

La prenda de cosa fructífera y el artículo 1.868 del Código Civil

Dedicatoria:

Al Vicedecano del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, don Abelardo Gil Marqués, en prueba de amistad.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. DERECHO ROMANO.—III. DERECHO GERMANICO.—IV. DERECHO CANONICO.—V. DERECHO COMUN Y CODIFICACION.—VI. DERECHO COMPARADO: 1. CÓDIGO FRANCÉS. 2. CÓDIGOS QUE SIGUEN EL MODELO FRANCÉS. 3. CÓDIGO ALEMÁN. 4. CÓDIGO ITALIANO DE 1942. 5. CÓDIGO CIVIL PORTUGUÉS. 6. CÓDIGOS HISPANOAMERICANOS.—VII. DERECHO ESPAÑOL: 1. GÉNESIS HISTÓRICA: A) *Desde los visigodos al período codificador.* B) *La codificación española.*—2. EXAMEN DEL ARTÍCULO 1.868 DEL CÓDIGO CIVIL. 3. LA PRENDA FRUCTÍFERA EN EL DERECHO ESPAÑOL.

I. INTRODUCCION

El artículo 1.868 del Código Civil, ubicado dentro del Capítulo II (De la prenda), del Título XV (De los contratos de prenda, hipoteca y anticresis) del Libro IV (De las obligaciones y contratos) establece: «Si la prenda produce intereses, compensará el acreedor los que perciba con los que se le deben; y, si no se le deben, o en cuanto excedan de los legítimamente debidos, los imputará al capital.» La literatura sobre dicho precepto ha sido escasísima. Si se prescinde de los Comentarios (1) y algunas ligeras

(1) JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO: *Comentarios al Código Civil español*, tomo XII, 6.^a ed., revisada por Justo J. GÓMEZ YSABEL. Madrid, 1973, págs. 580 a 583. Q. MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil comentado y concordado...*, redactado por P. de Apalategui, tomo XXIX, Madrid, 1955, págs. 378 a 380. J. SANTAMARÍA: *Comentarios al Código Civil*, II, Madrid, 1958, págs. 888 y 889.

referencias en los autores (2), podemos decir que el tema se encuentra casi inexplorado entre nosotros. Ciertamente presenta notable excepción el trabajo de GUILARTE (3), que concreta sus inmediatos antecedentes, recoge las directrices doctrinales en su interpretación y sus consecuencias, pero dentro del marco de una gran obra, unos voluminosos Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales.

En cuanto a la actividad jurisprudencial puede decirse que ha sido nula en relación con este precepto y en vano repasaremos las diversas colecciones patrias, pues no encontraremos ni una sola sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que citar o comentar. No deja de resultar extraño que desde las ya famosas y añejas «Leyes civiles» de MEDINA y MARAÑÓN (4), hasta la más reciente obra del mismo tenor (5), sólo encontremos en tan dilatado período —sin haber hallado nada antes de este término inicial— una solitaria sentencia y para ello del Tribunal de lo Contencioso de 12 de diciembre de 1892, cercana a su centenario, que parafraseando el artículo en cuestión indica como «se establece aquí la posibilidad de compensación de intereses y, en su defecto, la imputación a cuenta del capital debido», añadiendo además que «este precepto es sustitutivo de la voluntad de las partes que no se encuentra manifestada expresamente en el contrato». Se trataba de un caso en que se había constituido fianza de valores para garantizar el cumplimiento de un contrato del Estado, expresándose, que tanto el importe de aquellos, como sus dividendos o intereses debían aplicarse para la extinción de las responsabilidades decretadas al contratista. ¡Escaso comentario para un siglo de vigencia del Código Civil y de su artículo 1.868!

Ante las muchas limitaciones y dudas que suscita el texto literal del precepto, juzgo conveniente romper sus concreciones temporales y espa-

(2) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO: *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*, tomo 5.º. Derecho de obligaciones, Madrid, 1920, pág. 300. DEMÓFILO DE BUEN en la obra de A. COLIN y H. CAPITANT: *Curso elemental de Derecho civil*, traducción por la redacción de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo V. Garantías personales y reales, Madrid, 1925, donde pone notas sobre el Derecho civil español, pág. 102. J. CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español común y foral*, tomo 2. Derecho de cosas. 13.ª ed. revisada y puesta al día por PASCUAL MARÍN PÉREZ, Madrid, 1983, pág. 491. En realidad sigue repitiendo lo mismo desde las primeras ediciones, *ad exemplum* la 6.ª de 1943, pág. 402.

(3) VICENTE GUILARTE ZAPATERO, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO, tomo XXIII, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1980, págs. 438 a 442.

(4) LEÓN MEDINA y MANUEL MARAÑÓN: *Leyes civiles de España*, novísima edición, Madrid, 1949, puesta al día por J. CASTÁN, J. GARRIGUES, MANUEL BATLLE, LEONARDO PRIETO CASTRO, RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE y FRANCISCO ORTEGA LORCA, pág. 611.

(5) CARLOS VÁZQUEZ IRUZUBIETA: *Doctrina y jurisprudencia del Código Civil*, 2.ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, 1981, pág. 2735.

ciales, esto es, acudir al Derecho histórico y al comparado, no sólo para iluminar las sombras y llenar los vacíos, sino para evitar la limitación del estudio a una mera exégesis del texto con la sola cita de las diversas opiniones, escasas por otra parte y el obligado de sus inmediatos precedentes.

Vamos a comenzar por ello este estudio con el Derecho romano y nuestro Derecho histórico, para tratar después de diversos ordenamientos extraños que recogen, bien posibilidades de prenda anticrética, o que repiten de diversos modos el patrón galo, que de forma harto anómala se ha seguido en nuestra legislación y en la de otros países hispanoamericanos.

Finalmente y a la luz de tales antecedentes podremos examinar, comparando analogías y diferencias del artículo 1.868, para extraer de tal contraste las obligadas consecuencias derivadas, no sólo de la propia hermenéutica de su texto y de sus próximos precedentes, sino de la comparación con otros más remotos o ajenos.

II. DERECHO ROMANO

La prenda es uno de los contratos más antiguos que demuestra, junto a su permanencia, que su origen obedeció a una necesidad sentida por la humanidad (6). Su presencia se constata en los textos más antiguos de la Biblia (7), en el propio Código de Hammurabi (8), entre los antiguos egipcios, chinos, birmanos y otros muchos pueblos (9).

En el Derecho romano, la primera figura del *pignus* consistió en la entrega de la *possessio* por parte del deudor al acreedor pignoraticio (*datio pignoris*), si bien más tarde se admitiría suficiente la constitución por simple acuerdo (*conventio pignoris*), que acabaría designándose como hipoteca (10). Sin embargo, la prenda no adquiriría propiamente rango de institución jurídica hasta que apareció su protección por medio de los

(6) «Prenda», en *Enciclopedia Jurídica Seix*, por VÍCTOR COVIÁN.

(7) Génesis, 38,17. Deuteronomio, 24,10 y sigs.

(8) *Código de Hammurabi*, edición preparada por FEDERICO LARA PEINADO, Editora Nacional, Madrid, 1982, pág. 103. Este antiguo texto legislativo distingue claramente si existe o no el vínculo de accesoriedad que la prenda ha de comportar, para señalar responsabilidad al acreedor en este último caso, 114, o para exonerarle por destrucción fortuita, 115 y 116, salvo posterior responsabilidad.

(9) RENÉ DEKKER: *El Derecho privado de los pueblos*, traducción de FRANCISCO JAVIER OSSET, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, págs. 43, 70, etc.

(10) PABLO FUENTESECA: *Derecho privado romano*, Madrid, 1978, pág. 160.

interdictos (11), lo que se logró a fines de la República, cuando el Pretor concedió al acreedor pignoraticio los interdictos posesorios (12).

En su originaria regulación la prenda sólo proporcionaba una garantía de carácter coactivo, la retención de la cosa dada en prenda por el deudor hasta que fuera cumplida la obligación que garantizaba (13). Quedaba así limitada la prenda a la conservación de la posesión sobre la cosa gravada, ejercitando con ello una coacción psicológica sobre el deudor a fin de inducirlo al cumplimiento de la obligación (14). El deudor pignorante podía servirse de la cosa dada en pignoración e incluso gravarla con hipoteca y percibir sus frutos (15), ya que el acreedor no adquiría sino la posesión, una retención, continuando el constituyente como dueño de la cosa dada en garantía (16). El *pignus* no atribuía al acreedor el derecho a usar la cosa (17), careciendo del *uti* y del *frui*, hasta el punto de que si lo realizaba sin estarle autorizado en el contrato, era considerado como el depositario o el comendatario y sujeto por ello no sólo a la *actio pignoratitia* directa, que le pediría cuentas de la falta de cuidado, sino a la propia *actio furti* (18).

Pero el estricto contenido del derecho de prenda podía extenderse a otras facultades que amplificaban los derechos del acreedor sobre la cosa sujeta al *pignus* (19). Aparecieron así otros pactos complementarios de la retención, como el *vendendi*, ya conocido desde Servio (20) y que terminó como estimarse implícito en cualquier pignoración desde la época clásica (21). El derecho de comiso (*lex comisoria*) o de hacerse propietario el acreedor de la prenda si no se cumplía la obligación, aunque en realidad se trataba de una venta para garantía con pacto de retroventa si se pagaba

(11) J. ARIAS RAMOS: *Derecho romano*, I, parte general. Derechos reales, 13.^a ed. revisada por J. ARIAS BONET, Madrid, 1974, pág. 312.

(12) MANUEL GARCÍA GARRIDO: *Derecho privado romano*, I, Instituciones, 3.^a ed., Madrid, 1985, pág. 311.

(13) *Ibidem*, pág. 308. COVIÁN, *ob. cit.*, pág. 376.

(14) «Pegno», de ALBERTO BURDESE, en *Enciclopedia del Diritto*, bajo la dirección de CONSTANTINO MORATI y FRANCESCO SANTORO-PASCARELLI, tomo XXXII, Giuffrè editore, Varese, 1982, pág. 670.

(15) F. MACKELDEY: *Elementos de Derecho romano*, Madrid, 1844, Biblioteca de Jurisprudencia y Legislación, pág. 196.

(16) COVIÁN, *ob. cit.*, pág. cit.

(17) ARIAS RAMOS, *ob. cit.*, pág. 317.

(18) PAUL F. GIRARD: *Manuel élémentaire de Droit Romain*, Hautieme ed. revu et mise a jour par FELIX SENN, París, 1929, pág. 561.

(19) GARCÍA GARRIDO, *ob. cit.*, pág. 312.

(20) ULPIANO en *Digesto* 47,10,15,32; GAYO, 2,64; JAVOLENO, *Digesto* 47,2,74; SCAEVOLA, *Digesto* 44,3,14,5.

(21) A. BURDESE, *ob. cit.*, pág. 670.

la deuda (22), pacto que fue prohibido en el año 326 por Constantino (23) porque servía para encubrir intereses ilegales (24).

Existía también un pacto, que es el que ahora nos interesa, que autorizaba al acreedor, tratándose de cosa fructífera, a percibir los frutos en lugar de los intereses debidos, pacto denominado anticresis (25). Se designaba con este término griego de ἀντιχρησις el pacto por el cual los frutos eran lucrados enteramente por el acreedor a título de intereses del crédito garantizado (26), pues tal vocablo no significa sino uso o disfrute de una cosa χρησις como recompensa de algo ἀντίτινος y no necesariamente ἀντίτων τόκων, en compensación del interés (27). En las fuentes romanas aparece sólo una vez, puesto que D (20,1) 11,1 y (13,7) 33 constituyen fragmentos de un mismo texto originario y en tal pasaje significa anticresis χρησις ἀντι τῶν τόκων, si bien tal texto no se refiere al caso en que el predio mismo sea hipotecado (28). Por lo demás los juristas romanos no suelen adoptar el término anticresis, aunque el concepto se encuentre en sus doctrinas (29).

A juicio de SOHN (30) en el Derecho antiguo debió reducirse la anticresis a una prenda fructífera, que autorizaba al acreedor a irse cobrando con los frutos de la cosa, o sirviéndose de ella, pero podía combinarse también con una verdadera prenda de carácter comisorio (31). En resumen, la anticresis debe considerarse como un pacto agregado al *pignus* (32). En este sentido se han pronunciado incluso antiguos comentaristas, como GOTHOFREDUS (33), que estimaba, en base al texto de Marciano en el Digesto (34), a la anticresis una modalidad del *pignus* en la que en

(22) GARCÍA GARRIDO, *ob. cit.*, pág. 670.

(23) Código Theodosiano 3,2,1; CI 8,34(35) 3.

(24) GARCÍA GARRIDO, *ob. cit.*, *loc. cit.*

(25) JUAN IGLESIAS SANTOS: *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, 8.ª ed., Barcelona, 1983, pág. 376. RODOLFO SOHN: *Instituciones de Derecho Privado Romano. Historia y sistema*, 17.ª ed., corregida por L. MITTEIS, sacada a la luz por L. WENGER. Traducción del alemán por W. ROCES, Madrid, 1928, pág. 318.

(26) BURDESE, *ob. cit.*, pág. cit.

(27) FRITZ SCHULZ: *Derecho Romano clásico*, traducción de JOSÉ SANTA CRUZ, Bosch, Barcelona, 1960, pág. 399.

(28) *Ibidem*.

(29) SOHN, *ob. cit.*, pág. cit., nota 1.

(30) *Ibidem*.

(31) *Ibidem*.

(32) MANUEL BATLLE VÁZQUEZ: «Anticresis», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*.

(33) «*Corpus iuris civilis cum notis*», nota a Digesto 20,1 De pig. et hip. 5,1, donde expresa: «*Pignus anim aliud simplex, cuius usum creditor no habet, aliud ἀντιχρησις, cuius unum habet... pignus utilitatem utendi fruendi in vicem debiti continens.*»

(34) D. 20, De pig. et hip.: «*Si ἀντιχρησις facta sit et in fundum aut in aedes inducatur, eo usque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia salvatur, cum in usuras fructus percipiat aut locando aut ipse percipiendo habitandoque: itaque si amisierit possessionem, solet in factum actione uti.*» (Si se hizo anticresis —en griego—,

virtud de un pacto tiene el acreedor el derecho de gozar de la cosa dada en prenda. Este pacto ha tomado en ocasiones la forma de renuncia del pignorante a reclamar los frutos producidos por la cosa empeñada durante el tiempo de su retención, a cambio de la renuncia del acreedor al cobro de intereses de la deuda (35).

Para algunos autores es dudoso que tal pacto de aprovechamiento de frutos por el acreedor pignoraticio pudiera considerarse tácito (36) y parece más probable que tal extensión a los frutos o a cierta clase de ellos de forma automática no se produjeran hasta el Derecho justiniano (37).

La mayoría de los tratadistas entiende que cuando la cosa era fructífera podía el acreedor percibir los frutos para imputarlos a los intereses, después al capital (38) y si sobra se convierte en excedente o *superfluum*.

Para KASER (39) la pignoración conjunta de los frutos con la cosa madre se produce ya en la época clásica, mientras FREZZA (40) entiende que constituye una creación justiniana o de carácter oriental y muy próxima a Justiniano. A la hora de inclinarnos por una u otra opinión, debe tenerse en cuenta la destacada amplitud del *pignus* en cuanto a su objeto, que se extiende lo mismo a muebles que a inmuebles, a los muebles propiamente dichos o a los semovientes, al usufructo, ciertas servidumbres rústicas, al derecho de superficie, no sólo a las res corporales sino también a los créditos, y no sólo a las individualidades (*species*), sino al conjunto de cosas, a las universales y al mismo patrimonio presente y futuro (41). Con tal amplitud y extensión operativa de la pignoración no es de extrañar que pudiera extenderse casi desde sus orígenes la coimpignoración de la cosa y sus frutos, mediante pacto que acabaría por estimarse implícito y se recogería ya así hacia el período justiniano.

y se introduce al acreedor en el fundo o en la casa, puede retener la posesión en lugar de prenda hasta que se le pague la cantidad debida, siendo así que puede percibir los frutos en vez de los intereses, ya sea arrendado, ya sea percibiendo los frutos o habitando la prenda por sí mismo.)

(35) ALVARO D'ORS: *Derecho Privado Romano*, 4.^a ed., Pamplona, 1981, página 476.

(36) SCHULZ, *ob. cit.*, pág. cit. ARIAS RAMOS, *ob. cit.*, pág. 317.

(37) ARIAS RAMOS, *ob. cit.*, pág. cit. GIRARD, *ob. cit.*, pág. cit. SOHN, *ob. cit.*, pág. cit. D'ORS, *ob. cit.*, pág. cit. IGLESIAS, *ob. cit.*, pág. 376. GARCÍA GARRIDO, *ob. cit.*, páginas 313 y 314.

(38) MACKELDEY, *ob. cit.*, pág. cit. GIRARD, *ob. cit.*, pág. cit. SOHN, *ob. cit.*, pág. cit. D'ORS, *ob. cit.*, pág. cit. IGLESIAS, *ob. cit.*, pág. 376. GARCÍA GARRIDO, *ob. cit.*, págs. 313 y 314.

(39) KASER: *Das römische Privatrecht*, München, 1971, T I, pág. 464.

(40) FREZZA: *Le garanzie delle obbligazioni*, II, Le garanzie reali, Padova, 1963, página 150.

(41) IGLESIAS, *ob. cit.*, págs. 375 y 376. AQUILINO IGLESIA FERREIROS: *Las garantías reales en el Derecho histórico español. La prenda contractual desde sus orígenes hasta la recepción del Derecho común*, I, Santiago de Compostela, 1977, pág. 36.

Cuando el acreedor pignoraticio percibe los frutos de la cosa empeñada y no exista pacto sobre ello y siempre que la cosa sea propiedad del que la dio en prenda o sus herederos (42), el valor de tales frutos se aplica, en primer término, al pago de los intereses y después al abono de la deuda principal, correspondiendo al deudor el eventual excedente (43).

A juicio de SCHULZ (44), las partes no eran libres de regular esta materia de modo diferente. Por este camino BRINZ llegó a sostener, con apoyo en Digesto 202,39, que siempre que se daba en prenda una cosa fructífera, el acreedor podía retener los frutos para aplicarlos a la extinción de la deuda, aunque el crédito no produjera interés alguno (45). Este texto de PAULO está probablemente alterado, a juicio de BURDESE (46) y no faltan tampoco quienes ven una correspondencia de dicha norma con PS, 2,13,1 b del Breviario, conservadora del Derecho postclásico (47). Pero el mencionado texto que expresa: «*Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pignoratae ad modum legitimum usuras retinere*» (48), sirve a MANICK (49) para sostener que la prenda romana era, por lo general, una prenda fructífera. Fuera de estos casos, tratándose de créditos sin interés, deben imputarse los frutos al capital (50).

Algún sector doctrinal ha mantenido que la percepción de los frutos, en ausencia de pacto anticrético, no constituye un derecho sino un deber del acreedor (51), con apoyo para tal afirmación en dos textos del Código, el 4,24,3 (52) y el 8,24,2, si bien el primero se ha estimado interpolado (53).

(42) SOHN, *ob. cit.*, pág. cit.

(43) D'ORS, *ob. cit.* IGLESIAS, *ob. cit.*, pág. 376. GARCÍA GARRIDO, *ob. cit.*, pág. cit.

(44) *Ob. cit.*, pág. cit.

(45) *Lerbuch der Pandekten*, II, 2.^a ed., Erlangen, 1882, pág. 318, nota.

(46) *Ob. cit.*, pág. 670.

(47) IGLESIA FERREIROS, *ob. cit.*, pág. 39.

(48) «Cuando el propietario da una cantidad sin obligación de pagar intereses, puede el acreedor retener los frutos de la cosa que tiene en garantía hasta el límite de los intereses legales» (Paul. 2 sent.). La traducción está tomada de la obra *El Digesto de Justiniano*, versión castellana por A. D'ORS, F. FERNÁNDEZ TEJERO, P. FUENTESECA, M. GARCÍA GARRIDO y J. BURILLO, Pamplona, 1972, tomo II, pág. 20.

(49) *Gläubigerfriedigung durch Nutzung*, 1910, pág. 31.

(50) *Ibidem*.

(51) DERNBURG: *System des römischen Recht*, 8.^a ed., tomo I, 505. SOHN, *ob. cit.*, pág. cit.

(52) «*Creditor, qui predium pignori nexum detinuit, fructus, quos percepit, vel percipere debuit, in ratione exonerandi debiti computare necesse habet: et si agrum deteriozem, eo quoque nomine pigneratitia actione obligatur*» (El acreedor que ha poseído un predio a título de prenda, está obligado a disminuir la deuda con el valor de los frutos que ha percibido o que había debido percibir; pero si él ha causado daños en el predio, vendrá obligado en virtud de la acción pignoraticia —traducción propia del texto del Código).

(53) JÖRS-KUNKEL: *Derecho Privado romano*, traducción de L. PRIETO CASTRO, Barcelona, 1937, pág. 223, nota 5.

Todo estriba en determinar el valor que deba concederse a las expresiones «*vel percipere debuit*» del primero y «*vel quas percipere potuit*» del segundo.

Salvo la práctica del pacto anticrético, que no debió de utilizarse en la época antigua, los frutos de las cosas debían imputarse a los intereses y al capital. Esto sólo podía ocurrir con las cosas fructíferas, pero precisamente a tales cosas debían de referirse las relaciones pignoraticias (54).

Un texto de MODESTINO en el Digesto 13,7,39, pone de manifiesto la función satisfactoria del *pignus* a través de la imputación de frutos al pago del crédito garantizado (55). «*Cayus Seius ob pecuniam mutuam fundum suum Lucio Titio pignori dedit: postea pactum inter eos factum est, ut creditor pignus suum in compensationem pecuniae suae certo tempore possiderit*» (56).

La cuestión referente a determinar en qué casos el acreedor que recibe una cosa por prenda anticrética, expresa o tácita, debe rendir cuenta de los frutos percibidos, y deducir del capital lo que exceda de los intereses legales, se resuelve atendiendo a diversos criterios: 1. Si el deudor ha dado una prenda al acreedor, que le ha prestado un capital sin intereses, y la cosa es fructífera, el acreedor pignoraticio puede retener los frutos hasta el vencimiento de los intereses legales, en cuyo caso debe rendir siempre cuenta, como se deduce de Digesto 20,2, frag. 8.

