opuesto, sosteniendo que el referido artículo comprende a todos los acreedores que tengan un derecho sobre la cosa, ya sean anteriores, ya posteriores a la transcripción de la anticresis. Entiendo que es más correcta la primera de las dos opiniones consignadas, y, por otra parte, es la única que armoniza y concuerda con la ley francesa de transcripciones de 23

de marzo de 1855, la cual prescribe, para que la anticresis devenga oponible a terceros, que sea transcrita en el Registro.

Pero, como ya hemos dicho, cualquiera que sea la conclusión a que se llegue, no puede esgrimirse dicho argumento por cuanto al Derecho español se refiere, ya que nuestro Código no recogió los mencionados artículos de los Códigos francés e italiano.

6.^º Ultimamente pretende Troplong basarse en las labores preparatorias del Código francés para negar a la anticresis su condición de garantía real. Pero, como ha demostrado Guillouard, los trabajos preliminares de la Codificación son un tanto ambiguos e inexpresivos, y nada dicen en favor de una u otra tesis; y en cambio, el argumento se vuelve en contra de quienes lo actúan si consideramos los precedentes doctrinales más inmediatos y que tuvieron una mayor influencia sobre aquel cuerpo legal. Sabido es que tanto Domat como Pothier (1), si bien negaban al anticresista la posibilidad de cobrarse preferentemente, decían en términos inequívocos que la anticresis era un verdadero derecho real oponible a terceros y del cual nacía una acción reipersecutoria. Y como un derecho real venía considerado también por la antigua jurisprudencia francesa anterior al Código.

Veamos ahora, siquiera sea sumariamente, las distintas teorías que cabe encuadrar dentro de la dirección personalista.

a) *La anticresis es un derecho puramente personal.*—Esta es la teoría que acepta la casi totalidad de los autores italianos (2); así de Ruggiero, Mirabelli, Rinaldi, Fillippis, Stolfi, Caberlotto, Ricci,

(1) Domat: *Lois civiles dans leur ordre naturel*, lib. III, cap. XXVIII, página 166. Pothier: *Traité de l'hypothèque*, núms. 229 y sigs.

(2) De Ruggiero: *Instituciones de Derecho civil*, trad. española de Serrano Suñer y Santa-Cruz Teijeiro, t. II, págs. 613 y sigs. Mirabelli: *Dell'anticresi en contratti speciali*, págs. 371 y sigs. Rinaldi: «Saggio sul diritto di anticresi», en *Archivio Giuridico*, XXI, 1878, págs. 298 y sigs. Filippis: *Corso completo di Diritto civile italiano comparato*; Nápoles, 1879, t. VIII, págs. 340 y sigs. Stolfi: *Diritto civile*, 1934, t. IV, págs. 459 y sigs. Caberlotto: Voz «Anticresi», en *Digesto Italiano*, vol. III, parte 1.^a, págs. 385 y sigs. Ricci: *Corso teorico-practico di Diritto civile*; Turín, 1907, vol. IX, págs. 478 y sigs. Coviello: *Della transcrizione*; Nápoles, 1897, vol. I, págs. 325 y sigs. Ciccaglione: Voz «Anticresi», en *Enciclopedia Giuridica Italiana*, t. I, parte 2.^a, págs. 2.221 y sigs., y Chironi: *Studi e questioni di Diritto civile*; Turín, 1915, vol. II, págs. 139 y siguientes, y *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, 2.^a ed., 1918, volumen I, pág. 628.

Coviello, Ciccaglione, Chironi, Bianchi, y cierto número de tratadistas franceses, como Laurent y Martou (1). En la doctrina española, ésta parece ser la teoría aceptada por Alguer y Dalmases (2), quienes estiman que nada autoriza en nuestro Código a considerar la anticresis como un derecho real.

Es innegable que, en rigor de principios, dentro de la tesis personalista, es ésta la teoría más lógica y consecuente con las premisas establecidas, aun cuando no sea, ni mucho menos, la más aceptable. Es indudable que si se parte del supuesto, a nuestro juicio, erróneo, de que la anticresis es un derecho personal, no hay, en verdad, razón alguna para considerarla con eficacia y valor frente a terceros.

b) *La anticresis es un derecho personal que puede, no obstante, oponerse a los acreedores quirografarios.*—Troplong pretende, mediante esta fórmula, atenuar las absurdas consecuencias a que prácticamente lleva la anterior teoría. Sin embargo, reputamos inadmisible esta tesis. ¿Por qué, siendo la anticresis un derecho personal, ha de gozar de oponibilidad frente a los demás titulares de derechos personales?

c) *La anticresis es un derecho personal que no otorga preferencia alguna, pero que es oponible a todos los adquirentes del inmueble y acreedores hipotecarios posteriores y, en todo caso, a los quirografarios.*—Sostienen esta postura Zachariae von Lingenthal y Aubry et Rau (3), entre los tratadistas del Derecho francés, y Luzzatti, entre los escritores italianos.

Cabe hacer a esta teoría, y en mayor grado, la misma objeción que a la anterior.

d) *La anticresis es un derecho personal que puede oponerse a los adquirentes y acreedores posteriores, y además goza de preferencia sobre los quirografarios.*—Sobre la base de determinados

(1) Laurent: *Principes du Droit civil français*, 3.^a ed., 1878, t. XXVIII, páginas 521 y sigs.

