

Contrato de Anticresis

Antecedentes históricos y la función

El origen de la anticresis se remonta hasta el derecho griego, en el cual significo un *contra uso*, que es precisamente lo que da a entender su nombre en el lenguaje de los griegos.

En efecto, a cambio del uso de un capital, el deudor permitía al acreedor el uso de un inmueble. No se usaba la institución como medio para cancelar la deuda. Mas tardé, durante la Edad Media, al prohibirse el préstamo con interés, la anticresis fue obligada a cumplir con otros fines, entre ellos el que le indica el artículo 2458 del código civil, o sea como medio para amortización de los préstamos con interés. Con todo y eso, nada obsta que en la actualidad sirva de contra uso, es decir, para cancelar los intereses de un capital.

Cuando entre este y el valor comercial de la finca hay equivalencia. Así lo reconoció la Corte Suprema de Justicia, cuando dijo: " Si un contrato se hace constar que se recibió una suma a préstamo, por tiempo determinado, durante el cual no se pagan intereses, y se estipula a mismo tiempo que para el pago de la suma se da en empeño una finca raíz, por el mismo plazo, tal contrato debe reputarse como anticresis.

Así lo aceptan también los artículos 2465 y 2466. según el primero, si el crédito produjere interés, tendrá derecho el acreedor para que la imputación de los frutos se haga primeramente a ellos, y conforme al segundo, "las partes podrán estipular que los frutos se compensen con los intereses, en su totalidad, o hasta concurrencia de valores. Los intereses se estipularen estarán sujetos, en caso de lesión enorme, a la misma reducción que en el caso de mutuo".

De manera que la anticresis puede prestar un servicio un doble servicio:

- El de pago de una deuda, lo cual se realiza cuando la obligación es pequeña y grande el valor de la finca;
- El de simple amortización de los intereses de la deuda, cuando entre esta y el valor de la finca existe equivalencia.

En todo caso, las entregas simplemente materiales que los deudores hacen de sus fincas a los acreedores en garantía de una deuda, presumen, sin excepción, el derecho de estos a usarlas; lo contrario iría contra la destinación económica y social de los bienes.

Antiguamente en el derecho romano se le llamaba prenda muerta, porque apenas compensaba los intereses con los frutos sin redimir la obligación, pero cuando se le denominó prenda viva, la anticresis pasa a ser una forma de pago, puesto que se celebra para pagar una obligación anterior, mas no los intereses que era lo que antiguamente cubría.

Definición y caracteres de la anticresis

Lo encontramos definido en el área civil en el artículo 2458 del código civil que reza "*La Anticresis es contrato por el que se entrega al acreedor una finca raíz para que se pague con frutos.*" En el campo comercial que se encuentra en los artículos 1221 a 1225, esta concepción se amplía a los bienes muebles.

Si en un contrario se hace constar que se recibió una suma o préstamo, por un tiempo determinado, durante el cual no se paga interés, y se estipula al mismo tiempo que para el pago de la suma se da en empeño una finca raíz, por el mismo plazo, tal contrato debe reputarse como anticresis.

Para el perfeccionamiento de este contrato es necesario que se efectúe la tradición del bien inmueble según no

lo describe el artículo 2460 del código civil.

Surge como consecuencia de un crédito presente, sirve da garantía.

En comercial recae sobre toda clase de bienes.

Algunos autores denominan la anticresis con el con nombre de prenda inmobiliaria. Lo mismo que la prenda en derecho común, la anticresis implica la entrega de la finca al acreedor en garantía de un crédito; pero en tanto que a prenda otorga al acreedor un verdadero derecho real y, además, un derecho de preferencia para pagarse con el producido de la venta, en la anticresis el acreedor anticrédito no es titular de un derecho real, ni goza de preferencia frente a acreedores del deudor, salvo casos especiales.

La anticresis suele estudiarse entre las seguridades reales de créditos; pero en una seguridad de naturaleza diferente de la prenda y de la hipoteca, pues si bien es verdad que el crédito se encuentra asegurado con un inmueble determinado, no es menos cierto que el acreedor no tiene medios efectivos para hacerse pagar mediante la realización del valor de la cosa, ya que solo puede pagarse con los frutos y no más que con estos. Es una institución de crédito, aunque de escaso valor en sí misma considerada, ya que el comercio poco la usa independientemente de alguna otra seguridad real, especialmente la hipoteca.

