

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

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

§ I. ¿QUIEN PUEDE CONSTITUIR UN ANTICRESIS.

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

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

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

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

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

531. La jurisprudencia aplicó estos principios. Fue sen-

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

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

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

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

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

1 Pan, 9 de Agosto de 1837 [Dalloz, en la palabra *Minoridad*, núm. 509 3.º].

2 París, 10 Marzo de 1854 (Dalloz, 1855, 2, 246).

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

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

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

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

§ II.—DE LA FORMA.

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

¹ Caen, 11 de Julio de 1844 (Dalloz, 1845, 2, 43).

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

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

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

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