

## LECCION SEPTIMA.

### DE LA PRENDA Y DE LA ANTICRESIS.

#### I

#### De la prenda en general.

La palabra *prenda* tiene tres acepciones, pues significa el contrato cuyo estudio vamos á hacer, el derecho que en virtud de él adquiere el acreedor y la cosa que se entrega en prenda.

Tomada en la primera acepción, la prenda es el contrato en virtud del cual recibe el acreedor una cosa mueble para la seguridad de su crédito.

Tomada en la segunda acepción, la prenda es un derecho real que se constituye sobre algún objeto mueble, para garantir el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago (Artículo 1,889, Código Civil). <sup>1</sup>

Estas definiciones nos demuestran que el contrato de prenda es accesorio, porque tiene por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación, de la misma manera que la fianza; pero con la diferencia de que ésta sólo ofrece una garantía puramente personal, mientras que la prenda otorga una seguridad real, más eficaz que la fianza.

En consecuencia: la prenda está regida por los mismos

<sup>1</sup> Artículo 1,773, Código Civil de 1884.

principios generales que la fianza y los demás contratos accesorios, y su validez depende de la validez y eficacia de la obligación principal cuyo cumplimiento garantiza. Por este motivo, declara el artículo 1,890 del Código Civil, que la prenda no puede considerarse legítimamente constituida, si no sirve de garantía á una obligación válida.<sup>1</sup>

La prenda es también un contrato unilateral, porque el acreedor es la única persona que se obliga en virtud de él, supuesto que el deudor, ninguna obligación contrae por la entrega de la cosa para la seguridad del pago de su adeudo. Sin embargo, los autores lo refieren generalmente á la especie de los contratos que llaman intermedios ó sinaglamáticos imperfectos, porque el deudor puede resultar obligado con motivo de los gastos que el acreedor hubiere erogado en la conservación de la cosa dada en prenda.

Pero ya hemos dicho al principio de este tratado; que la división de los contratos en bilaterales perfectos é imperfectos no está sancionada por la ley, y carece de utilidad práctica, porque aunque es cierto que la segunda especie de estos contratos puede producir una obligación á cargo del contratante que al principio no quedó obligado; sin embargo, tales contratos no tienen por objeto producir esa obligación ni es un requisito esencial de su existencia, sino eventual y secundario.

En comprobación de este aserto nos basta recordar que la obligación del deudor de reembolsar al acreedor, resulta de los gastos erogados por éste en la conservación de la cosa, y no del contrato de prenda, que sólo obliga al acreedor á la restitución de ella.

De la definición que hemos dado del contrato de prenda, se infiere que pertenece á la especie de aquellos contratos que los jurisconsultos designan bajo la denominación de *reales*, es decir, de aquellos que aunque se perfeccionan sólo por

<sup>1</sup> Artículo 1,774, Código Civil de 1,884.

el consentimiento, sin embargo, no producen efectos jurídicos sino hasta la entrega de la cosa sobre que recaen.

Antes de la entrega de la cosa prometida en prenda, no se producen los efectos jurídicos que la ley atribuye al contrato, por más que el acreedor tenga un derecho eficaz para exigir del deudor la entrega de dicha cosa; pues según el artículo 1,900 del Código civil, si alguno hubiere prometido dar cierta cosa en prenda y no la hubiere entregado, sea por culpa suya ó sin ella, el acreedor puede pedir que se le entregue la cosa, que se dé por vencido el plazo de la obligación ó que ésta se rescinda.<sup>1</sup>

El ejercicio de este derecho es de tal manera amplio, que sólo tiene prohibición el acreedor de ponerlo en ejecución, cuando la cosa ha pasado á poder de un tercero en virtud de cualquier título legal, pues en tal caso no puede pretender que se le entregue la cosa, porque no es justo que repare las consecuencias de su negligencia á expensas del tercero, que de buena fe contrató con el deudor, llenando los requisitos legales. (Art. 1,901, Cód. civ.).<sup>2</sup>

En consecuencia: el contrato de prenda sólo puede producir sus efectos, por la entrega de la cosa empeñada y su permanencia en poder del acreedor; á no ser que éste la pierda sin culpa suya ó que la prenda consista en frutos (Art. 1892, Cód. civ.)<sup>3</sup>

Este principio resulta de la naturaleza misma de las cosas, pues el acreedor no tendría ninguna garantía eficaz si careciera de la tenencia de la cosa, porque la persecución de los muebles no es posible; supuesto que su posesión hace en ellos las veces de título, según el sistema adoptado por el Código.

Pero de aquí no se infiere que la entrega de la cosa debe

---

1 Artículo 1,783, Código civil de 1884.

2 Artículo 1,784, Código civil de 1884.

3 Artículo 1,776, Código civil de 1884.

ser necesariamente el acto previo del contrato; pues el consentimiento, que es la condición esencial de él, puede preceder á la tradición, que es la consecuencia del acuerdo de los contratantes. De manera, que celebrado el contrato por el consentimiento de éstos, se consuma por la entrega de la cosa.

Tampoco se puede inferir de la necesidad de la tradición que es nulo el contrato por el cual prometiera el deudor dar una prenda al acreedor; pues tal contrato sería perfectamente válido, y daría lugar para que éste pudiera pedir, en uso del derecho que otorga el artículo 1,900 ya citado, del Código civil, la entrega de la cosa, que se dé por vencido el plazo de la obligación, ó que se rescinda ésta, y en todo caso la indemnización de daños y perjuicios.

La tradición es, pues, de esencia en el contrato de prenda, porque sin la posesión no podría ejercer el acreedor uno de los derechos más importantes que la ley confiere, el derecho de retención.

Pero para que la tradición satisfaga las exigencias de la ley es necesario que sea real y verdadera y no simulada, y tal que no de lugar á ninguno de los fraudes que pudiera cometer el deudor, si tuviera posibilidad de apparentar que conserva la libre disposición de la cosa empeñada.

En una palabra: la tradición debe ser un hecho apparente y de notoriedad, que advierta á terceras personas que el deudor no conserva la tenencia de la cosa ni la libre disposición de ella.

Esto no quiere decir que es absolutamente necesario que la tradición sea verdadera, pues es bastante que sea ficta ó simbólica y *brevi manu*, para que se produzcan los efectos jurídicos que la ley le atribuye al contrato de prenda, supuesto que el objeto de ella, que es que la cosa no se encuentre en poder del deudor, sino del acreedor, queda satisfecho por esos medios.

Por ejemplo; la tradición revestiría los caracteres que son

indispensables para la existencia de la prenda, por la entrega de las llaves de la pieza en donde se encuentra encerrada la cosa empeñada, porque por este medio queda el deudor desapoderado de ella, á la vez que el acreedor la tiene á su disposición.

De la naturaleza misma del contrato de prenda se infiere, que desde el momento en que se consuma por la entrega de la cosa al acreedor, contrae éste la obligación ineludible de restituirla al deudor tan luego como cesa la causa por la cual la recibió, ó lo que es lo mismo, tan luego como el deudor le paga el importe de su crédito.

La definición que la ley nos da de la prenda, nos demuestra que sólo pueden ser objeto del contrato cuyo estudio hacemos, las cosas muebles, como las alhajas, las mercancías, los animales y aun el dinero contante, como se verifica en algunos gabinetes de lectura en donde se permite sacar las obras mediante el depósito de una canasta que asegure su restitución (Art. 1,893, Cód. civ).<sup>1</sup>

Pero es además necesario que las cosas inmuebles se hallen en el comercio, pues si no tuvieran esta cualidad no podrían llenar el objeto para el cual las recibe el acreedor; para garantizar el pago de la deuda, supuesto que no son vendibles, y por lo mismo, aquél no podría obtener el reembolso de su crédito.

De manera, que podemos establecer como regla general, que son susceptibles del contrato de prenda todas las cosas muebles que se hallan en el comercio, aun las incorporales, como los derechos y acciones, pues aun cuando no pueden ser el objeto de una tradición material, hay hechos que la representan, como la entrega del título justificativo de un crédito hecha al acreedor.

Sin embargo la constitución de la prenda sobre los muebles incorporales, ó más bien dicho, sobre los derechos y

1 Artículo 1,777, Código civil de 1,884.

acciones está sujeta á los siguientes requisitos que prescriben los Artículos 1,895 y 1,896 del Código civil.<sup>1</sup>

1º La notificación de la prenda al deudor originario:

2º Que cuando la prenda sea un título de crédito que conste en escritura pública ó que esté constituido á favor de determinada persona, se inscriba en el protocolo ó matriz, sin cuyo requisito no podrá producir efecto el derecho de prenda contra tercero.