La anticresis es un contrato real, por cuanto solo se perfecciona con la entrega de la finca raíz (código civil artículo 2460, se habla en este texto legal de la "tradición del inmueble", cuando se ha debido decir de "la entrega del inmueble"). Desde este punto de vista, la anticresis se coloca entre los otros contratos reales: el deposito, el mutuo, el comodato y la prenda, y por ello se le aplica la doctrina general de los contratos reales. De ahí que el acuerdo de voluntades desprovisto de la entrega vale como simple promesa de contrato.

Naturaleza jurídica

Este tipo de contrato, se presenta descrito en la normatividad civil y comercial colombiano, usualmente se pacta acompañado del contrato de hipoteca, excepcionalmente lo encontramos independiente, ya que es empleado como garantía para respaldar la acreencia, en la manera como se puede satisfacer la misma con los frutos.

Mercantilidad

Frente a este contrato la mercantilidad está supeditada a la voluntad de 2 partes, pues es bilateral, siendo así como el aspecto mercantilista no se genera, sino que se da el cumplimiento de una obligación ya que la relación personal y no directamente frente al comercio.

Partes

Deudor: Quien entrega el bien inmueble para que con los frutos que éste produzca se pague una obligación.

Acreedor: Quien recibe el bien inmueble haciéndose beneficiario de los frutos que produce el bien, como dación en pago tiene derecho a retenerlo hasta que se cumpla la obligación.

Objeto

Es la amortización de una deuda u obligación para lo cual se entrega un bien inmueble o finca raíz, concediéndose el derecho de retención de cual se beneficiara el acreedor anticrédito hasta hacer efectiva la obligación, son pues objeto de anticresis los inmuebles fructíferos, con frutos civiles o naturales.

Casos en que la anticresis es derecho real

"La anticresis no da al acreedor, por si sola, ningún derecho real sobre la cosa entregada" dice el artículo 2461 del código civil.

Esta frase tiene una significación histórica. Se discutía vehementemente entre los antiguos expositores si la anticresis era o no derecho real.

Afirmaban algunos que era un derecho real, en tanto que otros aseguraban que jamás podría ser. Frente a estas dos tesis absolutas se sostuvo una ecléctica, consistente en afirmar que en sí misma la anticresis no generaba para el acreedor anticrético un derecho real; pero que nada obstaba para al lado de la anticresis se constituye una hipoteca, caso en el cual la entrega que el propietario hacía de la finca al acreedor constituía una especie de tradición, subastación pública. Debía acudir a esto último cuando los frutos de la cosa solo servían para amortizar los intereses del capital prestado.

Ahora bien, nuestro código siguió la tesis ecléctica, lo que con relativa claridad se desprende de la frase transcrita. La advertencia no deja de tener su importancia, pues indica que son válidos los contratos simultáneos de anticresis e hipoteca; y que la última otorga al acreedor un verdadero derecho real. También indica que la anticresis puede celebrarse después de celebrada la hipoteca; o constituirse esta sobre una anticresis anterior. Esto lo expresa con claridad el artículo 2462 del código civil.

Por definición, la hipoteca no implica entrega del inmueble gravado al acreedor; pero la hipoteca, combinada con la anticresis, constituye una importante excepción a la regla dicha.

• Casos en que el acreedor anticrético está provisto de un derecho real sobre la finca.

Indudablemente, la anticresis otorgada por escritura pública inscrita en el registro de instrumentos públicos establece para el acreedor un verdadero derecho real de la misma naturaleza que el arrendamiento que consta en escritura pública registrada.

Según al párrafo 2º del artículo 2461, "Se aplica al acreedor anticrético lo dispuesto a favor del arrendatario, en el caso del artículo 2020".

Este artículo anuncia los casos en que el derecho de arrendamiento de un inmueble debe ser respetado por los adquirentes de la propiedad u otros derechos del arrendador. En su aplicación al acreedor anticrético, tenemos que ese derecho será respetado en estos casos:

- Por todo aquel a quien la transfiere el derecho del propietario por un título lucrativo, especialmente por los herederos y los donatarios;
- Por las personas quienes se transfiere el derecho del propietario o deudor a título oneroso (compraventa, sociedad, etc.), si la anticresis se ha otorgado por la escritura pública, exceptuados los acreedores hipotecarios;
- Por los acreedores hipotecarios, si la anticresis ha sido otorgado por escritura pública inscrita en el registro de instrumentos públicos antes de la inscripción hipotecaria.

