



Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia
Licenciatura en Ciencias Jurídicas y de la Justicia

**El contrato de anticresis en Guatemala y en derecho
comparado, regulación y efectos legales**
(Tesis de Licenciatura)

Jeannivi Alessandra Espinoza Dardón

Guatemala, marzo 2024

Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia
Licenciatura en Ciencias Jurídicas y de la Justicia

**El contrato de anticresis en Guatemala y en derecho
comparado, regulación y efectos legales**
(Tesis de Licenciatura)

Jeannivi Alessandra Espinoza Dardón

Guatemala, marzo 2024

Para los efectos legales y en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1º. literal h) del Reglamento de Colegiación del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, **Jeannivi Alessandra Espinoza Dardón**, elaboró la presente tesis, titulada, **El contrato de anticresis en Guatemala y en derecho comparado, regulación y efectos legales.**

AUTORIDADES DE UNIVERSIDAD PANAMERICANA

M. Th. Mynor Augusto Herrera Lemus

Rector

Dra. Alba Aracely Rodríguez de González

Vicerrectora Académica

M. A. César Augusto Custodio Cobar

Vicerrector Administrativo

EMBA. Adolfo Noguera Bosque

Secretario General

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA

Dr. Enrique Fernando Sánchez Usera

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia

Guatemala, 3 de noviembre de 2023

Señores Miembros
Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia
Universidad Panamericana
Presente

Estimados señores:

Tengo el agrado de dirigirme a ustedes, haciendo referencia a mi nombramiento como asesor del estudiante Jeannivi Alessandra Espinoza Dardon, ID 000034259.

Al respecto se manifiesta que:

- a) Brinde acompañamiento al estudiante en referencia durante el proceso de elaboración de la tesis denominada El contrato de anticresis en Guatemala y en derecho comparado, regulación y efectos legales.
- b) Durante ese proceso le fueron sugeridas correcciones que realizó conforme los lineamientos proporcionados.
- c) Se le advirtió al estudiante sobre el respeto al derecho de autor y que en caso opuesto incurriría en plagio, lo que constituiría una infracción académica muy grave, aduciendo que el único responsable del contenido de la tesis es el estudiante.
- d) Habiendo leído la versión final del documento, se establece que el mismo constituye un estudio serio en torno al tema investigado, cumpliendo con los requerimientos metodológicos establecidos por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia para esta modalidad académica.

En virtud de lo anterior, por este medio emito DICTAMEN FAVORABLE para que se continúe con los trámites de rigor.

Atentamente,

José Antonio Pérez Castañeda

Lic. José Antonio Pérez Castañeda
Abogado y Notario

Guatemala, 19 de enero 2024.

Señores Miembros

Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia

Universidad Panamericana

Presente

Estimados señores:

Tengo el agrado de dirigirme a ustedes, haciendo referencia a mi nombramiento como revisor metodológico de la tesis de la estudiante Jeannivi Alessandra Espinoza Dardón con ID 000034259 titulada: El contrato de anticresis en Guatemala y en derecho comparado, regulación y efectos legales. Se le advirtió a la estudiante sobre el respeto al derecho de autor y que en caso opuesto incurriría en plagio, lo que constituiría una infracción académica muy grave, aduciendo que la única responsable del contenido de la tesis es la estudiante. Me permito manifestarles que la versión final de la investigación fue objeto de revisión de forma y fondo, estableciendo que la misma constituye un estudio serio que cumple con los requerimientos metodológicos establecidos por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia para esta modalidad académica.

En virtud de lo anterior, por este medio emito DICTAMEN FAVORABLE para que se continúe con los trámites de rigor.

Atentamente,

Silvia Maritza de la Rosa Monzón.



SILVIA MARITZA DE LA ROSA MONZON DE SANTOS
ABOGADO Y NOTARIO



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA

"Sabiduría ante todo; adquiere sabiduría"

Ref. O.I. 53-2024

ID: 000034259

ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **JEANNIVI ALESSANDRA ESPINOZA DARDÓN**
Título de la tesis: **EL CONTRATO DE ANTICRESIS EN GUATEMALA Y EN DERECHO COMPARADO, REGULACIÓN Y EFECTOS LEGALES**

El Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y de la Justicia, así como los títulos de Abogada y Notaria, la estudiante ya mencionada, ha desarrollado el proceso de investigación y redacción de su tesis de licenciatura.

Segundo: Que tengo a la vista el dictamen favorable emitido por el tutor, Licenciado José Antonio Pérez Castañeda de fecha 3 de noviembre del 2023.

Tercero: Que tengo a la vista el dictamen favorable emitido por la revisora, Licenciada Silvia Maritza de la Rosa Monzón De Santos de fecha 19 de enero del 2024.

Por tanto,

Autoriza la impresión de la tesis elaborada por la estudiante ya identificada en el acápite del presente documento, como requisito previo a la graduación profesional.

Guatemala, 5 de marzo del 2024

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"


Dr. Enrique Fernando Sánchez Usera
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia



☎ 1779

🌐 upana.edu.gt

📍 Diagonal 34, 31-43 Zona 16

Dedicatoria

A Dios

Quien me dio el deseo de superación, en mi mente y corazón. Además de la voluntad y recursos para poder cumplir mi formación académica.

A mis padres

Ingrid y Wilder por su amor incondicional y sacrificio, son el pilar más grande en mi vida y agradezco cada uno de sus esfuerzos. Han sido siempre un ejemplo de vida y me han enseñado que todo lo que mi corazón desee se puede alcanzar con mucha voluntad y trabajo.

A mis hermanos

Jair y Joseph quienes amo profundamente, gracias por estar y siempre creer en mí.

A familiares y amigos

Que me acompañaron en este proceso. Les agradezco de todo corazón.

Nota: Para efectos legales, únicamente la sustentante es responsable del contenido del presente trabajo.

Índice

Resumen	i
Palabras clave	ii
Introducción	iii
La anticresis	1
El contrato de anticresis	16
El contrato de anticresis en el derecho comparado	43
Conclusiones	56
Referencias	58
Anexo	62

Resumen

En este estudio de derecho comparado se abordó el contrato de anticresis en Guatemala y en derecho comparado, su regulación y efectos legales. El objetivo general fue comparar la legislación que regula la figura de la anticresis en Chile, Colombia y España, frente a lo que regula el Código Civil guatemalteco, para comprobar si existen diferencias o similitudes. El primer objetivo específico consistió en analizar la figura de la anticresis. Asimismo, el segundo objetivo se refirió a examinar la regulación del contrato de anticresis, en Chile, Colombia y España. Se logró determinar que en los tres países analizados se requiere constituir contrato de hipoteca para poder constituir la anticresis; pero, Chile requiere su inscripción en el Registro Conservatorio como requisito para su validez.

La principal similitud fue la capacidad para obligarse la que debe estar libre de vicios, y que tanto el contrato inicial como la anticresis deben otorgarse en escritura pública. En los ordenamientos civiles en los que se regula la figura de la anticresis, se le define; como aquella a través de la cual, el dueño de una propiedad le permite a su acreedor, gozar de los frutos de esta, hasta que se dé por cancelada la deuda que hubiere sido contraída. Se constató que la figura de la anticresis no es traslativa de dominio, pues solamente se instituye como pago de la obligación los

frutos obtenidos, de lo que se deduce que es el medio idóneo de cumplimiento de la obligación de este tipo de contratos.

Palabras clave

Anticresis. Hipoteca. Prenda. Contrato. Frutos.

Introducción

En esta investigación se abordará el tema, el contrato de anticresis en Guatemala y en derecho comparado, su regulación y efectos legales. Con el presente tema se propone definir qué es anticresis y analizar si la figura pudiera encuadrarse dentro de lo que preceptúa el Código Civil guatemalteco, referente a los derechos reales de garantía. Este tema ha sido desarrollado por distintos escritores y diversos son los criterios de los estudiosos del derecho, por lo que puede decirse que no se encuentran limitados a una sola clase de bienes ni tampoco a una sola forma de gravamen. El objetivo general de la investigación será comparar la legislación que regula la figura de la anticresis en Chile, Colombia y España, frente a lo que dispone el Código Civil guatemalteco para verificar si existen diferencias o similitudes.