2. Pero si se ha dado la prenda por una deuda que produce intereses para el acreedor, se distinguen tres casos: a) Si se dan al acreedor por vía de intereses los frutos naturales de la herencia hipotecada, no debe entonces rendirse cuentas, conforme a lo señalado en Const. 17, del Código IV,32, a no ser que haya intervenido un particular acuerdo (Digesto 20,1,1,3); o que se ha hecho el pacto anticrético sólo para ocultar una usura (Constantino en 26,1 en Código IV,32). b) Si se han fijado los intereses, en tal supuesto debe siempre el acreedor rendir cuentas, y asimismo deducir el exceso de capital, ya que resulta indiferente que el deudor abone al contado los intereses o que dé al acreedor el mandato de percibirlos. c) Si el deudor no tiene que pagar intereses, pero el acreedor tiene el uso de la cosa pignorada, p. ej., habitando la casa hipotecada, no está obligado a rendir cuentas, pero sí lo está siempre que la preste o alquile a otros, como claramente se deduce del texto del Código IV,32 (57).

(54) IGLESIA FERREIROS, *ob. cit.*, pág. 60.

(55) *Ibidem*.

(56) «Cayo Seyo pignoró un fundo suyo a Lucio Titio en garantía de una cantidad prestada; pactaron luego que el acreedor pudiera poseer la prenda un cierto tiempo en compensación de aquella cantidad que prestó...» *El Digesto de Justiniano*, cit., tomo I, Pamplona, 1968, pág. 536.

(57) F. MACKELDEY, *ob. cit.*, pág. 197, nota 1.

Retengamos como final de esta breve exposición del Derecho romano en esta materia de la prenda de cosa fructífera, que la prenda podía comprender lo mismo bienes muebles que inmuebles y que la hipoteca consistía en una garantía no otorgada por la entrega o traspaso de la posesión de la cosa, sino por el simple convenio (*pignus conventum*). Esta prenda por simple convicción tuvo su origen en la garantía inmobiliaria de los arrendamientos públicos y, sobre todo, en la garantía prestada en los arrendamientos rústicos (58). El término de origen griego, *hypoteca* se utilizó con preferencia a *pignus conventum* a partir de la época de los Severos por influencia del derecho de las provincias orientales del Imperio (59).

III. DERECHO GERMANICO

El *wadium* comprendía diversas instituciones y muy variadas, careciendo de carácter unitario, al cobijarse bajo dicho término diferentes situaciones jurídicas: bienes que podían ser dados o tomados en garantía de una obligación o bien simplemente señalados al acreedor sin transferencia de la posesión de los mismos, o con traspaso de la posesión o propiedad, o bien con la simple concesión del goce (60).

Dejando aparte la denominada *prenda tomada*, de profundo arraigo germánico, consistente en la toma de posesión por propia autoridad del acreedor (61), de la que HINOJOSA presenta numerosos ejemplos en nuestros Fueros Municipales (62), debemos ocuparnos aquí tan sólo de la convencional.

La pignoración o empeño (*Verpföndung*) consistía en la entrega material de la cosa al acreedor, quien debía restituirla en buen estado en el momento de abonarse la deuda (63). Pero dentro de este lato concepto podían distinguirse en el campo mobiliario dos diferentes clases de prenda: la concertada o puesta (*gesetzes Pfand*) y la tomada, como vimos. La

(58) D'ORS, *ob. cit.*, pág. 460.

(59) GARCÍA GARRIDO, *ob. cit.*, pág. 315.

(60) ADRIANA CAMPITELLI, en «Pegno. Diritto intermedio», en *Enciclopedia del Diritto*, cit., pág. 676. También GUISEPPE SALVIOLI: *Corso elementare completo di Storia del Diritto italiano*, Napoli, 1921, pág. 181, donde recoge que el *wadium* no era sino una prenda simbólica, porque lo usual era confirmar con prendas reales.

(61) HANS PLANITZ: *Principios de Derecho Privado Germánico*, traducción de C. MELÓN INFANTE, prólogo de ALFONSO GARCÍA GALLO, Barcelona, Bosch, 1957, página 177.

(62) EDUARDO DE HINOJOSA: *El elemento germánico en el Derecho español*, Madrid, 1915, págs. 79 a 105.

(63) ERNESTO LEHR: *Tratado de Derecho civil germánico o alemán*, traducción de DOMINGO ALCALDE PRIETO, Madrid, 1878, pág. 249.

primera podía ser manual (*Fautspfand*) en la que el acreedor recibe la *gewere* corporal, puesto que sin posesión manual no hay prenda, obteniendo el acreedor un derecho de retención, que de no realizarse en su momento la prestación que garantizaba se trocaba en propiedad (64). Consistía en una prenda de sustancia, de caducidad y penal (65). En caso de rescate tenía que restituirse el objeto prendario inalterado, respondiendo el acreedor hasta del caso fortuito. Si la prenda recaía en un animal y podía imputarse su muerte al acreedor, debía reemplazarlo por otro, sin perder el derecho a reclamar su crédito, como se deduce, entre otros textos, del *Sachsenspiegel* (III,V,4 y 5) y del *Schwabenspiegel* (212) (66). Pero con el correr del tiempo esta responsabilidad pura se va convirtiendo en una seguridad accesoria del crédito (67).

Durante el medievo en las ciudades sometidas al Derecho de Lübeck, en Frankfurt y en Suiza, además de la prenda manual se produjo el fenómeno de permitir la pignoración de una cosa mueble sin transmisión de la *gewere* corporal sobre ella, mediante un acto público formal ante testigos, ante el Tribunal o el Consejo, sustituyéndose más tarde por la inscripción en un Registro de la ciudad (68).

Dentro de los inmuebles se distinguió la denominada prenda de sustancia o *Substanzpfand*, y la de disfrute o aprovechamiento, *Nutzungspfand*. La primera otorgaba, en un principio, un derecho de retención temporalmente ilimitado, si bien más tarde surgió la cláusula de caducidad, estaba dirigida la adquisición duradera del suelo y servía de atribuciones a la Iglesia en concepto de «cuota pro ánima» (69). La prenda de disfrute pretendía que el acreedor percibiera los aprovechamientos de la cosa pignorada. Esta última que es la que ahora nos interesa, debiendo destacarse su frecuente práctica, tanto en el medio rural como en el urbano, derivó del derecho de retención limitado temporalmente, permitiendo al acreedor disfrutar de los productos de la prenda sin imputarlos al crédito (70).

(64) PLANITZ, *ob. cit.*, pág. 175.

(65) *Ibidem*.

(66) LEHR, *ob. cit.*, pág. cit.

(67) PLANITZ, *ob. cit.*, pág. 176.

(68) *Ibidem*.

(69) PLANITZ, *ob. cit.*, pág. 143. MAYER en su trabajo *El antiguo Derecho de obligaciones español, según sus rasgos fundamentales*, Barcelona, 1926, pág. 212, expuso ciertos casos de aplicación de la *wadatio*, haciendo referencia a los bienes *pro ánima*, pero fue criticado por LUIS G. DE VALDEAVELLANO: «La cuota de libre disposición en el Derecho hereditario de León y Castilla en la Alta Edad Media», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo IX, Madrid, 1932, págs. 129 a 176, con referencia, principalmente, a los Fueros de Brihuega y de Usagre. En igual sentido JOSÉ MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO: *Herencias a favor del alma en el Derecho español*, Madrid, 1944, págs. 31 y 32.

(70) PLANITZ, *ob. cit.*, pág. 145.

Así esta prenda de disfrute otorgaba sólo la posesión de las rentas, entregándose «*ad habendum et fruendum*», según ha destacado SCHUPFER (71). Subsistió, pese a la influencia romanista (72), permitiendo al acreedor la percepción de los productos de la prenda sin la obligada imputación al crédito (73).

Con referencia a su modo de constitución, mientras para BRUNNER (74) se asemejaba a una compra con pacto de retro, PLANITZ (75) entendía que se apoyaba en una transmisión resolutoriamente condicionada, de forma semejante a como la venta alemana lo realizaba en el retracto, añadiendo que este derecho de prenda inmobiliaria (*Grundpfandrecht*), el más importante para dar satisfacción al crédito del acreedor, desempeñaba una función semejante a la venta con reserva del tracto.

Así, este empeño perpetuo o *mort-gage* contenía un elemento penal, contemplándose en el aprovechamiento que otorgaba una justa compensación por el retraso sin motivo del rescate de la prenda (76).

Más tarde habría de chocar con las tendencias canónicas, de las que nos ocuparemos en el siguiente apartado, pero hemos de señalar ahora, que ello afectaría necesariamente a la institución. A partir del siglo XIII el Derecho territorial traería un profundo cambio al fijarse los provechos en relación a la suma de la deuda en la denominada prenda de rentas, o *grundherliche Rentenpfand* (77). En tal caso el dueño del inmueble atribuía por vía de prenda al acreedor los rendimientos anuales de la propiedad inmobiliaria, proporcionalmente a la cuantía de su crédito y tales rendimientos otorgaban una *gewere* mediata sobre la finca, señalándose un interés, por lo general en un tanto por ciento (78). La idea penal desaparece y es sustituida por la renta como única compensación admisible por la cesión del capital, transformándose, por último, la prenda inmobiliaria en una prenda derechos, convirtiéndose sus propios rendimientos en el objeto de la prenda (79).

Este largo itinerario del instituto no es siempre general ni uniforme.

(71) Citado por JOSÉ BENEYTO PÉREZ: *Instituciones de Derecho histórico español*, prólogo de RAFAEL ALTAMIA, vol. I, Bosch, Barcelona, 1930, pág. 282.

(72) BRUNNER: *Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte*, edición completada por E. HEYMAN en 1927, pág. 219.

(73) PLANITZ, *ob. cit.*, pág. cit. En contra BENEYTO, *ob. cit.*, pág. 283, que sostiene que lo normal era la atribución de las rentas al pago de los intereses.

(74) *Ob. cit.*, pág. 218.

(75) *Ob. cit.*, pág. 142.

(76) *Ibidem*, pág. 145.

(77) *Ibidem*, págs. 145 y 146.

(78) *Ibidem*.

(79) *Ibidem*.

Así entre los longobardos, el pacto anticrético y el goce de la cosa prendada asumían el lugar del interés debido por el deudor (80).

Dentro del floreciente ambiente urbano se aplicó esta prenda de disfrute a la ocupación de una casa en la ciudad, al ponerse en recíproca relación el valor de la locación y la suma prendaria (81). En Colonia apareció un empeño con *gewere* de rédito a favor del acreedor, al constituir el propietario de una casa vivienda sobre el inmueble una prenda que transmitía anualmente al acreedor los variables provechos a costa de la casa, con otorgamiento de una *gewere* de rédito, fijándose un interés de rendimiento proporcional al valor arrendaticio. Tal *gewere* de rédito no otorgaba ya un dominio sobre el suelo y se asemejaba bastante a una prenda sin posesión (82).

En cuanto al antiguo Derecho inglés, si bien conoció la distinción entre prenda de propiedad y prenda de disfrute, en su posterior evolución abandonó esta última, centrándose exclusivamente en la prenda de propiedad.

En el Derecho histórico francés (leyes bárbaras) destaca la amplitud aplicativa de la pignoración, en cuanto se toma prenda para ejercitar un crédito y se da para pagar una deuda o para garantizar el pago de una multa (83).

Igual ocurría entre los anglosajones, en que se da prenda y garantía en toda convención: en esponsales, al comenzar un proceso y en las más diferentes ocasiones (84).

Generalmente en el Derecho histórico francés medieval se da en prenda un inmueble y el acreedor ostenta no sólo la posesión, sino una especie de propiedad temporal, que le permitía retenerla, usarla y percibir sus frutos, como se expresa en Marculfo I, núm. 374 (85).

En el período feudal, en el *mort-gage* el acreedor percibe los frutos de la cosa, en forma semejante al convenio romano de anticresis, mientras que en el *vif-gage* servían de amortización de la deuda (86). El inconveniente de la prenda es su improductividad, porque ni el acreedor ni el deudor pueden servirse de ella, por eso, si la prenda produce frutos es natural dejárselos al acreedor, con obligación de imputarlos a la deuda

(80) CAPITELLI, *ob. cit.*, pág. 678.

(81) PLANITZ, *ob. cit.*, pág. cit.

(82) *Ibidem*.

(83) PAUL OURLIAC y DE MALAFOSSE: *Derecho romano y francés histórico*, traducción y anotaciones de MANUEL FAIRÉN, tomo I, Obligaciones, Barcelona, 1960, página 547.

(84) GARABED ARTIN DAVOUD-OGHLOU: *Histoire de la législation des anciens Germains*, Berlin, 1845, tomo II, pág. 739,7.

(85) OURLIAC y DE MALAFOSSE, *ob. cit.*, pág. cit.

(86) *Ibidem*, pág. 548.

(anticresis y *vif-gage* en oposición a *mort-gage* que no reconoce este derecho). Pero un acreedor exigente estipulará que los frutos le sean atribuidos sin imputación ninguna a la deuda (*mort-gage*) (87). Puede concluirse con LOYSEL que *vif-gage* es aquella prenda que se libera con sus frutos; *mort-gage* la que no se libera de este modo (88).

Como resumen del Derecho germánico podemos destacar, que existe una forma de garantía que, a diferencia de la fiducia romana, transmite la cosa como una enajenación aseguratoria, de manera que al pagarse la deuda la propiedad revertiría automáticamente al deudor enajenante (89).

La prenda manual o posesoria se relaciona con el *pignus* romano, pero debe tenerse en cuenta que la desposesión se conexiona con la *gewere* corporal y puede recaer lo mismo sobre muebles que inmuebles y admite las dos categorías de prenda de sustancia y prenda de disfrute. La garantía se concibe como una sustitución de la responsabilidad del deudor por la responsabilidad de la cosa (90).

IV. DERECHO CANONICO

El Cristianismo no condenó la propiedad privada, pero sí repudió el mal uso y el apego a las riquezas, imponiendo el deber de la limosna como una secuela de la caridad (91). Los elogios de Justino al desprendimiento de los bienes presuponen la existencia de propiedad privada en la comunidad cristiana, así como la aplicación de la limosna, por ello CLEMENTE DE ALEJANDRÍA afirmó la santificación del rico si utiliza sus bienes en beneficio de sus prójimos (92).

Pero la Iglesia tuvo que chocar necesariamente con la práctica usuraria. Si ya en Roma los *Decemviri* señalaron una tasa de interés, al fijar el máximo que no podía traspasar el anual, lo que persistió bajo los emperadores cristianos, a partir del Concilio de Nicea se comienza a prohibir la usura a los clérigos (93). Dado el absolutismo y formalismo del Derecho

(87) RENÉ DEKKER, *ob. cit.*, pág. 473.

(88) «Institutes», 484, citado por R. DEKKER, *ob. cit.*, pág. 473.

(89) JOSÉ FERNÁNDEZ VILELLA: «Introducción al estudio de los derechos reales de garantía», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XIII, pág. 44. MARTIN WOLFF: *Derecho de cosas*, traducción de la 32.^a edición alemana por BLAS PÉREZ GONZÁLEZ y JOSÉ ALGUER, 2.^a ed. española al cuidado de JOSÉ PUIG BRUTAU, Barcelona, 1951, págs. 172 a 175.

(90) FERRANDIS VILELLA, *ob. cit.*, pág. cit.

(91) JOSÉ MALDONADO: *Curso de Derecho Canónico para juristas civiles*, parte general, Madrid, 1970, pág. 247.

(92) *Ibidem*.

(93) VÍCTOR COVIÁN, en *Enciclopedia Jurídica Seix*, voz «usura».

romano, debió oponer una tenaz resistencia a los principios espiritualistas y humanitarios de la Iglesia, por ello ha podido plantearse con BIONDO BIONDI el estudio del Derecho romano cristiano, o relación entre Derecho romano y Cristianismo, como ha hecho entre nosotros URSICINIO ALVAREZ (94).

Los principios cristianos basados en el respeto a la persona humana aportan la idea de la *cáritas*, que informa todas las relaciones entre los hombres; de la *equitas*, complementadora del concepto de *iustitia* y como consecuencia de la exigencia de las *libertas* y *bona fides* en las relaciones jurídicas (95).

SAN AMBROSIO destacó que las riquezas no son intrínsecamente malas, sino que el mal radica en su inadecuada utilización y SAN AGUSTÍN no condenó la propiedad en sus diversas clases, pero sí puso de relieve el gravísimo peligro del amor a la riqueza y del abandono de la caridad.

Como consecuencia de las ideas expresadas, en las relaciones crediticias rige el principio de la fraternidad y el del favorecimiento del deudor con la concesión de un término de gracia, configurado como donación, con la prohibición *ne fiat perturbatio debitoris* y con el veto a ciertas prendas (96). Con tales presupuestos no es de extrañar que el Derecho canónico de los siglos XII y siguientes, no sólo mirara con recelo a la usura en los préstamos, sino que prohibiera a otras figuras jurídicas que pudieran encubirla. El paso del sistema de tasa a la prohibición de todo interés lo llevaron a cabo los canonistas medievales que proclamaron la injusticia de todo interés. Se llegó así a repudiar como usurario cualquier beneficio de la suma prestada, cualquiera que fuese la cuantía, ampliándose el concepto a la venta a término con estipulación de un precio superior, al préstamo de ciertas cosas fungibles con la cláusula de devolución de otras distintas de más valor y al contrato de prenda o hipoteca con la condición de que el acreedor tuviera derecho a la atribución de los frutos de la cosa sin imputarlos al capital del crédito (97).

La anticresis y el *mort-gage* fueron condenados «*Usura est lucrificare fructus rei pignoratæ*» señala la rúbrica del Capítulo I del Título XIX del Libro V de las Decretales, condenándose de forma expresa en el Capítulo IV del Título XXI del Libro III. En el Capítulo VI del mismo Título y Libro se expresa: «*Si aceditor, vels is, quib ab eo causam habet, tot fructus percepit ex pignore, quod satisfactum est sorti, debet pignus restitui debitori*».

Para BATLLE el texto resulta muy significativo al rechazar la percep-

(94) J. MALDONADO, *ob. cit.*, pág. 270.

(95) *Ibidem*, págs. 270 y 271.

(96) *Ibidem*, págs. 280 y 281.

(97) COVIÁN, *ob. últ. cit.*

ción de los frutos *viceusurarum*, estableciendo la posibilidad de un *pignus* de amortización en que los frutos se destinan a resarcir al capital (98). En este sentido no sería condenado el *vif-gage*, donde las rentas sirven para amortizar el crédito (99).

Ya en el siglo XII la Iglesia había exigido que los provechos de la prenda se imputaran a la deuda, pero el *vif-gage* o *Totsatzung* (empeño amortizable) fue repudiado de forma casi unánime, ideándose incluso en el ámbito eclesiástico específicos negocios fraudulentos (100). Poco a poco se fueron abriendo paso una serie de excepciones al principio prohibitivo, defendidas por BALDO, cuando el precio se acordaba en beneficio del deudor, derivaba de un beneficio anterior o constituía un contrato de sociedad comercial (101).

Las costumbres germanas entendían que lo que se daba en garantía era la cosa misma, nunca su precio en venta, por ello el pacto anticrético resultaba lógico dentro de esta construcción (102).

SALVIOLI (103) ha puesto de relieve como por la influencia eclesiástica se vetaron la *lex comisoria*, el pacto anticrético y todos aquellos contratos pignoraticios que pudieran velar u ocultar negocios usurarios. La doctrina canónica sobre el interés pactado en el mutuo derivó de otra más amplia del justo precio. Tanto SANTO TOMÁS como SAN BUENAVENTURA destacaron el nivel moral de dar a los demás lo superfluo sin requerir una recompensa material (*mutuum date, inde nihil sperantes*), o mantuvieron la antigua prevención de que el dinero no producía frutos (*pecunia non parit pecuniam*). Sin embargo, tales ideas llegaron a alcanzar consecuencias jurídicas, pues «*per conditionem ex cónone*», como expuso DURAND, el perjudicado podía pedir la restitución (104).

De todos modos, la penetración de esta doctrina no fue igual en todos los lugares, y se ha puesto de relieve algunos casos, como el de los estatutos medievales italianos en los que se encuentra el pacto anticrético como un medio de obtener frutos de la cosa pignorada sin imputarlos al capital (105) y parece que incluso se difundió un famoso contrato *ad gaudendum*, que no era otra cosa sino una anticresis disfrazada (106).

(98) *Ob. cit., loc. cit.*

(99) OURLIAC y DE MALAFOSSE, *ob. cit.*, pág. 548.

(100) PLANITZ, *ob. cit.*, pág. 145.

(101) J. MALDONADO, *ob. cit.*, pág. 363.

(102) BENEYTO, *ob. cit.*, pág. 283.

(103) *Storia del Diritto italiano*, Torino, 1921, pág. 627.

(104) J. MALDONADO, *ob. cit.*, pág. 362.

(105) BESTA: *Le obbligazioni nella storia del Diritto italiano*, Padova, 1936, número 118. También el mismo: *Il diritto sulle cose nella storia del diritto italiano*, Padova, 1933, págs. 255 y sigs.

(106) BESTA: *Le obbligazioni...*, *cit., loc. cit.*

V. DERECHO COMUN Y CODIFICACION

En la evolución del instituto de la prenda desde la recepción del Derecho común hacia su final cristalización en el periodo de la codificación civil, se detectan concretas y precisas diferencias con las otras dos garantías reales: la hipoteca y la anticresis. Ello ha de repercutir necesariamente en la prenda fructífera o anticrética, objeto de nuestro estudio.

Podemos comenzar señalando, que la distinción entre *pignus* e *hypoteca* en el Derecho romano distaba de ser nítida, pese al conocido texto de MARCIANO (107): «*inter pignus et hypotecam tantum nominis sonus differt*» y motivó la preocupación de los juristas romanos por las relaciones entre ambas figuras. Como criterio más preciso parecía asentarse la exclusiva diferencia entra ambas garantías en el tránsito de la posesión y así se encuentra en la precisa formulación de ULPIANO (108): «*proprie pignus dicimus quod ad creditorem transit, hypotecam cum non transit nec possessio ad creditorem*». Tal diferencia entre la *pignoris datio* y la *pignoris conventio* fue aceptada por los escritores del medioevo, salvo el «*Libellus de verbis legalibus*», que atendió a la naturaleza mobiliaria o inmobiliaria de los bienes gravados para tal distinción (109). Pero tanto glosadores como canonistas pusieron el acento para la diferenciación entre ambas garantías, no en la movilidad de los bienes gravados, sino en la transferencia de la posesión de los mismos. Se distingue así la prenda que transfiere la posesión de la cosa gravada al acreedor, de la hipoteca que no entrega dicha posesión que sigue atribuida al titular garante (110).

Todo el pensamiento dominante parece adoptar una situación de absoluta indiferencia respecto a la naturaleza de las cosas —muebles o inmuebles— que constituían el objeto del gravamen (111).