Estos requisitos se han establecido, como es fácil comprender, no para normar las relaciones jurídicas del acreedor y del deudor, sino para regir los derechos de aquél con relación á los de tercero, á fin de evitar los fraudes que pudieran cometerse.

En otros términos: los requisitos indicados sólo son necesarios cuando el acreedor reclama el privilegio en el pago sobre el valor de la prenda, en concurrencia con otros acreedores; pero no cuando se trata de las relaciones jurídicas que el contrato de prenda crea entre el acreedor y el deudor.

De aquí se infiere, que el deudor no puede alegar la falta de esos requisitos para pretender la restitución de los títulos que entregó en prenda para garantizar el pago de su crédito, supuesto que la ley sólo los exige para arreglar los derechos del acreedor en concurrencia con terceras personas.

El primero de los requisitos indicados, la notificación de la prenda al deudor, tiene por objeto completar la toma de

1 Artículo 1,779, Código civil de 1,884.

El primero de los preceptos citados fué suprimido, y el segundo reformado en los términos siguientes:

«Cuando la cosa dada en prenda sea un título de crédito que legalmente deba constar en el registro público, no surtirá efecto contra tercero el derecho de prenda sino desde que se inscriba en el registro.»

La inconveniencia de la supresión y de la reforma queda demostrada por las explicaciones que hacemos en el texto de la lección á que se refiere esta nota; pero la de la última resalta más, teniendo presente que sólo están sujetos á inscripción en el registro público los créditos hipotecarios, y por lo mismo, resulta que en los meramente personales ni se hacen la notificación al deudor ni se pueden inscribir en el registro, quedando abierta la puerta á los fraudes, que se evitaban con las medidas decretadas por el precepto suprimido y el reformado.

posesión del crédito por el acreedor, respecto de tercero; pues por este acto se encuentra obligado el deudor originario respecto del acreedor de su acreedor y no puede hacer el pago con perjuicio ó detrimento del primero.

Este requisito se ha establecido á semejanza y con el mismo objeto, que se estableció respecto de la venta ó cesión de derechos y acciones, para evitar los fraudes por medio de la publicidad del contrato, haciendo saber al deudor originario que no puede hacer el pago del crédito con perjuicio del acreedor en cuyo beneficio se constituyó la prenda.

Por este medio se evita á la vez que el contratante que hizo esa constitución, enajene el crédito con perjuicio del acreedor, lo cual sería fácil, supuesto que ésta no le priva de la propiedad de él.

¿En qué tiempo y en qué forma debe llenarse el requisito de la notificación?

La ley nada dice á este respecto, por cuyo motivo creemos que, por razón de analogía, debe hacerse la notificación en la misma forma que para la cesión de acciones señala el artículo 1,745 del Código civil; y en cuanto al plazo, el interés del acreedor le obliga á llenar cuanto antes el requisito mencionado, porque sin él, puede el deudor enajenar el crédito dado en prenda, y el comprador adquiere un derecho preferente al de aquél<sup>1</sup>.

Por razón de analogía creemos también, que son también aplicables á la prenda los principios que establecimos sobre la cesión de derechos y acciones, y por lo mismo, podemos decir, sin peligro de error, que la falta de la notificación produce el efecto de que no existe el derecho de prenda respecto de tercero, y que no puede llenarse ese requisito después de que éste adquirió un derecho sobre el crédito que se entregó en garantía al acreedor.<sup>2</sup>

El segundo requisito, la inscripción, tiene el mismo obje-

<sup>1</sup> Artículo 1,631; Código civil de 1,884. Veáse la nota 1<sup>a</sup> pág. 328.

<sup>2</sup> Laurent, tomo XXVIII, núm. 466.

to que el primero; porque por medio de ella se fija con toda exactitud la fecha en que se constituye la prenda sobre el crédito, y por tanto, el momento en que nace el derecho privilegiado del acreedor, y si es ó no preferente al adquirido sobre el mismo crédito por otras personas.

Este requisito se llena haciendo la inscripción respectiva, ó lo que es lo mismo, haciendo la anotación correspondiente en el protocolo, al margen de la escritura en que conste la existencia del crédito, á semejanza de las anotaciones que se ponen en las escrituras de hipoteca y otras para hacer constar los pagos parciales que efectúa el deudor, ó las referencias necesarias á otras escrituras que modifican ó alteran la primera.

La necesidad de los requisitos indicados nos demuestra la de otro indispensable para la validez del contrato de prenda, la forma solemne de éste, sin la cual no puede hacerse la inscripción en el protocolo, ni puede producir efecto contra tercero.

Esta consecuencia que se deduce lógica y necesariamente de los principios que hemos establecido, ha encontrado la debida sanción legal en el artículo 1,905 del Código civil, que declara, que el derecho de prenda, sea cual fuere la cantidad de la obligación principal, no surte efecto contra tercero, si no consta por instrumento público.<sup>1</sup>

La razón de este precepto, que está literalmente tomado del artículo 1,774 del Proyecto del Código Español, la da

1 Artículo 1,788, Código civil de 1,884.

Reformado en los términos siguientes:

«El derecho de prenda, sea cual fuere la cantidad de la obligación principal, no surtirá efecto contra tercero si no consta en la forma que previene el artículo anterior.»

El artículo 1,787 al cual se refiere éste, declara, que la prenda debe constituirse por escrito en todo caso, y en instrumento público siempre que el valor de la obligación pase de quinientos pesos.

Estas reformas se introdujeron porque parecía injusto que se otorgara escritura pública en todo caso, aun en aquellos en que el valor de la obligación fuera mucho menor que el costo de la escritura.

García Goyena en los términos siguientes, reproduciendo las palabras del Tribuno Gary, "Del contrato de prenda nace el privilegio, número 2 del artículo 1,926 (preferencia de pago sobre los bienes muebles), que puede ser opuesto á tercero; y para que éstos no sean perjudicados, es necesario que el contrato tenga una fecha cierta, que excluya hasta la posibilidad del fraude y colusión entre el acreedor, detentor de la prenda, y su propietario. Sin esta precaución, un deudor infiel, en el momento que viera que sus bienes muebles van á ser puestos bajo la mano de la ley, lograría á favor de inteligencias criminales sustraerlos á la acción de sus acreedores."

A primera vista puede aparecer que hay contradicción entre el precepto que sanciona el principio enunciado y el artículo 1,904 del Código, que ordena, que la prenda se constituya en instrumento público ó ante testigos, si el valor de la obligación pasa de trescientos pesos; pero el estudio comparativo de ambos preceptos demuestra que no hay tal contradicción, sino simplemente falta de unidad de sistema é inconsecuencia.<sup>1</sup>

En efecto: el artículo 1,904 faculta á los contratantes para que no otorguen documento alguno cuando el valor de la obligación no excede de trescientos pesos, y declara que, fuera de este caso están obligados á hacer constar el contrato en instrumento público ó ante tres testigos; y el 1,905 declara, que el derecho de prenda no produce efecto contra tercero, sea cual fuere la cuantía de la obligación principal, si no consta en instrumento público, lo cual quiere decir, que en todo caso hay necesidad de llenar este requisito.

¿A qué fin conduce la distinción que hace el primer precepto, si por el segundo se impone implícitamente la obligación de hacer constar el contrato de prenda por instrumento público en todo caso para que el derecho que por él adquiere el acreedor produzca efecto contra tercero?

1 Artículo 1,787, Código civil de 1,884. Veáse la nota precedente.

El objeto que tiene el otorgamiento del instrumento público es, según los comentaristas del artículo 2074 del Código Francés, de donde está tomado el primero de los preceptos que estudiamos, evitar los fraudes y garantir el derecho privilegiado del acreedor respecto de tercero, y por lo mismo, sostienen que tal requisito no es esencial para la validez del contrato de prenda y la eficacia de los derechos y obligaciones que engendra entre el acreedor y el deudor<sup>1</sup>

Si es así, se infiere rectamente que este precepto es del todo inútil, porque otorga á los contratantes la facultad de omitir el otorgamiento de la escritura pública, pero privando al acreedor del derecho de preferencia sobre el valor de la prenda, y que habría sido preferible la existencia sola del segundo precepto que exige aquel requisito en todo caso.