(2) Alguer: «El derecho real», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1931, página 86. Dalmases: *El usufructo de derechos*; Madrid, 1932, ed. *Revista de Derecho Privado*, págs. 55 y sigs.

(3) Zachariae von Lingenthal: *Manuale del Diritto civile francese*, traducción italiana de Barassi; Milán, 1907, vol. II, págs. 193 y sigs., y Aubry et Rau: *Cours du Droit civil français*; París, 1871, t. IV, págs. 715 y sigs.

artículos del *Code Napoléon* (artículos 2.071, 2.072, 2.087 y 2.091), entiende Baudry-Lacantinerie que la anticresis que ha sido transcrita goza de eficacia frente a los terceros que con posterioridad hayan adquirido derechos reales sobre el inmueble; y el anticresista puede cobrarse preferentemente a los demás acreedores quirografarios. Pero, sin embargo, para dicho autor no es un derecho real, porque le falta el derecho de perseguir la cosa (*droit de suite*) (1).

Hemos concluído ya con el examen de las diversas posturas que cabe señalar entre los autores que consideran a la anticresis como un derecho personal. A nosotros, ninguna de ellas nos parece aceptable. La teoría personalista pura o externa es la más lógica dentro de esta dirección, pero resulta inadmisible por su falta de armonía con la realidad y por reducir a la anticresis a ser una garantía totalmente ficticia e inútil. Las restantes teorías, todas ellas tienen de común una tendencia a suavizar los rigores de la concepción personalista otorgando a la anticresis una mayor eficacia frente a terceros; todas son, sin embargo, inconsecuentes con los supuestos de que parten, sin que, por otra parte, lleguen a construir una garantía anticrética verdaderamente eficaz. Con parches y remiendos no se puede evitar la caída de un edificio cuando el defecto está en sus cimientos. No creo que pueda resolverse la cuestión mediante estas inestables y timoratas posturas intermedias, vanos empeños de un eclecticismo forzado que intenta, estérilmente, conciliar lo inconciliable y hacer compatibles puntos de vista que de suyo no pueden compaginarse.

B) TEORÍAS QUE AFIRMAN LA NATURALEZA REAL.

Puede decirse que son las más generalizadas entre los autores alemanes (2), franceses y españoles (3).

(1) Baudry-Lacantinerie: *Traité théorique et pratique du Droit civil*, tomo XXV, págs. 159 y sigs.

(2) Wolff: *Derecho de cosas*, t. III, vol. II, págs. 168-171, 69-71, 386 y 393. Nussbaum: *Derecho hipotecario alemán*, trad. española de W. Roces; Madrid, 1929, págs. 129-130.

(3) Entre los italianos, sólo Garbasso: *Sul diritto di ritenzione e sul precario*, ha sostenido la realidad del derecho de anticresis.

Veamos los argumentos en que se apoya esta doctrina:

1.^º El lugar en que el Código español (así como el francés, el italiano y otros muchos) incluye a la anticresis, o sea juntamente con la prenda y la hipoteca, en el libro IV, título XV («de los contratos de prenda, hipoteca y anticresis»). El legislador, al tratar conjuntamente estas tres instituciones, demuestra que tenía de ellas un concepto unitario, como manifestaciones diversas de la idea común de la garantía real (1).

2.^º La aplicación analógica a la anticresis de ciertos preceptos para la prenda y la hipoteca, según se establece en el artículo 1.886 (2) respecto al último párrafo del artículo 1.857, el párrafo segundo del artículo 1.866 y los artículos 1.860 y 1.861; lo que es exponente del mismo hecho.

3.^º De la combinación del artículo 1.861 (3) con el artículo 1.886 se desprende claramente que el contrato de anticresis puede asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria. A la vista de esta norma podemos preguntarnos: ¿qué garantía va a representar la anticresis para el crédito por cuya seguridad se constituye, si no es una verdadera y propia garantía real?

4.^º Un argumento muy usado por los autores franceses respecto a su Derecho, y de indiscutible fuerza, es el de la ya citada Ley de 23 de marzo de 1855, que dispone, para que la anticresis tenga vigor frente a terceros, debe haberse transcrita en el Registro.

En nuestra Ley Hipotecaria no encontramos una norma que, a semejanza de la francesa, declare inscribible la anticresis. Pero la

(1) Esto, por otra parte, se manifiesta de modo más acusado en el *Code Napoléon*, el cual tiene una concepción unitaria de la prenda y la anticresis, a las que engloba en la fórmula común del *nantissement* (art. 2.071), estableciendo como única diferencia entre una y otra la naturaleza mueble o inmueble de la cosa sobre la cual se constituyen (art. 2.072 : *le nantissement d'une chose mobilière s'appelle gage. Celui d'une chose immobilière s'appelle anticrèse*). Y, de acuerdo con este criterio, trata de la prenda y de la anticresis en dos capítulos sucesivos de un mismo título (XVII del libro III), que lleva por rúbrica o epígrafe *Du nantissement*.

(2) Cfr. con los arts. 2.090 del Cód. francés, 1.896 del Cód. italiano, 1.934 del Cód. venezolano y 1.628 del Cód. panameño.

(3) La aplicación de este precepto a la anticresis es una innovación de nuestro Código respecto al francés y al italiano.