Ahora bien, con la multiplicación de las hipotecas legales a favor del Fisco, de las mujeres casadas y de los menores, se crean a partir del siglo XIII los primeros Registros hipotecarios (112), para favorecer el crédito y dar publicidad a los gravámenes y ello determinaría que poco a poco se fuera limitando el campo de aplicación de la prenda a los bienes muebles (113).

(107) *Digesto* 20,1,5,1.

(108) *Digesto* 13,7,9,2.

(109) A. CAPITELLI, *ob. cit.*, pág. 679.

(110) *Ibidem*.

(111) CICCAGLIONE: *Manuale di storia del Diritto italiano*, II, Milano, sin fecha, página 353.

(112) Si a finales del siglo XIII se instituyeron en Venecia los primeros registros hipotecarios, en el Ducado de Modena y en el Reino de las Dos Sicilias ello no ocurre hasta fines del siglo XVIII. A. CAPITELLI, *ob. cit.*, pág. 681.

(113) CICCAGLIONE, *ob. cit.*, pág. cit.

Se ha destacado que la legislación napoleónica supondría el final de los confusos límites entre la prenda y la hipoteca (114), pero no significaría sino etapa más en el devenir de ambas instituciones, para desnaturalizarse poco más tarde con las hipotecas navales y las mobiliarias.

Las relaciones entre la prenda y la anticresis han sido aún más imprecisas. Mientras que la prenda constituía una clara institución del Derecho civil privado, se ha puesto de relieve la influencia del Derecho público en el origen de la anticresis (115). Ya aludimos más atrás (116), al comentario de GOTHOFREDUS sobre ambas figuras, poniendo el acento en que el *pignus* constituía una garantía sin uso de la cosa, siendo intrascendente para la distinción que la cosa fuera mueble o inmueble. Ello hizo pensar que se trataba de la misma figura, pasando a constituir la anticresis una modalidad del *pignus*. Mas la protección del acreedor anticrético mediante una *actio in factum*, hizo pensar a NOOT, VINNIO y al mismo POTHIER, que se trataba de diferentes instituciones, al no aplicarse la acción serviana a la anticresis (117). Sólo cuando se pactara que con el valor de los frutos se amortizaría el capital o cuando se tratase de un pacto agregado de modo expreso existiría el *pignus*. Circunscribiéndose la anticresis entre los antiguos comentaristas como un pacto referente a bienes inmuebles (118), pero cuando sólo se pactare la anticresis y no el *pignus*, y éste no se sobreentendiese por las circunstancias del caso, se producía un efecto más restringido, al darse tan sólo la función compensatoria y el derecho de retención, pero no el *ius vendendi* (119).

Los redactores del Código francés no recogieron al pronto la anticresis, al haberse atacado como forma rudimentaria de crédito, encubridora de la usura e impropia de los pueblos civilizados (120), pero los informes de los Tribunales franceses fueron favorables a su inclusión en el Código, atendiendo al *droit coutumier* y porque tendía a facilitar las convenciones, multiplicando los medios de liberación del deudor y su utilidad social al favorecer tanto al acreedor como al deudor (121). Con tales precedentes, el Código de Napoleón recogería la anticresis como contrato independiente y no como un pacto accesorio de la prenda, pero restringido a los bienes

(114) A. CAPITELLI, *ob. cit.*, pág. 681.

(115) MARQUARDT: *De la organisation financière des romaines*, París, pág. 198.

(116) Ver nota 33 de este trabajo.

(117) BATLLE, *ob. cit.*, pág. cit.

(118) *Ibidem*.

(119) *Ibidem*.

(120) PLANIOL citaba la frase de PUGEARD Y DE TROPLONG, de que «la anticresis no es un contrato de pueblos civilizados» (J. CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho común y foral*, 6.ª edición, tomo II, Madrid, 1943, pág. 440, nota 1).

(121) BATLLE, *ob. cit.*, *loc. cit.*

inmuebles, englobando ambas figuras bajo la rúbrica ya tradicional en Francia de «nantissement».

VI. DERECHO COMPARADO

1. CÓDIGO FRANCÉS

El Código francés contiene más Derecho germánico que el mismo Landrecht prusiano de 1794 y que el Código Civil general de Austria de 1811, lo cual puede explicarse por haberse tenido en cuenta en su redacción las *coutumes*, especialmente las de París, sumamente germánicas (122). Además, en muchísimos contratos se ha visto la mano de POTHIER (123), por ello debe deducirse su influencia en la redacción del «nantissement».

El Código de Napoleón dentro de su Libro III, «de los diferentes modos de adquirir la propiedad» dedica el Título XVII, «Du nantissement», con los artículos 2.071 y 2.072 como obertura del Título, antes de los capítulos que lo forman: el I, «de la prenda», que comprende los artículos 2.073 a 2.084, y el II, «de la anticresis», con los artículos 2.085 a 2.091. Ya fuera de este título, en el siguiente, el XVIII, se ocupa el texto de 1804 de los privilegios e hipotecas con cinco capítulos, algunos divididos también en secciones y contenidos de los artículos 2.092 al 2.203.

El texto legal define el «nantissement» como un contrato por el cual el deudor entrega una cosa a su acreedor para la seguridad de la deuda (art. 2.071). Constituye una figura genérica, que comprende las dos especies, de prenda o «nantissement» de cosa mueble y de anticresis o «nantissement» de inmueble (art. 2.072). Tienen de común ambas instituciones que el acreedor recibe una cosa en garantía de una deuda, lo que constituye la esencia del «nantissement», pero se diferencian, no sólo por el objeto sobre el que recae el gravamen, mueble o inmueble, sino también porque la anticresis es *per se* de aprovechamiento fructífero y la prenda suele no serlo. El «nantissement», pese a su carga histórica y a su sentido tradicional puede traducirse como una garantía real con desplazamiento posesorio de la cosa gravada.

Con relación a la anticresis puede afirmarse, que si transformó en el Código su concepto, ganó en claridad, no sólo por su concreción a los inmuebles, sino por su exclusiva limitación a la compensación de intereses o frutos y a la amortización, salvo pacto en contrario (124).

(122) J. CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español común y foral*, 8.^a ed., tomo I, Introducción y Parte General, volumen I, Madrid, 1951, pág. 144 en nota 3, que viene de la página anterior.

(123) *Ibidem*, pág. 145.

(124) BATLLE, *ob. cit.*, pág. 698.

El Código de Austria sancionó con la nulidad los actos constitutivos de anticresis (125) y otro tanto ocurre con el Código del Cantón de Vaud (126).

Pero la *sedes materiae* del Código Civil galo, al ubicar en el mismo título prenda y anticresis y colocar en otro la hipoteca y los privilegios, presenta trascendencia, no sólo al poner el acento en el desplazamiento posesorio, sino en alejar la hipoteca de tales garantías y situarla junto a los privilegios, apunta también al disfrute, propio y esencial en la anticresis y excepcional o extraño en la prenda.

Como parecían no existir los prejuicios de otros tiempos sobre la usura del pacto anticrético, se admitió sin dificultad en el Código. Con el tono declamatorio y enfático del tiempo, el Discurso Preliminar expresaba que «el dinero es el signo de todos los valores, procura todo lo que proporciona provecho o fruto. ¿Por qué, entonces, quien lo necesita, no ha de pagar por su uso como paga por el uso de todos los objetos que ha de menester? A la manera de todas las demás cosas el dinero puede ser donado, prestado, arrendado, vendido. La renta vitalicia es una enajenación, el préstamo con interés es un arrendamiento, el ceder una cierta suma para su uso gratuito, es un simple préstamo, la liberalidad sin intereses ni reintegro es una donación. La donación y el préstamo son actos de generosidad, mas el arrendamiento y la enajenación no son actos injustos» (127). Y continuaba más adelante PORTALIS: «Si el dinero ha de tener un precio, es preciso también que este precio sea poco considerable. El interés moderado del dinero fomenta las empresas útiles» (128).

Con tales ideas dominantes, el Código de Napoleón, seguido por otros, abandonó el criterio de la tasa del interés convencional, pero tal sistema de libertad duraría poco, pues retrocediendo al régimen anterior, una ley civil y penal de 3 de septiembre de 1807 determinó que dicho interés no podría exceder del 5 por 100 en lo civil, ni del 6 en materia comercial (129).

Señalado lo que antecede, podemos pasar ahora a examinar el sistema francés en orden a los frutos e intereses en la prenda. El Código se ocupa en un solo precepto de este punto. Dice el artículo 2.081: «S'il s'agit d'une

(125) *Vide*, nota siguiente.

(126) M. ANTOINE DE SAINT JOSEPH: *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code français*, Bruxelles, 1852, págs. 152 y 153.

(127) JEAN ETIENNE-MARIE PORTALIS: *Discurso preliminar del Proyecto de Código civil francés*, traducción, prólogo y notas de MANUEL DE RIVAROLA Y RIVAROLA, Valparaíso (Chile), 1978, pág. 94.

(128) *Ibidem*.

(129) VÍCTOR COVIÁN en voz «usura», en *Enciclopedia Jurídica Seix*.

creance donné en gage, et que cette creance porte intérêts, le creancier impute ces intérêts sur ceux qui peuvent lui être dus.

Si la dette pour sûreté laquelle la creance a été donné en gage, ne porte point ele-même intérêts, l'imputation se fait sur le capital de la dette» (130).

Dicen los tratadistas franceses que la prenda no constituye un motivo de ganancia para el acreedor, pues no significa y supone sino una garantía (131). El acreedor pignoraticio, cuando el crédito le ha sido satisfecho, está obligado a restituir la prenda al deudor con todos sus accesorios y entre estos, los frutos naturales o civiles de la cosa empeñada (132). De las obligaciones que contrae el acreedor nace una acción llamada *actio pignoratitia* directa, cuyo principal objeto es la restitución de la cosa dada en garantía y cuando ésta ha perecido por culpa del acreedor, debe devolver su valor (133). Son objetos accesorios de dicha acción: 1.º Los daños e intereses que puede pretender el deudor contra el acreedor por los deterioros causados por culpa del acreedor. 2.º Otro objeto accesorio de esta misma *actio* es la cuenta de los frutos y de todo lo que provenga de la cosa dada en prenda (134). El deudor o tercero que ha entregado la cosa en prenda conservan todos los derechos de propiedad sobre la cosa empeñada, como si no hubiera sido puesta en depósito en el acreedor pignoraticio. Si la cosa produce frutos, el acreedor debe dar cuenta de los percibidos (135), porque el acreedor no tiene, en principio, el goce de la cosa y no puede servirse de ella para su uso personal, ni percibir los frutos cuando los produzca (136). A diferencia del anticresista no tiene, salvo pacto en contrario, el derecho de disfrute (137). PLANIOL ha criticado esta equiparación legal al depósito, destacando que tal comparación resulta peligrosa

(130) «Si se trata de un crédito dado en prenda, y este crédito produce intereses, el acreedor imputa estos intereses sobre los que pueden serle debidos. Si la deuda para cuya seguridad ha sido dado el crédito en prenda no produce intereses, la imputación se hace sobre el capital de la deuda.»

(131) M. TROPLONG: *Le Droit civil expliqué suivant l'ordre du Code. De la contrainte par corps, du nantissement, du gage et de l'antichrèse*, Bruxelles, 1848, pág. 118, número 437.

(132) PAUL PONT: *Explication du Code Civil*, tomo 9.º, vol. II, París, 1878, página 719.

(133) POTHIER: *Recueil des divers traités sur les hypotheèques, l'antichrèse et le nantissement*, tomo premier, París, 1809, págs. 486 y 487.

(134) *Ibidem*, pág. 487.

(135) K. S. ZACHARIAE: *La Droit Civil Français*, traduit de l'allemand sur la cinquième édition, anoté et rétabli par G. MASSE y Ch. VERGÉ, tomo V, París, 1860, página 111.

(136) MARCEL PLANIOL y G. RIPERT: *Tratado Elemental de Derecho Civil*, traducción de JOSÉ M. CAJICA de la 12.ª edición francesa, Puebla (México), 1948, pág. 52.

(137) M. PLANIOL y G. RIPERT: *Traité Pratique de Droit Civil Français*, tome XII Suretés réelles. Premier partie avec concours de EMILA BECQUÉ, París, 1927, pág. 110.

y vale poco, ya que la prenda se encuentra muy lejos de constituir un depósito (138).

Señala el artículo 2.079 que «hasta la expropiación del deudor, si fuere procedente conservar la propiedad de la prenda, la cual en poder del acreedor, no es sino un depósito que asegura el privilegio de éste» (139).

Si el crédito pignorado produce intereses se establece una compensación entre los intereses de éste y los de la deuda para cuya seguridad se constituyó la prenda (140).

Esta es la idea expresada por el primer párrafo del artículo 2.081. El Código no distingue el caso en que los intereses son objeto de un título distinto del título de crédito que los produce, pero basta para su aplicación que los intereses percibidos por el acreedor excedan a aquellos que le son debidos, y así lo ha recogido el fallo de casación de 17 de diciembre de 1841 (141). La decisión de la Ley supone necesariamente que el acreedor pignoraticio se encuentra tácitamente encargado por el contrato de percibir los intereses del crédito empeñado a fin de hacer la imputación (142). Ello parece razonable, pues los intereses se perciben por un corto período de tiempo y es natural suponer que el deudor desposeído del título ha encargado al acreedor pignoraticio de cobrar en su lugar los intereses, que no podría percibir más que con el asentimiento de éste (143). Lo prescrito en el artículo 2.075 asegura al acreedor la posibilidad de impedir cualquier pago en su perjuicio, pero también advierte al deudor del crédito pignorado que en adelante es el acreedor pignoraticio a quien deben satisfacerse los intereses (144). El cobro de intereses por el acreedor pignoraticio resulta así una consecuencia de un mandato tácito (145), que tiene su apoyo en el dato que el acreedor que ha pignorado su crédito ha perdido, por la notificación realizada al deudor, el derecho de cobrar periódicamente los intereses, puesto que importa a todos, acreedor, deudor y acreedor pignoraticio que los intereses del crédito se paguen exactamente (146). Los intereses así percibidos son aplicados a la liberación del deudor pignorante

(138) *Ibidem*.

(139) «Jusqu'à l'expropriation du débiteur, s'il y a lieu reste propriétaire du gage, qui n'est, dans la main du créancier, qu'un dépôt assurant le privilège de celui-ci» (artículo 2.079). La traducción de JOSÉ M. CAJICA en la obra de JULIEN BONNECASE: *Elementos de Derecho Civil*, tomo II, Puebla (México), pág. 593.

(140) PONT, *ob. cit.*, pág. cit.

(141) TROPLONG, *ob. cit.*, pág. 119, nota 7.

(142) PONT, *ob. cit.*, pág. 720.

(143) *Ibidem*.

(144) *Ibidem*.

(145) A. M. DEMANTE y E. COLMET DE SANTERRE: *Cours analytique de Code Civil*, tomo 7. El autor es COLMET DE SANTERRE, París, 1884, pág. 384.

(146) *Ibidem*.

y se imputan sobre la deuda conforme a las reglas de la imputación de pagos, primero sobre los intereses y después sobre el capital de la deuda (147). Justifica esta solución que simplifica sobradamente las relaciones entre las partes (148). ¿De qué serviría que el deudor cobrara por sí mismo los intereses del crédito dado en prenda para después entregarlos al acreedor pignoraticio? (149). Entienden por ello COLIN y CAPITANT que los intereses del crédito dado en prenda forman un elemento de garantía que el acreedor pignoraticio ha debido tomar en cuenta en el momento de constitución de la prenda (150). Los intereses, en efecto, forman parte de la prenda, son accesorios de la misma y como tal deben ir a buscar al acreedor (151).

Si la deuda para cuya seguridad se ha dado en prenda el crédito no produce intereses, los intereses del crédito se imputarán sobre el capital y lo disminuirán (152).

Del segundo párrafo del artículo 2.081 se deduce una aparente derogación del artículo 1.244 del Código. La imputación de los intereses de un crédito no extingue, por lo general, el capital del crédito imputado, lo normal es que se trate de una extinción parcial y así el acreedor pignoraticio lo recibirá como pago parcial y extraordinario, sin tener derecho a rehusarlo (153).

Las razones del artículo 2.081,2 imponen, que cuando un crédito produzca intereses y ha sido empeñado para garantizar otro crédito que también los produce, los intereses del crédito pignorado se imputan sobre los intereses y sobre el capital, pues aunque esto no resulte del artículo 2.081,1 se deduce de su segundo apartado (154).

Por el contrario, el acreedor pignoraticio no tiene derecho a cobrar el capital del crédito pignorado, pues si tuviera tal potestad dicho capital se imputaría sobre la deuda garantizada por la prenda. La diferencia entre el mandato tácito para cobrar no aparece tan clara como en el caso de los intereses, ya que el capital no debe ser pagado sino de una vez, en tanto que los intereses se pagan en diversos momentos (155). Si el vencimiento ha llegado, el deudor pignoraticio, acreedor del crédito pignorado, no podrá cobrar, puesto que el empeño valdrá como una oposición y tendrá

(147) *Ibidem*.

(148) A. COLIN y H. CAPITANT: *Cours élémentaire de Droit Civil français*, tome II, Paris, 1915, pág. 760.

(149) *Ibidem*.

(150) *Ibidem*.

(151) TROPLONG, *ob. cit.*, pág. 119.

(152) *Ibidem*.

(153) COLMET DE SANTERRE, *ob. cit.*, pág. 384.

(154) *Ibidem*.

(155) *Ibidem*, pág. 385.

interés en entenderse con el acreedor pignoraticio, que no podrá cobrar sin el consentimiento de la otra parte (156). Del mutuo interés nacerá un acuerdo y cobrarán ambos conjuntamente. Si el acuerdo no tiene lugar, habrá que atenerse a lo dispuesto en el artículo 2.078: «La créancier ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage; sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères. Toute cause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus, est nulle» (157).

Se señalaba incluso que el mandato tácito, tratándose de capital podía ser peligroso en hipótesis frecuentes que el crédito pignorado fuera superior en valor al crédito que garantiza la prenda y la ley sería harto imprudente pues convertiría al acreedor en deudor por el excedente, mientras que con referencia a los intereses no arriesga perderlos el deudor ya que se imputan al capital, a extinguir su propia deuda (158).

Precisamente, sólo tendrá derecho a cobrar el capital del crédito pignorado el acreedor pignoraticio cuando expresamente se le haya conferido tal derecho en el acto constitutivo de la prenda (159). Por eso se ha estimado el acuerdo como constitutivo de un simple mandato, siempre revocable a voluntad del deudor. Si de los términos contractuales o de otras circunstancias apareciera como invocable la convención, implicaría más bien una delegación condicional de crédito que una verdadera garantía (160).

La jurisprudencia se ha pronunciado en algunos casos. Así «cuando el título de renta se ha dado en prenda, los derechos del acreedor pignoraticio se extienden a los atrasos, salvo pacto en contrario» (Req. 28 de noviembre de 1894) (161).

(156) *Ibidem*.

(157) «No puede el acreedor, por falta de pago, disponer de la prenda, sin perjuicio de que pueda demandar judicialmente su entrega como pago, hasta la debida concurrencia, según avalúo hecho por peritos, o que se venda en pública subasta. Cualquiera cláusula que autorice al acreedor para apropiarse de la prenda o para disponer de ella, sin las formalidades expresadas, se considerará nula.» La traducción de J. M. CAJICA, ver nota 139 de este trabajo.

(158) COLMET DE SANTERRE, *ob. cit.*, pág. ult. cit.

(159) PONT, *ob. cit.*, pág. 720.

(160) *Ibidem*.

(161) Code Civil de *Petites Codes de Dalloz*, Paris, 1972, pág. 953. También la casación belga destacó que el artículo 2.081 no distingue el supuesto en que el capital y los intereses se deben en virtud de un mismo acto y el caso en que los intereses son objeto de un título distinto del propio del crédito; basta con que los intereses percibidos por el acreedor excedan de los debidos para que deban ser imputados al capital (Cass de 17 de diciembre de 1841). Citado por *Les Codes Larcier*, tomo I, edición de 1965, Bruxelles, página 153.

Si se trata de un mueble fructífero, aunque las garantías sobre tales bienes suelen ser raras en las prácticas modernas y por eso el silencio del Código sobre los frutos producidos por las cosas durante la pignoración (162), pues efectivamente el texto legal no habla de muebles corporales fructíferos (163), no cabe duda de que las cosas pueden producir frutos, y debe resolverse la situación de tales productos. Existen ciertos muebles corporales que son fructíferos con gran número de animales (164). POTHIER generalizaba la regla del artículo 2.081, aplicándola a todos los casos en que el objeto mueble pignorado fuera fructífero y concluía que estos frutos venían en deducción de la deuda (165). Pero en contra de la opinión de tal tratadista, entienden otros autores, que para las cosas fungibles no parece posible decidir analógicamente que el acreedor aprovechará los frutos y los imputará al valor del crédito, porque ello implicaría una dación en pago que precisaba ser convenida (166). También BAUDRY-LACANTINIERE y DE LOYNES (167) combatían semejante presunción, en defecto de forma legislativa, pero no veían inconveniente en que las partes confirieran tal derecho al acreedor pignoraticio por un pacto expreso (168), admitiéndose incluso que tal pacto pudiera ser tácito, deducido de las circunstancias, como recogió el Tribunal de Boulogne-sur Mer en 3 de abril de 1925 (169). Para muchos autores tal solución encuentra su apoyo en el propio artículo 2.081 (170), pero tal precepto no habla de frutos, sino de intereses (171). Las crías de un animal y aun admitiendo que fueran coimpignoradas con la madre, encuentran su normativa en el artículo 2.078 y no constituyen propiedad del acreedor pignoraticio, que debe hacérselos atribuir «por justicia» o ser autorizado a su venta. Se añade el desconocimiento del valor de las crías y el temor a fraudes (172).

Se puede concluir que si la cosa produce frutos, el acreedor tiene que dar cuenta de los percibidos (173) y así cuando reciba expresa o tácita-

(162) TROPLONG, *ob. cit.*, pág. 119.

(163) PONT, *ob. cit.*, pág. cit.

(164) COLMET DE SANTERRE, *ob. cit.*, pág. ult. cit.

(165) «Nantissement» 36.

(166) C. AUBRY y C. RAU: *Cours de Droit Civil français*, 4.^a ed., tomo 4, Paris, 1874, pág. 111.

(167) *Ob. cit.*, pág. 105.

(168) *Ibidem*. También L. JOSSEAND: *Derecho Civil*, revisado y completado por ANDRÉ BRU, tomo II, vol. II, traducción de SANTIAGO CUNCHILLOS Y MANTEROLA, Buenos Aires, pág. 452.

(169) PLANIOL y RIPERT, *ob. cit.*, pág. 111, nota 2.