El primer objetivo específico será analizar la figura de la anticresis, mientras que el segundo será examinar la regulación del contrato de anticresis, en Chile, Colombia y España. Las razones que justifican el estudio consisten en que la figura de la anticresis es un tema poco abordado, por no encontrarse regulado en todas las legislaciones de carácter civil, y tomando en consideración que el profesional de las ciencias jurídicas y sociales no puede limitarse única y exclusivamente al análisis del derecho interno, es conveniente contar con documentos de consulta que permitan ampliar sus conocimientos en comparación con

otras figuras. Para el desarrollo del trabajo, la modalidad de la investigación que se utilizará será la de derecho comparado.

En cuanto al contenido, el primer subtítulo se estudiará la figura de la anticresis, sus antecedentes, definición, regulación legal, supuestos para su aplicación y un análisis doctrinario. En el segundo el contrato de anticresis, su definición, los derechos reales, y el contrato, y efectos legales de la anticresis en Chile, Colombia y España y requisitos para su validez y perfeccionamiento. Y finalmente en el tercero, el contrato de anticresis en el derecho comparado, se analizarán las diferencias de la legislación en materia de anticresis en Chile, Colombia y España, las similitudes, semejanzas y diferencias con la legislación guatemalteca, para finalmente realizar el análisis jurídico final, en base al desarrollo del tema y la información recabada en las distintas fuentes tanto doctrinarias como legales.

La anticresis

El Derecho, como fuente del ordenamiento jurídico en sus diferentes ramas, lo que pretende es dar solución a todos los problemas que surgen entre los sujetos derivado de las distintas relaciones jurídicas. Sin embargo, es imposible anticiparse a cada situación en particular; frente a esta disyuntiva el legislador, toma la decisión de plasmar su voluntad en normas de carácter general, aplicables a las situaciones más comunes. Aun así, pudieran quedar algunas que dentro del marco jurídico internacional se encontrarán ante la dificultad de no contar con una solución inmediata, esto derivado de contener figuras o instituciones que no se encuentran contempladas de forma expresa en todas las legislaciones a nivel mundial, como es el caso de la anticresis.

Uno de los mayores exponentes de la institución de la anticresis, es el ordenamiento jurídico español, en el cual se le estudia como una figura de carácter insólito, por ser de uso prácticamente desacostumbrado, y podría inclusive afirmarse que de los contratos que regula el Código Civil español, es el que menos trascendencia social ha tenido. Esto por el hecho de pasar a no estar contemplada en ninguna ley, a incorporarse de forma sorpresiva a un texto específico, siendo este, el Código Civil de 1889, y tal vez sea esa la razón de su escaso uso; lo cierto es que la anticresis, es una institución que en la actualidad es desconocida por muchos lo que se

debe a lo poco que se le utiliza, posiblemente por la existencia de otros contratos que son más útiles y prácticos. (Alegre de Miguel, 2013, p. 1).

Sobre el concepto de anticresis, Kiper (2020) comenta:

La anticresis constituye una garantía real valiosa en sí misma y como complemento de otras como la hipoteca o la prenda se recomienda que se otorgue privilegio al acreedor anticresista y que se extienda la garantía a cosas muebles registrables, en suma, todo dependerá de la imaginación y las necesidades de cada uno (p.1).

La anticresis es considerada dentro del Derecho Civil de las obligaciones, como una fuente de garantía y no de pago; esto por el hecho que los contratos de garantía en sí no son fuente de pago, sino cauciones verdaderas. Por ende, no se constituyen para dar por extinguida la obligación principal a la que accede, ni tampoco para reemplazar al deudor en su calidad de obligado; pues es este quien debe finalmente dar cumplimiento a la prestación y de no hacerlo, al acreedor le asistirá el derecho de ejecutar las acciones para perseguir el pago o, de existir un contrato de garantía como la prenda o la hipoteca, hacerlo valer, pero por ningún motivo podrá pagarse con la garantía. Por ejemplo, Pablo Pérez incumple con su obligación de pago por la entrega en calidad de hipoteca un terreno a Carlos Caballero quien es el acreedor; este, sin embargo, no puede apropiarse de la propiedad por motivo de la mora so pretexto de dar por extinta la obligación (Restrepo, 2013, p. 252).

Antecedentes

El término anticresis, proviene etimológicamente del lenguaje griego y se conforma por dos lexemas, el primero de ellos, el prefijo *anti* que quiere decir contra, y el otro *chresis* que significa uso. Atendiendo a su unificación sencilla se entendería el término contrauso, pero dentro del entorno jurídico sería más acorde relacionarlo con la definición del concepto, contrario. Como se indicó, la figura de la anticresis tiene sus orígenes en la cultura griega, pero de acuerdo con la historia de la figura, se sugiere que se utilizaba ya con anterioridad en el Derecho Caldeo y en el Derecho Egipcio. Por ejemplo, existe evidencia de que fue allí en donde se adoptó por los griegos por primera vez, quienes posteriormente le denominaron *antichresis*.

Como antecedente importante también se puede mencionar al Derecho Romano, la principal función de la anticresis dentro de esta vertiente estaba dirigida a ser una extensión del contrato de prenda o *pignus*. Cabe señalar que posteriormente el *pignus* también se utilizó para garantizar derechos de crédito de hipoteca, de ello derivaba que se le considerara como un pacto ligado a otro negocio, no se le tomaba por lo tanto como un contrato independiente. La figura de la anticresis dentro del Derecho Romano poseía una característica especial y hasta cierto punto se le podría considerar fundamental, el cual se refería a los frutos que derivaban del bien objeto del contrato de anticresis, estos servirían única y

exclusivamente para solventar los intereses devengados del crédito. Lo singular, era que no se imputaban, sino más bien eran compensables unos con otros independientemente de su valor.

Continuando el recorrido histórico, se puede mencionar también como antecedente de la figura de la anticresis, al *Code* francés de 1884, que dentro del contexto de su artículo 2071 y del capítulo denominado *Du Nantissement*, regulaba a la anticresis como institución autónoma y no como accesoria a otra como en el caso del Derecho Romano. Tanto es así, que se le adjudicaba la condición de contrato propio según lo disponía el artículo 2085 de la norma citada. Dentro de los elementos más importantes que merece la pena señalar se encontraban el requisito esencial de desplazamiento posesorio y la entrega de la posesión de la cosa objeto del contrato de anticresis, según lo regulaba el artículo 2072 (Casado Gómez & Rogel Vide, 2018, pp. 7-9).

Se cuenta también con el antecedente del Derecho Germánico, dentro de esta vertiente jurídica se elaboró una forma de garantía inmobiliaria parecida a la figura de la anticresis, se le denominó prenda de disfrute o *ältere satsung*. Éste era el documento que inicialmente el deudor entregaba a su acreedor y que representaba el compromiso adquirido de manera formal por parte del deudor y la responsabilidad de cumplimiento de la obligación. La denominada prenda de disfrute germánica representaba la cesión de la prenda hecha por el deudor de un inmueble,

por tal razón con este la atribución al acreedor de todos los beneficios económicos derivados del inmueble gravado o pignorado.

El derecho español y en especial el catalán se han caracterizado por formar parte de los ordenamientos jurídicos que han influenciado fuertemente otras normativas a nivel internacional desde tiempos antiguos, y la figura de la anticresis no es la excepción a la regla. De acuerdo con los antecedentes en el derecho español medieval, para garantizar el cumplimiento de una obligación se contaba con distintas figuras, siendo éstas, la fianza, la prenda mobiliaria y prenda de disfrute inmobiliaria, que correspondía al Derecho pignoraticio español altomedieval. Sin embargo, el claro ejemplo de la figura de la anticresis lo constituyeron las prendas inmobiliarias, al respecto se cuenta con distintos documentos en los que consta la pignoración de inmuebles a cambio de las cosechas para redimir la deuda, lo que constituye un claro ejemplo de la anticresis.

Años después, luego de ser proclamado el Reino de Italia en el año 1861, se inició con la redacción del primer Código Civil y como uno de los primeros proyectos emprendidos por el nuevo Estado y Parlamento, su promulgación se vio apresurada y fue formalizada el 25 de junio de 1865. Dentro de su contexto pretendía unificar el Derecho privado aplicable por los distintos reinos de Italia de aquella época. Dicho cuerpo normativo reguló por primera vez la figura de la anticresis, aunque es de hacer notar que la figura había sido considerada ya en otros Códigos Civiles de otros

reinos con antelación, y aunque su forma de regulación no era igual si era bastante parecida; dentro de estos Códigos pueden mencionarse, el Código Civil del Reino de Dos Sicilias de 1819 que regulaba de forma expresa la figura de la anticresis.