Dirección General de los Registros y del Notariado ha declarado, en reiteradas y constantes manifestaciones, que la anticresis tiene acceso al Registro de la Propiedad (Resoluciones de 15 de marzo de 1909, 30 de junio de 1913, 31 de julio de 1915 y 26 de abril de 1932). Además, con absoluto acuerdo, los hipotecaristas españoles reconocen que la anticresis es un derecho inscribible (1).

5.º Según el artículo 1883 del Código civil, «el deudor no puede readquirir el goce del inmueble sin haber pagado antes enteramente lo que debe a su acreedor». Y resulta natural pensar que tampoco podrá el deudor incumplir esta norma mediante la enajenación del inmueble a un tercero, pues quien no puede hacer una cosa directamente, tampoco puede hacerla de un modo indirecto; además, si llegáramos a la conclusión contraria, dicho artículo resultaría totalmente inútil, pues en cualquier momento podría cesar la anticresis por la voluntad libérrima del constituyente. Resultando de ahí que la anticresis es un derecho oponible a terceros.

6.º Y, finalmente, cabe argumentar que ninguna razón lógica ni jurídica existe para negar el carácter real a la prenda de inmuebles (o sea a la anticresis), y concederlo, en cambio, a la prenda mobiliaria. El mismo fundamento existe en uno y otro caso para sostener la naturaleza real del derecho establecido en la cosa. Existe una absoluta identidad de razón y fin en ambas instituciones, por lo cual no deja de ser bastante arbitrario decir que una de ellas es un derecho real y la otra simplemente personal. Y no existiendo en el Código español ninguna declaración formal que se pronuncie en uno u otro sentido, parece mucho más lógico conceder a la anticresis el rango de derecho real análogo al que surge de los contratos de prenda e hipoteca.

Veamos ahora las diversas teorías seguidas por los autores, dentro del ámbito de la dirección realista:

a) *La anticresis es un derecho real, oponible, por tanto, a ter-*

(1) Entre ellos, Roca Sastre, ob. cit., pág. 375. Beraud y Lezón: *Tratado de Derecho inmobiliario*; Madrid, 1927, t. I, pág. 179. Díaz Moreno: *Legislación hipotecaria*; Madrid, 1911, t. II, págs. 14 y 15. Campuzano y Horma: *Legislación hipotecaria*; Madrid, 1926, págs. 122 y sigs. Giménez Arnau: *Tratado de Legislación hipotecaria*; Madrid, 1941, t. I, pág. 109. Barrachina: *De- recho hipotecario y notarial*; Castellón, 1910, t. I, pág. 15, y Gayoso: *Nociones de Legislación hipotecaria*; Madrid, 1918, pág. 23.

ceros, pero que no concede prelación alguna para cobrar el crédito que asegura.—En la doctrina francesa es seguida por Pothier, Berlier y Guillouard (1). También en España parecen aceptarla Clemente de Diego, Campuzano y Gayoso (2).

En la época anterior al Código francés, y en general durante el Derecho intermedio, podía estimarse correcta dicha tesis, ya que entonces se distinguía perfectamente entre la anticresis y el *nantissement*, no habiéndose llegado todavía a la identificación, mejor aún, confusión, que el legislador napoleónico introdujo en ambos conceptos. En aquella época, la anticresis, perdida ya gran parte de la esencia romana y considerada, por influencia germánica, como una especie autónoma de prenda, no ya como un *pactum adjectum* de ésta, venía entendida por los autores como un derecho real que carecía, no obstante, de preferencia (3).

En realidad, ninguno de estos autores se ha percatado totalmente del profundo cambio que en la estructura y naturaleza de la anticresis supone la innovación establecida por el Código civil francés al independizar la anticresis de la prenda, regulándola no como un pacto accesorio de ésta, sino como una institución autónoma de garantía, objeto, por otra parte, de reglas especiales en el Código. La reforma del legislador napoleónico fué trascendental (aunque, a mi juicio, totalmente equivocada), pero el desarrollo de la misma fué insuficiente, y los preceptos que el *Code* dedicó a la anticresis, sobre ser pocos, fueron oscuros, confusos y contradictorios, dejando sin resolver la mayoría de las cuestiones.

(1) Pothier, ob. y loc. cits., núms. 229 y sigs. Guillouard : *Traité du nantissement et du droit du retención*, págs. 210 y sigs.

(2) Clemente de Diego : *Instituciones de Derecho civil*; Madrid, 1930, t. I, páginas 441 y sigs. Campuzano, ob. cit., págs. 122 y sigs. Gayoso, ob. cit., páginas 22 y sigs.

(3) En este sentido definía Cujacio la anticresis como *species pignoris ita dati, ut donec pecunia solvatur, pignoris creditore utatur, fruatur in vice usuraram*. Y Strykio la consideraba como una *pignoris datio cum potestate utendi re, loco usurarum*.

Para el estudio de la anticresis en el Derecho intermedio, además de los trabajos ya citados de Ciccaglioni, Rinaldi y Caberlotto, Salvioli : *Storia del Diritto italiano*, 8.^a edic.; Nápoles, 1921, págs. 608 y sigs., y Pertile : *Storia del Diritto italiano della caduta dell'Impero romano alla codificazione*; Turín, 1893, 2.^a edic., t. IV, pág. 517.

b) *La anticresis es un derecho real oponible a terceros y que concede a su titular una preferencia atenuada.*—Constituye esta tesis una posición particular de Brunschwig (1), para el cual el anticresista goza del derecho de cobrarse con preferencia sobre el precio de venta del inmueble cuando la expropiación del mismo ha sido perseguida por otros acreedores, pero carece de dicha prelación cuando es el mismo acreedor anticréítico quien pide la enajenación del inmueble.

c) *La anticresis es un derecho real que concede a quien ostenta su titularidad el derecho de cobrarse preferentemente, pero no el de perseguir la cosa.*—Este es el camino seguido por un nutrido sector de la moderna doctrina francesa: Planiol et Ripert, Josserand y Bonnecase (2). Tanto Planiol como Josserand estiman que la anticresis es un derecho real de garantía que permite cobrarse preferentemente, pero que, no obstante, carece de la facultad de perseguir la cosa.