Desde luego, para que el contrato de anticresis se perfeccione no se requiere de la escritura pública; aunque debe advertirse que la ley otorga calidades especiales al acreedor anticrético que haga constar su contrato en esa clase de instrumentos públicos debidamente inscritos en el registro de instrumentos públicos.

Esas calidades especiales engendran un derecho real, porque el acreedor impone su derecho frente a los propios adquirentes del dominio y de cualquier otro derecho real, como el usufructo, el acreedor hipotecario, etc. Lo que importa hacer resaltar es esto: que la anticresis constituida por escritura pública que se inscribe en el registro, engendra a favor del acreedor un poder o derecho absoluto, pro tanto lo puede hacer valer contra todo el mundo.

Finalmente, el paragrafo 3º del artículo 2461 establece que no valdrá la anticresis en perjuicio de los derechos reales, ni de los arrendatarios anteriormente constituidos sobre la finca. Esta advertencia es innecesaria en cuanto a los derechos reales, los cuales, por definición, deben constar en escritura pública debidamente registrada; y cuanto a los arrendamientos anteriores, el texto solo se refiere los que la anticresis constituida por escritura pública registrada debe respetar los que hayan sido celebrados en la misma forma; mas no tienen por que respetar los arriendos que no consten en escritura pública.

- **El acreedor anticrético no goza de derecho de preferencia frente a los demás acreedores simplemente quirografarios del mismo deudor**

En los casos en que la anticresis se ha constituido únicamente para que el acreedor se pague con los frutos de los intereses del capital prestado, y por tal motivo los acreedores quirografarios embargan y hacen subastar la finca, el acreedor anticrético será provisto de un derecho real sobre la cosa, excepción hecha del de la hipoteca, y con mayor razón en frente a los otros titulares de acreencias privilegiadas, como las hipotecas (artículo 2464 código civil.)

Actos del acreedor

Usar la cosa.

Ejercer actos de administración.

Percibir los frutos de la cosa y disponer de ellos.

Responder hasta por la culpa leve

En cuanto al bien, este es entregado al acreedor a título de simple tenencia.

- Para que la anticresis se perfeccione no se requiere la escritura pública, pero, si se hace, el acreedor puede imponer su derecho real, frente a los propios adquirentes del dominio y de cualquier otro, como el usufructuario.
- El acreedor tiene derecho de retención, pero no de preferencia, no puede adquirir el bien, por no pago.

Efectos de la Anticresis. Anticresis de cosa ajena

- El acreedor anticrético goza de los mismos derechos que el arrendatario para el pago de mejoras, perjuicios y gastos (artículo 2463 código civil). En consecuencia, si se hubiese pagado con los frutos de la finca, tendrá derecho a retener la cosa dada en anticresis dada en anticresis en razón de las mejoras y demás gastos.

En cuanto a la obligación general de conservación de la cosa y de restituirla al deudor o propietario, y la responsabilidad por lo deterioros o pérdidas, es de igual naturaleza a la del arrendatario (artículo 2463 código civil)

El acreedor anticrético, cuando la finca solo amortiza los intereses de la suma prestada o cuando no alcanza a amortizarla en el tiempo convenido, solo puede ejercer la acción penal en el tiempo convenido, solo puede ejercer la acción penal de su crédito sobre los bienes del deudor; pero de ningún modo puede retener definitivamente en pago la finca sobre la cual se ejerce el derecho de anticresis. "El acreedor no se hace dueño del inmueble a falta de pago" dice el artículo 2464 del código civil.

El deudor no podrá pedir la restitución de la cosa dada en anticresis sino después de la extinción total de la deuda, pero el acreedor podrá restituirla en cualquier tiempo, y perseguir el pago de su crédito por los otros

medios legales, sin perjuicio de lo que hubiere estipulado en contrario (artículo 2467 código civil)

- Conviene advertir que la finca dada en anticresis puede pertenecer a un tercero (artículo 2459 código civil) y que si se da en anticresis en finca sin el consentimiento del propietario, se estará a las reglas expuestas sobre arrendamiento de cosa ajena.