De acuerdo con lo dispuesto por el Código Civil del Reino de Dos Sicilias de 1819, la prenda podría constituirse tanto sobre bienes muebles como inmuebles en este segundo supuesto era cuando tenía lugar la anticresis. Exigía que la constitución de esta se hiciera por escrito y prohibía el pacto comisorio. Asimismo, de existir incumplimiento de la devolución de la deuda, se remitía en los mismos términos establecidos para la expropiación o venta del inmueble del deudor. Otro de los Códigos fue el de Parma promulgado en 1820, en éste se contempló de forma específica la figura de la anticresis dentro del Título denominado “Los modos de asegurar las obligaciones”, dentro del cual el primer capítulo era designado de forma expresa a la figura en mención y el segundo capítulo a la prenda de bienes muebles, pues a diferencia de Código del Reino de Dos Sicilias, los estudiaba como dos contratos independientes.

En el año 1837 se promulga el Código Civil para el Reino de Cerdeña dentro del cual se regulaba la figura de la anticresis. Las condiciones eran prácticamente idénticas a las que se contemplaban en el Código Civil de las Dos Sicilias, aunque implementaba un aspecto novedoso, garantizar que lo que correspondía a los intereses no superara la al interés legal

autorizado. Además, admitía la garantía de tercero y prohibía el pacto comisorio y algo muy especial, remitía a instancias procesales ordinarias para la venta del inmueble cuanto se daba el incumplimiento por parte del deudor. El Estado de Módena se distinguió también por promulgar un Código Civil que reguló de forma expresa la figura de la anticresis, éste en el año 1851; concretamente dentro del Título VIII, bajo el epígrafe *Dei Modi di Assicurare le obbligazioni*, del libro tercero *dei modi di acquistare la proprietà*, Parte III *Dei Contratti*.

Finalmente, en el año 1865 se aprobó el Código civil del Reino de Italia, incluyendo ya de forma expresa la figura de la anticresis, regulada en el Libro III bajo el nombre de *Del modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle Cose*, Título XX *Dell'anticresi*. La figura se regulaba de forma independiente a la prenda; sin embargo, los consideraba de la misma naturaleza. Dentro de los aspectos relevantes mencionaba que la finca entregada en concepto de anticresis, forzosamente debía ser propiedad del deudor y que el objeto del contrato representaba el derecho del acreedor en cuanto a hacer suyos los frutos del inmueble, imputables a los intereses o en todo caso al capital (Alegre de Miguel, 2013, pp. 9-31).

Definición

De acuerdo con la definición que se consigna a continuación, la anticresis no solamente otorga el derecho real de posesión del bien inmueble a favor del acreedor, sino también lo faculta para que se pueda cobrar de los intereses y de los frutos que devengue, inclusive de promover la enajenación en caso el deudor incumpliera con el pago de la obligación. Esto denota entonces que la anticresis es una figura que no es limitativa para el acreedor en cuanto a la disposición del bien para hacer valer su derecho preferente, por el contrario, le permite utilizar más de una alternativa para garantizar el retorno de su patrimonio y aunque la cita no lo señala expresamente, si permite la enajenación del inmueble también podría pensarse en la apropiación por deuda incumplida.

Respecto a la definición de lo que se considera anticresis, existen distintos criterios Albaladejo (1976) consigna que:

La anticresis es un derecho real que atribuye al acreedor de una obligación principal, la posesión de un bien inmueble ajeno, en cuya virtud, para garantizar el cumplimiento de aquella y el cobro de los intereses que devengue, está facultado para percibir sus frutos, promover su enajenación si la obligación es incumplida y que le reconoce preferencia al cobro sobre el precio obtenido (p. 266).

La Real Academia de la Lengua Española (2023) es un poco más conservadora en cuanto a su forma de definir la anticresis, en comparación con la opinión esbozada por el autor Albaladejo pues de acuerdo con el autor citado al acreedor se le otorgaban una serie de liberalidades sobre el

bien inmueble; es decir, podía disponer de éste de distintas formas lo importante era hacer valer su derecho y garantizar su patrimonio y el cumplimiento de la obligación por parte del deudor, mientras que en la segunda definición si se diera el incumplimiento, solo se hace referencia a que se puede solicitar la venta del inmueble para hacer efectivo el pago de la deuda, y se aclara que bajo ninguna circunstancia el acreedor adquiere la propiedad del inmueble.

Al respecto de la anticresis la Real Academia de la Lengua Española (2023) señala:

Derecho real de garantía, con desplazamiento posesorio, por el que el acreedor adquiere el derecho a percibir los frutos de un bien inmueble de su deudor con obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si existiesen, y después a la amortización del capital del crédito hasta que sea cancelada la deuda. En caso de impago, no adquiere la propiedad del inmueble, pero puede pedir el pago de la deuda o la venta del inmueble para la satisfacción del crédito (p. 1).

Regulación legal

Actualmente dentro del Código Civil (1963) no se regula la figura de la anticresis. Sin embargo, en el pasado si se contempló y por su importancia se estima que este aspecto es merecedor de mención dentro de este apartado. En el año 1821 en América Central se estableció lo que se denominó la Capitanía General de Guatemala, una República Federal que duró poco en un período comprendido de 1824 a 1838 y que se integró por lo que hoy es Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua y Costa

Rica. Para el año 1844, Guatemala se separa de y 1875 mediante Decreto de fecha 26 de julio designaría por primera vez una comisión encargada de redactar el primer Código Civil aprobado el 8 de marzo de 1877, la promulgación del nuevo Código Civil guatemalteco, coincidió con el recién también promulgado Código Civil peruano de aquella época, y ambos cuerpos normativos regulaban de forma expresa la figura de la anticresis.

Guatemala específicamente lo regulaba en el Código Civil de 1877 dentro del artículo 2008 el que establecía “cuando se da en prenda una cosa inmueble, concediendo al acreedor el derecho a percibir los frutos el contrato se llama anticresis”. Es de resaltar que no hacía alusión a la figura como tal, sino que básicamente se dirigía a la consumación de la figura, es decir, el contrato. Dentro de las especificaciones o requisitos esenciales para su formalización establecía que debía ser en escritura pública y ser inscrito en el registro para que pudiera ser oponible a terceros. Asimismo, la formalización del contrato de anticresis no reconocía el derecho de retención por otras deudas, a menos que existiera pacto expreso de las partes o bien impago de la deuda; sin embargo, no reconocía el derecho a enajenar.

Años después el Código Civil de 1877 fue derogado por la promulgación de un nuevo Código. En el año 1933, cabe señalar que fue del todo completo pues se acordó que se elaboraría por separado lo relativo al

epígrafe de las obligaciones y contratos, lo que nunca sucedió; hasta que en 1963 finalmente se promulga el nuevo Código Civil por Decreto Ley 106 bajo el Gobierno del General Enrique Peralta Azurdia, en éste quedó expresamente establecida la supresión del capítulo relativo a la anticresis por considerar que no había tenido aplicación práctica en el país y por considerarse que existían otros contratos como por ejemplo, el fideicomiso que ofrecían mayores ventajas (Alegre de Miguel, 2013, pp. 60-61).

Supuestos para su aplicación

Habiendo definido que es anticresis tanto dentro del contexto legal como del doctrinario, se puede establecer con mayor claridad, lo relacionado con los supuestos que deben existir necesariamente para que tenga lugar la aplicación de la figura de la anticresis. En primer lugar, las personas del deudor y el acreedor, en segundo lugar, la existencia del inmueble sobre el cual recaerá el gravamen o dicho de otra forma el que será pignorado. Tomando en consideración que generalmente la anticresis es una figura que está íntimamente ligada a la prenda y a la hipoteca finalmente se tendrá la voluntad de deudor y acreedor de formalizar el contrato de anticresis. De darse cada uno de los elementos anteriores, de acuerdo con lo que establece la normativa de cada Estado se estaría ante la presencia de la aplicación de los supuestos de la figura de la anticresis.