(170) G. BAUDRY-LACANTINIERE y P. DE LOYNES: *Trattato teorico pratico di Diritto civile*, Sulla II ediz., note explicative de P. BONFANTE, G. PACCHIONI y A. SRAFFA, Milano, pág. 104.

(171) COLMET DE SANTERRE, *ob. cit.*, *loc. cit.*

(172) *Ibidem*.

(173) ZACHARIAE, *ob. cit.*, *loc. cit.*

mente del deudor el poder servirse de la cosa al efecto de hacerla producir frutos, está obligado a dar al bien pignorado los cuidados de un buen padre de familia, respondiendo no sólo de los frutos percibidos, sino también de aquellos que ha descuidado percibir (174).

En el caso de que las crías sean pignoradas, es dudoso que pueda retenerlas el acreedor y ejercer sobre su valor privilegio en supuesto concursal pues el animal una vez nacido deviene un objeto distinto de la madre y se troca en una individualidad, pero no faltan quienes entienden esto como una accesión, un aumento del objeto como accesorio del animal principal objeto de prenda (175).

En cuanto al acreedor pignoraticio se encuentra asegurado con la prenda, parece que su crédito no está sometido a prescripción. Si ello ocurre en la anticresis, lo mismo debe producirse en la pignoración, pues el hecho de dejar el deudor la prenda en manos del acreedor forma parte de un reconocimiento del derecho de este último. El sistema contrario conduciría, cuando la acción es imprescriptible hasta el momento del pago, pudiera en treinta años reclamar la restitución de la prenda, sin ofrecer abonar su crédito al acreedor (176).

Con relación a la garantía sobre el título de renta, el acreedor pignoraticio extiende su derecho a los atrasos, pero tal regla puede derogarse por voluntad de las partes, correspondiendo a los Jueces interpretar a este respecto los acuerdos realizados (177). Cuestión controvertida consiste en determinar si la garantía pignoraticia constituida sobre acciones de una sociedad confiere al acreedor pignoraticio el derecho al voto en las asambleas generales (178), que aparece resuelto en nuestra Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 en su artículo 42.

2. CÓDIGOS QUE SIGUEN EL MODELO FRANCÉS

El Código francés exportó fuera de su territorio genuino y no sólo debido a las conquistas napoleónicas. Muchos países como Bélgica y Lu-

(174) POTHIER, *ob. cit.*, *loc. cit.*

(175) COLMET DE SANTERRE, *ob. cit.*, págs. 386 y 387.

(176) AUBRY y RAU, *ob. cit.*, pág. 714, nota 15.

(177) Sentencia del Tribunal de París de 21 de junio de 1983.

(178) Aunque determinados autores galos, como HUVELIN, THALLER y PERCEROU citados por PLANIOL y RIPERT, *ob. cit.*, pág. 111, notas 6 y 7, interpretaron que el deudor pignoraticio había cedido su derecho al voto en el crédito pignorado, o al menos se había dado formalmente un mandato para tomar parte en su lugar en las asambleas, mandato de carácter tácito, o por estimar que esto constituía un acto de administración, la jurisprudencia francesa se pronunció en sentido contrario. Ver en PLANIOL los fallos al respecto.

xemburgo aceptaron el texto, incluso después de alcanzada su independencia (179). Otros países adoptaron espontáneamente el Código francés, como el Reino de Westfalia (1 de enero de 1808), Hannover (1810), los Grandes Ducados de Frankfurt (1 de enero de 1811), Baden (1 de enero de 1810) y Nassau (enero de 1811), el Reino de Nápoles (1 de enero de 1808) y varios cantones suizos (180). Por último, infinidad de países, diseminados en diversos lugares del globo, han inspirado sus codificaciones en el modelo francés, como Holanda con su Código Civil en vigor desde 1 de octubre de 1838, en Italia con su Código sancionado el 25 de junio de 1865 y que entró en vigor el 1 de enero siguiente, en Rumania con su texto de 4 de diciembre de 1864, en Portugal promulgado el 1 de julio de 1867 y que entró en vigor el 1 de enero siguiente, en España, como veremos más adelante, en Mónaco cuyo Código Civil entró en vigencia el 1 de enero de 1885, en los cantones suizos de Vaud de 1819, Tesino de 1837, Friburgo de 1849, Valais de 1853, Neuchâtel de 1854-1855, en Egipto, promulgado el 16 de septiembre de 1875, en el Bajo Canadá, Código Civil de 1 de agosto de 1866, en la Luisiana, texto de 1824 y en la mayoría de los Estados de la América central y meridional (181).

Los artículos 1.951 del Código de las Dos Sicilias y 2.134 del sardo son enteramente semejantes al 2.081 francés (182). Otro tanto ocurre con el artículo 1.204 del holandés, dentro de su Libro II, Título XIX, «Dugage» (183).

Dentro del capítulo 2, «Ot Pawn», el artículo 3.169 establece el Código Civil de Louisiana: «If it is credit which has been given in pledge, and if this credit brings interest, the creditor shall deduct this interest from those which may be due to him; but if the debit, for the security of which the claim has been given, brings no interest itself, the deduction shall be made on the principal of the debt» (184).

El Código de Haití, publicado en 1825 y 1826, en su número XXXII,

(179) J. CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, 8.^a ed., tomo I, Introducción y Parte General, vol. I, Madrid, 1951, pág. 146.

(180) *Ibidem*, nota 3.

(181) *Ibidem*, pág. 147 y notas 1 a 9, ambas inclusive.

(182) M. ANTOINE DE SAINT JOSEPH, *ob. cit.*, págs. cit.

(183) *Ibidem*.

(184) «West's Louisiana Statutes annotated Civil Code. Volume 17. 1972. Compiled Edition of the Civil Codes of Louisiana. Articles 2292 to End. St. Paul. Minn. West. Publishing CO. 1973.» El Capítulo II, «Ot Pawn», que comprende los artículos 3.154 a 3.175, va ubicado dentro del Título XX, «Of Pledge», entre el Capítulo I, «Disposiciones Generales», y el III, «De la anticresis». El Título siguiente, XXI, va dedicado a los privilegios. El texto correspondiente al artículo 3.169 procede de la Revisión de 1870. Procede como el Código de 1804, en 1808 se convirtió en el artículo 16, pág. 449, con la redacción actual y pasó al 3.136 de la reforma de 1825, con igual redacción que el actual artículo 3.169.

Ley sobre el «nantissement» contiene un artículo 1.848 idéntico al artículo 2.081 francés (185).

El Código Civil de Italia fue promulgado el 25 de junio de 1865 y entró en vigor el día 1 de enero de 1866, rigiendo hasta su sustitución por el de 16 de marzo de 1942. Se ha dicho que copió servilmente el modelo galo, pero se añade que lo aclaró en no pocos puntos (186). El Libro III, «De los modos de adquirir y transmitir la propiedad y los demás derechos sobre las cosas», dedica su Título XIX, «Del pegno», ubicado entre el XVIII, «Del depósito e del sequestro» y el XX, «Dell'anticresi», comprende los artículos 1.878 a 1.890, ambos inclusive. Nos interesa el artículo 1.886: «Se é dato in pegno un credito il quale produce interessi, il creditore deve imputare tali interessi a quelli che possono essergli dovuti.

Se el debito per le cui sicurezza si é dato in pegno un credito, non produce per se stesso interessi, l'imputazione si fa al capitale del debito.» Como puede observarse se trata de una traducción más o menos libre del texto francés.

La jurisprudencia ha señalado que la circunstancia de tratarse de un crédito garantizado con hipoteca no cambia la índole del contrato de prenda, que recae sobre una cosa mueble cual es un crédito y no induce cesión o subrogación en la hipoteca. Esta garantiza la exacción del crédito a los acreedores pignoratícios, pero el privilegio de la prenda radica y se ejercita únicamente sobre el crédito, que lo es sobre la suma que lo representa, entra en fuerza de la hipoteca en el patrimonio del acreedor pignorante; en las relaciones entre los diversos acreedores pignoratícios y chirografarios de este último es indiferente que el crédito pignorado no estuviese garantizado con hipoteca (187).

También presenta relación el artículo 1.881: «Il privilegio non ha luogo sopra i crediti, se non quando il pegno risulta da atto pubblico o da scrittura privata, e ne é fatta notificazione al debitore del credito dato in pegno.» Los Tribunales han recogido el carácter esencial de la notificación antedicha, que no admite equivalentes, porque es el poseedor de la cosa el que hace surgir el privilegio y en la prenda de créditos la tradición se pone a punto mediante la notificación del acto al deudor del crédito dado en prenda. Por consiguiente, el primer acreedor, que obtiene en prenda el mismo crédito, pero no realiza en tiempo la prescrita notificación, no puede oponerse al segundo acreedor que fue solícito en cumplirla (188).

(185) M. A. DE SAINT JOSEPH, *ob. cit.*, págs. cit.

(186) J. CASTÁN, *ob. ult. cit.*, nota 2.

(187) A. BRUNO: *Codice Civile del Regno d'Italia*, 14.^a ed., Firenze, 1930, pág. 608, nota 1, citando C. Torino, 27 de septiembre de 1888.

(188) *Ibidem*, nota 5 de págs. 605 y 606. (A. Genova de 20 de marzo de 1883.)

Dado en prenda un crédito no alcanza privilegio sin la consigna del documento comprobante del crédito que se da en prenda (189). Se han declarado inaplicables las disposiciones del artículo 1.881 a los certificados de renta de la deuda pública, que son considerados como cosas muebles y que por tanto pueden válidamente darse en prenda sin la notificación que se alude en el precepto (190).

Con referencia a la prenda de cosa fructífera, se ha solido destacar que la posesión transmitida al acreedor pignoraticio no le confiere el derecho de disposición o goce de la cosa pignorada, estándole vedado su uso, salvo que le pueda haber sido conferida la facultad de servirse de ella y si la prenda recae en cosa fungible (prenda irregular), en que pasa la cosa al acreedor con la obligación de restituir el *tantundem*. Le está prohibido apropiarse de los frutos, pues lo dispuesto en el artículo 1.886 tiene carácter excepcional y sólo es aplicable en la prenda de crédito (191).

3. CÓDIGO ALEMÁN

El Landrecht prusiano de 1794 en su Parte I, Título XX,²¹ destaca como «la cosa empeñada comprende, en general, todos sus accesorios y frutos» y en igual sentido se pronuncia también el Código Civil general austriaco de 1811 en su Capítulo VI de la Parte II y eso que se trata de Códigos muy distintos. Ha puesto de relieve AHRENS (192) cómo se trata de obras muy diferentes, tanto en sus caracteres formales como materiales, se distinguen no sólo por la claridad de su exposición, sino por su diferente plan. Parece ser que ambos textos extienden la pignoración no sólo a los accesorios de la cosa sino incluso a los propios frutos, pero no debe entenderse en modo alguno una coimpignoración de cosa madre y frutos, pues estos pueden no estar siquiera manifiestos en el momento de constitución del gravamen. Se destaca el número 26 del prusiano que cuando se haya convenido que no pueda venderse la prenda, se permite al acreedor ejercitar tal derecho sobre los frutos y rentas.

El Código alemán, síntesis magnífica de los resultados obtenidos por

(189) *Ibidem*, pág. 606, nota 1, aludiendo a Roma de 6 de julio de 1882 y Torino de 10 de agosto de 1882.

(190) *Ibidem*, Roma 28 de junio de 1888.

(191) R. DE RUGGIERO: *Instituciones de Derecho Civil*, traducción de la 4.^a ed. italiana por RAMÓN SERRANO SÚÑER y JOSÉ SANTA-CRUZ TELJEIRO, vol. primero, Madrid, 1929, pág. 750 y nota 1.

(192) AHRENS: *Enciclopedia Juridica*. Con notas de FRANCISCO GINER y GUMERSINDO AZCÁRATE. Edición española de Francisco Giner y de Augusto González Linares, tomo II, págs. 346 y sig., Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1878.

la doctrina germánica durante el siglo XIX (193), fue aprobado por el Parlamento el 1 de julio de 1896 y sancionado por el Emperador el 18 de agosto siguiente, para entrar en vigor el 1 de enero de 1900, al mismo tiempo que la denominada Ley de Introducción.

Dentro del Libro III, la Sección Novena «Del derecho de prenda sobre cosas muebles y sobre derechos», contiene dos Títulos, I «Del derecho de prenda sobre cosas muebles» —parágrafos 1.204 a 1.272— y II «Del derecho de prenda constituida sobre derechos» —parágrafos 1.273 a 1.296— constituye la Sección final del Libro y está precedida por otra dedicada a la hipoteca, deuda territorial y renta territorial (194).

Señala en el § 1.212 que el derecho de prenda se extenderá a los productos separados de la misma (195). Se permite a las partes constituir el derecho de prenda de modo que el acreedor esté autorizado a percibir los productos útiles de la cosa y si una cosa naturalmente fructífera se diese en posesión exclusiva al acreedor por prenda, en caso de duda se estimará que el acreedor está autorizado a percibir los frutos (196). En caso de que el acreedor ostentase tal derecho a percibir los productos útiles, tendrá el cuidado de recogerlos y dar cuenta de ellos. El producto líquido deberá deducirse de la pretensión debida y si devengan intereses o hubiese gastos, se imputarán en primer término a dichos productos, si bien sobre esta materia se permiten pactos en contrario (197).

El Derecho alemán admite dos clases de prenda: el derecho de prenda simple y el derecho de prenda y disfrute. El primero no otorga al acreedor pignoraticio derecho alguno sobre el disfrute, sino sólo un derecho de prenda sobre los productos separados de la cosa, § 1.212, mientras que la otra clase otorga un derecho de goce y el acreedor se aprovecha tanto de las ventajas de uso como de los frutos naturales y civiles de la cosa (198).

(193) CASTÁN, *ob. ult. cit.*, pág. 150.

(194) *Bürgerliches Gesetzbuch*. Walter de Gruyter & Co. Berlin und Leipzig 1928. En castellano tenemos *Código Civil Alemán (BGB)*, traducción de CARLOS MELÓN INFANTE y prólogo de A. HERNÁNDEZ-GIL, Bosch, Barcelona. Los artículos que interesan corresponden a la pág. 252. También existe otra traducción del Ministerio de Justicia. Comisión de Legislación extranjera. Alemania. Código Civil, Madrid, 1954.

(195) «Das Pfandrecht erstreckt sich auf die Erzeugnisse, die von dem Pfande getrennt werden.»

(196) «Das Pfandrecht kann in der Weise bestellt werden, da der Pfandgläubiger berechtigt ist, die Nutzung des Pfandes zu ziehen. Ist eine von Natur fruchtragende Sache dem Pfandgläubiger zum Alleinbesitz übergeben, so ist im Zweifel anzunehmen, da der Pfandgläubiger zum Fruchtbezug berechtigt sein soll.»

(197) «Steht dem Pfandgläubiger das Recht zu, die Nutzungen zu ziehen, so ist er verpflichtet, für die Gewinnung der Nutzungen zu sorgen und Rechenschaft abzulegen.

Der Reinertrag der Nutzungen wird auf die geschuldete Leistung und, wenn Kosten und Zinsen zu entrichten sind, zunächst auf diese angerechnet. Abweichende Bestimmungen sind zulässig.»

(198) MARTIN WOLFF, *ob. cit.*, pág. 407.

El derecho de disfrute contenido en la anticresis no es un derecho que exista *junto* al derecho de prenda, sino contenido de éste y, por consiguiente, no es «usufructo», en el sentido de que no se extingue al morir el acreedor pignoraticio, sino sólo con la extinción del derecho de prenda, es alienable y transmisible a todo adquirente del crédito pignoraticio (199).

El B.G.B. tuvo decisiva influencia en el Código Civil suizo de 1907 (200). Sin embargo, el texto helvético regula más restrictivamente los aspectos anticréticos. El artículo 892 señala en su primer apartado: «Le gage grève la chose et ses accessoires.» Añade en el siguiente: «Sauf convention contraire, le créancier rend les fruits naturels de la chose au débiteur dès qu'ils ont cessé d'en faire partie intégrante», añadiendo en el tercero que «le gage s'étend aux fruits qui, lors de la réalisation, font partie intégrante de la chose» (201).

4. CÓDIGO ITALIANO DE 1942

El Código italiano de 1942 encuentra sus antecedentes en los trabajos de reforma del texto precedente de 1865 iniciados en 1924 y coronados en los años 1938-1941, con la publicación de los diferentes libros y por último con la promulgación del texto definitivo el 16 de marzo de 1942. Dentro del Libro IV «Delle obbligazioni» y el Título III, «Dei singoli contratti», el Capítulo XXIV, «Dell'anticresi», mientras que la prenda se encuentra dentro del Libro VI, «Della tutela dei diritti», el Título III, «Della responsabilità patrimoniale, della causa di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale», en su Capítulo III, «Del pegno», ubicado entre los privilegios —Cap. II— y la hipoteca —Cap. III. Esta diferente colocación entre la prenda y la anticresis, se debe a la atribución del derecho real a la primera y de puro carácter obligacional a la segunda.

El Capítulo III «Del pegno» tiene tres secciones: 1.^a «Disposizioni generali», 2.^a «Del pegno dei beni mobili», y 3.^a «Del pegno di crediti e di altri diritti». En la Sección Primera debemos tomar en cuenta el artículo 2.784,2 que recoge que «pueden ser dados en prenda los bienes muebles, la universalidad de muebles, los créditos y otros derechos que tengan por objeto bienes muebles». Con esta amplitud del derecho de prenda, no es de extrañar que el artículo 2.791 de la Sección segunda, referido a la prenda de cosa fructífera, señale que si dio en prenda una cosa fructífera, el

(199) *Ibidem.* pág. 408.

(200) XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ: *Compendio de Derecho Civil*, tomo I, Parte General, Edersa, Madrid, 1986, pág. 24.

(201) *Code Civil Suisse*, édité par le Chancellerie Fédérale, 1951, pág. 160.

acreedor, salvo pacto en contrario, tiene la facultad de hacer suyos los frutos, imputándolos primero a los gastos y a los intereses y después al capital (202). Ello, a pesar de lo dispuesto en el artículo 2.792 que prohíbe al acreedor usar de la cosa pignorada, sin el consentimiento del constituyente, salvo que el uso sea necesario para la conservación del bien pignorado (203).

Fuera de esta peculiaridad de la prenda de cosa fructífera, la Sección 3.^a que se ocupa de la prenda de derechos en los artículos 2.800 a 2.807, con una precisión digna de elogio, refiriéndose a las condiciones de la prelación, la consignación documental, la obligación de cobrar los intereses y de aplicarlos, el cobro del capital, en su caso, la asignación o venta del crédito dado en prenda, excepciones oponibles, prenda de derechos distintos y normas aplicables a la prenda de créditos. Interesa ahora señalar que el artículo 2.802 obliga al acreedor a percibir los intereses del crédito y de otras prestaciones periódicas, destinándolos, como ordena para las cosas fructíferas el artículo 2.791, a los gastos y a los intereses y después al capital. En cuanto el artículo 2.803, ordena al acreedor pignoraticio cobrar el crédito pignorado a su vencimiento y su tuviera por objeto dinero u otra cosa fungible, debe efectuar el depósito en el lugar establecido. En otro caso, si es suficiente a satisfacer su crédito debe restituir el sobrante al constituyente, o si se trata de cosa distinta del dinero puede hacerla vender o proceder a su asignación en la forma señalada por el Código en los artículos 2.797 y 2.798. Volviendo al artículo 2.791, se ha calificado de eficacia anticrética de la prenda, la facultad, derecho inmediato del acreedor pignoraticio, de hacer propios los frutos del bien, si este es fructífero y salvo pacto en contrario (204), con regla semejante para la prenda de créditos o de otros derechos, en relación a los intereses y prestaciones periódicas (art. 2.802) (205).

Precisamente algún autor encuentra el carácter de la inmediatividad del derecho en que cuando la cosa es fructífera, el acreedor pignoraticio puede realizar directamente el propio interés haciendo propios sus frutos (206). Esta extensión de la garantía a los accesorios, que comprende frutos y accesorios, se encuentra para la prenda en los artículos 2.802 y

(202) «Se e data in pegno una cosa fruttifera, il creditore, salvo patto contrario, ha la facoltà di fare suoi i frutti, imputandoli alle spese e agli interessi, e poi al capitale.»

(203) ANDREA TORRENTE y GABRIELE PESCATORE: *Codice civile annotato con giurisprudenza della casazione*, 5.^a ed., Milano, 1967.

(204) FRANCESCO MESSINEO: *Manual de Derecho civil y comercial*, traducción de SANTIAGO SENTÍS MELENDO, tomo IV, Derecho de obligaciones, Buenos Aires, 1955, página 88.

(205) PAOLO ZATTI y VITTORIO COLUSI: *Lineamenti di Diritto Privato*, Padova, Cedam, 1987, pág. 249.

(206) ADRIANO DE CUPIS: *Istituzioni di Diritto Privato*, II, Milano, 1975, pág. 138.

2.791, si bien más explícitos y generales son para la hipoteca los artículos 2.810,1 y 2.811 (207).

5. CÓDIGO CIVIL PORTUGUÉS

El Código Civil portugués fue promulgado el 1 de julio de 1867, para entrar en vigor el 1 de enero siguiente y mereció elogios por ser uno, entre los del grupo latino, de los que más perfeccionamientos acusaban respecto al modelo francés, aclarando y perfeccionando sus normas (208). Vamos a referirnos no a este texto, sino al vigente promulgado por Decreto-Ley número 47344, de 25 de noviembre de 1966. Dentro del Libro II, «Diritto das obrigações», el Título I, «Das obrigações em geral», contiene un Capítulo VI, «Garantias especiais das obrigações», que contiene una Sección IV, «Penhor», cuyo artículo 672 se ocupa de «frutos de coisa empenhada»: «1. Os frutos da coisa empenhada serão encontrados nas despesas feitas com ela e nos juros vencidos, devendo o excesso, na falta de convenção em contrário, ser abatido no capital que for devido. 2. Havendo lugar á restituição de frutos, não se consideram estes, salvo convenção em contrario, abrangidos pelo penhor».

No cabe duda de que este texto ha mejorado el del precedente Código constituido por el artículo 867.

6. CÓDIGOS HISPANOAMERICANOS

Los Códigos civiles hispanoamericanos ofrecen interés, porque unos están inspirados en el Código civil español y algunos preceptos se repiten en los textos de otros países de la América central y meridional.

Comencemos señalando que algunos, como el de Venezuela en su artículo 1.846 (209), y el artículo 2.081 de la República Dominicana, traducen más o menos libremente el texto francés, en este último conservando el mismo número y su literal versión (210).

(207) L. BARASSI: *I diritti reali limitati*, Milano, 1947, pág. 16.