La verdad es que nuestros codificadores tomaron el artículo 1,094 del 2,074 del Código Francés; y el 1,075 del 1,774 del Proyecto del Español, que á su vez está tomado del artículo 858 del Portugués, é hicieron una mezcla de dos sistemas distintos, que produce confusión y un resultado muy criticable; porque facilita á los contratantes para omitir la formalidad del instrumento público, pero á expensas, ó mejor dicho, con pérdida del derecho de preferencia del acreedor respecto de terceras personas.

Habría sido de desear que el Código se hubiera limitado á establecer el segundo de los preceptos indicados, exigiendo en todo caso el otorgamiento de la escritura pública para evitar los fraudes, ó bien establecer que este requisito es indispensable en los casos en que, conforme á la ley, debe constar el contrato en escritura pública.

Volviendo al artículo 1,896 del Código, que exige la inscripción del contrato en el protocolo ó matriz en el cual conste la existencia del crédito, cuyo título se da en garantía de una obligación, debemos advertir que en su parte final de-

<sup>1</sup> Laurent, tomo XXVIII, núm. 446; Pont, tomo II, num. 1,098; Baudry Lacantinerie, tomo III, núm. 1008; etc, etc.

clara que, respecto del deudor del crédito empeñado, se debe observar lo dispuesto para los casos de subrogación.<sup>1</sup>

En vano hemos querido descubrir cuál ha sido la mente de los codificadores al sancionar ese principio, porque cualquiera que sea la interpretación que se le dé se obtiene un resultado antijurídico ó contrario á otros preceptos legales.

Por ejemplo: ¿se toma ese principio literalmente en el sentido que indican las palabras con que está concebido? Pues entonces resulta, que cuando se constituye prenda sobre un crédito que consta en escritura pública se produce la subrogación y el acreedor adquiere los mismos derechos que tenía el otro contratante respecto del deudor del crédito empeñado, lo cual es contrario á los principios que rigen relativamente á la subrogación, y se halla en abierta pugna con el precepto contenido en el artículo 1,897 del Código Civil, que declara, que en el caso á que nos referimos, el acreedor á quien se dió en prenda un título de crédito nominativo, no tiene derecho, aun cuando se cumpla el plazo del crédito empeñado, para cobrarlo, ni para recibirllo, aunque voluntariamente se le ofrezca por el que lo debe; pero que puede exigir que el deudor del crédito entregue su importe y se deposite.<sup>2</sup>

Además de este resultado, que no podemos menos de censurar, el precepto enunciado se halla también en abierta contradicción con los principios que forman la teoría jurídica de la prenda, según los cuales el acreedor sólo adquiere derecho de preferencia en el pago sobre el valor de ella, y de hacer que se venda para conseguir el reembolso de su crédito.

1 Artículo 1,779, Código Civil de 1884. Veáse la Nota 1.º pág 482

2 Artículo 1,780, Código civil de 1884.

Reformado sólo en cuanto á la redacción, quedó concebido en los términos siguientes:

« El acreedor á quien se haya dado en prenda un título de crédito, no tiene derecho aun cuando se venza el plazo del crédito empeñado, para cobrarlo ni para recibirllo aunque voluntariamente se le ofrezca por el que lo debe; pero podrá en ambos casos, exigir que el deudor del crédito entregue su importe y se deposite. »

Por lo expuesto, creemos que el principio que criticamos contiene un gravísimo error, digno de severa censura.

También pueden darse en prenda los frutos pendientes de los bienes raíces que deben ser recogidos en tiempo determinado; pero en tal caso el propietario se considera como depositario de ellos (Arts. 1,893 y 1,894, Cód. civ). <sup>1</sup>

Al establecer este principio, nuestro Código ha seguido la teoría aceptada por la ley 2º título 13, Partida 5º, según la cual podían darse en prenda todas las cosas, aunque no tuvieran existencia de presente, como los productos de los ganados, los frutos de los árboles y de las heredades.

Tal teoría se fundaba en los principios del derecho Romano que declaraban, que todas las cosas susceptibles de enajenación pueden ser objeto del contrato de prenda, y que todas aquellas que no pueden venderse por hallarse fuera del comercio, tampoco pueden darse en prenda; y como podían venderse las cosas que tienen una existencia futura, es claro que también podían entregarse en prenda. <sup>2</sup>

Pero con ese principio ha establecido la ley una excepción de aquel que se deriva de la naturaleza misma del contrato de prenda, según el cuál es absolutamente necesaria la existencia de la cosa, sobre la que éste recae, en poder del acreedor; porque no es posible que se llene semejante requisito respecto de los frutos.

Así es que, admitiendo que se ha hecho la tradición de ellos al acreedor y que, por no poder guardarlos personalmente, los ha entregado á su vez al deudor, la ley le ha dado á éste el carácter y le ha impuesto la obligación de depositario de ellos, á fin de evitar que cometa los abusos y fraudes

1 Artículos 1,777 y 1,778, Código Civil de 1,884. Reformado el segundo de estos preceptos en los términos siguientes:

«Cualquier la prenda consista en frutos de cosa raíz, sea que estén pendientes ó ya recogidos, el dueño de la finca será considerado como depositario, salvo en convenio en contrario.»

Esta reforma es á nuestro juicio innecesaria, supuesto que los contratantes son libres para renunciar los beneficios introducidos á su favor é imponerse las condiciones que estimaran convenientes.

2 Leyes 1, párrafo 2, tit. 3, lib 20 y 9, párrafo 1, tit. 1, lib. 20. D.

á que pudieran dar motivo las facilidades que le presta su calidad de poseedor de la prenda, y de que ésta se haga ilusoria.

El Código nada establece expresamente, con relación á los frutos por nacer, pero algunos autores sostienen que no pueden ser objeto del contrato de prenda, porque siendo imposible su tradición, no se puede llenar ese requisito indispensable, según la ley.<sup>1</sup>

Esta circunstancia y la no menos atendible de que el artículo 1,893 del Código, que establece la excepción á que nos hemos referido, declara que pueden darse en prenda los frutos *pendientes* de los bienes raíces que deben ser recogidos en tiempo determinado, nos hacen creer que sólo están comprendidos en ella los nacidos y que aun no se hallan en estado de colectarse, pero no aquellos que no existen, que están por nacer.

Además, existe en apoyo de esta creencia nuestra la consideración de que la indicada excepción es derogatoria de los principios generales de la ley sobre los requisitos esenciales de la prenda, y por lo mismo, es de estricto derecho, como todas las excepciones de su especie, y no puede extenderse ó aplicarse á otros casos distintos de los expresamente designados por la ley.

La prenda importa la enajenación eventual del objeto sobre el cual se constituye. De donde se infiere que sólo pueden dar en prenda aquellas personas que tienen capacidad para disponer libremente de sus cosas, y en consecuencia, que carecen de tal facultad los menores de edad, los incapacitados y las mujeres casadas sin la autorización de su marido ó sin licencia judicial.

La prenda puede constituirse por el mismo propietario de la cosa ó por un mandatario en su nombre con poder especial que le otorgue tal facultad, y para garantir una deu-

1 Pont, tomo II, núm. 1,080; Cazelles, *Du Gage*, pág. 106.

da aún sin el consentimiento del deudor (Art. 1,891 y 1,902, Cód. civ.). <sup>1</sup>

Este principio se funda en la misma razón en que se apoya el que otorga la facultad de constituir una fianza sin el consentimiento del deudor y aun contra su voluntad, pues aun cuando la prenda es un contrato accesorio, crea una obligación nueva en la que sólo interviene una de las partes que celebró la obligación principal, y por lo mismo, no le causa ningún perjuicio al deudor, sino antes, por el contrario, un beneficio.