Análisis doctrinario

De acuerdo con los lineamientos del Derecho Civil en sentido general, por garantía comúnmente se concibe a aquella medida que como refuerzo se incorpora a un crédito para garantizar su cumplimiento, adjudicando así al acreedor un nuevo derecho desde el punto de vista eminentemente subjetivo; es decir, facultades adicionales como, por ejemplo, la retención de la cosa como garantía. En el momento en que esta garantía se hace valer sobre cosa determinada y es eficaz *erga omnes* se está ante lo que se denomina garantía real, la que otorga en algunos casos, dependiendo de la ley del Estado de que se trate, al acreedor el derecho o facultad de vender la cosa gravada y con el producto cobrarse el crédito, a esto se le conoce como *ius distrabend*; de lo que puede inferirse que más que derechos reales de garantía podría estarse ante derechos reales de realización del valor del bien gravado.

Sobre la anticresis como derecho real, Aguilar (2023) citando a Albaladejo, refiere:

La anticresis es el derecho real que puede tener el acreedor de una obligación principal sobre un inmueble ajeno, en cuya virtud, para garantizar el cumplimiento de aquella y el cobro de los intereses que devengue, está facultado para poseerlo, percibir sus frutos y promover su enajenación si es incumplida y que le sea hecha preferentemente pago con el precio (p. 42).

Los derechos reales de garantía, y las garantías reales como tal históricamente han sufrido cambios diversos, entre éstos el más importante la distinción entre las figuras de prenda e hipoteca, que en primer lugar se fundamentaron en el dominio posesorio independientemente de cuál fuera su objeto. La función principal de la garantía real es brindar seguridad al acreedor sobre la satisfacción del crédito dinerario o económico valorable del bien dado en prenda o en hipoteca; asimismo, en las garantías reales debe existir dos fases, la primera denominada sustantiva o material y la segunda la procesal, ésta última con un carácter eminentemente eventual, pues únicamente se tendrá por aplicada en caso de incumplimiento de la obligación, siendo una de las facultades que integran intrínsecamente las garantías reales.

Sin embargo, existen algunos ordenamientos civiles a nivel internacional que dentro de la regulación expresa relativa a los derechos reales de garantía ha contemplado otra figura, la anticresis, como es el caso de Chile, Colombia y España. En sentido general, la anticresis es estudiada como un derecho real de garantía de tipo accesorio, de origen eminentemente convencional, generalmente se encuentra dirigido a grabar bienes inmuebles y su constitución le permite al acreedor percibir los frutos del inmueble que el deudor le entregó para garantizar el cumplimiento de la obligación adquirida es decir de la deuda, en el orden que sigue, primero los intereses sí se debieren y posteriormente el importe del crédito, comúnmente el acreedor tiene la obligación de dar cuenta de

su administración de acuerdo con los términos que se hubieren pactado en el documento en el que se hubiere formalizado la anticresis.

La constitución de la anticresis es un acto eminentemente personalísimo, es decir, únicamente el propietario del bien inmueble gravado es quien tiene la capacidad legal y libre disposición del bien para tal efecto. Por el contrario, en el caso del deudor, la anticresis puede ser constituida por un tercero en garantía de deuda ajena. Sin embargo, debe pactarse expresamente un plazo máximo, ya que para la formalización de dicha figura no se permite el carácter indefinido, pues se estaría vulnerando el principio de especialidad y determinación bajo el cual se rige. A menos que se haya dispuesto cosa distinta al momento de constituirse la anticresis, el acreedor será el obligado por disposición legal al pago de las contribuciones y cargas que pesen sobre el bien; es de hacer notar que estos criterios eminentemente doctrinarios, pueden variar dependiendo de la legislación y ordenamiento de cada Estado.

Dentro del contexto de Derecho Civil a nivel internacional se han estudiado lo que se denominan hipotecas legales y es dentro de este esquema que se analiza de forma específica a la anticresis. De acuerdo con este régimen las fincas del deudor entregadas en garantía, de forma automática eran gravadas en garantía según lo dispuesto por la ley, es decir, según *ministerio legis*. De allí su carácter legal, que una vez constituidas y debidamente inscritas, surten los mismos efectos legales

que las denominadas voluntarias. Cabe señalar que la anticresis tiene un aspecto que la distingue del resto de las llamadas hipotecas legales y es el que se encuentra enmarcado dentro de su concepto, pues de acuerdo con éste, el acreedor adquiere el derecho también de percibir los frutos del inmueble del deudor con la obligación de aplicar el pago como se indicó, en primer lugar, a los intereses y posteriormente al capital.

En algunas doctrinas de carácter civil a la anticresis se le clasifica en extintiva y compensativa; la primera cuando de los frutos percibidos se abonen a los intereses de la obligación contraída y en lo que excediera el capital y la segunda, solamente a los intereses. Sobre la naturaleza jurídica de la anticresis existen distintos criterios, algunos la consideran un derecho real de garantía, por otorgarle al acreedor la facultad de gozar del bien inmueble; existe también el criterio de quienes le consideran un derecho de realización de valor, aunque no hay un consenso definitivo. La tercera postura, sostiene que la naturaleza jurídica de la anticresis es el goce del acreedor, pues esa es en sí su función principal y por último la que establece que su naturaleza es ser un Derecho inmobiliario, al respecto quien redacta considera que ésta última postura no es del todo aceptable, pues solo le da al acreedor derechos sobre los frutos más no sobre el bien.

Por lo tanto, se está únicamente ante la simple y llana facultad de retención posesoria, pero que no autoriza desde ningún punto de vista al acreedor a disponer libremente del bien para otros fines que no sean los ya citados,

la anticresis como todo derecho real de garantía se extingue y para el efecto se observará lo dispuesto por el ordenamiento civil de cada Estado que de forma expresa regule la figura. Por último, es conveniente aclarar, que tomando en consideración que la prenda recae sobre bienes muebles que podrían ser destruidos poniendo en riesgo los intereses del acreedor, la anticresis solamente es aplicable a bienes inmuebles, por lo tanto, únicamente procede en casos de créditos garantizados con hipoteca (Lacruz Berdejo, 2009, pp. 315-325).

El contrato de anticresis

Desde hace algún tiempo, se ha venido observando que el contrato de anticresis se celebra cada vez con menor frecuencia, podría esto deberse a que implica que si el deudor incumple con su obligación se le despoja, y, por ende, el crédito queda cubierto con la garantía que es el bien inmueble que ha sido otorgado en la celebración de la anticresis. En este sentido, las ventajas de la hipoteca son ampliamente notorias, y es evidente que a medida que esta figura se ha ido perfeccionando, la anticresis paulatinamente ha ido desapareciendo de la práctica jurídica; más aún, porque en algunas ocasiones lo veían con desconfianza por considerarla usuraria, ya que se decía perjudicaba innecesariamente al deudor y por ser incluso, anacrónica (Kiper, 2022, párr. 1).

Es necesario señalar que, el contrato de anticresis no otorga al acreedor derechos exclusivos como, por ejemplo, el de perseguir la cosa en poder de quien esté, ni prerrogativas especiales o privilegios que le permitan atender sus créditos con prioridad frente a los demás; ya que la relación jurídica no se da directamente con la cosa que constituye la garantía, sino que con una persona que es la que asume finalmente el compromiso de solventar la obligación de forma individual. En la anticresis, es factible ceder los derechos de uso y goce sobre el bien usufructuado, con el fin de que el acreedor se cobre con los frutos de este y cancele así la deuda; además de constituir derechos personales, pues el deudor anticrítico no concede al acreedor el derecho de persecución de la cosa ni una prenda en particular, por el contrario, le hace entrega de esta para que se pague con lo que produzca.

Razón por la cual, se dice que la hipoteca y la prenda no son contratos sino derechos reales accesorios, pues para que se constituya la anticresis y se formalice el contrato anticrítico debe existir inicialmente la hipoteca o prenda sobre el bien que se dará en garantía. Tesis que se fundamenta en el Derecho Romano, en donde para conceder un crédito se entregaban en garantía cosas muebles e inmuebles. Sin embargo, es conveniente mencionar que, en los contratos de garantía, no necesariamente el acreedor tiene en su posesión la cosa, y es aquí cuando tiene lugar el derecho de retención, que tiene un origen legal y taxativo, mientras que los contratos de garantía tienen un origen meramente convencional.