(208) CASTÁN, *ob. cit.*, pág. 147, nota 11.

(209) *Código Civil de Venezuela*. Copia de la edición oficial. Paz Pérez, Caracas, 1981. Dice así el art. 1.846: «Si se hubiere dado en prenda un crédito productivo de intereses, el acreedor deberá imputar estos intereses sobre los que se le deben. Si la deuda para cuya seguridad se haya dado en prenda el crédito, no produjera intereses, la imputación de éstos se hará sobre el capital de la deuda.» También merece citarse el precepto siguiente, art. 1.847: «Si lo que se hubiere dado en prenda es una acreencia, el acreedor prendario tendrá derecho a cobrarla judicial o extrajudicialmente.»

(210) *Código Civil de la República Dominicana*, Madrid, 1971, dentro del Libro II, «De los diferentes modos de adquirir la propiedad», el Título XVII, «Del contrato de

Otros países, como Puerto Rico, Honduras, Cuba y Panamá repiten el texto de nuestro artículo 1.868 y a ellos nos referimos al tratar del Código Civil español.

Bolivia (211) sobre su texto primitivo de 28 de octubre de 1830, modificado en 1843 y 1845, recoge en su artículo 1.416 que «la prenda propiamente dicha es de una cosa mueble, mas puede también constituirse sobre los frutos de una cosa inmueble». En esta dirección en el Capítulo II del Título XIX —arts. 1.429 a 1.435— se refiere a la prenda sobre los frutos de un bien inmobiliario.

Perú, dentro del Libro IV, «De los derechos reales», dedica la Sección IV a los derechos reales de garantía, y su Título I a la prenda con los artículos 981 a 1.003. Señala el artículo 997 que «si la prenda produce intereses, éstos se aplicarán conforme al artículo 1.006». El artículo 1.006 se refiere a la anticresis dentro del Título II, y señala que «la renta del inmueble se aplicará al pago del capital, si no se pactó intereses, y, habiendo intereses, primero a éstos, y lo que sobre al capital» (212).

De manera muy genérica el artículo 2.316 del texto uruguayo (213) recoge que «la restitución de la prenda deberá hacerse con los aumentos que haya recibido de la naturaleza o del tiempo; y si ha dado frutos, podrá imputarlos el acreedor al pago de la deuda, dando cuenta de ellos».

El Código Civil para el Distrito y Territorios federales de México de 1928 dentro del Libro IV, «De las obligaciones», dedica el Título XIV a la prenda y recoge en su artículo 2.880 que «los frutos de la cosa empeñada

empeño», con los artículos preliminares 2.071 y 2.072, igual que su modelo galo, para ocuparse dentro del art. 2.081 sito en el Capítulo I de esta materia: «Tratándose de un crédito dado en prenda y produciendo aquél intereses, el acreedor imputará los mismos sobre los que pueden debérsele. Si la deuda para cuya seguridad fue dado el crédito en prenda, no produjera intereses, se hará la imputación sobre el capital de la misma.»

(211) *Código Civil de Bolivia*, Estudio Preliminar del Doctor CARLOS TERRAZAS TORREZ, Madrid, 1959.

(212) *Código Civil del Perú*, promulgado el 30 de agosto de 1936, entró a regir el 14 de noviembre de dicho año. Editorial José María Cajica, Lima, 1957. También GERMÁN APARICIO y GÓMEZ SÁNCHEZ: *Código Civil del Perú*, tomo I, 2.^a edición, Lima, 1940. Los artículos 998 y 999 se refieren a la prenda de crédito y prenda de acciones. Artículo 998: «El acreedor que recibe en prenda un crédito debe ejercitar las acciones necesarias para que no se extinga y puede cobrar los intereses que él devengue y también el capital si la acreencia está vencida.» Artículo 999: «Si la prenda consiste en acciones u obligaciones el acreedor cobrará los dividendos o intereses.»

(213) Puede verse la edición de F. GÓNGORA, Madrid, 1979. Después del Proyecto de EDUARDO ACEVEDO y del realizado por el Doctor NARVAJA, una Comisión de jurisprudencia realizó el texto. Ediciones oficiales en 1868, 1893 y 1914. Utilizo para estos datos *Código Civil de la República Oriental del Uruguay*, anotado y concordado por CELEDONIO NIN Y SILVA. Novísima edición, Montevideo, 1925. Este artículo corresponde al 2.282 de la edición de 1868 y al 2.290 de la de 1893. Ver *Proyecto de un Código Civil para el Estado Oriental del Uruguay*, redactado por el Doctor EDUARDO ACEVEDO, Montevideo, 1852, que dedica a esta materia los artículos 690 y 691.

pertenecen al deudor; mas si por convenio los percibe el acreedor, su importe se imputará primero a los gastos, después a los intereses y el sobrante al capital». Con muy parecida redacción el artículo 895 del texto de Guatemala recoge que «los frutos de la cosa empeñada pertenecen al dueño de ella; pero si por convenio los percibe el acreedor, su importe se aplicará primero a los intereses y el sobrante al capital. Esta disposición rige también para el caso de indemnización».

El Código Civil chileno, obra del jurisconsulto Bello, fue promulgado el 14 de diciembre de 1855, para entrar en vigor el 1 de enero de 1857 (214), y dedica a esta materia el artículo 2.403: «El acreedor es obligado a restituir la prenda con los aumentos que haya recibido de la naturaleza o del tiempo. Si la prenda ha dado frutos, podrá imputarlos al pago de la deuda dando cuenta de ellos y respondiendo del sobrante».

Este Código ha influido en otros del Continente y así con igual redacción que el artículo 2.403 chileno figuran el 2.422 del de Ecuador (215), 2.428 de Colombia (216) y 2.153 de El Salvador (217).

Finalmente nos ocuparemos del Código argentino, obra del doctor Vélez Sarsfield, de 25 de septiembre de 1869, y que empezó a regir el 1 de enero de 1871 y que fue corregido por una Ley de 9 de septiembre de 1882 (218).

El artículo 3.231 establece: «Si la prenda produce frutos o intereses, el acreedor los percibe de cuenta del deudor, y los imputará a los intereses de la deuda, si se debieren, o al capital si no se debieren.» Con igual redacción se pronuncia el artículo 3.752 del Código Civil de la República de Nicara-

(214) *Códigos de la República de Chile*, Valparaíso, 1912. Con comentarios puede examinarse: *Código Civil de la República de Chile*, comentado y explicado por ROBUSTIANO VERA, 7 tomos, Santiago de Chile, 1893. También existe una edición del Instituto de Cultura Hispánica.

(215) He utilizado la edición publicada en Nueva York, 1889, realizada por la Corte Suprema de Justicia, en virtud de Decreto legislativo, sancionado en 13 de agosto de 1887. Existe además otra edición realizada por la Comisión Legislativa en uso de la facultad consignada en el artículo 77 de la Constitución, Quito, Ecuador, Talleres Nacionales.

(216) Además de la edición realizada por el Instituto de Cultura Hispánica puede verse *Código Civil colombiano y leyes vigentes que lo adicionan y reforman*, 8.ª ed., dirigida por EDUARDO RODRÍGUEZ PIÑERES, Bogotá, 1929.

(217) Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1959. Estudio Preliminar del Doctor MAURICIO GUZMÁN.

(218) Entre las muchas ediciones particulares, pueden citarse: *Código Civil de la República Argentina*, Colección de Códigos y leyes usuales. Jajaune y Cía., Buenos Aires, 1909. Otra con las notas de VÉLEZ SERSFIELD, concordado por HUGO M. PINTO BOUQUET, Buenos Aires, 1946. Otra con anotaciones marginales del Doctor JORGE PASQUINI LÓPEZ, Buenos Aires, 1924. Otra distinta también con las notas de VÉLEZ SERSFIELD y *Leyes complementarias*, Buenos Aires, 1952, editorial Depalma. También existe una edición del Instituto de Cultura Hispánica con estudio preliminar del Doctor JOSÉ MARÍA MUSTAPICH, Madrid, 1960.

gua (219), y rige también el texto argentino en el Paraguay donde fue admitido por Ley de 27 de julio de 1880.

Se ha encontrado el antecedente de este artículo 3.231 en el artículo 1.777 del proyecto español y en el 690 uruguayo, última parte (220). Se ha recogido que el precepto se presta a reparos por su generalidad, puesto que no sería justo ni posible, exigir al acreedor que compense los frutos naturales con la renta en primer término y con el capital en segundo (221).

VII. DERECHO ESPAÑOL

I. GÉNESIS HISTÓRICA

A) *Desde los visigodos al período codificador*

Ya hicimos atrás una referencia al Breviario o Código de Alarico, promulgado en el año 506 y consistente en una colección de Derecho romano destinado a la raza hispano-romana, que consta de texto y de interpretación (222). Hemos de destacar ahora el siguiente texto: «Fructus vel partus eius rei, quae pignori data est, pignoris iure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes convenerit» (223). Aunque la *interpretatio* y el texto parecen aludir a cosas distintas, se refieren a un mismo argumento. La necesidad de una coimpignoración tácita en defensa del acreedor pignoraticio resultaba patente en el *partus ancillae*, ya que al no ser considerado como frutos no era adquirido por el acreedor (224). La exclusión del concepto de frutos del parto de la esclava se produce en Derecho romano desde el siglo II, en que triunfó la opinión de Bruto, pero no alcanzó nunca popularidad (225).

Las razones aducidas por ULPIANO (226) consisten que un hombre no

(219) *Código Civil de la República de Nicaragua*, 3.^a ed. oficial, anotado y concordado por los Doctores CARLOS A. MORALES, JOAQUÍN CUADRA ZAVALA y MARIANO ARGÜELLO, dos tomos, Managua, 1933.

(220) HÉCTOR LAFAILLE: *Derecho Civil*, tomo V. Tratado de los derechos reales, vol. III, Buenos Aires, 1945, pág. 195.

(221) *Ibidem*, Salvat en el número 2.632 del tomo II, siguiendo la doctrina francesa estima que esto es obligatorio.

(222) SALVADOR MINGUIJÓN: *Historia del Derecho Español*, 4.^a ed., Editorial Labor, Barcelona, 1953, pág. 48.

(223) *Brev. PS.* 2,5,2.

(224) Dice así la interpretatio: «*Si quis gregem equarum, vaccarum vel ovium accepta mutua pecunia pignori creditori dederit, foetus eorum rerum ad debitorem, non ad creditorem pertinet. Ita est et si ancillam dederit, et partum ediderit, ad debitorem pertinet, non ad creditorem.*» IGLESIA FERREIROS, *ob. cit.*, pág. 82.

(225) *Ibidem*.

(226) *D.* 7,1,68,pr. y *D.* 5,3,27 pr.

puede figurar entre los frutos que pertenecen a otro hombre, de ahí la razón de que el usufructuario no pueda tener sobre él usufructo, no se compran las esclavas descaradamente para que tengan hijos (227). Para GAYO (228) el hijo de la esclava no entra en el fruto y por ello pertenece al dueño nudo propietario (229). Reitera GAYO que si el usufructuario de una mujer esclava vende o dona el hijo que ha nacido de ella, creyendo que le pertenece, tampoco comete hurto, porque para ello es necesario que exista la intención de hurtar (230). Se ha estimado que fue el emprobecimiento dominante el que condujo a la exclusión de la coimpignoración tácita (231). En el Breviario se distinguen frutos y partos de animales y esclavas, excluyendo estos últimos, salvo pacto expreso, siguiendo el pensamiento de ULPIANO.

En el Derecho visigodo destaca el aspecto de la prenda de disfrute en perjuicio de los deudores (232). Pero no faltan autores que ante el silencio de los textos del Liber y de todas las leyes Barbarorum, se preguntan si no se aplicó como supletorio el Derecho romano (233). El silencio en torno a la suerte de los frutos parece estar íntimamente relacionado con la alusión al pago de intereses legales, en el supuesto en que el deudor incurriera en mora (234). Debe tenerse en cuenta que el Liber y las leyes Barbarorum de otros lugares siguen el sistema de la tasa (235). Así parece deducirse de Form.38. En todo caso, lo obtenido con el trabajo del siervo empeñado debía imputarse al pago de la deuda garantizada.

El carácter de prenda de disfrute entre los visigodos se deduce de la tendencia muy generalizada de dar en garantía cosas fructíferas, como viñas y tierras. Una Ley posterior a Eurico atribuible a Leovigildo parece permitir la atribución de los frutos al acreedor, sin imputación al capital. Declara revocables las ventas o prendas en determinadas condiciones, mediante la devolución del precio o préstamo. Se establece que el comprador o acreedor pignoraticio, «*pretium quod de usufructuario accepit, restituit venditori*»; debe restituirse el valor de los frutos percibidos y si el comprador o acreedor pignoraticio se negasen a aceptar el precio o prés-

(227) He extractado la traducción del *Digesto de Justiniano*, tomo I, *cit.*, págs. 319, 320 y 273.

(228) *D.* 22,1,28,1.

(229) Traducción del *Digesto...*, *cit.*, tomo II, pág. 84.

(230) *Inst.* 2,50: *Item si is, ad quem ancillae usufructus pertinet, partum etiam suum esse credens, vendiderit aut donaverit, turtum non committit; furtum enim sine affecti furandi non committitur*. Ver también *D.* 41,3,36,1.

(231) IGLESIA FERREIROS, *ob. cit.*, pág. 107.

(232) *Ibidem*.

(233) COVIÁN, «prenda», *cit.*

(234) *Ibidem*.

(235) COVIÁN, «usura», *cit.*

tamo, «*duplum restituat et ad venditoris augmentum cum hereditate proveniat*», donde además de la pena del duplo se produce también la devolución con el aumento. Pero esto no pasa de constituir una mera hipótesis (236).

Nuestro Derecho de obligaciones medieval anterior a la recepción del Derecho romano se inspira en claros principios germánicos (237). La forma corriente de garantizar la obligación fue, además de la fianza, la prenda mobiliaria que el acreedor tomaba por su propia autoridad entre los bienes del deudor; pero junto a esta prenda sobre muebles la costumbre de los siglos X al XIII admitió una prenda inmobiliaria, unas veces inspirada en las leyes visigodas y otras adaptadas a las formas de garantía inmobiliaria de los derechos germánicos medievales (238). El documento más antiguo sobre esta prenda inmobiliaria es uno catalán de 20 de mayo de 1073, recogido en un Cartulario de San Cugat del Vallés, y parece una *Satzug* germánica (239). Las fuentes hablan de «*accipere in vadio*», «*in vadio habere*» y luego *impignorare*. Incluso se ha encontrado la palabra *wadiatio* en un diploma catalán de 1099 (240).

La prenda visigoda no sólo suponía la transmisión de la cosa al acreedor, sino también su disfrute, que únicamente podía ser atenuado por la concesión graciosa del mismo al deudor, que podía disfrutar así de la prenda «*per beneficium*» del acreedor (241). El plazo de redención solía fijarse en una serie de festividades veraniegas: San Juan, San Quirico, San Cugat, Santa María de Agosto, llegándose a San Martín, San Miguel, Todos los Santos y San Andrés, y tales plazos están en relación con los ciclos económicos de la tierra, lo que se patentiza aún más si se tiene en cuenta que la devolución del dinero tenía lugar en el mes de marzo (242).

De todas maneras, el tránsito de la prenda visigoda al de la prenda de usufructo no ha sido de forma rápida, sino lenta y progresiva, apareciendo la prenda de usufructo sobre el año 1050. Se citan como formas mixtas un documento recogido del formulario de Ripoll con concesión expresa de frutos al acreedor, pero con cláusula en caso de impago, porque la alusión

(236) IGLESIA FERREIROS, *ob. cit.*, pág. 103.

(237) MAYER, *ob. cit.*, págs. 156 y sigs. LUIS G. DE VALDEAVELLANO: «Sobre la prenda inmobiliaria en el Derecho español medieval», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XX, Madrid, 1959, págs. 335 a 385, pero está reproducido en *Estudios Medievales de Derecho privado*, Sevilla, 1977, págs. 364 a 386. Las citas serán sobre esta reproducción y ésta corresponde a la pág. 364.

(238) G. DE VALDEAVELLANO, *ob. cit.*, págs. 370 y 371.

(239) *Ibidem*.

(240) *Ibidem*, pág. 368, nota 1.

(241) IGLESIA FERREIROS, *ob. cit.*, pág. 178.

(242) G. DE VALDEAVELLANO, *ob. cit.*, págs. 368 y 369.

expresa a la concesión de frutos y el silencio especial sobre la suerte de la prenda es lo que caracteriza esta forma de transición (243).

En el documento catalán de 1096 Ramón Guillén de Montseny, juntamente con su mujer e hijos, pignora a su cuñado Dalmacio y sus hijos unas tierras o alodios de su propiedad en San Esteban del Palacio en garantía de treinta y cinco sueldos de plata que aquellos les prestaron, conviniéndose en que Dalmacio y sus hijos posean estas tierras y las disfruten, percibiendo durante nueve años las cosechas que Dios diera, no estando permitido a los deudores redimir la deuda antes de esos nueve años, pasados los cuales, si los deudores pagan lo debido, se devolverá la escritura sin mora. Una vez transcurrido dicho plazo, en el caso que la deuda no sea pagada en la fiesta de San Julián, se conviene en que la cantidad adeudada sea el precio del inmueble pignorado y que sea permitido a los acreedores, por consiguiente, vender aquél, darlo o hacer con él lo que quisieren (244).

Algunos documentos contienen «prenda de disfrute» con el carácter *mort-gage*, mediante la transmisión del inmueble al acreedor *per car-tam* (245). Adopta casi siempre la forma de *mort-gage* o *mortuum wadium*. En un documento procedente del Archivo Capitular de Urgel se emplea incluso el término «guadio» y los frutos percibidos no se computan como amortización del capital de la deuda. En ocasiones no se puede redimir antes del plazo señalado de cancelación. No siempre procedía la apropiación en caso de impago, pues en ocasiones se aplicaba un *ius distrahendi* o facultad de vender la prenda y cobrarse con su precio. Ciertamente, el Título VI del Libro V del *Liber iudiciorum*, bajo la rúbrica «De pignoribus et debitis», incluye muy pocas leyes sobre la prenda, pero la Ley 3.^a dispone un procedimiento ejecutivo y el acreedor debe esperar diez días, una vez llegado el vencimiento y sólo transcurridos éstos sin que el deudor pague su deuda, la cosa pignorada se venderá, previa estimación hecha por el Juez y tres hombres buenos, cobrándose el acreedor su crédito. Algunos documentos hacen referencia a ello (246).

También el Derecho castellano nos muestra ejemplos de prenda de disfrute y con el citado carácter de *mort-gage*, como en escrito de 1166, de una pignoración al Obispado de Burgos y otro de 1229, citándose incluso la persistencia tardía en uno de 1297 de la prenda fructífera sin amortización (247).

(243) IGLESIA FERREIROS, *ob. cit.*, pág. 196.

(244) G. DE VALDEAVELLANO, *ob. cit.*, pág. 372. En la nota 1 de dicha página se recoge la obra de donde ha sido tomada la cita: RIUS SERRA: *Cartulario de San Cugat del Vallés*, II, pág. 418.

(245) G. DE VALDEAVELLANO, *ob. cit.*, pág. 375.

(246) *Ibidem*, pág. 377.

(247) *Ibidem*, pág. 379.

Pero también la *vif-gage* o *vivum wadium*, la *Todsatzung* se encuentra en documentos catalanes de 1097 a 1153 y uno en castellano de 1201. Se puede encontrar incluso una prenda de disfrute en un documento del siglo XI, sin desplazamiento posesorio, en la que no aparece la conservación de la posesión por el deudor bajo la figura del *beneficium* (248). Estos casos y otros no aparecidos, pero que debieron también practicarse, prepararon el desarrollo de prendas análogas a la *Satzung* moderna (249).

La prenda de usufructo no parece encontrarse vinculada a la tradición visigoda, sino haber nacido a consecuencia de las nuevas situaciones y generalizándose a través de la utilización arbitraria de la regulación de la prenda visigoda y la transformación radica en haber concentrado el interés de la prenda en el usufructo, provocando la desaparición de la cláusula de ejecución de la prenda en caso de impago al vencimiento, ya que ahora se presenta sin vinculación a un plazo, sino a la redención de la misma (250).

La prenda de usufructo se transmite al acreedor, si bien puede ser cultivada por un tercero o por el mismo deudor. No se trata de que los hombres estén empeñados, sino que como la prenda de esta clase supone la obtención de unos beneficios, estos serían inexistentes sin un soporte humano y los únicos límites a la indeterminación del plazo van dirigidos a garantizar el disfrute del acreedor, mediante establecimiento de plazos coincidentes con los ciclos económicos de la tierra para proceder a la redención de la prenda (251). También se estableció un período de tiempo, más o menos largo, durante el cual el deudor no podía redimir la prenda y se arbitró el recurso de acudir a los dos sistemas citados para el supuesto de que llegado el plazo, el deudor no hubiese redimido la prenda, pero se prefirió señalar una concreta festividad y no dejar el pago a la voluntad del acreedor (252).

Aunque en la España de los siglos X y XI se practicó la usura, principalmente en el reino Astur-leonés, en los años malos a través de préstamos o *renovos* a labradores sin recursos (253), la doctrina canónica contra la usura tuvo que influir más o menos directamente y habría de repercutir sobre la prenda de usufructo. Pero la posición de la Iglesia frente a esta lacra social no se impuso de repente, sino que se fue afirmando con el paso del tiempo, y a juzgar la frecuencia que en los documentos hispánicos de los siglos indicados se encuentra la práctica del préstamo usurario, no

(248) *Ibidem*, pág. 385.

(249) *Ibidem*.

(250) IGLESIA FERREIROS, *ob. cit.*, pág. 201.

(251) *Ibidem*, pág. 214.

(252) *Ibidem*.

(253) CLAUDIO SÁNCHEZ ALBORNOZ: *Estampas de la vida de León durante el siglo X*, Diputación Provincial de León, 1985, pág. 66, nota 92.

parece que se tuvieran muy en cuenta ni las condenas eclesiásticas de la usura, ni los preceptos de la legislación carolingia en el reino astur-leonés (254). Este préstamo se hacía mediante entrega en prenda por el deudor al acreedor de una finca rústica, cuyos frutos percibía el segundo y bien servían de amortización del capital prestado o bien a más de percibir el acreedor los frutos durante el plazo para la redención del rédito por el deudor, tenía que ser íntegramente reembolsado al finalizar dicho plazo del capital que prestó, con lo cual la suma prestada con la garantía de la prenda inmobiliaria producía al acreedor prestamista el interés representado por la percepción de los frutos durante el tiempo de disfrute de la prenda. Se entendía que con esto no se infringía la prohibición canónica en cuanto no era el dinero mismo el que producía interés (255).

