

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ III.—DE LA POSESIÓN.

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

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

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

§ IV.—DE LA ANTICRESIS DISFRAZADA.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ I. DERECHOS DEL ACREEDOR RESPECTO DEL DEUDOR.

Núm. 1. Derecho á los frutos.

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

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

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

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

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