Del principio que exige capacidad en el contratante para poder dar una cosa en prenda, se infiere, que nadie puede constituirla en las cosas ajena sin el consentimiento ó sin el mandato especial de su dueño, y por tanto, que éste puede vindicarlas del poder del acreedor; pero si se prueba debidamente que el dueño prestó su cosa á otro con el objeto de que la empeñara, vale la prenda como si la hubiera constituido el mismo dueño (Art. 1,902 y 1,903, Cód. civ.). <sup>2</sup>

Como la fianza, puede constituirse la prenda para garantir obligaciones futuras; pero en tal caso no produce ninguno de los efectos que le atribuye la ley, y por lo mismo, no puede venderse ni adjudicarse la cosa empeñada, sin que se pruebe que la obligación principal fué legalmente exigible, ó lo que es lo mismo, que existió esa obligación y que venció el plazo convenido para su cumplimiento (Art. 1,899, Cód. civ.). <sup>3</sup>

Siguiendo los principios del derecho Romano, sancionó la ley 22, tít. 13, Partida 5, <sup>4</sup>, aquel que facultaba al acreedor para retener la prenda hasta que se le hubiere satisfecho la deuda, así como la que con posterioridad á ella hubiere nuevamente contraído el deudor. <sup>4</sup>

Esta determinación tan gravosa de la ley tenía por fun-

1 Artículos 1,775 y 1785, Código civil de 1,884.

2 Artículos 1,785 y 1786, Código civil de 1884.

3 Artículo 1,782, Código civil de 1,884.

4 Ley única, tít. 27, lib. 8, C.

damento la presunción verosímil de que así lo quisieron y entendieron los contrayentes, y que si el acreedor se abstuvó de pedir una segunda prenda, fué por haber considerado bastante la primera para satisfacer los dos créditos.<sup>1</sup>

Nuestro Código se separó por completo de estos principios adoptando la teoría absolutamente contraria, pues en el artículo 1,916 declara, que la prenda no garantiza más obligación que aquella para cuya seguridad fué constituida, salvo convenio expreso en contrario.<sup>2</sup>

Esta teoría, que fué adoptada para evitar los abusos que se cometían con perjuicio de los deudores, es perfectamente justa, porque no hay ninguna razón que pueda demostrar que la fianza, obligación accesoria como la prenda, no puede existir sin el consentimiento expreso del fiador, ó lo que es lo mismo, que no se presume y no puede extenderse á otras obligaciones del deudor, y que sin embargo la prenda si puede garantizar otras distintas de aquellas para las cuales fué constituida, presumiendo la voluntad del deudor por el hecho de contraer una nueva deuda.

Siempre hemos creído que la existencia de las obligaciones no debe presumirse, sino demostrarse por la manifestación expresa de la voluntad de los contrayentes, tanto más cuanto que así se evitan los abusos consiguientes á la interpretación arbitraria y caprichosa de su consentimiento.

Así, pues, es indispensable el consentimiento expreso del deudor para la existencia del contrato de prenda, que jamás ni por ningún motivo se presume.

Podría suceder que el deudor, en virtud del derecho de dominio que conserva en la cosa que dió en prenda, la enajenare, ó concediere su uso ó posesión; pero en tal caso no puede el adquirente exigir su entrega sino pagando el importe de la obligación, con los intereses y gastos en sus respectivos casos. (Art. 1,912, Cód. civ.)<sup>3</sup>

<sup>1</sup> García Goyena, Concordancias, artículo 1,779; Gutiérrez Fernández, tomo V. Ág. 299.

<sup>2</sup> Artículo 1,799, Código civil de 1,884.

<sup>3</sup> Artículo 1,795, Código civil de 1,884.

La razón es, porque el deudor se desprende del uso y posesión de la cosa que da en prenda, que sólo recobra mediante el pago de la deuda, otorgando entre tanto un derecho privilegiado al acreedor, del cual no le puede privar por el solo efecto de su voluntad; y en consecuencia, el adquirente tiene un derecho subordinado al de aquél, que no puede poner en ejercicio sino pagando el importe de la deuda con sus accesorios legales, como lo haría el deudor para recobrar el uso y la tenencia de la cosa.

La naturaleza esencialmente accesoria del contrato de prenda hace que esté subordinado á la existencia y validez de la obligación principal cuyo cumplimiento garantiza, y por consiguiente, que extinguida ésta, sea por el pago, sea por cualquiera otra causa legal, queda extinguido el derecho de prenda (Art. 1,925, Cód. civ.) <sup>1</sup>

Los montes de piedad públicos ó privados, que prestan dinero sobre prenda con autorización, están sujetos á las leyes y reglamentos que les conciernen, en lo que no se oponen á los preceptos que establece el Código civil (Art. 1,926) <sup>2</sup>

## II

### Efectos del contrato de prenda.

#### Derechos y obligaciones del acreedor y del deudor.

El contrato de prenda produce efectos de dos especies, el derecho de prenda que se deriva de la naturaleza misma del contrato y que constituye la garantía del acreedor, y las obligaciones que nacen entre éste y el deudor.

El acreedor no adquiere, según hemos dicho, la propiedad de la prenda, que conserva el deudor, que sólo transmite la posesión de ella, constituyendo la base del privilegio de aquél,

<sup>1</sup> Artículo 1,803, Código civil de 1,884.

<sup>2</sup> Artículo 1,809, Código civil de 1,884.

pues no puede exigir su restitución mientras no paga la deuda.

El artículo 1,906 del Código civil declara, que el acreedor adquiere por el empeño:<sup>1</sup>

1º El derecho de ser pagado de su deuda con el precio de la cosa empeñada, con la preferencia que establece la ley:

2º El de deducir todas las acciones posesorias y quere larse contra quien le hubiere robado la cosa empeñada, aun cuando sea el mismo dueño:

3º El de ser indemnizado de los gastos necesarios y útiles que hiciere para conservar la cosa empeñada; á no ser que use de ella por convenio:

4º El de exigir del deudor otra prenda, ó el pago de la deuda aun antes del plazo convenido, si la cosa empeñada se pierde ó se deteriora sin su culpa.

En este último caso, si el deudor ofrece otra prenda ó alguna caución, queda al arbitrio del acreedor aceptarlas ó rescindir el contrato (Art. 1,908, Cód. civ.)<sup>2</sup>

El primero de los derechos enunciados constituye el privilegio del acreedor, objeto esencial del contrato de prenda, como se deduce de la definición que de ésta da el artículo 1,889 del Código, diciendo que es un derecho real que se constituye sobre algún objeto mueble para garantir el cumplimiento de una obligación y *su preferencia en el pago*; cuyo privilegio está enumerado por el artículo 2,084 entre los que corresponden sobre determinados muebles.

Así, pues, el acreedor posee la prenda en virtud de un derecho real, que no sólo le garantiza el cumplimiento de la obligación, sino que le otorga la preferencia en el pago sobre el valor de ella, cuyo privilegio se patentiza ó se hace público mediante la posesión.

Pero ésta no reviste los caracteres que son indispensables para la prescripción, de manera que el acreedor jamás puede prescribir la propiedad, porque posee á título precario,

1 Artículo 1,789, Código civil de 1,884.

2 Artículo 1,791, Código civil de 1,884.

con obligación de restituirla, ó lo que es lo mismo, no posee en nombre propio, sino del deudor.

El segundo de los derechos que la ley otorga al acreedor, es una consecuencia necesaria del primero; pues si la posesión de la prenda es un requisito esencial para que produzca los efectos jurídicos que le son consiguientes, es natural que la ley le conceda también al acreedor los medios necesarios para que conserve y recobre su posesión.

Por este motivo le permite, á ejemplo del propietario, el ejercicio de la acción civil que nace de su derecho real para recobrar la posesión perdida, y la penal para la persecución y castigo del que le hubiere robado, destruído ó deteriorado la prenda, aunque fuere el mismo dueño de ella.

La sanción de ese derecho se encuentra en los artículos 368 y 498 del Código Penal.

Los derechos de indemnización y de exigir el pago de la deuda, cuando se pierde la cosa empeñada, son también consecuencia de la naturaleza del contrato de prenda; porque el acreedor no adquiere el dominio de la cosa, y es justo que el propietario de ella le reembolse de los gastos necesarios y útiles que eroga en su conservación, supuesto que á el le resulta el provecho; y porque el acreedor contrató con el deudor, en el concepto de que la obligación estaría suficientemente garantizada: de donde se infiere que, faltando esta circunstancia, no se llena un requisito esencial del contrato, y el acreedor tiene derecho para exigir en el acto el reembolso de su crédito.

De paso advertiremos, que la obligación que tiene el deudor de indemnizar al acreedor no es la única que la ley le impone, porque entregando la cosa empeñada para garantizar el cumplimiento del contrato, se impone implícitamente el deber de que aquél conserve el derecho de prenda sobre esa cosa; y por consiguiente es responsable de las perturbaciones que sufriere en el ejercicio de ese derecho.