Tampoco estas teorías hasta ahora examinadas nos convencen. Creo es un contrasentido y falta de lógica decir, bien que la anticresis no otorga derecho de prelación, bien que no concede la facultad persecutoria, y a continuación, sin escrupulos dogmáticos de ninguna índole, afirmar que es un derecho real de garantía.

Pero ¿qué clase de derecho real es éste, que no atribuye a su titular la facultad de perseguir la cosa dondequiera que esté? Y es más, ¿qué especie de derecho de garantía es el que no permite al acreedor cobrarse con preferencia a los demás acreedores?

En nuestra opinión, la única teoría verdadera y que explica satisfactoriamente la naturaleza jurídica de la anticresis, es la que la configura como un derecho real pleno.

(1) *Du contrat pignoratif immobilier et de sa conversion en antichrèse*; París, 1901.

(2) Planiol et Ripert: *Traité pratique du Droit civil français*; París, 1927, tomo XII, págs. 289 y sigs. Josserand: *Cours du Droit civil positif français*; París, 1933, t. II, págs. 878 y sigs. Bonnecase: *Précis du Droit civil*; París, 1934, t. II, págs. 596 y sigs. La opinión de este último es algo imprecisa, pues a continuación de afirmar que «la anticresis no es un derecho real en el verdadero sentido del término», dice que es «una especie de derecho complejo en cuyo seno es preciso distinguir un derecho real sobre los frutos del inmueble... y después un derecho de retención que grava el inmueble», negando que del derecho de anticresis surja la facultad de perseguir la cosa.

d) *La anticresis es un derecho real pleno y perfecto.*—Esta teoría es la que más prospera entre los autores alemanes y españoles. Es seguida también por cierto número de tratadistas franceses: Colin et Capitant, Valette y Pont (1).

Conviene advertir que quizá no sea adecuado incluir aquí a muchos autores españoles, ya que, debido a la parquedad con que suelen tratar esta cuestión, resulta difícil, en ocasiones, percibirse de cuál sea su tesis, limitándose la mayoría de ellos a afirmar que la anticresis es un derecho real, sin entrar posteriormente en más detalles y sin preocuparse de si atribuye o no los derechos de persecución y prelación (2).

Por el contrario, bien claramente están afiliados a esta doctrina autores como Roca Sastre, Sanz Fernández, Díaz Moreno y Beraud y Lezón (3).

Dice así Díaz Moreno que «la anticresis es *un usufructo temporal*

(1) Colin et Capitant: *Curso elemental de Derecho civil*, trad. española de De Buen; Madrid, 1925, t. V, págs. 59 y sigs.

(2) Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con Manresa (*Comentarios al Código civil español*, t. XII, pág. 551), el cual dice sencillamente que la anticresis es un derecho real e inscribible. Para Escosura y Azpeitia (*Derecho civil*; Madrid, 1911, t. I, pág. 420) es un derecho real accesorio y de garantía, constituido para asegurar el pago de un crédito. Valverde (*Tratado de Derecho civil español*, 3.^a edic.; Valladolid, 1926, t. III, pág. 610) no entra en detalles, afirmando equivocadamente que se trata de un derecho real que recae sobre los frutos. Y en idénticos términos se expresa Sánchez Román (*Derecho civil*; Madrid, 1889, 2.^a edic., t. IV, pág. 996). Ni Barrachina (ob. cit., pág. 15) ni De Buen (Anotaciones a Colin et Capitant, ob. cit., pág. 92) nos dicen nada nuevo sobre este tema. El primero aponas si roza la materia y dice que es un derecho real de garantía, y en cuanto a De Buen, se limita dogmáticamente a afirmar que la anticresis tiene en nuestro Derecho naturaleza real, como ha sido reconocido por la Dirección General de los Registros. Castán (*Derecho civil español, común y foral, Notarías*, 5.^a edic.; Madrid, 1941, t. II, página 432) expresa sumariamente que la anticresis es un derecho real; pero, al enumerar los derechos del anticresista, no hace mención alguna del de cobrarse con preferencia. Giménez Arnau (ob. cit., pág. 108) reconoce, desde luego, el carácter real del derecho de anticresis, y parece, aun cuando no se expresa con demasiada claridad, que otorga rango preferente al crédito con ella asegurado.

(3) Roca Sastre, ob. cit., págs. 372 y sigs. Sanz Fernández, loc. cit., página 228. Díaz Moreno, ob. cit., pág. 15. Beraud y Lezón, ob. cit., págs. 179 y siguientes.

y una hipoteca, todo al mismo tiempo»; y precisando más, afirma Sanz Fernández que la anticresis tiene el «doble carácter de *hipoteca ad fructus* y *ad corpus*», y la define como «un derecho real de garantía análogo a la prenda y a la hipoteca en conceder un derecho real de realización de valor, pero más extenso que ellos, pues concede además el disfrute de la cosa en función de pago de los intereses, siempre, y normalmente también del capital».