En el reino Astur-leonés parece que el deudor del «renovo» quedaba en posesión de su tierra, pero al no poder satisfacer su deuda y los intereses del préstamo, tenía que ceder su tierra o parte de ella al acreedor, adoptando dicha cesión en algunos casos la forma de venta, de cuyo precio se descontaba a veces la cantidad debida (256). El nombre de «renovo» debió de constituir una denominación típica en la España cristiana altomedieval y que persistió en la baja Edad Media, término usado sobre todo en el noroeste peninsular y que se encuentra en Sahagún y en La Rioja (257).

Dos decisiones del Papa Alejandro III no sólo incluían el préstamo normal de intereses sino otras figuras más o menos encubiertas de tipo crediticio, como ocurría con la denominada prenda de usufructo, en que los frutos constituían el interés pagado por el deudor al acreedor (258). La persistencia de la institución pignoraticia fructuaria demuestra que la prohibición papal no va a producir efectos radicales, pero empieza a respetarse por sectores de la sociedad, como la orden del Temple y sobre todo en Cataluña y en Aragón (259). La prenda de usufructo no desaparece, pero se imputan los frutos a la amortización de la deuda, pero ello supone la desaparición del elemento más beneficioso para el acreedor. Pero la aparición, poco a poco de una economía urbana y las prohibiciones papales

(254) LUIS G. DE VALDEAVELLANO: «El "renovo". Notas y documentos sobre los préstamos usurarios en el Reino Astur-Leonés (siglos X-XI)», publicado por primera vez en *Cuadernos de Historia de España*, tomo LVII-LVIII, Homenaje al Doctor SÁNCHEZ ALBORNOZ, Buenos Aires, 1974, págs. 408 a 448. He utilizado la reproducción en la obra ya citada *Estudios Medievales*, págs. 392 y sigs. La cita corresponde a páginas 396 y 397.

(255) LUIS G. DE VALDEAVELLANO: *Curso de Historia de las Instituciones Españolas. De los orígenes al final de la Edad Media*, 3.ª ed., Madrid, 1973, págs. 298 y 299.

(256) G. DE VALDEAVELLANO: *Estudios Medievales...*, cit., pág. 398.

(257) *Ibidem*, págs. 399 y 400.

(258) IGLESIA FERREIRO, *ob. cit.*, pág. 263.

(259) *Ibidem*, págs. 263 y 264.

estaban en la base de las transformaciones del sistema crediticio, que no va a estar vinculado a la concesión en garantía de bienes fructíferos, pues la posibilidad de un recurso sobre bienes concretos del deudor, o sobre todos sus bienes, hace ya innecesaria la prenda de usufructo. Esto no quiere decir su total desaparición, pues persiste y se dan medios para evitar las prohibiciones papales, además de su función como medio de pago. Pero ya no satisface las necesidades de los prestamistas ciudadanos, que no desean las ganancias a largo plazo, sino a corto (260).

El Fuero Viejo de Castilla (Ley IV del Título V del Libro III) admite la prenda de huertas, casas y viñas y señala un plazo de recuperación hasta mediodía marzo y desde esta fecha hasta mediodía enero y la viña hasta que fuere vendimiada y casa de San Juan a San Juan. La Ley II del Título XIII de la Partida Quinta, recoge la amplitud romana en cuanto al objeto de la prenda. «Empeñar se puede toda cosa quier sea nascida o por nacer, assi como el parto de la sierua, e el fruto de los ganados, e de los arboles, e de las heredades, e todas las otras que los omes han de qualquier natura que sean, tambien las que son corporales como las que lo non son. Pero que quier que esquilme o desfrute destas cosas sobredichas: el que las touiere a peños, tenuto se de lo descontar, de aquello, que dio sobre aquella cosa, o de lo dar al señor de la cosa.» Prohíbe este texto el pacto de anticresis, que consiste en que el acreedor perciba los frutos de la cosa sin descontarlos del capital (261).

La Ley XVI del mismo Título se ocupa del derecho que tiene el acreedor pignoraticio sobre los frutos de la cosa (262). «Si aquel que empeñó su heredad seyendo tenedor della la sembró, o si se empreñó, si era sierua, o otro ganado qualquier de aquellos, que conciben, e paren, maguer después desto la vendiesse o la empeñase a otro, o la enagenasse de otra manera qualquier, dezimos que tambien fincan obligados los frutos de qualquier destas cosas sobredichas, a aquel que las tenía a peños, como la cosa misma, que le fue empeñada. Mas si aquel a quien es enagenada la cosa que es puesta en peños seyendo tenedor della la sembrasse o diesse otro fruto de si, dezimos que entonce los frutos no fincan obligados, a aquel a quien era primeramente obligada la cosa en peños.» Las Partidas en esta materia de las prendas constituyeron nuestro Derecho vigente hasta la publicación de la Ley Hipotecaria y del Código Civil. Aunque el ordenamiento de Alcalá en la Ley 2.^a del Título XXIII prohibió el préstamo con interés, dicha Ley estuvo muy lejos de aplicarse (263).

(260) *Ibidem*, pág. 375.

(261) MINGUIJÓN, *ob. cit.*, pág. 182.

(262) «Que derecho gana aquel que tiene la cosa a peños en el fruto que nasce della.»

(263) COVIÁN, «Usura», *cit.*, pág. 640, añadiendo que «el mismo Alfonso XI y

En cuanto a nuestro Derecho histórico foral, el Derecho catalán presentaba como especialidades, la pragmática dada por Jaime I en Valencia el 3 de las calendas de julio de 1242 que, entre otras disposiciones sobre usura con sentido prohibitivo, dispuso «que los cristianos que tuvieren prendas de cuyos frutos fuesen satisfechos, según la cuota de los judíos sean libre y absolutamente compelidos a restituir las prendas y sus instrumentos», recogiendo sustancialmente lo mismo que los Capítulos I y II, «De usuris», Libro V, y VI y XIX de «De pignoribus» del Libro III de las Decretales. Como vemos, la aplicación de los frutos de la cosa pignorada al capital para su extinción, se encontraba patente en la Pragmática. Otra especialidad es que el marido hacía suyos los frutos de la cosa pignorada en seguridad de la entrega de la dote prometida, como se deduce del Capítulo XVI, «De usuris» de las Decretales (264).

Con relación a Aragón, conforme al criterio sustentado por los autores, fundados en el precepto del fuero 3.º «De pignoribus», Libro VIII, los frutos de la cosa dada en prenda sólo pueden aplicarse en pago de parte de la deuda, pero no de los intereses, sin que valga pacto en contrario (265). Sin embargo, tal fuero debe estimarse que fue derogado por la Ley de 14 de marzo de 1856, y no perdió su vigor en los territorios forales, a pesar de la publicación del Código Civil (266). Según la Ley citada se estableció la más completa libertad para estipular intereses, y, por consiguiente a partir de dicha normativa, los que produzca la cosa pignorada podrán aplicarse a los intereses que vayan venciendo, según el valor de los primeros y el importe de los segundos, y podrán aplicarse los frutos de la prenda, tanto al pago de la deuda como a la satisfacción de intereses (267).

Otra peculiaridad del Derecho histórico aragonés consiste en que las expensas de la cosa dada en prenda se deducen, abonándose su importe al acreedor en lo que excediere del valor de los frutos, según FRANCO DE VILLALBA (268).

Con relación a Navarra, hay que señalar que los antiguos Fueros dedicaron a la prenda una extensísima atención (269).

Enrique III, al estilo de Francia, concedieron a los judíos y moros ciertas cartas y privilegios para el ejercicio de la usura».

(264) L. MOUTÓN OCAMPO: *Diccionario del Derecho Civil Foral*, tomo II, Madrid, 1905, voz «prenda», pág. 587.

(265) *Ibidem*, pág. 589.

(266) *Ibidem*.

(267) *Ibidem*, págs. 587, 589 y 590.

(268) Citado por MOUTÓN OCAMPO, *ob. cit.*, pág. 590.

(269) F. SALINAS QUIJADA: *Derecho Civil de Navarra*, tomo III, Libro II, vol. 2.º, Derecho de superficie y propiedad superficiaria. Retractos legales. Opción, tanteo y retracto convencionales. Garantías reales, Pamplona, 1974, pág. 236.

Dispone el § 115 del Fuero de Viguera y Val de Funes que «qui resciebe peynal luego'l deve cobrar», u otro por él, «et si no podría perder el peynnal maguer que tenga fiador de salvo, e deue todos los fruytos e todos los esquilmos contar de su paga sacando sus espensas que fezo provechosas». Fiador de salvo era quien asumía la obligación de defender la cosa objeto del contrato contra todo pleito o mala voz que se suscitara acerca de ella (270).

El Fuero General de Navarra en su Capítulo III del Título XVI del Libro III declara propios del que recibió las heredades o cosas en prenda los frutos que éstas produjeren mientras estuvieren en su poder, contra las terminantes disposiciones del Derecho romano que declaraban que aunque el acreedor por razón de empeño podía percibir tales frutos, estaba, sin embargo, obligado a deducir su valor de la cantidad de la deuda, después de rebajar el importe de los gastos que hubiese hecho y le debían ser abonados (271).

La heredad empeñada debía restituirse en el día de Nuestra Señora de las Candelas, entregando el que la dio en el mismo acto el dinero o frutos que hubiese recibido por el empeño, lo cual debía hacerse midiendo los frutos o contando el dinero en la puerta de la Iglesia a presencia de siete vecinos de pueblo o de los inmediatos. Entendía ALONSO que la anterior Ley apenas subsistía (272).

Con relación a la pignoración de ovejas, cabras y cerdos, si estuvieren preñadas, el prendador debe dar al dueño los corderos, los quesos y la lana, si se esquilan (273).

Los tratadistas navarros entendían que regía el Derecho romano, en concreto Código, Libro 4, Título 24, Ley I y Código, Libro 8, Título 28, Ley 1 para todo lo referente a los frutos e intereses de la prenda (274).

B) *La codificación española*

El Proyecto de Código Civil de 1836 dentro de su Libro III, «Obligaciones y contratos y prueba judicial», contiene un Título XVI, «De los

(270) *Ibidem*, pág. 252.

(271) *Ibidem*, pág. 267, siguiendo el sentir de Alonso, puesto que de lo contrario sería injusto y hasta inicuo.

(272) MOUTÓN OCAMPO, *ob. cit.*, pág. 593.

(273) BENITO GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ: *Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil español*, primera edición, Tomo séptimo (sic), Madrid, 1874, pág. 639 y nota 3 de dicha página, con referencia al Capít. XXII, Tit. XVI y Cap. VI, Tit. XVII, Libro III del Fuero.

(274) J. M.^a ARELLANO IGEA: *Las obligaciones, los contratos y la prescripción en el Derecho Navarro*, Madrid, 1946, pág. 464.

contratos que sirven para corroborar o dar mas fuerza a la obligación de otros» y allí se ocupa «De las prendas e hipotecas», con un Capítulo I, «Disposiciones generales», con los artículos 1.695 y 1.696, un Capítulo II, «De la prenda o contrato pignoraticio en particular», con una Sección 1.^a, «De la naturaleza de este contrato y disposiciones generales sobre el mismo», con los artículos 1.698 a 1.701. La Sección 2.^a, «De la prenda que se constituye por voluntad del dueño y de los derechos y obligaciones que produce respecto al que recibe», contiene los artículos 1.702 a 1.716. La Sección 3.^a, «De la prenda judicial y de las cosas que están sujetas a ella». El Capítulo III se ocupa ya «De las hipotecas». Pues bien, dentro de la Sección 2.^a, del Capítulo II del Título XVI del Libro III, se encuentra el artículo 1.704 con el siguiente tenor literal: «El acreedor no tiene derecho a los frutos de las cosas dadas en prenda a no haber estipulado que los perciba en pago de los intereses de la deuda o del mismo capital.»

Se hacen precisas unas someras consideraciones, aunque se trate de un Proyecto menos conocido y famoso que el de 1851. La primera es que se recoge el sentido del Derecho histórico español de referirse a frutos y no a intereses. Otra más trascendente es la de no presunción de esta atribución de los frutos al acreedor, que para que se produzca, necesariamente precisa el pacto expreso. Finalmente, que aún admitiendo dicho pacto, el alcance y contenido del mismo viene concretado *ex lege*, a la amortización de la deuda principal con su aplicación al pago de los intereses y si éstos no existen o ya se han cubierto por los frutos, con su aplicación al capital. Téngase en cuenta, además, que la prenda en este Proyecto de 1836 viene referida inexcusablemente a los bienes muebles. Por tanto, el texto admite que pueda darse en prenda un bien fructífero, lo que no atribuirá, en principio, derecho alguno al acreedor sobre los frutos de la cosa empeñada, pero, si ello se pactó por las partes al constituir la prenda, en tal caso los frutos vienen determinados y adscritos *ex lege* a la amortización de los intereses y del capital.

Después del examen de este Proyecto de 1836, cuya génesis puede encontrarse en el encargo conferido por Fernando VII a don Manuel María Cambrónero, que falleció dejando incompleta su labor, pero que terminaron en 1836 otros juriconsultos, Tapia, Vizmanos y Ayuso, sigue el período codificador.

Creada en 1843 la Comisión General de Códigos, que tras diversas vicisitudes fue reconstituida en 1846 y sería la que diera cima al Proyecto más importante de los precedentes del Código Civil. Aunque el principal autor fue el juriconsulto don Florencio García Goyena (275), el Título XVIII, que trata de la prenda, fue redactado por Luzuriaga y aprobado

(275) CASTÁN TOBEÑAS, *ob. últ.cit.*, pág. 162.

por la Sección, sin más problemas que el artículo 1.774 relativo a la necesidad de escritura pública o documento privado fehaciente (276). Luzziaga realizó no sólo este Título, sino también el referente a la hipoteca y parece ser que en estos puntos su autoridad fue absoluta y la confección de dichos títulos exclusiva (277). Culminado el Proyecto de Código Civil de 1851, llamado también Proyecto de Código Civil isabelino por tratadistas posteriores, contiene dentro de su Libro III, «De los modos de adquirir la propiedad», un Título XVIII, «De la prenda», contiene los artículos 1.771 a 1.781. De todos ellos nos interesa el artículo 1.777: «Si la prenda produce frutos o intereses, el acreedor compensará los que percibiére con los que se le deben, o se le imputarán sobre el capital si no se deben, en cuanto al exceso de los que sean debidos.» Mandado publicar el Proyecto, por Real Orden de 12 de junio de 1851 en un número de la revista «El Derecho moderno», para facilitar su estudio a los Tribunales, a las autoridades, a los Colegios de Abogados, a las Facultades de Jurisprudencia y cuantas personas pudieran ilustrar con sus luces las diversas materias del Código, a fin de que expusieran las observaciones que creyeran pertinentes (278), no faltaron algunas publicaciones al respecto, si bien no deja de resultar extraño que pasaran sin comentario, crítica u opinión sobre el citado artículo 1.777 (279). Sólo constituye una excepción a este silencio la obra de GARCÍA GOYENA (280), libro interesante todavía hoy (281), hasta el punto de haberse reeditado no hace mucho (282), porque los precedentes de cada artículo, sus concordancias con el Derecho antiguo y el extranjero y se solucionan algunas cuestiones que suscitaba la interpretación del texto de alguno de los preceptos.

(276) JUAN FRANCISCO LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación española. La codificación civil (Génesis e historia del Código)*, vol. I, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1970, pág. 233.

(277) *Ibidem*, pág. 198, refiriéndose a los trabajos de la Segunda Comisión General de 1846 a 1851.

(278) CASTÁN TOBEÑAS, *ob. últ. cit.*, pág. 162, nota 2.

(279) RAMÓN ORTIZ DE ZÁRATE: «Observaciones al Proyecto de Código Civil», en *Revista de los Tribunales y de la Administración*, Burgos, 1852, págs. 381 y 382, referidos a la prenda.

(280) «Concordancias,/motivos y comentarios/del Código civil español./por el Excmo. Sr./D. Florencio García Goyena,/Senador del Reino,/Magistrado del Supremo Tribunal de Justicia,/Vice-Presidente de la Comisión General de Códigos,/y Presidente de la Sección del Código Civil/Tomo III/Madrid:1852./Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial,/a cargo de F. Abienzo,/Calle de Cervantes, número 32/páginas 179 y 180. He encontrado también un libro, por lo demás idéntico al anterior e incluso en las correspondientes páginas que nos ocupan, que señala el Tomo IV.

(281) CASTÁN TOBEÑAS, *ob. últ. cit.*, pág. cit., nota 1.

(282) Con el mismo título en el que se añade: «Reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Prof. LACRUZ BERDEJO y una tabla de concordancias con el Código civil vigente.» Zaragoza, 1974. El artículo 1.777 corresponde a la página 925.

Retengamos que todo lo referente a la prenda fue realizada por don Claudio Antón de Luzuriaga antes de examinar lo recogido por García Goyena al referirse al artículo 1.777. Después de reproducir, como en todos los casos, el precepto en cuestión, hace mención del artículo 2.081 del Código francés, 1.951 del napolitano, 2.134 del sardo, 3.136 de la Luisiana y 1.204 del holandés. Hemos visto en su momento que todos estos códigos eran un calco del Código francés y sobraba la cita de los demás, salvo que fuera para adelantar que nuestro primer texto codificado iba a ser uno más de tales imitadores del modelo galo. Esto puede ser disculpable por el papanatismo de nuestro siglo XIX en imitar a toda costa la vida cultural allende los Pirineos. Por entonces en tierras de acusada raigambre hispánica se acababa de aprobar el texto del Proyecto de Código Civil, obra del jurisconsulto Bello, obra notable, por la claridad, esmero y, sobre todo, por la originalidad de sus disposiciones (282); otro tanto puede decir del Proyecto de Código Civil para el Estado Oriental del Uruguay, redactado por el Doctor don Eduardo Acevedo en 1852, textos éstos que cristalizarían más o menos modificados en los respectivos Códigos Civiles de Chile y Uruguay.

Después de la cita comentada, añade: «Todos estos artículos hablan del crédito que produce interés y se da en prenda: fuera de este caso, apenas se concibe que una cosa mueble pueda producir frutos: sin embargo, la Comisión quiso que se conservara la palabra por la posibilidad de que ocurriera algún caso, aunque raro, de aplicación.» Ya hemos visto cómo algunos tratadistas franceses y belgas admiten sin dificultad que algunos muebles puedan ser fructíferos, pero dada la amplitud de la prenda desde el Derecho romano postclásico y justiniano, no es inconcebible la prenda de una piara, de un rebaño y lo que se trata en puridad es determinar el destino y finalidad de tales frutos naturales. Piénsese en una España de corte rural, que todavía no conocía la primera Ley Hipotecaria, para la que faltarán más de diez años, en donde estas posibilidades no podían resultar insólitas. Mas pensamos en dicho período en los frutos que en los intereses, en las crías de animales que en ciertos créditos o valores pignorados, a no ser que se midiera el patrón nacional por Madrid, Barcelona y alguna que otra ciudad y se ignorara el resto del mapa nacional y sus habitantes. Concluyamos, que para GARCÍA GOYENA lo normal debe ser la prenda del crédito y lo excepcional la prenda de otra cosa mueble fructífera. A continuación recoge una cita de la Ley I, Título 24, Libro IV del Código de Justiniano y otra de la Ley 5, párrafo 3, del Título 3 del Libro 46 del Digesto, y después de este breve examen del Derecho romano se refiere al Derecho histórico español con mención de la Ley 20, Título 13, de la Partida 5, y, finalmente, recoge que el artículo comentado

debe entenderse con sujeción a los artículos 1.650 y 1.651, guardando armonía con el 1.105. Vamos a ocuparnos de ellos, destacando la importancia del artículo 1.650, que establece que el interés convencional no podrá exceder del doble del interés legal, y en lo que excediere, lo reducirán los tribunales a instancia del deudor. A este precepto dedica GARCÍA GOYENA un sustancioso comentario. El artículo 398 del Código de Comercio de 1829 fijaba la tasa del interés en el 6 por 100, lo que significaba el tradicional sistema de tasa del interés.

El artículo 1.651 destacaba que «toda prestación pactada en favor del acreedor se reputa interés» y el artículo 1.105 recogía que «si la deuda produce interés, no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital, mientras no estuvieren cubiertos los intereses, a menos que en ello se conviniera el acreedor». Como resumen podemos señalar que el Proyecto de 1836 sólo se refería a frutos, al paso que el de 1851 lo hace a frutos e intereses. El primero sólo los atribuía al acreedor en caso de estipulación al efecto, el segundo los refería en todo caso sin necesidad de pacto al respecto. Ambos textos tenían en común que los frutos o intereses iban destinados a la amortización de intereses y de capital.

Fracasado el Proyecto de 1851 por motivos y circunstancias ajenos a este tema y abandonada la empresa codificadora por un tiempo, se retornó en 1880. No se alude para nada a este tema, ni en el Proyecto de Ley de Bases para el Código Civil presentado por el Ministro de Gracia y Justicia don MANUEL ALONSO MARTÍNEZ de 22 de octubre de 1881, pero tal Proyecto fue rechazado y las Cortes exigieron el texto completo del Código que fue presentado parcialmente, sólo de los Libros I y II y también rechazado.

En el Anteproyecto de los Libros III y IV (283) y más concretamente en este último se encuentra un precepto (284) que dice así: «Si la prenda produce intereses, compensará el acreedor los que percibe con los que se deben; y si no se le deben, o en cuanto excedan de los legítimamente debidos, los imputará al capital.» Fórmula idéntica a la que va a constituir el futuro artículo 1.868 del Código Civil, sin duda por influencia del artículo 2.153 del anteproyecto belga de Laurent, omitió la referencia a los frutos (285). Como en el texto del Anteproyecto se declaran las fuentes de inspiración: el Proyecto de 1851 y el Anteproyecto belga de Laurent y éstos presentan y confiesan una fuente común: el artículo 2.081 del Código

(283) Relación de Legajos, Anteproyecto del Libro IV, cuaderno 3.º, alegaciones y conclusión en *Crónica de la Codificación española...*, de J. F. LASSO GAITE.

(284) Constituye el artículo 8.º del Índice del Anteproyecto del Libro IV, cuaderno 3.º

(285) GUILARTE, *ob. cit.*, pág. 439.

francés, que sólo habla de intereses y no de frutos, entiende PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, que tal vez se suprimió la referencia a los frutos al acogerse expresamente la prohibición de usar la cosa dada en prenda (286). Como la fórmula es idéntica al artículo 1.868 del Código, más adelante nos ocuparemos de este tema.