Por tal motivo declara el artículo 1,907 del Código civil,

que si el acreedor es turbado en la posesión de la prenda, debe avisarle al dueño para que lo defienda; y si el deudor no cumpliere con esta obligación, es responsable de todos los daños y perjuicios.<sup>1</sup>

El acreedor está obligado:

1º. A conservar la cosa empeñada como si fuera propia; y a responder de los deterioros y perjuicios que sufra por su culpa ó negligencia; y si la prenda fuere un crédito, a hacer todo lo que fuere necesario para que no se altere ni menoscabe el derecho que tal crédito representa (Arts. 1,909, fracción 1<sup>a</sup> y 1,898, Cód. civ).<sup>2</sup>

La obligación principal que contrae el acreedor al recibir la prenda como garantía de su crédito, es la de restituirla pagada que sea éste, ó lo que es lo mismo, extinguido que sea, por cualquiera de los medios que reconoce la ley, cuya obligación implica necesariamente la de conservarla para que pueda ser restituída en su oportunidad.

¿Cuál es la extensión de ese deber?

La ley la ha fijado, alejando todo motivo de discusión, al declarar que el acreedor debe conservar la cosa empeñada como si fuera propia, esto es, como un buen padre de familia, como un administrador prudente y vigilante, exento de toda responsabilidad cuando la cosa perece por fuerza, mayor ó caso fortuito, sin culpa ó negligencia de su parte.

2º. A restituir la prenda luego que estén íntegramente pagados la deuda, sus intereses y los gastos de conservación de la cosa, si se han estipulado los primeros y erogado los segundos. (Art. 1,909, fracción 2<sup>a</sup> Cód. civ.)<sup>3</sup>

Esta obligación se deriva también de la naturaleza misma del contrato de prenda; pues en virtud de él recibió la cosa el acreedor para garantizar el cumplimiento de la obligación, y

1 Artículo 1,7090.

2 Artículo 1,772, fracción 1<sup>a</sup>, y 1,781, Código civil de 1,884:

El último precepto fué reformado, sustituyéndole la palabra *tenedor* por la de *acreedor*.

3 Artículo 1796, fracción 2<sup>a</sup>, Código civil de 1884.

deja de tener derecho de conservarla en su poder desde el instante en que aquella fué satisfecha; y está en el imprescindible deber de restituirla á su dueño.

De todo lo expuesto se infiere, que el contrato de prenda no transfiere al acreedor el dominio de la cosa sobre que recae y por tanto, que no puede usarla, alquilarla ni darle empleo alguno, porque ejecutaría tales actos sin derecho de ninguna especie, lo que constituiría un abuso; pues abusa el acreedor de la cosa empeñada, según el artículo 1,911 del Código, cuando usa de ella sin estar autorizado por convenio, ó cuando estandolo la deteriora, ó la aplica á objeto diverso de aquel á que está destinada.<sup>1</sup>

Tratando de reprimir semejante abuso, declara la ley que si el acreedor abusa de la cosa empeñada, puede exigir el deudor que ésta se deposite, ó que aquél dé fianza de restituirla en el estado en que la recibió; y así concilia perfectamente los intereses de uno y otro, pues á la vez que no priva al acreedor de la garantía que le procura la prenda, evita que por un abuso incalificable, la destruya ó le cause grave deterioro, con perjuicio del deudor (Art. 1,910, Código civil).<sup>2</sup>

Pero el acreedor está obligado á restituir, no sólo la cosa dada en prenda, sino también los frutos que haya producido, supuesto que le pertenecen al deudor, propietario de ella, en virtud del derecho de accesión.

Así, pues, los frutos de la cosa empeñada pertenecen al deudor; pero si por convenio los percibe el acreedor, su importe se debe imputar primero á los gastos que demande la conservación de la prenda, después á los intereses y el sobrante al capital (Art. 1,913, Cód. civ).<sup>3</sup>

Este orden es enteramente racional y justo, porque es

1 Artículo 1,793, Código civil de 1,884.

2 Artículo 1,794, Código civil de 1,884.

3 Artículo 1,796, Código civil de 1,884.

fuera de toda duda que merece preferencia el pago de aquellos gastos sin los cuales sería imposible la conservación de la cosa, y porque el pago de los intereses antes que el capital es conforme á la regla que, sobre imputación de pagos, hace el artículo 1,572 del Código civil, cuyos fundamentos explicamos en el artículo III, lección 3<sup>o</sup> de este tratado <sup>1</sup>

Usando de la amplia libertad que, para la celebración de contratos, otorga la ley a los contratantes, pueden estipular el deudor y el acreedor la compensación recíproca de intereses con los frutos de la cosa, ó lo que es lo mismo, que éste se aproveche de los frutos en compensación de los intereses de su crédito, de manera que no tenga que darle cuenta de ellos; pero si no celebran tal convenio, la compensación se hace por determinación de la ley hasta la cantidad concurrente; y el exceso que hubiere de los frutos, se debe imputar al capital (Arts. 1,914 y 1,915, Código civili.) <sup>2</sup>

El derecho y la obligación que resultan de la prenda son indivisibles, á no ser que estipulen otra cosa los interesados: es decir, que la prenda es indivisible tanto activa como pasivamente, y el acreedor tiene derecho de conservar la cosa empeñada en su poder aunque se le adeude sólo una mínima parte del crédito, y el deudor no puede pretender su restitución mientras éste no esté satisfecho en su totalidad, pues la prenda garantiza todas y cada una de las partes de la deuda (Art. 1,924, Cód. civ.) <sup>3</sup>

Por este motivo, si el deudor paga el importe de la deuda y sus intereses, no puede pedir la restitución de la prenda si no satisface el de los gastos que el acreedor hubiere erogado en la conservación de ella.

De la misma manera, cuando fallece el deudor dejando varios herederos, la deuda se divide de pleno derecho entre ellos, de modo que cada uno está obligado á pagar una par-

1 Artículo 1,456, Código civil de 1,874.

2 Artículo 1,797 y 1,798. Código civil de 1,884.

3 Artículo 1,807, Código Civil de 1,884.

te proporcional á la porción hereditaria que le corresponde. Sin embargo, si alguno satisface la que le corresponde, no puede pretender que se le entregue la porción que le toca de la prenda, si los demás herederos, ó uno solo, no han pagado el resto de la deuda.

Finalmente: cuando fallece el acreedor dejando varios herederos, se divide entre ellos el importe del crédito; y si uno ó más reciben la parte que les corresponde, se extingue su derecho. Sin embargo, subsiste la prenda, y el deudor no puede pretender la restitución de ella mientras no esté pagada la deuda en su totalidad.

La indivisibilidad es una circunstancia natural del contrato, ó lo que es lo mismo, no es de esencia de él que el derecho y la obligación que produce sean indivisibles, y por tanto está al arbitrio de los contrayentes estipular lo contrario, sin que por esto se vicie el contrato; y así lo establece de una manera expresa el artículo 1,924 del Código, declarando que los interesados pueden estipular que la prenda sea divisible activa ó pasivamente.<sup>1</sup>

La razón es, porque la indivisibilidad tiene por objeto garantizar de una manera completa los intereses del deudor, pero como la ley permite á los contratantes arreglar sus intereses como mejor les parezca, y aun renunciar los beneficios que establece en su favor, pueden, por lo mismo, consentir en la divisibilidad de la prenda.

Ya hemos dicho que el contrato de prenda otorga al acreedor el derecho de conservar en su poder la cosa empeñada hasta que obtiene la solución de su crédito, el cual garantiza. Pues bien, tal derecho constituye un medio coercitivo indirecto para estrechar al deudor al pago, que si por lo común es eficaz, en muchas ocasiones es insuficiente para que el acreedor obtenga el reembolso de su crédito.

Para evitar este mal, la ley otorga otro medio más eficaz,

<sup>1</sup> Artículos 1,807, Código Civil de 1,884.

la realización de la garantía que le presta la prenda, haciendo que se venda para que se pague su crédito con el precio que por ella se obtenga, si el deudor no le reembolsa en el plazo estipulado y cuando fuere requerido para ello.