Más por su estrecha relación dentro de la constitución del contrato y los derechos reales, tienden a confundirse, debe tenerse presente que, tanto el derecho de retención como los contratos de garantía son provisionales y que ambos, admiten derechos de garantía y son accesorios, por lo tanto, tienen intrínseca participación al momento de constituirse el contrato de anticresis posterior a la prestación de la garantía. En este sentido, cabe señalar que las únicas figuras constitutivas de garantía previas a la anticresis son la prenda y la hipoteca; la primera requiere para su existencia tres elementos esenciales: “a) la existencia de una obligación; b) la entrega material de una cosa mueble por el deudor al acreedor y c) que la entrega de la cosa se efectúe para garantizar el pago de la obligación propia del deudor” (Restrepo, 2013, p. 266).

De la hipoteca los elementos que se consideran son los siguientes: “a) la existencia de una obligación; b) la constitución de un derecho real sobre una cosa inmueble por parte del deudor al acreedor y c) que la constitución del derecho se efectúe para garantizar el pago de la obligación” (Restrepo, 2013, p. 266). En tanto los elementos esenciales del contrato de anticresis serán: a) la existencia de una obligación; b) la entrega de una cosa raíz por el deudor al acreedor y c) el derecho que tiene el acreedor de explotar la cosa raíz para que con sus frutos se pague la obligación” (p. 267. Pero si no existe obligación susceptible de ser cumplida o pagada con los frutos producto del bien entregado a título de anticresis, el contrato no nace a la vida jurídica. Por lo que el bien entregado debe ser fructuario y su entrega

a título precario, ya que el deudor anticrético no transfiere el derecho de dominio (Restrepo, 2013, p. 267).

Definición

En cuanto a la definición de contrato de anticresis, Abreuth (2022) indica:

El Código de Velez establecía que la anticresis era el derecho real concedido al acreedor por el deudor, o un tercero por él, poniéndole en posesión de un inmueble, y autorizándolo a percibir los frutos para imputarlos anualmente sobre los intereses del crédito, si son debidos; y en caso de exceder, sobre el capital o sobre el capital solamente si no se deben intereses (p. 2).

Según lo que se ha podido establecer de lo desarrollado hasta el momento de la figura de la anticresis y del contrato de anticresis se puede decir que, el contrato de anticresis es aquel por medio del cual el deudor entrega al acreedor un bien inmueble para que este disponga de los frutos y los aplique a los intereses y a la deuda adquirida en el orden consignado; en el entendido, que deberá entregar la propiedad en el estado en que la recibió y deberá hacerse cargo de los gastos de mantenimiento mientras se encuentre vigente el contrato de anticresis. Sin embargo, se estima que es pertinente mencionar las definiciones que establecen los Códigos Civiles de Chile, Colombia y España países que forman parte del presente estudio de derecho comparado.

En cuanto al contrato de anticresis, el Código Civil de España (1889), lo regula de la siguiente forma:

Por la anticresis el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un inmueble por parte de su deudor, con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después al del capital de su crédito (artículo 1881).

Chile regula la definición del contrato de anticresis de una forma bastante dispersa, tanto es así que dentro del artículo 2435 del Código Civil (1855) establece: “La anticresis es un contrato por el que se entrega al acreedor una cosa raíz para que se pague con sus frutos”; mientras que el artículo 2436 de la misma norma regula: “La cosa raíz puede pertenecer al deudor, o a un tercero que consienta en la anticresis”. Es decir, si se conjugan estos dos artículos la definición legal de acuerdo con la normativa chilena quedaría de la siguiente forma: por el contrato de anticresis el acreedor entrega una cosa raíz para que se pague con sus frutos, la que puede pertenecer al deudor o a un tercero siempre que éste consienta en la celebración del contrato.

Colombia, regula la definición de la misma forma y con las mismas palabras que lo hace Chile, por lo que no se ve la necesidad de citarlo nuevamente, para el efecto se indica como referencia únicamente que se encuentra expresamente establecido en los artículos 2458 y 2459 del Código Civil Colombiano (1887). Es importante mencionar que, a nivel general es realmente poca la información de fuentes doctrinarias con la que se cuenta que desarrolle de forma extensa, minuciosa y clara la figura de la anticresis y, por ende, el contrato de anticresis. Inclusive, la información que se ha tenido la oportunidad de recopilar ha sido tomada

básicamente de los ordenamientos civiles de los Estados en donde la figura se encuentra regulada.

Los derechos reales y el contrato de anticresis en Chile

De acuerdo con lo regulado en el Código Civil chileno en su artículo 577, Derecho Real es el que se tiene sobre una cosa sin sujeción a determinada persona, refiriéndolos como de dominio si son la herencia, el usufructo, el uso o habitación, las servidumbres activas y la prenda o hipoteca, de los que nacen las acciones denominadas reales. En este mismo contexto se regula también al dominio, que la norma citada denomina también como propiedad y que establece como el derecho real en una cosa corporal, que permite gozar y disponer de ella arbitrariamente, aunque señala siempre que no sea contra la ley o contra derecho ajeno, según lo dispone el artículo 582; es importante mencionar que en Guatemala el término arbitrario tiene una connotación distinta a la utilizada dentro de este cuerpo normativo.

Asimismo, los derechos reales son constitutivos de obligaciones y éstas a su vez nacen de voluntad de las personas que intervienen en una relación jurídica al momento de la formalización de un contrato. El contrato puede definirse como el acto por el cual las partes se obligan a dar o hacer alguna cosa y que dependiendo de las circunstancias podrá ser principal, oneroso, real, o anticrético entre otros; el contrato de anticresis tiene lugar como se

indicó en su momento oportuno cuando se grava por medio de hipoteca un bien inmueble. En este sentido, el artículo 2407 del Código Civil de Chile (1855) establece: “La hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor”. Es decir, no se restringe en ningún momento el derecho de propiedad.

El artículo 2407 del Código Civil de Chile (1855) indica que la hipoteca debe otorgarse en escritura pública, lo que significa que el contrato de anticresis que motiva la hipoteca debe por tanto celebrarse en escritura pública como requisito esencial de validez. Asimismo, solamente podrá constituir la hipoteca el propietario del bien. Una vez formalizado el contrato de anticresis, el deudor como poseedor del derecho real sobre el bien inmueble le hace entrega al acreedor de este para que se cobre con los frutos la deuda. Es importante mencionar que el bien puede pertenecer a un tercero siempre que autorice la anticresis y ésta no adjudica al acreedor ningún derecho real sobre el bien. Tampoco la anticresis tendrá ningún valor en perjuicio de los derechos reales ni de los arrendamientos anteriores celebrados sobre el inmueble, como lo dispone el artículo 2438 Código Civil de Chile (1855).

Por último, el artículo 2439 del Código Civil de Chile (1855) dispone: “Podrá darse al acreedor en anticresis el inmueble anteriormente hipotecado al mismo acreedor; y podrá asimismo hipotecarse al acreedor

con las formalidades y efectos legales, el inmueble que se le ha dado en anticresis”. Lo que significa que el mismo inmueble podrá ser objeto de hipoteca o anticresis más de una vez si así lo decidiera el deudor. De igual forma, el acreedor que tiene anticresis es poseedor de los mismos derechos que el arrendatario en lo que se refiere a mejoras, perjuicios y gastos, pero también queda sujeto a las mismas obligaciones en cuanto a la conservación del bien (Código Civil Chile, Ministerio de Justicia, 1855).

Requisitos para su validez y perfeccionamiento en Chile

De acuerdo con el análisis anterior, se considera que el primer requisito para la validez y perfeccionamiento del contrato de anticresis en Chile debe ser el derecho real que el deudor ostente sobre el bien; en este sentido el artículo 577 del Código Civil de Chile (1855) establece: “Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona”. En segundo lugar, que las personas que se obliguen a través de la relación jurídica mediante la formalización del contrato, sean legalmente capaces y que la declaración de voluntad que hagan constar en el mismo se encuentre libre de vicio; asimismo, que su objeto sea lícito según lo dispone el artículo 1445 del Código Civil de Chile (1855): “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1°. que sea legalmente capaz, 2°. que consienta en dicho acto, 3°. que recaiga sobre objeto lícito”.