Volvemos al proceso codificador para señalar que el Proyecto de Ley facultando al Gobierno para publicar el Código Civil con sujeción a las condiciones y bases que en dicho Proyecto se establecen, presentado al Senado por el Ministro de Gracia y Justicia señor don Francisco Silvela de 7 de enero de 1885 no se ocupa de este tema, pues si en la base XIX se alude a los contratos en general, en la XXVI enumera la compraventa, permuta, arrendamiento, sociedad, mandato, préstamo, seguro, fianza, hipoteca y censos, pero sin ninguna referencia a la prenda, lo que se reiteraría en el Proyecto de Ley aprobado por el Senado el 6 de mayo, ni en el Dictamen de la Comisión del Congreso, al referirse a la base XXV. Tal silencio sobre los contratos reales fue puesto de manifiesto por alguna publicación (287).

Disueltas las Cortes y reunidas de nuevo en 1888 se logró la aprobación de la Ley de Bases de 11 de mayo de dicho año. La base XXVI decía que «las formas, requisitos y condiciones de cada contrato en particular se desenvolverán y definirán con sujeción al cuadro general de las obligaciones y sus efectos, dentro del criterio de mantener por base la legislación vigente y los desenvolvimientos que sobre ella ha consagrado la jurisprudencia...» No existe mención alguna a la prenda en el texto de la Ley de Bases.

2. EXAMEN DEL ARTÍCULO 1.868 DEL CÓDIGO CIVIL

Con esto hemos llegado al final de la evolución histórica de nuestro estudio. Se ha promulgado el Código Civil y conocemos cuanto expresa su artículo 1.868, con cuyo texto comenzamos este trabajo. Sería reproducido literalmente por diversos Códigos civiles hispanoamericanos, como el de Puerto Rico en su artículo 1.767 (288), pese a sus diversas revisiones en

(286) M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, Madrid, 1982, pág. 376 y nota 11.

(287) ANTONIO MARÍA FABRÉ: *Disertaciones jurídicas sobre el desarrollo histórico del Derecho sobre las Bases de Código Civil y sobre la Organización de los Tribunales*, Madrid, 1885, pág. 318.

(288) Era el artículo 1.769 tras la reforma de 1902, pero a partir de 1930 queda como artículo 1.767. Ver *Código Civil de Puerto Rico*, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1960.

1902, 1911, 1930 y 1941, o el de Panamá en su artículo 1.559. Incluso los Códigos de Cuba y Honduras mantienen el mismo número de artículos que el texto español.

El artículo 1.868 no habla de frutos, tan sólo se refiere a intereses: «Si la prenda produce intereses...», pero no conformes con esta interpretación literal, determinados autores patrios entienden que también deben comprenderse frutos. En este sentido podemos citar a MANRESA (289), MUCIUS SCAEVOLA (290), DE DIEGO (291), los anotadores de ENNECERUS (292), PUIG PEÑA (293), DÍEZ PICAZO y GULLÓN (294), PUIG BRUTAU (295) y SANTOS BRIZ (296). No faltan otros tratadistas que sostie-

(289) J. M. MANRESA Y NAVARRO: *Comentarios al Código Civil español*, tomo XII, 6.ª ed., revisada por J. J. GÓMEZ YSABEL, Madrid, 1973, pág. 581: «pero el término empleado lo está en sentido amplio, equivalentes a frutos, lo mismo naturales que civiles...»

(290) QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil* redactado por PEDRO DE APALATEGUI, tomo XXIX, Madrid, 1955, págs. 378 y 379: «Para nosotros es indudable que el Código ha querido también referirse a los frutos, hipótesis bastante normal, porque fuera de la misma la prenda nada produce...»

(291) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO: *Curso Elemental de Derecho civil español, común y foral*, tomo 5.º, Derecho de obligaciones, Madrid, 1920, pág. 301: «Lo que hay es que aunque parece que se concreta a los créditos, indudablemente en su espíritu comprende también otras cosas que producen frutos.»

(292) B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER, en la obra de MARTIN WOLFF: *Derecho de cosas*, vol. II, Gravámenes, 2.ª ed., al cuidado de J. PUIG BRUTAU, Barcelona, 1951, página 406: «(c) Aunque el C.c. no reconoce la anticresis sino sobre bienes inmuebles (cf. artículo 1.881), no hay ningún obstáculo para el pacto anticrético... Así pues, tratándose de cosa que produce intereses —y puede decirse cosa fructífera general—, el pacto anticrético se considera implícito *ex lege*. Cabe indudablemente excluirlo por convenio.»

(293) F. PUIG PEÑA: *Compendio de Derecho Civil español*, Barcelona, 1966, páginas 748 y 749: «Con mejor criterio, a nuestro parecer, MANRESA y DE DIEGO entienden que el precepto abarca indistintamente toda clase de frutos, naturales o civiles, bien entendido que el único concepto en el que el acreedor puede recibir esos frutos es el pago o compensación de intereses pactados, pues por lo demás le está prohibido aprovecharse de las cosas pignoradas.»

(294) L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, vol. III, Derecho de cosas, Madrid, 1981, 2.ª ed., pág. 809: «Una interpretación literal del artículo 1.868 conduciría a afirmar que sólo es aplicable cuando la prenda recae sobre un crédito o valores (acciones, obligaciones, etc.) pues habla de 'prenda que produce interés'. Sin embargo no hay razón alguna para no utilizarlo fuera de este supuesto (GARCÍA GOYENA, MANRESA).»

(295) J. PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo III, vol. III, 2.ª ed., Barcelona, 1974, pág. 22: «... a falta de pacto que lo excluya, si la cosa dada en prenda produce frutos o intereses, el acreedor compensará los que perciba con los que se le deben, y si no se le deben o en cuanto excedan de los legítimamente debidos, los imputará al capital.»

(296) J. SANTOS BRIZ: *Derecho civil*, tomo II, Madrid, 1973, pág. 663: «Una interpretación lógica de este precepto (sobre todo en relación con el art. 1.864, que se refiere a 'todas las cosas muebles') induce a dar sentido amplio al concepto de 'intereses' que el artículo 1.868 utiliza, para abarcar tanto los rendimientos del dinero como los de las demás cosas.»

nen opinión contraria, pudiendo citarse a SÁNCHEZ ROMÁN (297), DE BUEN (298), CASTÁN (299), ESPÍN (300), LACRUZ y SANCHO REBULLIDA (301), COSSÍO (302), SANTAMARÍA (303), RUIZ SERRAMALERA (304),

(297) F. SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, tomo IV, Madrid, 1899, página 981: «En cambio son lícitos: a. El pacto llamado anticrético, cuya etimología, concepto y efectos quedan explicados, como una verdadera modalidad y nueva especie de este derecho de garantía. El Código civil lo considera ya como un contrato aparte...»

(298) D. DE BUEN en notas al *Curso elemental de Derecho Civil*, de A. COLIN y H. CAPITANT, tomo V, Madrid, 1925, pág. 103: «De la falta de derecho a usar la cosa se deduce la falta de derecho del acreedor a percibir los frutos que la cosa produce; pues es regla de interpretación que donde está prohibido lo menos está prohibido lo más, y el derecho de disfrutar o percibir los frutos constituye una ampliación del derecho de usar, negado al acreedor pignoraticio. También nuestro Código reconoce la excepción de que si el crédito es productivo de intereses...»

(299) J. CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil español, común y foral*, tomo II, vol. II, 13.^a ed., revisada y puesta al día por PASCUAL MARÍN PÉREZ, Madrid, 1983, pág. 491: «De Buen opina juiciosamente aquí de una excepción no aplicable a los frutos, pues la falta de derecho a usar la cosa (que consagra el art. 1.870) se deduce la falta de derecho del acreedor a percibir los frutos que la cosa produce...» Por lo demás esta edición dice igual que la 6.^a de 1943, pág. 402.

(300) D. ESPÍN CÁNOVAS: *Manual de Derecho Civil español*, vol. II, tomo I, Madrid, 1952, pág. 236: «La situación posesoria creada por la entrega de la cosa al acreedor... no faculta al acreedor a usar la cosa, y si lo hace o abusa de ella en otro concepto, puede el deudor o dueño de la prenda que se le constituya en depósito (art. 1.870). Por excepción, puede el acreedor, si la prenda produce intereses, compensar 'los que perciba con los que se le deben, y si no se le deben, o en cuanto excedan de los legítimamente debidos, los imputará al capital' (art. 1.868).»

(301) J. L. LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho Civil*, III Derechos reales, volumen II, con la colaboración de F. SANCHO REBULLIDA, Barcelona, 1980, pág. 153: «Es dudoso si el precepto es extensivo a los frutos naturales (parece que los industriales quedan indirectamente excluidos por el art. 1.870 que prohíbe al acreedor usar la cosa pignorada); la excepcionalidad de la norma y la imputación de lo percibido (preferencia de los intereses) aconsejan desechar tal interpretación extensiva, por lo demás poco frecuente, ya que, aparte los semovientes, pocos bienes muebles producirán frutos de cierta importancia.»

(302) A. DE COSSÍO: *Instituciones de Derecho Civil*, 2, Madrid, 1975, págs. 688 y 689: «La Ley habla exclusivamente de *intereses*, pero no de otra clase de frutos, como sería, por ejemplo, tratándose de una prenda pecuniaria, las crías de los animales pignorados, los cuales, sin duda alguna, como cualquier otra clase de accesiones, deberán ser entregados a su legítimo dueño, sin perjuicio de los reembolsos que éste haya de hacer por los gastos ocasionados con tal motivo.»

(303) J. SANTAMARÍA (con la colaboración de J. L. SANTAMARÍA CRISTÓBAL): *Comentarios al Código Civil*, II, Madrid, 1958, págs. 888 y 889: «El derecho de compensación anticrética que este artículo establece ha de entenderse reducido a los intereses y no a otra clase de frutos (así DE BUEN, 5.º, 121 y CASTÁN, 7.ª ed., II, 732); no obstante MANRESA (XII, 448) se inclina a hacerlo extensivo a toda clase de frutos. Preferimos la primera interpretación por la consideración de que excluido el uso de la cosa por el acreedor prendario (art. 1.870), a no hallarse autorizado para ello por el dueño, la percepción de otra clase de frutos parece también excluida.»

(304) R. RUIZ SERRAMALERA: *Derecho Civil*, Derechos reales, II Derechos sobre cosa ajena, Madrid, 1978, pág. 223, nota 1: «El Código no aclara suficientemente lo que debe entenderse por intereses pues lo mismo cabe referirlos estrictamente a los que se

O'CALLAGHAN (305), PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (306) y GUILARTE (307).

Mi opinión es que debe preferirse, sin ninguna duda, esta última postura. El Código parece contemplar el ámbito del artículo 1.868 como un peculiar y muy concreto supuesto, más que una regla general, pues el «si» condicional con que comienza y lo excepcional de la producción de intereses en los bienes muebles, así lo hace inferir. Por otra parte, sólo se

perciben sólo en dinero que extenderlo a todos los frutos de la cosa (tanto naturales —o industriales— como civiles), pero a la vista de lo que después establece para la anticresis (afirmado por el art. 1.881 que 'el acreedor adquiere el derecho a percibir los frutos de un inmueble de su deudor con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después al capital de su crédito') y de que el propio artículo 1.868 pone en relación los intereses de la cosa con los que produzca la deuda principal, quizá sea lo más acertado suponer que sólo quiere referirse, como excepción, a los de primera clase.»

(305) X. O'CALLAGHAN MUÑOZ: *Compendio de Derecho Civil*, tomo III, Derechos reales e hipotecario, Madrid, 1868, pág. 320: «Se discute por la doctrina si también se produce esta compensación con los frutos de la cosa pignorada. Pensando que el acreedor pignoraticio no tiene el uso ni el disfrute de ella, no puede hacer suyos los frutos que produzca para imputarlos a los intereses o al capital. Así (de acuerdo con GUILARTE... que cita toda la doctrina) los frutos de la cosa, si los produce, no se compensan con la obligación garantizada ni con sus intereses. Aunque cabe que los sujetos convengan expresamente tal compensación anticrética.»

(306) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *ob. cit.*: «Algunos autores (MANRESA, MUCIUS SCAEVOLA, DE DIEGO, DíEZ-PICAZO y GULLÓN, PUIG BRUTAU) estiman que el acreedor puede hacer suyos los frutos de la cosa para compensarlos con los intereses que se le deben, y en cuanto sobre, con el capital (cf. art. 1.868). Mas esta solución es contraria al artículo 1.870, y no puede apoyarse en el artículo 1.868, que se refiere sólo a la prenda de créditos.»

(307) *Ob. cit.*, pág. 440: «A mi juicio, debe prevalecer esta segunda interpretación. En primer lugar, porque así se deriva del dato histórico referido a los precedentes inmediatos del precepto que no se limita, como pretende MANRESA, a reproducir el correspondiente Proyecto de 1851, sino que modifica éste al suprimir la mención de los frutos. Supresión que, por las propias explicaciones de GARCÍA GOYENA, debe considerarse plenamente dirigida a limitar la compensación anticrética a los 'intereses', en su conceptualización estricta de rendimientos dinerarios, producidos bien por la prenda de crédito, bien por la de cualquier otra susceptible de originarlos. En segundo lugar, porque los preceptos de los Códigos concordantes con el nuestro y particularmente el correspondiente del Código francés, están contemplando específicamente la compensación de intereses y, planteada la cuestión, la doctrina generalmente entiende que respecto de las cosas fructíferas no parece posible decidir por analogía que el acreedor se apropiara de los frutos y los imputara por su valor al crédito. Por último, la interpretación en sentido estricto (pág. 441) del término 'intereses', utilizado por el precepto, resulta congruente, como se ha apuntado, con la prohibición del uso de la prenda y con la propia idea de la compensación anticrética en la garantía pignoratícia que no parece esencial a su naturaleza, a diferencia de lo que ocurre con la anticresis; probablemente, el legislador ha querido mantener la relación prendaria entre los vinculados por ella con la mínima complejidad posible que, incuestionablemente, se vería incrementada de admitirse la compensación en el caso de cosas fructíferas, desprovista, por otra parte, de cualquier disposición necesaria para fijar los criterios de valoración de los frutos, a efectos de la compensación y del régimen mismo de ellos.»

refiere a los intereses y no a los frutos el tenor del artículo. Si no nos conformamos con esta hermenéutica puramente gramatical, podemos llegar al mismo resultado. Dentro de la interpretación por el método histórico, podemos contemplar la prenda como una cristalización de instituciones romanas y germánicas y con la influencia de otros elementos. Referida tanto muebles como inmuebles, tenía razón de ser el pacto anticrético, pero limitada a las cosas muebles y centrada la anticresis en la compensación a través de los frutos, queda reducida la pignoración a la retención por el desplazamiento posesorio y a la posibilidad de vender la cosa en el supuesto de impago. Los precedentes próximos son harto elocuentes durante el proceso codificador español. Si el Proyecto de 1836 sólo contempla los frutos, el de 1851 lo hace con la disyuntiva frutos o intereses para terminar en el Anteproyecto y en el propio artículo 1.868 refiriéndose sólo a intereses. ¿Qué quiere decir esto? A mi juicio, representa una clara voluntad de sustituir el concepto de frutos por el de intereses. No hace falta decir ahora la destacada influencia que el Código francés ha tenido en el nuestro y reproducimos aquí cuanto atrás recogimos sobre la interpretación y alcance del artículo 2.081 del modelo galo.

Nuestro Código hace una neta separación entre frutos e intereses. Los frutos se nombran en numerosos preceptos (308) con el alcance dado en los artículos 354 a 357. Expresamente contraponen frutos e intereses determinados preceptos, como los artículos 797, 884, 1.049, 1.120, 1.295, 1.303 y 1.347,2.º y otros, como los artículos 186 y 1.063 contraponen los frutos a las rentas y en otros numerosos preceptos se alude sólo a intereses (309). Si observamos esta masa de preceptos notamos la precisión del legislador y como nunca utiliza el término intereses en sentido amplio comprensivo de los frutos.

Pero si no fuera bastante esta interpretación gramatical, histórica y sistemática empleada, podemos aún acudir a otros medios hermenéuticos para percatarnos que la prohibición de usar la cosa pignorada, que se expresa con carácter genérico dentro del haz de obligaciones y derechos del acreedor pignoraticio y que presenta suficiente virtualidad. El artículo 1.870 resulta tajante: «El acreedor no podrá usar la cosa dada en prenda sin autorización del dueño...» Las consecuencias de dicho incumplimiento consisten en la constitución en depósito de la cosa a instancia del propie-

(308) Así los artículos 279, 334, 354 a 357, 451 a 453, 471, 472, 496, 524, 882, 884, 1.049, 1.059, 1.063, 1.120, 1.295, 1.347, 1.381, 1.468, 1.478, 1.519, 1.571, 1.575, 1.611 a 1.624, 1.630, 1.632, 1.634, 1.650, 1.657, 1.881, 1.882 y 1.885, etc. Comprendo aquí los preceptos del Código que han sido reformados.

(309) En este sentido los artículos 502, 505, 517, 519, 797, 884, 1.049, 1.108 a 1.110, 1.120, 1.126, 1.147, 1.173, 1.347, 1.349, 1.478, 1.501, 1.724, 1.755, 1.838, 1.896 y 1.916, etcétera.

tario. Este principio normativo ha sido puesto de relieve por la mayoría de los autores (310), porque no es concebible la percepción de los frutos por el acreedor, ni siquiera con la finalidad amortizadora de intereses y capital debidos, con la general prohibición que le veda cualquier uso, pues el texto del artículo no distingue. Cuando la prenda recae sobre un crédito la cosa es distinta, pues no usa el acreedor pignoraticio de la cosa empeñada para cobrar los intereses periódicamente, ni por su imputación liberadora, lo que no ocurre en los frutos naturales (o industriales) en que resulta inconcebible su producción y aplicación sin invadir el *uti* para alcanzar *frui*.

A mas de la imposibilidad de salvar esta genérica prohibición del uso, la finalidad del precepto es puramente compensatoria y no supone enriquecimiento para el acreedor. Nos movemos en el campo de los derechos reales de garantía y la prenda consiste en la entrega de una cosa mueble para asegurar el cumplimiento de una obligación principal. El acreedor retiene la cosa hasta el cumplimiento de la obligación y si ésta se incumple, se le atribuye un *ius vendendi* para hacerse pago con el precio de la cosa pignorada. También ostenta un privilegio sobre el valor de la prenda en las reclamaciones de pluralidad de créditos. Si los frutos se atribuyeran al acreedor lo serían con la sola finalidad de amortizar total o parcialmente el montante de deuda e intereses, en su caso. Tratándose de prenda que produce intereses la compensación total o parcial resulta automática. Se convierte así la prenda en una amortización progresiva, pero cuando se trata de prenda fructífera esta rápida actuación del acreedor (sin perjuicio de la obligación de rendir cuentas) resulta inconcebible. Los frutos exigen, no sólo del uso y de la manipulación de la cosa y además no permiten una compensación de modo automático.

Para tal compensación se requiere la venta de los frutos o la percepción por parte del acreedor, asignándoles un valor. Ello implicaría una dación en pago, y precisada de ser convenida, pero no deducible del texto legal (311). Tal presunción es combatida por los autores franceses, a falta de previsión legislativa al respecto, si bien no se oponen a que las partes puedan conferir tal derecho al acreedor de modo expreso (312), o admitirse este pacto de las circunstancias, como recogió alguna vez la jurisprudencia francesa (313).

(310) DE BUEN, *ob. últ. cit.*, pág. cit. CASTÁN, *ob. últ. cit.*, pág. cit. ESPÍN, *ob. últ. cit.*, pág. cit. LACRUZ, *ob. últ. cit.*, pág. cit. SANTAMARÍA, *ob. últ. cit.*, pág. cit. O'CALLAGHAN, *ob. últ. cit.*, pág. cit. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *ob. cit.*, pág. cit.

(311) AUBRY y RAU, *ob. cit.*, pág. 111.

(312) BAUDRY-LACANTINERE y DE LOYNES, *ob. cit.*, pág. 105. JOSSERAND, *ob. cit.*, pág. 452.

(313) PLANIOL y RIPERT, *ob. cit.*, pág. 111, nota 2.

Pero, si este principio establecido en el artículo 1.868 respecto a los intereses se aplicase también a los frutos, quedarían muchos problemas sin resolver, muchas cuestiones sin decidir y vendría a ser un semillero de litigios, porque la compensación frutos-intereses requiere la venta de los frutos y ésta no puede inducirse que quede atribuida al acreedor, por mucho que los partidarios de la interpretación lata del precepto así lo entiendan. ¿Cómo se ha de valorar? ¿Por quién? ¿Es precisa la venta? ¿Se ha de hacer en pública subasta y en otro caso venta judicial? ¿Se adquieren directamente por el acreedor? Son demasiados interrogantes para dejarlos en el aire. La complejidad se vería aumentada en una operación tan simple como la pignoración (314), faltando toda clase de disposiciones para fijar los criterios de valoración de los frutos para su compensación (315).

Estos interrogantes e inconvenientes no se producen con la prenda de intereses. El acreedor pignoraticio se encuentra encargado tácitamente del cobro y posterior imputación de los intereses del crédito pignorado (316). El que empeña un crédito conserva la facultad de actuar contra su deudor, pero este derecho se encuentra limitado por la prenda; si el deudor rehusara el pago de los intereses, el titular se vería en la imposibilidad de reclamarlos al no poder probar su crédito y tendría que discutirlos tantas veces como se trate de reclamar intereses (317). Lo establecido en el artículo 1.868 asegura al acreedor la posibilidad de impedir cualquier pago en perjuicio, pero también advierte al deudor que es el acreedor pignoraticio a quien han de satisfacerse los intereses (318). Por la notificación realizada al deudor, ha perdido el acreedor pignorante de su crédito el derecho de cobrar periódicamente los intereses, como se deduce de los artículos 1.527, 1.162 y 1.164 del Código Civil. Por ello han entendido COLIN y CAPITANT que los intereses del crédito pignorado forman parte de la prenda, son accesorios de ella y constituyen asimismo un elemento de garantía que el acreedor ha debido tener en cuenta (319).

A las razones señaladas para sostener la interpretación estricta del artículo 1.868 aún habrían de añadirse otras también de carácter interpretativo, como derivada de la prohibición de usar la cosa el acreedor pignoraticio contenida en el artículo 1.870 del Código, pues si se prohíbe lo menos, que es el uso, con mucha mayor razón debe reputarse prohibido lo

(314) GUILARTE, *ob. cit.*, pág. 441.

(315) *Ibidem*.

(316) PONT, *ob. cit.*, pág. 720.

(317) F. LAURENT: *Principes de Droit Civil Français*, tome vingt-huitième, Paris-Bruxelles, 1877, pág. 493.

(318) PONT, *ob. cit.*, pág. cit.