Pero en tal caso no puede hacer el acreedor la venta de propia autoridad, sino que tiene que ocurrir al juez, y éste debe decretar la venta de la cosa empeñada en almoneda pública y previa citación del deudor; y tiene también derecho de que se le adjudique la cosa en las dos terceras partes del precio que le hubieren dado los peritos, si no pudiere venderse en los términos que establece el Código de Procedimientos (Artículos 1,917 y 1,918, Código civil).<sup>1</sup>

Resulta, pues, que el acreedor que no obtiene el pago á su debido tiempo, puede pedir y obtener de la autoridad judicial la venta de la prenda en subasta pública, con citación del deudor, y previo valuo hecho por peritos; y en caso de que no hubiere postores, que se le adjudique, en pago de su crédito, en las dos terceras partes del precio que aquellos le hubieren fijado.

Pero no puede quedarse con la prenda en pago de la deuda, si no es que así lo hubiere pactado expresamente con el deudor; y aun así, sólo tiene derecho para adjudicársela en las dos terceras partes del precio que le hubieren dado los peritos, si no pudiere rematarse en los términos que para las ventas judiciales establece el Código de Procedimientos (Art. 1,919, Cód. civ).<sup>2</sup>

Pudiera parecer extraña esta determinación de la ley, que viene á coartar la voluntad de los contrayentes, manifestada de una manera libre y espontánea, pero se funda en una consideración de justicia y tiene un objeto eminentemente moral, pues tiende á evitar graves abusos que se cometieran á prettexto del consentimiento arrancado al deudor, apremiado por una situación afflictiva.

<sup>1</sup> Artículos 1,800. y 1,801 Código Civil de 1,884.

<sup>2</sup> Artículo 1,802, Código civil de 1,884

En efecto: la prenda supera comunmente en valor al importe de la deuda, y por lo mismo, habría un gran peligro para el deudor si se quedare el acreedor con ella en pago de su crédito, porque la imposibilidad de aquél para pagarle autorizaría á éste para apropiarse un objeto valioso por una deuda relativamente pequeña; y esto cuando el consentimiento para autorizar ese lucro indebido se obtuvo abusando de la estremada necesidad del deudor, que se ha encontrado en la dura alternativa de no salvar su apurada situación, ó de tener que consentir en el otorgamiento al acreedor de una facultad abusiva.

Pueden también convenir los interesados en que la venta se haga extrajudicialmente; pero en tal caso, así como en los dos antes mencionados, tiene derecho el deudor de hacer suspender la venta, siempre que pague dentro de veinticuatro horas contadas desde la suspensión (Arts. 1,920 y 1,921, Cód. civ.<sup>1</sup>

En otros términos, el deudor puede impedir que se consuma la venta, pagando el importe de la deuda, sus intereses, si fueron estipulados ó proceden conforme á la ley, y los gastos que hubiere sido preciso erogar en la conservación de la prenda; porque obrando así ningún detrimiento sufre el derecho del acreedor, toda vez que obtiene el mismo resultado que si se hubiera llevado hasta su término la venta, el pago de su crédito; y sí resulta al deudor el beneficio de conservar la cosa empeñada, evitándole un perjuicio casi seguro en sus intereses.

Si el producto de la venta no cubre todo el crédito, tiene derecho el acreedor de demandar al deudor por lo que falte; pero si excede al monto de la deuda, se debe entregar el exceso á éste; pues siendo el objeto de la prenda garantizar el cumplimiento del contrato y procurar al acreedor el pago cuando no se hace en su oportunidad, deja de tener

<sup>1</sup> Artículos 1,803 y 1,804 Código civil de 1,884.

derecho sobre el valor de la prenda cuando ha logrado el reembolso de su crédito, y debe, por lo mismo, entregarse al dueño de ésta (Art. 1,922, Cód. civ).<sup>1</sup>

Nuestro Código declara expresamente que el acreedor no responde por la evicción de la prenda vendida, á no ser que intervenga dolo de su parte, ó que se hubiera sujetado á esa responsabilidad de una manera expresa; y creemos que tal declaración es innecesaria porque es una repetición de los principios generales que el mismo ordenamiento ha establecido sobre la responsabilidad civil (Art. 1,923 Cód. civ).<sup>2</sup>

Esta declaración es, sin embargo, justa, porque el acreedor no es quien tiene el dominio de la cosa empeñada, sino el deudor en cuyo nombre se hace la venta, y por lo mismo, éste está obligado, como todo vendedor, á la evicción, según dispone el artículo 1,737 del Código de Procedimientos de 1,872 y el 1,640 del de 1,880.<sup>3</sup>

El derecho que tiene el acreedor de hacer que se venda la prenda por falta de pago de la deuda es meramente facultativo; es decir, que el deudor no puede estrecharle á la venta de la prenda si no la solicita.

La razón es clara, porque el acreedor tiene el derecho de retener la cosa en su poder hasta que se le pague el total de su crédito, y mientras el deudor no le pague no puede pretender que haga aquello que no convenga á su interés, tanto más cuanto que puede él mismo vender la prenda y satisfacer con su valor el importe de su obligación.

Laurent, que sostiene esta teoría, juzga que en el caso propuesto existe un conflicto de derechos y de intereses del deudor y del acreedor, cuya solución no establece la ley y da motivo para resolverla en el sentido indicado, rigoroso para el primero, porque perpetúa la prenda si se halla en la imposibilidad de pagar al segundo.<sup>4</sup>

1 Artículo 1,805, Código Civil de 1,884.

2 Artículo 1,806. Código civil de 1,884.

3 Artículo 838. Código de Procedimientos de 1,884.

4 Tomo XXVIII, núm. 516.

## III

## De la anticresis.

S llama anticresis el contrato en virtud del cual entrega el deudor una cosa inmueble que le pertenece para seguridad de su deudor, quedando el acreedor con derecho de disfrutarlo por cuenta de los intereses debidos ó del capital, si no se deben intereses. (Art. 1,927, Cód. civ.) <sup>1</sup>

La palabra *anticresis* es de origen griego, y significa *goce ó uso contrario*, según la opinión común de los autores, que la creen perfectamente aplicada para designar el contrato cuyo estudio hacemos, porque en virtud de él goza el acreedor del inmueble del deudor, mientras que éste disfruta del dinero de aquél.

Este contrato estaba reprobado por el derecho canónico como usurario, y aunque, en nuestra antigua legislación no había ley que expresamente lo prohibiera, muchos autores, fundados en las leyes 1.<sup>ª</sup> y 2.<sup>ª</sup>, tít. 13, Partida 5.<sup>ª</sup>, sostuvieron contra la opinión de otros, dando lugar á una grave controversia, que estaba prohibido.

El Código civil lo reconoce como un contrato perfectamente lícito, porque además de que cada uno es libre para exigir el interés que estime conveniente como el producto legítimo de su dinero, tiende á facilitar los contratos y aumenta los medios de liberación de los deudores. De manera que es útil para los acreedores porque les proporciona un modo fácil de garantizar sus créditos, y para los deudores porque les proporciona el medio de pagar sus adeudos, entre-

---

1 Artículo 1,810, Código civil de 1,884.

gando sus inmuebles para que sus productos se apliquen á tal objeto.

La comparación de las definiciones de los contratos de prenda y de anticresis basta por sí sola para indicarnos las las diferencias que entre ellos existen, y los puntos de atin- gencia que tienen.

En efecto: la prenda otorga al acreedor el derecho de preferencia respecto de terceras personas para hacerse pagar sobre el valor de la cosa empeñada; mientras que la anticresis no le confiere al acreedor privilegio alguno, pues sólo le da derecho de percibir los frutos de la cosa que recibe para aplicarlo por cuenta de los intereses de su crédito, y si éste no los causa, por cuenta del capital.

Tambien difiere la anticresis de la prenda, en la facultad que tiene el acreedor de usar de la cosa y de percibir sus frutos, que constituye una circunstancia esencial de este contrato, de la cual carece respecto de la cosa empeñada.

Pero como la prenda, es un contrato accesorio, cuya validez depende de la eficacia y existencia de la obligación principal, pues como aquella, tiene por objeto garantizar el cumplimiento de ella, y no se consuma sino por la tradición de la cosa, pues mientras no se halla en poder del acreedor, ni le presta la garantía ofrecida, ni la posibilidad de que éste perciba los frutos de ella; y por último, es unilateral, porque el acreedor es el único que queda obligado por él á la restitución de la cosa, pues el deudor se obliga solamente de una manera accidental, cuando el acreedor hace gastos necesarios para la conservación de la cosa.