Se ha logrado evidenciar entonces, que el contrato de anticresis es constitutivo inicialmente de una hipoteca; es decir, para que se formalice un bien inmueble es objeto de este gravamen, pero para que tanto la hipoteca como el contrato de anticresis sean considerados legalmente válidos deben ser otorgados en escritura pública, tal y como lo refiere el artículo 2409 del Código Civil de Chile (1855): “La hipoteca deberá otorgarse por escritura pública, podrá ser una del contrato que accede”. Además, obligatoriamente se inscribirá en el Registro Conservatorio como requisito de validez. El contrato de anticresis, por lo tanto, para su perfeccionamiento contará con los mismos lineamientos establecidos para la formalización de los contratos en general.

Efectos legales derivados del perfeccionamiento del contrato de anticresis en Chile

Como primer efecto legal derivado del perfeccionamiento del contrato de anticresis de acuerdo con el Código Civil de Chile (1855) se puede mencionar lo que dispone el artículo 2435, en cuanto al derecho que se le otorga al acreedor de poder cobrarse de los frutos que produzca la cosa raíz o bien inmueble, que el deudor entregó en calidad de hipoteca para garantizar el cumplimiento de la obligación. Derecho que queda legalmente constituido al momento de formalizarse la relación jurídica anticrética. Derivado de la celebración de este, el acreedor queda constreñido legalmente, a realizar todas aquellas mejoras que le

corresponden al arrendatario según lo dispone el cuerpo legal citado, entre las que se encuentran mantenimiento de paredes y pavimentos y demás partes interiores del edificio, pozos, acequias y cañerías.

En este sentido el artículo 2440 del Código Civil de Chile (1855) dispone: “El acreedor que tiene anticresis, goza de los mismos derechos que el arrendatario para el abono de mejoras, perjuicios y gastos, y está sujeto a las mismas obligaciones que el arrendatario relativamente a la conservación de la cosa”. De existir incumplimiento de la obligación por parte del deudor, el acreedor solamente tendrá preferencia sobre los demás, si el contrato de hipoteca que promovió la anticresis así lo estipulará. Es decir, que dicho derecho de preferencia, solamente le asistirá al acreedor siempre y cuando esté claramente establecido. Por otra parte, la falta de pago por parte del deudor, no le confiere al acreedor la propiedad del bien como se verá a continuación.

En materia de falta de pago por parte del deudor el artículo 2441 del Código Civil de Chile (1855) señala:

El acreedor no se hace dueño del inmueble a falta de pago; ni tendrá preferencia en él sobre los otros acreedores, sino la que le diere el contrato accesorio de hipoteca si lo hubiere. Toda estipulación en contrario es nula (artículo 2441).

Si se diera el caso de que el crédito devengaré intereses, el acreedor podrá decidir si los frutos producto del inmueble pignorado se aplican en primer lugar a estos. Una vez formalizada la anticresis, los intereses estipulados

quedarán sujetos cuando de lesión enorme se trate, a la misma reducción que se establece para el caso del contrato de mutuo que regula el Código Civil de Chile (1855). Asimismo, una vez entregada la finca matriz el deudor no podrá solicitar su restitución, hasta que se haya solventado la deuda en su totalidad, pero el acreedor si podrá hacerlo en cualquier tiempo. Por último, es importante mencionar que si bien es cierto como se indicó en el contrato de anticresis el bien hipotecado puede pertenecer al deudor o a un tercero, este último no se obliga a menos que se hubiere estipulado, pues el artículo 2430 del Código Civil de Chile (1855) dispone: “El que hipoteca un inmueble suyo por una deuda ajeno no se entenderá obligado personalmente”.

Los derechos reales y el contrato de anticresis en Colombia

De los derechos reales, el Código Civil de Colombia (1887) indica:

Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin aspecto a determinada persona, Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca (artículo 661).

Es decir que no necesariamente el derecho real debe estar supeditado a una persona en específico; cabe señalar además que de éstos se derivan directamente las acciones reales que se pueden reputar a bienes tanto muebles como inmuebles, éstas últimas consideradas dentro del cuerpo normativo en mención, se regulan como aquellas cosas de orden eminentemente accesorias a bienes raíces. Por ende, se encuentran

supeditadas a las condiciones en las que se encuentre la finca matriz objeto de la constitución del o los derechos reales constituido sobre la principal; pero es conveniente señalar que esos derechos reales, también otorgan otras facultades que le serán inherentes a quien se le otorgue la disposición del bien principal y los accesorios.

Dentro de este mismo esquema se encuentra también contemplado el dominio, se le denomina así al derecho real constituido sobre una cosa corporal, que otorga a su poseedor la facultad de gozar y disponer de una cosa física, siempre que no se haga de forma contraria a la ley y que no afecte el derecho de otra persona. Al respecto el artículo 669 del Código Civil de Colombia (1887) refiere: “El dominio que se llama también propiedad es el derecho real en una cosa corporal, para gozar de ella, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno”. Es importante señalar que el Código Civil Colombiano (1887) subraya un apartado en el Título VIII dedicado especialmente a las limitaciones del dominio; es decir a ciertas condiciones que pudieran afectar el derecho real para gozar de una cosa.

Con relación a las limitaciones del dominio, el Código Civil de Colombia (1887), lo regula de la siguiente forma:

El dominio puede ser limitado de varios modos:

1. Por haber de pasas a otra persona en virtud de una condición.
2. Por el gravamen de usufructo, uso o habitación a que una persona tenga derecho en las cosas que pertenecen a otra.
3. Por las servidumbres (artículo 793).

De acuerdo por lo referido por la cita que antecede, es a lo enunciado precisamente a lo que se refiere esencialmente la definición de dominio, cuando hace alusión a que es el derecho real que se ostenta sobre una cosa siempre que no afecte el derecho ajeno; en otras palabras, que no afecte el derecho de la persona que posea un bien a condición, o con gravamen de usufructo, uso, habitación o servidumbre. Tomando en consideración que como se indicó el dominio es el derecho real que se tiene sobre una cosa, permite a quien lo ostenta el poder celebrar contrato el que involucre directamente al bien y se obligue a la entrega de este. A este respecto el artículo 1495 del Código Civil de Colombia (1887) señala: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”.

Surge entonces dentro de la clasificación de las diversas clases de contratos que regula el Código Civil Colombiano (1887) el contrato de anticresis, definido en el artículo 2458 como: “La anticresis es un contrato por el que se entrega al acreedor una finca raíz para que se pague con sus frutos”. Como puede observarse la definición citada es bastante similar a la que refiere el Código Civil de Chile; sin embargo, de acuerdo con la normativa colombiana, no se hace referencia como requisito para la formalización del contrato de anticresis la previa constitución de un contrato de hipoteca solamente hace alusión que podrá darse al acreedor en anticresis el inmueble hipotecado al mismo acreedor. En este sentido

el artículo 2462 del Código Civil de Colombia (1887) dispone: “Podrá darse al acreedor en anticresis el inmueble anteriormente hipotecado al mismo acreedor y podrá, asimismo hipotecarse al acreedor, con las formalidades y efectos legales”.

Requisitos para su validez y perfeccionamiento en Colombia

Solamente aquellas personas que se encuentren, en el pleno goce de sus facultades tanto civiles como volitivas, podrán constituir contrato y, por consiguiente, contrato de anticresis. Es de resaltar que dicha manifestación de voluntad debe estar libre de, error, fuerza o dolo, tal y como lo refiere el artículo 1508 del Código Civil de Colombia (1887); además, el objeto principal de toda declaración de voluntad debe estar dirigido a dar, hacer o no hacer, tal y como lo dispone el artículo 1517 del cuerpo legal en mención; es importante mencionar que, el mero uso de la cosa o bien su tenencia en sentido legal podrían ser considerados objeto de la declaración es decir, manifestación tácita de la declaración de voluntad, de acuerdo con el artículo citado.