Y Roca Sastre, aunque mostrando inicialmente algunas vacilaciones, concluye por considerar a la anticresis como «un derecho real de amplio contenido, pues comprende la facultad de perseguir los frutos de la finca gravada y la de provocar la venta de ésta para, en caso de impago de la deuda asegurada, poder cobrar preferentemente el acreedor, o sea el *ius distrahendi* de la hipoteca y de la prenda; además, puede comprender el derecho de retención, contacto o posesión de la cosa, cuando se haya pactado desplazamiento de la misma a manos del acreedor. Por ello, el dueño de la cosa sufre con la anticresis una fuerte desmembración, lo que demuestra una vez más el carácter real del derecho antícrítico en nuestro Derecho».

A lo largo de este farragoso examen de opiniones y teorías se desprende claramente esta consecuencia: el problema de la naturaleza jurídica del derecho de anticresis gira en torno al derecho de prelación y a la facultad reipersecutoria. Todo queda reducido a demostrar si estas notas se dan o no en la anticresis. Comprobado que dichas características son parte integrante del contenido de la misma, ha de deducirse necesariamente que se trata de un derecho real perfecto. Por el contrario, si se demuestra que el anticresista carece de los referidos privilegios, resulta indudablemente que el vínculo nacido del contrato antícrítico liga tan sólo a aquellos que los celebraron y carece totalmente de efectos en las relaciones con terceros que fueron ajenos al contrato. En suma, no se trata más que de acudir a los principios generales del derecho real, para ver si concurren o no en la institución que estudiamos.

Dos son los elementos o condiciones necesarios y suficientes a todo derecho real: *a*), la inmediatividad, y *b*), la oponibilidad *erga omnes*, el cual se descompone a su vez en la preferencia y la persecución.

a) Inmediatividad.—Significa que el titular de un derecho lo

ejerce por sí mismo, sin que sea precisa la concurrencia de una persona especialmente obligada; el sujeto mantiene una relación directa con la cosa, sin necesidad de intermediarios, cuando menos especial y personalmente determinados.

Por lo que respecta a la anticresis, no cabe duda que la relación entre el acreedor y la cosa es directa. Como dice Roca Sastre (1), la anticresis es un derecho que recae directa e inmediatamente sobre bienes inmuebles. No precisa que medie persona alguna; el acreedor percibe los frutos por sí mismo y detenta la cosa sin la intervención del deudor. Es cierto que el propietario de la finca dada en anticresis se encuentra obligado a abstenerse de realizar toda suerte de actos que impidan o perturben el disfrute de la cosa por parte del anticresista; pero esta abstención, que podría reputarse demostrativa de la existencia de una persona obligada, o sea de la falta de una relación directa, en nada se diferencia de la que debe guardar el propietario de un inmueble sobre el cual ha establecido un usufructo en favor de un tercero. Y, sin embargo, nadie osará afirmar que el usufructo no es un derecho real y que la relación entre el usufructo y la cosa no es directa, sino mediata.

b) *Oponibilidad*.—Es ésta, sin duda, la nota típica de todo derecho real y que lo diferencia netamente de los simplemente personales o de crédito. Como dijimos, su estudio puede descomponerse en dos partes:

1.^a *Preferencia*.—Viene atribuída por el párrafo segundo del artículo 1.884 del Código civil: «El acreedor en este caso (*falta de pago de la deuda*) podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble.» El referido artículo—objetan algunos autores—no dice que la finalidad de la venta sea la de cobrarse preferentemente, y—añaden—tal facultad de venta no es ni más ni menos que la posibilidad que todo acreedor tiene de dirigirse contra el patrimonio de su deudor. Esta objeción carece de toda consistencia lógica, pues implica la inutilidad de un precepto, ya que, si el objeto del párrafo segundo del artículo 1.884 fuera el que estos autores afirman, estaba por completo de sobra, pues para tal fin estaba ya el artículo 1.911, y nosotros nos resistimos a creer que el legislador escriba artículos

(1) Ob. cit., pág. 372.

superfluos sin más finalidad u objeto que el de emborronar papel. Además, dicho argumento es jurídicamente inexacto, puesto que olvida algo fundamental, esto es, que el derecho de venta que todo acreedor tiene sobre los bienes de su deudor se dirige *contra el patrimonio en general, no sobre un bien concreto y determinado*, como ocurre en la prenda, en la hipoteca y en la anticresis. El artículo 1.884 no dice que el anticresista podrá dirigirse contra el patrimonio del obligado para reclamar su crédito, sino que textualmente declara que *podrá pedir «la venta del inmueble»*.

Desde otro punto de vista, de prosperar la interpretación contraria, se llegaría a resultados prácticamente inadmisibles y que estarían en patente contradicción con la esencia misma de dicho artículo, dándose el absurdo, inconcebible en buena lógica, de que el acreedor, al ejercitar la facultad de solicitar la venta, perdería todos sus derechos; es incongruente que al ejercitar un derecho, una ventaja concedida por la Ley, se pierdan todas las garantías. A este particular dice, con gran acierto, Sanz Fernández que si la finalidad de la venta no fuera otorgar preferencia al anticresista, «se darían dos conclusiones absurdas: a), que la venta *no tendría más fin que el perjuicio para el deudor, sin utilidad práctica alguna para el acreedor*; b), que *también sería perjudicial para éste*, el cual, por ejercitar un derecho que la Ley le concede, se vería desprovisto de su derecho de disfrute sobre la finca, sin poder tener preferencia alguna sobre el precio; esto es, quedaría desprovisto de toda garantía» (1).