La anticresis importa una delegación del goce de la cosa, hecha por el deudor en provecho del acreedor; y por lo mis- mo no puede constituirse sino por aquellas personas que tienen el dominio ó el usufructo de las cosas materia del contrato y la libre disposición de sus bienes, ya por sí mis- mas, ya por medio de mandatario con poder especial.

De aquí se infiere, que nadie puede dar en anticresis las

cosas ajenas sin poder especial de su dueño. Pero si se prueba cumplidamente que el dueño prestó su cosa con el objeto de que se constituyera la anticresis, valdrá ésta como si la hubiera constituido el mismo dueño (Arts. 1,939, 1,902 y 1,903, Cód. civ.) <sup>1</sup>.

Decimos que el usufructuario puede constituir la anticresis sobre los inmuebles usufructuados, porque el artículo 982 del Código Civil le faculta expresamente para gravar el ejercicio de su derecho de usar y disfrutar de las cosas sobre las cuales, recae pero limitando la duración del gravamen á la del usufructo. <sup>2</sup>.

Sin embargo, nada impide que un tercero enteramente extraño á la obligación principal, constituya, para garantizar su cumplimiento, la anticresis en inmuebles de su exclusiva propiedad; porque ni su conducta constituye un acto immoral, ni lo repugna el derecho, que siempre ha tenido como la suprema ley de los contratos la voluntad de los contrayentes, si no es contraria á la moral y las buenas costumbres.

De la definición que hemos dado de la anticresis, se infiere necesariamente que sólo pueden ser objeto de ella las cosas fructíferas, supuesto que debe aprovechar sus productos el acreedor y aplicarlos por cuenta de los intereses y del capital adeudados, y por tanto, que no puede constituirse sobre la nuda propiedad.

El contrato de anticresis debe constar precisamente, bajo la pena de nulidad, en escritura pública, en la cual se debe declarar si el capital causa intereses y fijar los términos en que el acreedor ha de administrar la finca. En el caso de que no se precisen estos puntos importantes, se entiende que no hay intereses y que el acreedor debe administrar de la misma manera que el mandatario general; es decir, que no puede ejecutar más que los actos de mera administración (Arts. 1,928 y 1,929, Cód. civil.) <sup>3</sup>.

Artículos 1,822, 1,785 y 1,786. Código civil de 1,884.

Artículo 882. Código civil de 1,884.

Artículos 1,811 y 1,812 Código civil de 1,884.

Estos requisitos son necesarios para acreditar la existencia del contrato y la extensión de los derechos del acreedor, á fin de evitar entre él y el deudor todo género de discusiones y los abusos y los fraudes que pudieran cometerse, ya con perjuicio de éste, ya respecto de terceras personas. Y la ley ha sido tan exigente en este punto, que no ha querido que tales requisitos revistan el carácter de una formalidad extrínseca, sino que los estima como esenciales para la validez del contrato, al cual le niega todo valor, si falta el otorgamiento de la escritura respectiva, y lo somete á condiciones enteramente favorables para el deudor y severas para el acreedor.

Este, en su calidad de administrador de la cosa, puede celebrar respecto de ella, válidamente, los contratos que estime favorables á sus intereses; pero no puede extenderse, salvo convenio expreso en contrario, á mayor tiempo que el que debe durar la anticresis; por que su derecho para disfrutar la cosa está limitado al pago del capital y sus intereses, y por lo mismo, se extingue cuando ha obtenido éste (Art. 1,930, Cód. civ). <sup>1</sup>

La anticresis es indivisible en sus efectos activa y pasivamente; y así es que aun cuando fallezca el deudor y se divida la deuda entre los herederos, y alguno ó algunos de ellos paguen la porción que de ella les toque no tienen derecho para reclamar la parte que les corresponda de la cosa. De la misma manera, aunque por la muerte del acreedor se divida el crédito entre sus herederos y alguno perciba la parte que le corresponda no puede restituir la cosa con perjuicio de sus coherederos, que tienen derecho de retenerla hasta que sean totalmente pagados.

<sup>1</sup> Artículo 1,813 Código civil de 1,884.

Refermalo para darle mayor claridad, quedó concebido en estos términos: «Los contratos que el acreedor celebre como administrador de la cosa, son válidos, pero no pueden extenderse á mayor tiempo que el que debe durar la anticresis, salvo pacto expreso en contrario entre el acreedor y el deudor,»

Por la misma razón, si la deuda ha sido satisfecha sólo en parte, conserva el acreedor el derecho de retener íntegra la cosa en su poder hasta que aquella le sea totalmente pagada, á no ser que medie pacto en contrario,

La anticresis confiere al acreedor los siguientes derechos según el artículo 1,931 del Código civil:<sup>1</sup>

1º De retener el inmueble hasta que la deuda sea pagada íntegramente, salvo el derecho especial adquirido sobre un tercero sobre el inmueble por efecto de hipoteca anteriormente registrada.

Este derecho es una consecuencia necesaria de la naturaleza del contrato de anticresis, que tiene por objeto garantizar el pago de una deuda, y por lo mismo, así como el acreedor no puede ser obligado á restituir la prenda mientras no se le paga su crédito, tampoco se le puede obligar á que abandone el goce de la cosa que recibió en anticresis antes de que obtenga el reembolso de la cantidad que se le adeuda.

En consecuencia, resulta que aun cuando la anticresis no produzca un derecho de la importancia de la hipoteca, sin embargo le confiere al acreedor el de retención, que es de suma entidad, y del cual no puede ser privado, si no es en el caso de que exista un acreedor hipotecario anterior á la celebración de la anticresis, cuyo título haya sido debidamente inscrito en el registro público, y que haya hecho valer judicialmente su derecho promoviendo el juicio hipotecario respectivo.

Esto no quiere decir que la anticresis produzca un derecho real que afecte la cosa como la hipoteca, que la sigue y se puede ejercer contra cualquier poseedor, sino que produce simplemente el derecho de retención, que perece en el momento en que el acreedor es desapoderado de la cosa; y esta es la razón por la cual otorga la hipoteca al acreedor

---

<sup>1</sup> Artículo 1,814, Código civil de 1,884.

una acción para perseguir la garantía de su crédito, mientras que la anticresis, por el contrario, le produce una excepción para defender la tenencia de la cosa.

Se hace aún más perceptible el principio establecido, considerando los efectos jurídicos de la anticresis bajo otro aspecto.

Supongamos que el acreedor pretende la venta del inmueble por falta de pago de su crédito, y que llega á realizarla. Pues bien, en tal caso pierde el acreedor el derecho de retención, supuesto que es imposible retener y vender la cosa á la vez, y no goza de ningun privilegio para ser pagado preferentemente á otros acreedores: de manera que en concurrencia con hipotecarios tiene que ser pospuesto á ellos, cualesquiera que sean las fechas de sus créditos, y debe ser pagado á prorata con los acreedores personales.

Este efecto marca perfectamente la diferencia que existe entre la prenda y la anticresis, porque el acreedor puede obtener la venta en virtud del primer contrato para que se le pague su crédito con el precio, con preferencia á los demás acreedores, mientras que en virtud del segundo sólo puede retener el inmueble para disfrutarlo hasta que se le pague su crédito, pues su garantía consiste en el goce de él.

2.º De transferir á otro bajo su responsabilidad, el usufructo y administración de la cosa, si no hubiere estipulación en contrario; porque todo hombre es libre para hacer uso de los derechos que le corresponden por sí mismo ó por otro en su nombre y representación:

3.º De defender sus derechos con las acciones posesorias, pues inútil sería la concesión de ellos si careciera de los medios legales para conservarlos y defenderlos.

En consecuencia, tiene acción para conservar y recobrar la tenencia del inmueble cuando se le hubiere desapoderado de él, sea por el deudor, sea por otra persona, supuesto que el contrato le otorga el derecho de retención y de apro-

vecharse de los productos, que constituye la garantía de su crédito.

El acreedor antícrítico tiene las mismas obligaciones que el acreedor de prenda, y por lo mismo, está obligado (Art. 1,932, Cód. civ.):<sup>1</sup>

1º A conservar la cosa dada en anticresis como si fuera propia, y á responder de los deterioros y perjuicios que sufra por su culpa y negligencia:

2º A restituir la cosa luego que estén pagados íntegramente la deuda, sus intereses y los gastos de conservación de aquella, si se han estipulado los primeros y hecho los segundos.