Derechos del acreedor

Son aquellos que encontramos estipulados en el artículo 2461 del código civil. "*La anticresis no da al acreedor, por sí sola, ningún derecho real sobre la cosa entregado*".

Los mismos del arrendatario para el abono de mejoras, perjuicios y gastos.

Si el crédito produce interés, tiene derecho para que los frutos cubran primero los intereses y posteriormente el crédito.

Derecho de retención hasta que no satisfaga la obligación.

Obligaciones del acreedor

Responder por la culpa leve en el uso y la explotación de la cosa.

No realizar mejoras útiles o voluptuarias sin permiso del propietario.

Entregar la cosa al momento del pago del crédito.

Indivisibilidad de la anticresis

El deudor no podrá pedir la restitución de la cosa dada en anticresis, son después de la extinción total de la deuda.

Requisitos

- Capacidad de las partes; todas las personas son capaces, excepto los declarados por ley, se debe contar con este para que se puedan generar obligaciones. La capacidad la dividimos en
 - ◆ *Incapacidad Absoluta*
 - ◇ Los dementes
 - ◇ Los impúberes
 - ◇ Los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito.
 - ◆ *Incapacidad Relativa*
 - ◇ Menores Adultos
 - ◇ Dilapidadores
- Consentimiento; se hace indispensable que se consienta en dicho acto y no adolezca, esa expresión de voluntad, de vicios, de conformidad con las reglas generales de los artículos 1502 y 1508 del código de civil
- Objeto lícito.
- Causa lícita; el motivo que conduce a este contrato debe ser lícito.

Diferencia entre el contrato de arrendamiento y la anticresis

La anticresis según la definición dada en el artículo 2458 del código civil es un contrato en que se entrega un bien raíz para que se pague con sus frutos. Es decir: supone la existencia de una obligación a cargo de la

persona que entrega el inmueble, que no se presenta en el arrendamiento. Solamente es pertinente sobre finca raíz. El arrendamiento se extiende a cualquier cosa corporal o incorporal. El uso que se da tiene como finalidad la explotación del bien para pagar, con los frutos, el crédito. En el arrendamiento el uso se limita al disfrute de la cosa de acuerdo con el contrato, el uso, pues, es independiente de los frutos que produzca la cosa.

Ampliación de la anticresis a los muebles. La anticresis en el Derecho Comercial

El artículo 1221 del código del comercio, estimo oportuno extender la anticresis a toda clase de bienes, vale decir, tanto a las fincas como a los muebles.

Por su parte en la norma señalada con anterioridad, encontramos que el contrato de anticresis puede recaer sobre toda clase de bienes, son lo cual brinda un campo mas amplio de acción. Por lo demás, en el ámbito comercial la mecánica con que opera el contrato es igual que se señala en lo civil, esto es se perfecciona con la entrega y busca los idénticos fines.

Agrega el artículo 1222 que el acreedor prestará caución y suscribirá escritura de inventario de los bienes que reciba, a menos que se le exonere expresamente de semejantes deberes.

La situación del acreedor anticrético se asimila a la del usufructo: debe hacer producir la cosa según su destino y está obligado a pagar los impuestos (artículo 1223 código de comercio)

Se reglamenta de manera especial la anticresis sobre los establecimientos de comercio en los artículos 1224 ("la anticresis de un establecimiento de comercio obliga al deudor a ejercer permanentemente actividades de control y no le hace perder, por si sola, el carácter de comerciante") y 1225 ("Cuando la cosa dada en anticresis sea un establecimiento de comercio, será solidariamente responsables el deudor y el acreedor anticréticos respecto de los negocios relacionados con el mismo") del código de comercio.

En el artículo 413 del estamento mercantil, encontramos que el contrato de anticresis se extiende a las acciones y que esta se perfeccionara como la prenda y el usufructo y sólo conferirá al acreedor el derecho de recibir las utilidades a título de dividendo, salvo estipulación en contrario.

Bibliografía

ARRUBA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos mercantiles. Tomo I, Octava edición. Medellín: Biblioteca jurídica DIKE, 1997

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho civil, tomo IV, de los Contratos, editorial Temis.

BONIVENTO FERNANDEZ, José Alejandro. Los Principales contratos Comerciales Civiles y su Paralelo con los Comerciales. Librería del Profesional.

ORTEGA TORRES, Jorge. Código Civil. Editorial Temi.