2.^a *Persecución*.—Previas las consideraciones que anteceden sobre el derecho de preferencia, creo que éste viene casi resuelto por sí solo.

La facultad de perseguir la cosa es cierto que no la consagra el Código expresamente respecto a la anticresis, pero, sin embargo, *la presupone, la sobrentiende necesariamente*, ya que es natural que el anticresista podrá ejercitar sus derechos, ya sean los de disfrute, ya los de venta, aunque la cosa se encuentre en manos de terceros, pudiendo reclamarla para hacer efectivas las facultades que integran y definen su derecho. Aceptar el criterio opuesto equivale a configurar la anticresis como una garantía irrisoria, ridícula, cuya

(1) Sanz Fernández, loc. cit., pág. 227.

desaparición dependerá en muchos casos de la voluntad o la malevolencia del constituyente. ¿Para qué serviría la anticresis si negáramos a su titular el derecho a perseguir el inmueble en manos ajenas? Yo creo que absolutamente para nada. Por ello, me extraña sobremanera que, incluso con aires de seriedad científica, se haya pretendido construir la anticresis como un derecho real de garantía carente de la facultad de persecución (!).

C) DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.

Finalmente, y en comprobación de la tesis que hemos propugnado, cabe aducir la doctrina sentada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, la cual ha interpretado con gran acierto los escasos artículos que el Código civil dedica a la institución que es tema del presente trabajo.

La Resolución de 30 de junio de 1913 declara 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». Y posteriormente, la Resolución de 31 de julio de 1915 ha manifestado que «el derecho de anticresis es de *naturaleza real* y presenta algunos puntos de semejanza con el de hipoteca». Y en una más reciente declaración (Resolución de 26 de abril de 1932), dice el Centro directivo que la anticresis «supone igualmente, aparte el característico derecho al percibo de los frutos, una potencial enajenación de la propiedad del inmueble».

III.—ADMITIDO QUE SEA UN DERECHO REAL PLENO, ¿ES DE GOCE O DE GARANTIA? ¿SE TRATA MAS BIEN DE UNA INSTITUCION INTERMEDIA?

Considerada la anticresis como un derecho real pleno y perfecto, hemos de determinar, para precisar completamente su naturaleza jurídica, otro punto: ¿constituye la anticresis un derecho

de goce o de realización de valor? ¿Es más bien una figura jurídica mixta? Los autores no se plantean el problema, limitándose algunos de ellos a señalar ciertas semejanzas o diferencias entre el usufructo y la anticresis y entre ésta y la prenda e hipoteca.

La anticresis se parece al usufructo en cuanto tiene un contenido material de aprovechamiento, atribuye a su titular una facultad de goce del inmueble sobre que recae; en este sentido, es un derecho sobre el valor en uso. Se diferencia, no obstante, del mismo porque dicha facultad de percibir los frutos no existe de por sí, sino que tiene una finalidad preestablecida, actuando en funciones de garantía o seguridad de un crédito o sus intereses; y, sobre todo, el anticresista tiene, además, un derecho al valor en cambio del inmueble: la facultad de venderlo, cobrándose preferentemente (1).

La anticresis se parece a la prenda y a la hipoteca, ante todo, en ser un derecho real de realización de valor constituido en garantía de una obligación pecuniaria y que otorga un derecho de prelación sobre el precio de venta de la cosa para satisfacer el cré-

(1) Además, entre usufructo y anticresis existen otras muchas diferencias:

a) *Por el objeto.*—El usufructo puede constituirse indistintamente sobre cosas muebles o inmuebles; la anticresis ha de recaer necesariamente sobre bienes inmuebles.

b) *Por su relación con otros derechos.*—El usufructo es autónomo, existe de por sí; la anticresis es accesoria; su existencia está vinculada a la del crédito que asegura.

c) *Por los modos de constituirse.*—Aunque en ocasiones se establezca por contrato, el usufructo es, predominantemente, una institución *amortis causa*; ocurriendo lo inverso en la anticresis, respecto a la cual, si bien no cabe descartar en absoluto la posibilidad de que se establezca por testamento, cabe afirmar que en la casi totalidad de los casos se establece por contrato.

d) *Por su duración.*—El usufructo es temporal y vitalicio, extinguéndose por la muerte del usufructuario, no transmitiéndose a sus herederos; la anticresis, en cambio, no se extingue por la muerte del anticresista y pasa a los herederos de éste, no concluyendo normalmente más que por el cumplimiento de la obligación por cuya seguridad fué constituida.

e) *Por su transmisibilidad.*—Aunque éste sea un punto discutido, el usufructo es un derecho vinculado a la persona que ostenta su titularidad, por lo cual no es transmisible, pudiendo cederse tan sólo el ejercicio o contenido económico del derecho, mas no el derecho en sí mismo (Beltrán de Heredia: «Usufructo sobre usufructo en la Legislación española», *Revista de Derecho Privado*, mayo y junio de 1941). La anticresis, en cambio, puede transmitirse, siempre que lo sea, claramente con el crédito asegurado.