El acreedor tiene también obligación de dar cuenta de los productos de la cosa, y por tanto, responde (Art. 1,932, Cód. civ.):<sup>2</sup>

1º Por los frutos y rendimientos que se perdieren por su culpa:

2º Por las contribuciones y demás cargas prediales, pero con el derecho de deducirlas de los rendimientos.

La anticresis otorga al acreedor, según hemos dicho, el derecho de percibir los frutos de la cosa por cuenta de los intereses debidos, ó del capital, si estos no se causan, ó hay un excedente pagados que sean. Por consiguiente, la percepción de los frutos importa un derecho á la vez que una obligación, porque se hace por el interés mutuo de ambos contratantes; para el pago de los intereses ó del capital del acreedor y para que el deudor se liberte de la obligación, mediante el abandono de los frutos de la cosa.

Por tanto, el acreedor está obligado á percibir los frutos; y si falta al cumplimiento de este deber por negligencia ó omisión, es responsable de los perjuicios que por ella se le sigan al deudor.

El acreedor está obligado al pago de las contribuciones y

1 Artículo 1,815, Código civil de 1,884.

2 Artículo 1,815, Código civil de 1,884.

demás cargas prediales, porque tiene el goce del inmueble y percibe todos sus frutos, y es justo que satisfaga los gravámenes sin los cuales no podría disfrutarlo el mismo deudor.

Pero el pago de las contribuciones y demás cargas prediales no lo hace el acreedor en nombre propio, sino en el del deudor, en virtud de la administración que tiene de la cosa, y por lo mismo, si la cantidad pagada supera al importe de los frutos, tiene derecho para exigir el reembolso, porque no puede sufrir pérdida alguna, supuesto que sólo recibe los frutos para pagarse su crédito, y que la anticresis tiene por objeto garantizar éste, pero no imponerle una obligación.

El acreedor está igualmente obligado á hacer los gastos necesarios para la conservación de la cosa, deduciéndolos del importe de los frutos, porque debe emplearlos como lo haría el propietario. Esto es, siendo un administrador del inmueble, su administración debe ser exactamente la de un buen padre de familia, que emplea de preferencia los frutos en la conservación de la cosa y el reembolso de los gastos erogados en su producción (Art. 1,833, Cód. civ.)<sup>1</sup>

Además, hay dos motivos que por sí solos demuestran la justicia del derecho que el acreedor tiene para deducir de los frutos los gastos de conservación y las contribuciones: el principio según el cual se llama frutos á lo que queda deducidos los gastos, y la consideración de que teniendo por objeto el contrato de anticresis proporcionar al acreedor el medio de pagarse su crédito mediante la percepción sucesiva de los frutos, es evidente que no se le puede imputar más que el producto neto de ellos, que es lo que percibe en realidad.

Las obligaciones que acabamos de indicar y la circunstancia posible de que los frutos de la cosa no sean suficientes para satisfacer las contribuciones y las demás cargas pre-

<sup>1</sup> Artículo 1,816, Código civil de 1,884.

diales, los gastos de conservación y los intereses que causa la deuda, hacen que por el contrato de anticresis se impongan los contrayentes la obligación ineludible de una cuenta que arregle el monto que tiene periódicamente el crédito y el de los abonos que mediante el abandono de los frutos al acreedor hace el deudor.

A este fin, y para proporcionar un punto cierto de partida para la formación de la cuenta, ordena el artículo 1,934 del Código civil, que cuando por cualquiera causa no puedan ser exactamente conocidos los frutos, se regulen por peritos, como si el inmueble estuviera arrendado.<sup>1</sup>

Suponemos que en el caso remoto y poco presumible á que se refiere este precepto, deben hacer los peritos la estimación de los frutos, calculando la cantidad que produciría la finca si se diera en arrendamiento, para lo cual deben tener en cuenta el valor de ella, su proximidad á los grandes centros de consumo, la clase de frutos que produce, la mayor ó menor eventualidad de ellos y otras muchas circunstancias, que deben servir de base para estimar el importe aproximado de los productos.

Hacemos esta suposición, á nuestro juicio fundada, porque la redacción del precepto aludido no es suficientemente clara, de manera que no necesite interpretación, y porque la única que puede hacerse de él es la expuesta.

El término dentro del cual debe cumplir el acreedor la obligación de presentar sus cuentas al deudor debe fijarse por la voluntad de ambos; pero en el caso en que no conviniieren nada á este respecto, haciéndolo constar en la escritura respectiva, el acreedor debe rendirla cada año (Art. 1,935 Cód. civ.)<sup>2</sup>

Al señalar la ley este plazo ha querido suplir las omisiones en que incurrieren los contratantes, para evitar que se eluda, á pretexto de ellas, el cumplimiento de esa importan-

1 Artículo 1,817, Código civil de 1,884.

2 Artículo 1,818, Código civil de 1,884.

te obligación; y como será inútil el señalamiento del plazo indicado si no hubiera un medio coercitivo eficaz que sirviera para estrechar al acreedor á rendir sus cuentas dentro de él, declara el artículo 1,937 del Código civil, que si no cumple con ese deber tres meses después del año que tiene señalado para llenarlo, puede ponérsele un interventor á su costa, si así lo pretende el deudor; y el artículo 1,936 declara también, que si el acreedor hubiere conservado en su poder la cosa dada en anticresis más de diez años sin dar cuentas, se presumen pagados el capital y los intereses, salvo prueba en contrario.<sup>1</sup>

Así, pues, la ley establece dos penas para hacer que el acreedor cumpla con el deber de rendir sus cuentas anuales, el derecho que concede al deudor de nombrar una persona que intervenga judicialmente en la administración del inmueble á expensas del acreedor; y la presunción de pago contraria á éste cuando por más de diez años deja de llenar aquel deber, la cual se tiene como verdad mientras no se pruebe lo contrario, y por lo mismo, le impone la obligación de acreditar que los productos que ha percibido durante el tiempo indicado han sido insuficientes para pagar el capital y sus intereses, si acaso fueron estipulados.

Esta sanción de la ley tiene por objeto hacer eficaz la obligación del acreedor de rendir sus cuentas, la que, como ya hemos dicho, tiene un fin eminentemente moral, evitar los abusos á que se presta la anticresis por su naturaleza especial y por la eventualidad á que por lo general están sujetos los frutos de la cosa sobre que se constituye.

La falta de pago no autoriza al acreedor para quedarse con la cosa, pues no nos cansaremos de repetir que el contrato solamente le da derecho de retenerla y percibir sus frutos. Sin embargo, tiene, como el acreedor que recibe una prenda para la garantía de su crédito, facultad para pedir y

1 Artículos 1,820 y 1,819, Código Civil de 1,884.

obtener la venta del inmueble en subasta y con los mismos requisitos y condiciones que para la prenda establece la ley. (Art. 1,938, Cód. civ.).<sup>1</sup>

De manera que en ningún caso, ni aun en aquel en que el deudor hubiere convenido en que el acreedor se aplique en pago la cosa, puede quedarse éste con ella, sino que debe sacarse á remate, previo valúo hecho por peritos; y sólo que no hubiere postores puede pedir que se le adjudique en las dos terceras partes de su valor.

Pero como hemos dicho antes, el acreedor de anticresis no tiene constituido ningún privilegio, sino simplemente el derecho de retener la cosa y percibir sus frutos, el cual pierde el hecho de sacarla á subasta; y por tanto, realizada la venta, no goza de prelacia para el pago respecto de otros acreedores, sino que es pospuesto á los hipotecarios y entra á prorata con los meramente personales.

La ley no lo dice, pero es evidente que el acreedor puede renunciar la anticresis y devolver la cosa al deudor si no le conviene conservarla; porque siendo una garantía de su crédito es un derecho constituido, del cual puede prescindir en virtud del principio según el cual cada uno es libre para renunciar el beneficio constituido á su favor.

Además, sería perfectamente absurdo que teniendo la anticresis por objeto que el acreedor se pague con los frutos de la cosa, éste estuviera obligado á conservarla, aunque sus productos fueran insuficientes para cubrir los gastos que ella demanda y para pagar la contribución y demás gastos que causa, ó cuando su administración es de tal manera molesta que se convierte en una carga verdaderamente onerosa.

En consecuencia, debemos admitir que el acreedor anticrético, lo mismo que el prendario, tienen derecho para renunciar las garantías que adquieren por virtud de sus respectivos contratos.

FIN DEL TOMO TERCERO.

<sup>1</sup> Artículo 1,821, Código Civil de 1884.