Inicialmente en cuanto a la validez y perfeccionamiento del contrato de anticresis, se puede acotar sobre lo que indica el Código Civil de Colombia (1887), con relación a los distintos requisitos para obligarse:

Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

1. Que sea legalmente capaz
2. Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.

3. Que recaiga sobre un objeto lícito.
4. Que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra (artículo 1502).

Un aspecto que merece la pena señalar es que el Código Civil de Colombia (1887) no sugiere un apartado especial, por ejemplo, que regule los aspectos de observancia general para todos los contratos; sin embargo, en el título XXV se refiere a la cesión de derechos, y en el capítulo I de éste regula lo relativo a, de los créditos personales, en este sentido dispone:

La cesión de un crédito, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título. Pero si el crédito que se cede no consta en documento, la cesión puede hacerse otorgándose uno por el cedente al cesionario, y en este caso la notificación de que trata el artículo 1961 debe hacerse con exhibición de dicho documento (artículo 1959).

Aunque como puede observarse, la forma de formalizar un contrato no se encuentra claramente definido, de acuerdo con lo que dispone el artículo 1959 del Código Civil de Colombia (1887) se entendería que debería ser en escritura pública, a menos que como lo indica el artículo 1961 se tratara de títulos de propiedad en los que se pudiera hacer constar el endoso correspondiente. En este sentido se considera relevante mencionar lo que preceptúa el artículo 2462 del Código Civil de Colombia (1887): “Podrá darse al acreedor en anticresis el inmueble anteriormente hipotecado al mismo acreedor, y podrá, asimismo, hipotecarse al acreedor, con las

formalidades y efectos legales, el inmueble que se le ha dado en anticresis”.

Lo que significa que en Colombia al igual que en Chile, la anticresis se origina de un contrato de hipoteca que por regla general debe constar en escritura pública. Finalmente, según lo reza el Código Civil colombiano (1887) en su artículo 2459, el primer requisito específico para la validez y perfeccionamiento del contrato de anticresis en Colombia es, que la cosa matriz o bien inmueble sea propiedad del deudor o en su defecto del tercero que previamente haya consentido la constitución de la anticresis. Con relación a este aspecto, el artículo 2459 del Código Civil colombiano (1887) expresamente regula: “La cosa raíz puede pertenecer al deudor o aún tercero que consienta en la anticresis”.

Efectos legales derivados del perfeccionamiento del contrato de anticresis en Colombia

Tomando en consideración que el contrato de anticresis deriva del perfeccionamiento y formalización de un contrato de hipoteca, es conveniente mencionar que ésta, de acuerdo con lo que refiere el Código Civil colombiano, no por ser objeto de hipoteca los bienes dejan de permanecer en poder del deudor, condición que se ve modificada al tener lugar la anticresis pues aquí la finca raíz pasa a manos del acreedor. Al respecto el artículo 2458 del Código Civil de Colombia (1887) indica: “La

anticresis es un contrato por el que se entrega al acreedor una finca raíz para que se pague con sus frutos”. Este sin duda sería el primer efecto legal derivado de del perfeccionamiento del contrato de anticresis, la entrega forzosa del bien inmueble al acreedor por parte del deudor que será a través del cual se garantizará el cumplimiento de la obligación anticrética.

En virtud de la garantía anticrética Kiper (2022) comenta:

Es cierto que, en la hipoteca, el deudor conserva tanto la propiedad como la posesión, pero, desde el punto de vista del acreedor, si el deudor no cumple, se ve obligado a ejecutar la garantía, con todo lo que eso implica, años de litigio, venta del inmueble a un valor inferior en una subasta pública, gastos, etc.- En la anticresis, si los frutos son suficientes para compensar el crédito, el acreedor no precisará de una ejecución judicial (párr. 1).

Asimismo, el acreedor a favor de quien se ha constituido la anticresis goza de los mismos derechos que el arrendatario en lo que respecta a mejoras, perjuicios y gastos, pero también queda sujeto a las mismas obligaciones con relación al arrendatario en lo que se refiere a la conservación del bien. Y en este sentido el Código Civil de Colombia (1877) dispone claramente las obligaciones a las que se encuentra sujeto el inquilino o arrendatario. En primer lugar, la conservación del bien en forma íntegra, es decir, tal y como lo recibió, para lo cual sugiere debe dejarse constancia del estado en que el bien fue recibido, de lo contrario, no podrá haber oposiciones a posibles reclamos por parte del dueño en cuanto a deterioros o desmejoras.

De las obligaciones del inquilino a favor del arrendatario, el Código Civil de Colombia (1887) señala:

Será obligado especialmente el inquilino:

1. A conservar la integridad interior de las paredes, techos, pavimentos y cañerías, reponiendo las piedras, ladrillos y tejas que durante el arrendamiento se quiebren o se desencajen.
2. A reponer los cristales quebrados en las ventanas, puertas y tabiques.
3. A mantener en estado de servicio las puertas, ventanas y cerraduras.

Se entenderá que ha recibido el edificio en buen estado, bajo todos estos respectos, a menos que se pruebe lo contrario (artículo 2029).

Es decir, si el acreedor al formalizarse el contrato de anticresis queda sujeto a las mismas obligaciones dispuestas para el inquilino, entonces le corresponde tomar todas las acciones y medidas necesarias que garanticen el buen estado y conservación del bien inmueble. Asimismo, de existir incumplimiento de pago por parte del deudor, el acreedor por ningún motivo podrá adjudicarse la propiedad del inmueble, ni gozará de preferencia alguna por encima de los demás acreedores, salvo las dispuestas en el contrato de hipoteca que promovió la anticresis. A este respecto, el artículo 2464 del Código Civil de Colombia comenta: “El acreedor no se hace dueño del inmueble a falta de pago; ni tendrá preferencia en él sobre los otros acreedores, sino la que le diere el contrato accesorio de hipoteca, si los hubiere. Toda estipulación en contrario es nula”.

De darse el supuesto que el crédito concedido fuera objeto de intereses, el acreedor podrá imputar los frutos del bien en primer lugar a éstos, según los dispone el artículo 2465 del Código Civil de Colombia (1887): “Si el crédito produjere intereses, tendrá derecho el acreedor para que la imputación de los frutos se haga primeramente a ellos”. Cabe señalar que los intereses acordados entre deudor y acreedor quedarán sujetos cuando de lesión enorme se trate a la misma reducción establecida para el mutuo. En este sentido el artículo 2466 del Código Civil de Colombia (1887) refiere: “Las partes podrán estipular que los frutos se compensen con los intereses en su totalidad, o hasta concurrencia de valores. Los intereses que estipularen estarán sujetos, en caso de lesión enorme, a la misma reducción que en el caso de mutuo”.

Sobre la restitución de la cosa dada en anticresis el Código Civil de Colombia (1887) preceptúa:

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 restituir en cualquier tiempo, y perseguir el pago de su crédito por los otros medios legales; sin perjuicio de lo que se hubiere estipulado en contrario (artículo 2667).

Como puede observarse, una vez constituida la anticresis, al deudor no le es permitido solicitar la restitución del bien entregado, sino hasta corrido el tiempo establecido para la extinción total de la deuda; lo que no es aplicable para el acreedor que, si podrá solicitar la restitución en cualquier tiempo, inclusive pedir la extinción de la deuda. Asimismo, si fuera

necesario le es permitido hacer uso de los medios legales para perseguir el pago de su crédito, independientemente de que se hubiese pactado cosa contraria. Finalmente, a criterio de la sustentante, los efectos legales del contrato de anticresis en Colombia no son más que los que derivan del incumplimiento de las disposiciones a partir de su constitución.

Los derechos reales y el contrato de anticresis en España

En la doctrina española, la figura de la anticresis es comúnmente estudiada dentro de los derechos reales, y esto obedece al hecho de que los frutos son considerados como una accesión; es decir, un añadido o accesorio del bien principal o finca matriz. Este criterio se esboza principalmente en consideración a la opinión vertida por los defensores de la anticresis; quienes la estudian principalmente desde dos puntos de vista; en primer lugar, conciben a la anticresis como un derecho real de plena garantía, es decir, con disposición absoluta. En segundo lugar, como un derecho de goce, ésta última, es la opinión más debatida entre los distintos juristas y civilistas españoles pues no otorga la libre disposición del bien; es decir, lo hace de forma limitada.