dito en caso de impago. Por el contrario, se diferencia tanto de la prenda como de la hipoteca porque concede al titular un derecho al aprovechamiento o disfrute de la cosa. Claro es que esta diferencia se atenúa, más bien podríamos decir que desaparece, cuando se ha pactado que el acreedor pignoraticio perciba los frutos de la cosa empeñada (artículo 1.868 Cód. civil) para imputarlos a los intereses y después al capital, y también en el supuesto que contempla la regla sexta del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

Por un lado, la anticresis guarda cierta semejanza con los derechos de disfrute; por otro, se parece más a los derechos de garantía: ¿habrá de deducirse, en consecuencia, que se trata de *una institución mixta, híbrida de disfrute y garantía?* A esta opinión parece inclinarse Roca Sastre (1) cuando dice que la anticresis es «un derecho real de disfrute y a la vez de realización de valor».

A pesar de la facultad de goce, inherente y esencial a la anticresis, no parece, a mi juicio, que dicha institución pueda configurarse como un derecho mixto de goce y garantía, pues lo cierto es que el derecho a percibir los frutos no tiene una existencia y finalidad autónomas (características de los derechos de goce), sino que dicho aprovechamiento tiene una destinación predeterminada, establecida de antemano; existe en razón de un crédito que asegura; no tiene un contenido propio, sino que actúa en funciones de garantía, y el anticresista (a diferencia del usufructuario) no es libre respecto al destino que ha de dar a los frutos percibidos.

La anticresis *no es un derecho mixto*; sin embargo, *tampoco es un puro derecho de garantía, en el sentido, al menos, en que tradicionalmente éste se entiende*. Los derechos reales de garantía (hipoteca y prenda) se refieren tan sólo al valor en cambio, al equivalente dinerario de la cosa; su esencia se reduce a ser una pretensión dirigida a vender la cosa gravada para satisfacer el crédito con el importe de la enajenación efectuada. La anticresis no es un propio derecho de garantía, pues aparte la carga que supone para el valor en cambio del inmueble, implica otra pretensión sobre el valor en uso del mismo, si bien tenga también fines de garantía de los intereses y hasta del capital mismo. En realidad,

(1) Ob. cit., pág. 372.

en la anticresis debe verse *una forma especial y compleja de derecho de garantía* que, por un lado, obra a través de los frutos, y por otro, sobre la cosa misma. Es, según acertada fórmula de Sanz Fernández, una *hipoteca ad fructus* y una *hipoteca ad corpus* simultáneamente. El derecho a los frutos tiene como principal finalidad asegurar al acreedor el cobro de los intereses, y, como finalidad accesoria, si los frutos excedieren, extinguir paulatinamente el principal de la deuda. El derecho de venta tiene como finalidad primaria la de garantizar al acreedor el cumplimiento de la obligación, la satisfacción de la cantidad adeudada, y secundariamente, la de asegurar juntamente con el capital principal, y caso de que los frutos no basten a cubrir los intereses, el cobro de los réditos devengados y que no hubieren sido satisfechos al momento de la ejecución del inmueble.

De este modo, si los frutos sobrepasan a los intereses, y no se trata de una anticresis compensativa, sino extintiva, aquéllos se irán aplicando progresivamente a la cantidad debida, extinguéndola en la medida correspondiente; por lo cual la anticresis, aparte su carácter de garantía, reviste también el de ser un *medio de pago*.

En conclusión, y a guisa de definición, aun cuando todas sean peligrosas, podemos afirmar que la anticresis es un complejo derecho real de garantía que asegura el cumplimiento de una obligación dineraria y que atribuye a su titular un derecho de preferencia sobre el valor de un inmueble, y la facultad de percibir los frutos del mismo, bien sea para aplicarlos a los intereses, y el exceso al capital (*anticresis extintiva*), bien sea para compensarlos totalmente con los intereses (*anticresis compensativa*); pudiendo el inmueble permanecer en poder del propietario o pasar a manos del acreedor o de un tercero.

IV.—EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE ANTICRÉSIS EXAMINADO DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO CONSTITUYENTE

Hasta ahora hemos contemplado el problema sobre la base del Derecho positivo, especialmente del Derecho español. Ahora vamos a examinar el problema con un prisma nuevo: el Derecho constituyente.

476 ACERCA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO, ETC.

No propugnamos nosotros una defensa a ultranza de la anticresis y su reconocimiento por las legislaciones que la prohíben o no la regulan. Al fin y al cabo, la importancia de dicha institución es hoy día muy limitada, y su supresión, por las razones que fueran, seguramente no afectaría sustancialmente al tráfico inmobiliario ni perjudicaría en mucho al crédito territorial. Fué útil mientras la hipoteca se hallaba en estado embrionario o imperfecto y no existía un régimen adecuado de publicidad inmobiliaria. Pero actualmente, con un eficaz régimen de publicidad registral, junto con el gran desarrollo de la garantía hipotecaria, es indudable que la anticresis no responde a una absoluta necesidad jurídica.