(319) *Ob. cit.*, pág. 760.

más, que es el disfrute (320). La excepción legal a tal prohibición se encuentra en la prenda que produce intereses por la peculiaridad que presenta y por no implicar propiamente uso de la cosa pignorada, por el mandato tácito entre el pignorante y el acreedor prendario, pero, sobre todo, por las ventajas que ello comporta.

El contraste entre el artículo 1.868, referido a la prenda y el artículo 1.881 de la anticresis es suficientemente expresivo, en ambos se aplican los productos para la amortización de intereses y capital, pero mientras en el primero se habla sólo de interés, el otro sólo se refiere a frutos. Este argumento expuesto por un tratadista es de bastante peso a mi juicio (321).

Los argumentos que aporta la doctrina patria en favor de la interpretación amplia, a favor de comprender en el artículo 1.868 del Código los frutos no son de mucho peso. MANRESA, que debió ser el primero en sostener tal interpretación, no la apoya con ninguna razón y se limita a expresarla y otro tanto puede decirse de MUCIUS SCAVEOLA, DE DIEGO, PÉREZ y ALGUER, PUIG PEÑA, DÍEZ PICAZO y GULLÓN se apoyan en MANRESA y en GARCÍA GOYENA. Lo primero poca fuerza y apoyo les proporciona en este caso, sin perjuicio de reconocer los claros méritos y aciertos de sus Comentarios en tantas y tantas cuestiones jurídicas. En cuanto al apoyo en GARCÍA GOYENA, téngase en cuenta que este comenta el Proyecto de 1851, cuyo artículo 1.777 se refería a frutos e intereses, lo que no hace el artículo 1.868, pero el propio GARCÍA GOYENA cita los artículos 2.081 francés, 1.951 napolitano, 2.134 sardo, 3.136 de la Luisiana y 1.204 holandés todos los cuales «hablan del crédito que produce interés y se da en prenda» y añade por su cuenta: «fuera de este caso, apenas se concibe que una cosa mueble pueda producir frutos; sin embargo, la Comisión quiso que se conservara esta palabra por la posibilidad de que ocurriera algún caso, aunque raro, de aplicación». Que el lector juzgue por sí mismo, si esto es un argumento, cuando se apoya en un Proyecto fallido en el que se introduce, casi con repugnancia, el término «frutos», estimando su rareza y excepcionalidad. Después se abandonaría en el Anteproyecto y no aparecería en el Código Civil y en contraste con la explicitación exclusiva en el artículo 1.881. ¿Supone esto un argumento? Creemos que no, con todo nuestro respeto a los que lo utilizan. Finalmente, nos queda el argumento de SANTOS BRIZ (322), que se apoya en el artículo 1.864 del Código, que se refiere a «todas las cosas muebles», lo que, a su juicio, induce a dar un sentido amplio al concepto de «intereses» que utiliza el ar-

(320) DE BUEN, *loc. últ. cit.* CASTÁN, *loc. últ. cit.*

(321) RUIZ SERRAMALERA, *ob. cit.*, pág. cit.

(322) *Ob. cit.*, pág. cit.

título 1.868, para abarcar tanto los rendimientos del dinero como las demás cosas. Estimamos que no es tal argumento. La amplitud de susceptibilidad pignoraticia de las cosas, procedente del Derecho romano, como vimos en su momento, se ha restringido a las cosas muebles en los últimos tiempos y ello no significa sino la susceptibilidad para constituir tal garantía, garantía limitada a la retención de la cosa pignorada y la posibilidad de instar la venta en caso de incumplimiento. Sigue pesando sobre el acreedor la prohibición del disfrute de la cosa. Por la sola amplitud del objeto o elemento real del derecho de prenda no puede deducirse que el Código diga intereses y quiera decir también frutos, pues el contenido de tal derecho es ajeno al disfrute y el artículo 1.868 en la normativa del Código reviste un carácter concreto y limitado. El Código Civil siguiendo el modelo francés ha contemplado en el caso que nos ocupa una prenda de créditos, al referirse sólo al caso de que la cosa pignorada produzca «intereses», y ha señalado un carácter amortizador: «compensará el acreedor los que perciba con los que se le deben». Se trata, en primer lugar, de una simplificación compensatoria de intereses, con la finalidad de restringir la posible complicación que ello comporta. Pero también pueden faltar los intereses en la obligación principal de la que la prenda es satélite y entonces esta compensación (y también cuando existiendo intereses se encuentran ya compensados) se aplica su imputación «al capital».

Terminemos este punto con unas sintéticas consideraciones que han sido ya explicitadas a lo largo de este trabajo. En primer lugar, que por el fenómeno jurídico de los derechos sobre derechos (323), en este caso de prenda sobre derechos, a través del fenómeno de la cotitularidad o de la legitimación para el cobro, se atribuye al acreedor pignoraticio el derecho-deber de cobrar los intereses del crédito dado en prenda y después realizar su imputación legal. Esta obligación de percepción de los intereses del crédito pignorado se apoya en varias razones: 1.^a La posesión inmediata del título, que se ha desplazado del primitivo y originario acreedor, pignorante de su derecho, al acreedor pignoraticio. Este último se encuentra legitimado por la posesión del título obtenida legítimamente y por la Ley. 2.^a Tal atribución del derecho-deber no implica uso de la cosa pignorada

(323) La posibilidad de los derechos sobre derechos como una verdadera categoría técnica, como una realidad lógica y jurídica, no ha tenido éxito en nuestra doctrina, siendo rechazada por F. DE CASTRO: *Derecho civil de España*, 2.^a edición, Madrid, 1949, págs. 597 y sigs. J. BELTRÁN DE HEREDIA: «El usufructo sobre usufructo en la legislación española (Teoría negativa)», en *Revista de Derecho Privado*, tomo XXV, 1941, págs. 296 y sigs. J. VALLET DE GOYTISOLO: *Hipoteca del derecho arrendaticio*, Madrid, 1951. Esta teoría negativa ha sido seguida por los tratadistas ALBALADEJO y LACRUZ. Tan sólo PASCUAL MARÍN: «Los derechos sobre derechos», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año 1947, tomo 182, págs. 419 a 462, ha establecido su realidad y utilidad, pero sin eco entre los tratadistas patrios.

sino, como ha puesto de relieve la doctrina francesa, la existencia de un mandato tácito para el cobro de los intereses con la finalidad amortizadora legalmente señalada. 3.^a El acreedor no adquiere la propiedad de los intereses cobrados, pese al carácter fungible que éstos ostentan, pues los recibe como mandatario y con una finalidad concreta y legalmente establecida. 4.^a Como consecuencia de lo que antecede y del carácter de mandatario tácito para el cobro y su aplicación posterior, el acreedor pignoraticio ha de rendir cuenta. Esto se deduce del artículo 1.720 del Código, si bien el sistema de compensación automática total o parcial, reducirá y simplificará tal obligación.

Con esto ha quedado limitado el precepto a la prenda sobre créditos. Para FEDERICO DE CASTRO esta prenda «no está reconocida, en general, por nuestro Derecho, seguramente para evitar las dificultades técnicas que produce, y regula sólo la prenda de valores (arts. 1.864 y 1.868 del Código Civil, 320-324 del Código de Comercio) por ser sus títulos susceptibles de posesión (324). Añade que «la prenda de un simple crédito, en otros casos, podrá tener eficacia en el Derecho español, mediante el mecanismo de la cesión, comunicada al deudor (art. 1.527 del Código Civil), que conste en instrumento público, artículo 1.865 del Código Civil, creando una legitimación útil en garantía en favor del acreedor prendario» (325). Por lo general la doctrina antigua española no se preocupó sobre la prenda de créditos (326), aunque no han faltado autores que han estimado como objeto de la prenda las cosas incorporales (327).

De todas formas la prenda sobre derechos se considera como una prenda especial en atención al objeto sobre el que recae el derecho de garantía. Si se trata de un derecho real, posibilidad admitida cuando éste es transmisible, como ocurriría con el usufructo, la prenda recae sobre la cosa o prestación de este último. Pero para el derecho de la prenda de un crédito, aunque no existe propiamente una posesión, se producen unos efectos semejantes a través de la notificación al deudor. Se aplican para esta prenda por analogía lo dispuesto en los artículos 486 y 507 relativos al usufructo de créditos (328). Si el objeto del crédito dado en prenda consiste en dinero, se trocará la prenda en irregular, si el crédito para cuya garantía se estatuyó aún no ha vencido, en otro caso cumplirá con el dinero la obligación garantizada; si consiste en la entrega de una cosa,

(324) *Ob. cit.*, pág. 598.

(325) *Ibidem*.

(326) M. ROSENDE HONRUBIA: «La prenda de créditos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año III, agosto de 1927, núm. 32, págs. 564 y sigs.

(327) SÁNCHEZ ROMÁN, *ob. cit.*, tomo III, pág. 760. DE DIEGO, *ob. cit.*, pág. 296: «...se puede constituir la prenda sobre cualquier cosa mueble que sea permutable».

(328) X. O'CALLAGHAN, *ob. cit.*, pág. 324.

adquirirá sobre ella un derecho de prenda ordinaria si es mueble o de hipoteca si es inmueble, que realizará, a su vez, en la forma ordinaria (329). Habría que distinguir mejor, si en el momento de vencer el crédito pignorado había vencido no la obligación principal, pues si vence el crédito pignorado antes que la obligación asegurada con prenda, no tiene lugar la realización de valor y la prenda en tal caso recaerá sobre el objeto de la prestación y si ésta consiste en una suma de dinero, sobre ella recaerá la prenda, convirtiéndose en una prenda irregular (330). Si se trata de una cosa específica, llegado el vencimiento del crédito garantizado con prenda el valor se realizará mediante la venta de la cosa (art. 1.872), en el segundo caso, si se trata de metálico el valor se realiza aplicando la suma recibida en función de garantía al pago de la obligación principal, careciendo de aplicación el artículo 1.872 del Código Civil (331).

Pero el tema de la prenda de créditos o derechos es ajeno a nuestro estudio, que viene centrado en la prenda fructífera y en el artículo 1.868 del Código Civil y por ello, tras este breve excursus, retomamos nuestro tema. Nos hemos ocupado del concepto de intereses producidos por la prenda, nos resta ahora referirnos a la imputación que hace la Ley, primero a los intereses del crédito pignoraticamente garantizado y si éstos no existen, se encuentran ya satisfechos o exceden los percibidos con los debidos, se imputarán por el acreedor al capital. Lo que no ha previsto el precepto que nos ocupa es el supuesto que el crédito empeñado garantice varios créditos contra el mismo deudor, supuesto contemplado en el Código en el artículo 1.172,¹ con relación a la imputación de pagos, que no debe reputarse aplicable, pues contempla el pago por el deudor que lo aplica a la que le interese y aquí se trata de una garantía real de varios créditos. Es preferente la regla del artículo 1.173: «Si la deuda produce interés, no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital mientras no estén cubiertos los intereses», coincidente con la recogida en el artículo 1.868, que nos ocupa. Si no se ha establecido nada en el contrato de prenda, sobre la preferente imputación a una u otra deuda, de las varias garantidas por tal medio, ni se autoriza al deudor o pignorante a señalar su aplicación, habrán de aplicarse las reglas establecidas en los artículos 1.173 y 1.174, primero a los intereses, después a la deuda más onerosa y, en otro caso, por tratarse de deudas de igual naturaleza, la imputación de intereses se hará a prorrata. Esta regla, coincidente con las de la imputa-

(329) M. ALBALADEJO: *Derecho civil*, III, vol. II, Barcelona, 1983, pág. 225.
J. CASTÁN: *Derecho Civil español...*, cit., tomo 2, 13.^a ed., Madrid, 1983, pág. 498.

(330) PUIG PEÑA, *ob. cit.*, pág. 763.

(331) *Ibidem*.

ción de pagos, encuentra su justificación en la simplificación que produce en las relaciones entre las partes (332).

En cuanto al cobro del capital del crédito pignorado por el acreedor prendario, no parece posible, y ya se puso de relieve por la doctrina francesa, que el mandato no aparece tan claro como cuando se trata de intereses, ya que el capital no debe ser pagado sino de una vez (333). Pero estas razones no resultan muy convincentes, pues puede tratarse de una deuda que deba ser satisfecha en plazos, tras el pago de los intereses. Mas razonable resulta el argumento de que el crédito pignorado fuese superior en valor al garantizado con la prenda, lo que convertiría al acreedor pignoraticio en deudor por el excedente (334). Por ello, se estima que sólo puede cobrar el acreedor pignoraticio el capital del crédito pignorado cuando expresamente se le atribuya tal derecho en el acto constitutivo del *pignus* (335). Si del contrato o de otras circunstancias se desprendiera tal acuerdo, supondría mas que una propia y verdadera garantía una delegación condicional del crédito (336). Cosa distinta es que el deudor del crédito pignorado, que haya estado abonando los intereses al acreedor pignoraticio, al llegar al vencimiento entregue a éste el capital, con finalidad amortizadora de la deuda de su acreedor y que dada la amplitud con que se pronuncia el artículo 1.158 encuentra cabida, pero sería preciso que el abono fuera íntegro y coincidente con el otro crédito en valor, bien originariamente o tras las sucesivas amortizaciones, pues en otro caso faltaría la integridad del pago o se entregaría al acreedor pignoraticio una cantidad no debida.

Entendemos, por el contrario, que resulta aplicable al supuesto del artículo 1.868 lo dispuesto con carácter general en el artículo 1.866,2 del Código, pues no existe razón alguna para no hacer dicha aplicación.

Finalmente digamos que este pacto anticrético implícito *ex lege*, que el artículo 1.868 comporta, puede ser excluido por convenio de las partes (337).

3. LA PRENDA FRUCTÍFERA EN EL DERECHO ESPAÑOL

Ya hemos visto que nuestro Código, siguiendo el modelo francés, no regula la prenda fructífera, sino tan sólo una peculiar modalidad de la

(332) COLMET DE SANTERRE, *ob. cit.*, pág. 384.

(333) *Ibidem*, pág. 385.

(334) *Ibidem*.

(335) PONT, *ob. cit.*, pág. 720.

(336) *Ibidem*.

(337) F. BONET RAMÓN: *Código civil comentado*, Madrid, 1962, pág. 1.470.

prenda productora de intereses, diferenciándose de otros Códigos civiles extranjeros, que comprende ambas figuras, como el alemán, el italiano vigente, el uruguayo, el mexicano, el chileno y el argentino.

Nuestro texto legal no regula la prenda fructífera y ello determina que si se empeña una cosa de esta naturaleza y nada particular y concreto han pactado las partes en la constitución de la garantía y la obligación garantizada se cumple por el deudor, el acreedor pignoraticio debe devolver la cosa pignorada con todos sus accesorios. Por tales deben entenderse: 1.º Los daños e intereses por los deterioros causados por el acreedor. 2.º Los frutos y cuanto provenga de la cosa pignorada. La razón es que el pignorante sigue siendo dueño de la cosa empeñada, que sólo ha entregado en garantía para que el acreedor pignoraticio pueda ejercitar su retención y llegado el vencimiento de la obligación sin haberse cumplido por el deudor, promover la venta de la cosa. Ya hemos visto, que al acreedor le está vedado el uso de la cosa pignorada y en esto resulta tajante el artículo 1.870, que permite la constitución de un depósito a instancia del dueño. Tampoco se permite al acreedor servirse de la cosa empeñada, ni percibir los frutos que ella produzca (338), frutos que deben entregarse a su dueño.

Pero la realidad de las cosas muebles fructíferas resulta patente, especialmente con referencia a los productos de los animales, leche, lana, estiércol y crías, que tratándose de una prenda de una *universitas facti*, de un conjunto de animales, rebaño o piara (lo designa el Código Civil en el art. 449) puede presentar trascendencia en cuanto permite una periódica limitación de la deuda y la más fácil liberación del deudor. Sobre tales ventajas, que no pueden desconocerse, presenta el grave inconveniente de la valoración de los frutos, de carácter variable y contingente. Este es el mayor obstáculo, a mi juicio, de la prenda fructífera. Mientras el Código contempla el artículo 1.868 situaciones de compensación automática, en cuanto operan con deudas monetarias, en el empeño de una cosa productora de frutos, aun cuando se atribuya al acreedor el derecho a percibir los frutos que produzca, la aplicación a los intereses de la deuda principal ha de requerir una previa valoración de tales frutos y aquí está el caballo de batalla de la prenda fructífera. Los frutos presentan un precio oscilante con relación al común patrón del dinero, determinado por la producción, el mercado, etc., y pueden existir diferencias de precio en una misma área geográfica. En la economía antigua, cuando floreció esta institución, no existían las facilidades de comunicación, los excedentes internacionales ni otros presupuestos inconcebibles en una economía rural en la cual el fruto venía a ocupar el valor del dinero, pero esto no ocurre en la actualidad y a ello debe atribuirse una de las razones de la casi desaparición de esta

(338) PLANIOL y RIPERT, *ob. cit.*, pág. 52.

peculiar prenda. También presenta el inconveniente de cargar sobre el capitalista el trabajo de la recolección de los frutos, con el cuidado de los animales y sus crías, lo que ya motivó una exagerada casuística en el Derecho foral histórico, cuando se busca en la rapidez de la moderna contratación, la ganancia rápida y con las menos complicaciones posibles. Todo esto no puede desconocerse y así se patentiza, pero también que la posibilidad de pacto no puede ser desconocida en su aplicación en el medio rural, preferentemente. La falta de regulación legal no impide que las partes puedan convenir un pacto que autorice al acreedor, tratándose de cosa pignorada fructífera, a percibir los frutos de la cosa con finalidad amortizadora de intereses y capital. Así lo entienden los tratadistas franceses (339), admitiendo incluso que dicho pacto pueda ser tácito y deducirse de las circunstancias del contrato (340). La posibilidad de crear una prenda anticrética por convenio se recoge incluso expresamente en el artículo 892 del Código suizo. En tales casos entienden los autores que el acreedor pignoraticio puede realizar directamente el propio interés haciendo suyos los frutos (341).

La doctrina española admite que mediante pacto se pueda establecer una cláusula anticrética para los frutos de la cosa pignorada (342) y si nada se expresa fuera de esta percepción de los frutos por el acreedor anticrético, lo será con la finalidad amortizadora y se aplicará supletoriamente lo dispuesto en el artículo 1.868. Incluso mediante pacto y al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.255, se permite acordar la prenda de disfrute y permitir al acreedor el percibo de los frutos de la cosa empeñada sin tener que rendir cuentas, ni aplicarlos al pago de la deuda. En síntesis, admitimos al amparo de la libertad de pacto la posibilidad de crear una prenda de disfrute, una genuina *mort-gage*. Claro es que tal pacto en determinados supuestos podría incardinarse en la Ley de usura de 23 de julio de 1908, pudiéndose, en consecuencia, declararse su nulidad.

Si se ha establecido el pacto anticrético común, semejante al del artículo 1.868 para los intereses, el acreedor ha de rendir cuentas de los frutos percibidos (343) y se encuentra obligado a dar a la cosa empeñada los cuidados de un buen padre de familia (344). Además, y establecido en virtud de este pacto tal percepción de frutos con finalidad amortizadora

(339) BAUDRY-LACANTINERIE, *ob. cit.*, pág. 105; JOSSEAND, *ob. cit.*, pág. 452.

(340) PLANIOL, *ob. cit.*, pág. 111, nota.

(341) DE CUPPIS, *ob. cit.*, pág. cit.

(342) SÁNCHEZ ROMÁN, *ob. cit.*, pág. cit. PÉREZ y ALGUER, *ob. cit.*, pág. 406, con apoyo en el artículo 1.870, que permite el uso de la cosa pignorada con autorización del dueño; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *ob. cit.*, pág. cit., y O'CALLAGHAN, *ob. cit.*, pág. cit.

(343) ZACHARIAE, *ob. cit.*, pág. cit.

(344) POTHIER, *ob. cit.*, pág. cit.

de intereses y capital, el acreedor responsable no sólo de los percibidos, sino también de los debidos percibir y no obtenidos por la negligencia del acreedor pignoraticio (345).

Tratándose de prenda de rebaños y pías pudieran aplicarse analógicamente el artículo 499 referido al usufructo, en cuanto al principio del *salva rerum substantia*, no en cuanto a la finalidad amortizadora de la deuda principal que es ajeno a este precepto; pero permite así separar la cosa de los frutos.

La Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, aprobada por Ley 1/1973, de 1 de marzo, dentro del Capítulo III, «De la prenda con desplazamiento, hipoteca, anticresis, derecho de retención y depósito de garantía» del Título VII, «De las garantías reales», del Libro III, «De los bienes», contiene la Ley 471: «Tanto en la prenda como en la hipoteca, se puede pactar la anticresis o compensación del uso de la cosa o de sus frutos con los intereses devengados por la deuda. En otro caso, si la cosa en posesión del acreedor produce frutos, deberá percibirlos aquél para imputarlos a la deuda de intereses y después a la del capital.» Este precepto no ha sido modificado por las posteriores modificaciones del Fuero Nuevo de Navarra, llamado así por la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril (*BOE* del 5 de junio, núm. 134) y encuentra sus precedentes en el Derecho romano-Digesto 20,1,11,1, y en Fuero General 3,11,1 (346).

Atiende la Ley 471 en primer lugar a lo pactado, acorde con lo establecido en la Ley 7, que hace prevalecer la voluntad unilateral o contractual sobre cualquier fuente de Derecho, salvo que sea contraria a la moral o al orden público vaya en perjuicio de tercero o se oponga a un precepto prohibitivo de la Compilación.

Si se ha pactado algo sobre la compensación con los frutos de los intereses de la deuda, a ello habrá de estarse; pero si nada se ha pactado y la cosa pignorada da frutos, el acreedor deberá percibirlos para imputarlos a los intereses y después al capital.

El párrafo segundo de la Ley recoge, mediante pacto, la compensación de una deuda dineraria con el uso o disfrute de una cosa mueble o inmueble, sin constituir prenda o hipoteca. Pero aquí en realidad no se trata de un *pignus*, sino de una pura anticresis si se refiere a la percepción de frutos.

(345) *Ibidem*.

(346) P. DE PABLO CONTRERAS, F. J. FERNÁNDEZ URZAINQUI, V. LACARRA LANZ, C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, A. COLIN RODRÍGUEZ, J. L. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE y E. RUBIO TORRANO: *Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. Derecho histórico, concordancias, jurisprudencia*, Pamplona, abril 1988, páginas 559 y 560.

Por lo demás, el pacto anticrético que se recoge en la Ley 471,1, no permite al acreedor pignoraticio disponer de otro modo, ni usar la cosa sin autorización del pignorante, salvo la citada percepción de los frutos (Ley 469,2).

JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ

Doctor en Derecho y Magistrado