Su admisión es, a la postre, un problema de política legislativa que variará con los tiempos, con la tradición y el régimen económico de cada país, con el desarrollo del crédito inmobiliario y con la eficacia y perfección de los organismos registrales. Por ello, se puede perfectamente, en mi opinión, adoptar respecto a la anticresis una actitud negativa en el sentido de prohibirla categóricamente (como han hecho, entre otros, el Código austriaco y el Código federal suizo). Lo que, a mi modo de ver, en forma alguna puede hacerse es no regularla ni excluirla explícitamente, esto es, dejarla al arbitrio de los particulares. Y esto no resulta peligroso en aquellas legislaciones, como la alemana, que sancionan el principio del *numerus clausus* de derechos reales; pero, en cambio, puede ser funesto en aquellos ordenamientos positivos, el español entre ellos, que permiten a las partes crear nuevas figuras de derechos reales, ya que así se brinda a los particulares la posibilidad de configurar libremente formas anticréticas irregulares, con frecuencia usurarias y con vida propia fuera de las normas legales.

Y es más: si se decide que la anticresis debe figurar en el articulado del Código, debe ser regulada como una garantía eficaz y auténtica. Si se sigue entendiendo, como sin excepción se ha hecho a partir del Código Napoleón, que es una figura sustantiva e independiente, nada más inútil, en verdad, que considerarla como un derecho simplemente personal. ¿Para qué serviría semejante institución? ¿Qué acreedor sería tan cándido que, conociendo la fragilidad de la anticresis, estuviese dispuesto a aceptarla? ¿Qué clase de seguridad o garantía es ésa, que puede, en cualquier momento, cesar por la voluntad libérrima del constituyente? ¿Qué

función económica y jurídica sería la asignada a dicha institución por el ordenamiento positivo? En el orden de principios del Derecho constituyente, es insostenible la tesis personalista de la garantía anticrética. La anticresis debe ser una garantía seria, una garantía eficaz, no algo ilusorio.

Si se sigue manteniendo la anticresis como una entidad autónoma, no hay más remedio que reconocer que debe ser regulada como una garantía real plena que se manifieste sobre los frutos y sobre el inmueble mismo, respecto al cual goce el anticresista de un derecho preferente para satisfacer su crédito, caso de no haberse verificado el pago de éste en el tiempo debido.

Lo que sí es indudable, y nosotros no pretendemos ocultarlo, es que de esta forma se obtiene una garantía real y de carácter sustancial que en nada se parece, ni nos recuerda más que en el nombre, a la anticresis del Derecho romano. Pero es ello consecuencia del proceso desnaturalizador de la institución que, iniciado en el Derecho medieval, se consuma en el Código civil francés al individualizar éste la anticresis, separándola de la prenda, rompiendo con la idea tradicional del pacto añadido y estructurándola como una especie de prenda: la prenda sobre inmuebles.

Estimo que no hay razón histórica ni jurídica ni de ninguna clase que fundamente una construcción de la anticresis basada en su individualización y que la haga objeto de una regulación específica. Más acertado sería volver a las más puras líneas de la clásica concepción romana, configurándola como un simple *pactum adjectum* del *pignus*, establecido tan sólo con el único objeto de percibir los frutos de una cosa, ya fuere mueble o inmueble. Todos los fines que actualmente se persiguen con la anticresis se llenarían igualmente de la otra forma, desapareciendo así, como figura independiente, una institución tan discutida por todos conceptos, totalmente adulterada y que constituye una categoría intermedia entre la prenda y la hipoteca, tomando caracteres de una y otra, sin diferenciarse netamente de ninguna de ellas y sin que pueda, tampoco, ser reducida a cualquiera de estas figuras.

En efecto, actualmente, que se va suavizando la distinción de las cosas en muebles e inmuebles, ¿qué diferencia esencial existe entre la anticresis y la prenda cuando esta última va acompañada de un pacto de disfrute? Tan sólo la naturaleza diversa del objeto

sobre que recaen, ¿y es esto suficiente para crear dos instituciones distintas? Y también ¿qué diferencia existe entre la anticresis y la hipoteca cuando el acreedor hipotecario, en virtud de la regla sexta del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, percibe los frutos del inmueble hipotecado para aplicarlos a los intereses y al capital? Y aun más: en la vida práctica notarial se suele, en ocasiones, añadirse a la hipoteca un pacto anticrético por el que se permite al acreedor hipotecario el disfrute de la finca gravada; pues bien: ¿en qué se diferencia de la anticresis esta suerte de figura compleja? Absolutamente en nada.

Creo que todo esto es más que suficiente para demostrar que la anticresis carece de autonomía y personalidad bastantes para seguir siendo una institución independiente. Por ello, abandonando la desafortunada innovación del Código Napoleón, seguida por todos los demás Códigos, se impone un retorno a la sana concepción tradicional y romana de la anticresis; esto es, un pacto o estipulación accesoria que se incorporaba indistintamente a la prenda y a la hipoteca, cuyo objeto podían ser tanto las cosas muebles como las inmuebles, y cuya finalidad única estribaba en obtener los frutos de la cosa pignorada o hipotecada, adquiriendo así el acreedor la seguridad de cobrarse puntualmente en los intereses devengados por la suma prestada.

Un par de artículos en las disposiciones comunes a la prenda y a la hipoteca son más que suficientes para regular la anticresis en esta forma que nosotros propugnamos.

Toda construcción distinta de la indicada carece de fundamento y objeto, y no logrará más que una institución híbrida e inconsistente, falta de precisión dogmática, de contornos y límites conceptuales poco claros, indiferenciada de las instituciones vecinas, fuente de disputas y venero inagotable de controversias doctrinales.

JUAN GARCÍA-GRANERO FEZ,
Abogado.