Asimismo, sobre la primera tesis, se puede mencionar el criterio de esbozado por Scaevola (1955) quien sostiene que la inclusión de la figura de la anticresis dentro del Código Civil español, específicamente dentro del Libro IV de los Contratos, no es razón para que se le considere un

derecho real de garantía, puesto que igual situación se da con la prenda y la hipoteca y de estas dos figuras no existe discusión ni debate alguno. En resumen, como se observa, esta es la principal postura que defiende la mayoría de los estudiosos de la doctrina española relacionada con la figura en cuestión objeto del presente análisis. Sin embargo, se puede advertir que la razón por la que en la doctrina existe un consenso mayoritario en cuanto a considerar a la anticresis como un derecho real de garantía es por la facultad de goce que tiene inmersa.

Cabe señalar que esta facultad de goce según los analistas doctrinarios españoles se deriva de los frutos que concede al acreedor desde el momento de su perfeccionamiento, más no es autónoma por sí sola, sino que es consecuencia del aprovechamiento de la constitución de la garantía anticrética. En otras palabras, se deriva del otorgamiento de un crédito y que a su vez garantiza. Es por esta razón que los doctrinarios españoles afirman que la figura de la anticresis no posee contenido propio, sino que actúa como respaldo o garantía de otra y, por ende, el anticresista, no es libre en lo relativo a la decisión final que se tomará sobre el destino de los frutos producto del bien que le ha sido otorgado.

Este último presupuesto no se considera del todo válido, puesto que se estima que al momento de constituirse la anticresis y formalizarse el contrato se está otorgando al acreedor el derecho sobre los frutos para cobrarse el crédito otorgado al deudor. Entonces, no tendría por qué

limitársele el derecho de decidir el destino de éstos. Ahora bien, del criterio vertido relativo a la naturaleza de la anticresis como derecho real de garantía, la mayoría de los autores españoles destacan varios aspectos; el primer aspecto justificativo relevante en materia doctrinaria se da cuando el acreedor toma posesión del inmueble, así como su posterior inscripción en el registro respectivo, requisito indispensable para la constitución del contrato de anticresis.

En ocasiones, la anticresis es analizada desde un punto más drástico; por ejemplo, como un derecho de garantía, pero no tendría el peso suficiente ni tampoco la relevancia necesaria, derivado de la función que esta realiza de aseguramiento de la obligación, que de ninguna manera es novedosa ni única, pues con anterioridad lo viene realizando la hipoteca de forma más amplia e inclusive, mejor regulada. Sin embargo, aunque en su gran mayoría los estudiosos españoles consideren que la anticresis es un derecho real de garantía, el legislador español no previó las consecuencias de este criterio al momento de legislar y contemplar la figura, lo que se denota al constatar que no se le equiparó al resto de garantías no dotándole de un procedimiento de ejecución de forma específica.

En este sentido, únicamente se hace referencia a la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados, prácticamente ignorando la institución en mención. Aun así, los postulantes y serios defensores de la doctrina del derecho español, específicamente en materia de derechos reales de

garantía, se inclinan en pensar que sí existe tal regulación, pues existe la posibilidad de poder disponer del bien para cobrarse la deuda. Todos estos argumentos, indican algunos doctrinarios, crean un poco de confusión en cuanto a determinar si realmente la figura de la anticresis debe encuadrarse o no dentro de los derechos reales de garantía, puesto que no se le regula de esta forma en el Código Civil español. A criterio personal, debiera considerarse como tal, pues faculta al deudor a disponer del bien, aunque con limitaciones, pero sobre todo de los frutos de este.

Además, si se toma en consideración lo que se consigna en los artículos 1886 y 1857 del citado cuerpo legal que se analizarán más detenidamente en su momento oportuno, se puede advertir que mencionan algunas disposiciones aplicables a la figura entre las cuales se pueden mencionar, los requisitos esenciales para la constitución del contrato de prenda e hipoteca obligatorios para la formalización del contrato de anticresis. Por ende, es conveniente pensar que ésta, no debería ser considerada un derecho real de garantía más aún, al no haber sido regulada expresamente por el legislador, inclusive habiendo omitido ciertos aspectos que se considera de importancia como, el que se constituye para asegurar el cumplimiento de una obligación. De lo que se deduce entonces que la anticresis, no configura en sí un derecho real de garantía. Esta circunstancia no se contempla expresamente, ni se hace una remisión de forma directa a la normativa en donde se señala.

Analizando la codificación del Código Civil, Hernández Moreno (2014) comenta:

Si la Comisión Codificadora del actual Código Civil de 1888 hubiera considerado a la anticresis como un derecho real de garantía, habría sin duda, aprovechado la ocasión para remitir su regulación a las normas específicas de la prenda e hipoteca que exigen aquel carácter (p. 65).

Por lo tanto, la anticresis, debería ser considerada como un contrato independiente que, aunque genera derechos reales de disposición y goce, no genera derechos de garantía. Sin embargo, gran parte de los estudiosos de la doctrina española difieren en su criterio en cuanto a que la anticresis recaiga sobre los frutos y no sobre la finca raíz, pues de acuerdo con Moreno (2014) “la anticresis recae sobre los frutos, pero no concibiendo estos como elementos separados del inmueble que los produce, sino como parte integrantes e inherentes a él” (p. 387). Asimismo, la garantía y su realización únicamente se constituirán sobre el bien, lo que en la figura de la anticresis no se da en ninguno de los casos, a menos que las partes dispongan lo contrario (Casado Gómez & Rogel Vide, 2021, pp. 30-34).

Requisitos para su validez y perfeccionamiento en España

No podrá celebrarse contrato alguno, que no contenga los requisitos antes mencionados, pues de no hacerlo podrían ser tachados de nulidad. En este mismo sentido, el artículo 1265, del Contrato Civil español (1889) regula que el consentimiento debe ser prestado libre de error, violencia,

intimidación y dolo para que sea considerado válido. Aunado a estos aspectos, debe tenerse en consideración que para que se formalice un contrato debe existir una causa que lo promueva y la misma debe ser lícita y con apego a las leyes y a la moral según lo dispone el artículo 1275 de la norma citada. En cuanto a la forma de la celebración de los contratos, existen algunos que de acuerdo con la ley deben ser expedidos en escritura pública.

El Código Civil español (1889) indica en el Capítulo II, De los requisitos esenciales para la validez de los contratos, al respecto regula: “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º. Consentimiento de los contratantes; 2º. Objeto cierto que sea materia del contrato; 3º. Causa de la Obligación que se establezca”. Como puede notarse, los requisitos que se mencionan en el Código Civil de España son bastante similares a los que señala el Código Civil guatemalteco para la validez de un contrato. Cuando se menciona el consentimiento, por ejemplo, la legislación guatemalteca lo hace también aduciendo que este debe estar libre de vicios; es decir, de dolo y violencia. En cuanto al objeto, debe ser lícito y la causa de la obligación, será en otras palabras, lo que motive el negocio jurídico.

Los contratos que deben extenderse en documento público, según el Código Civil español (1889) son:

Deberán constar en documento público:

1. Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles.
2. Los arrendamientos de estos mismos bienes por seis o más años, siempre que deban perjudicar a tercero.
3. Las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones.
4. La cesión, repudiación y renuncia de los derechos hereditarios o de los de la sociedad conyugal.
5. El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos, y los especiales que deban presentarse... (artículo 1280).

Como primer requisito de validez para el perfeccionamiento del contrato de anticresis de acuerdo con el Código Civil Español (1889), es que deba constar en documento público, pues es constitutivo de transmisión de dominio; en lo consiguiente remite a lo establecido en el Título XV De los contratos de prenda, hipoteca y anticresis, Capítulo I Disposiciones comunes a la prenda y a la hipoteca, específicamente al artículo 1857 numeral segundo el que dispone “Que la cosa pignorada o hipotecada pertenezca en propiedad al que la empeña o hipoteca”. De lo que se deduce que, para la constitución de la anticresis es necesario inicialmente formalizar contrato de hipoteca o prenda. En éste mismo sentido también señala que se sujeta a lo dispuesto en el artículo 1866 el que refiere que el contrato de prenda otorga al acreedor el derecho de retener la cosa en su poder o en el de la tercera persona a quien le fuera entregada.

En cuanto al contrato de prenda el Código Civil de España (1889), lo regula de la siguiente forma:

El contrato de prenda da derecho al acreedor para retener la cosa en su poder o en el de la tercera persona a quien hubiese sido entregada, hasta que se le pague el crédito. Si mientras el acreedor retiene la prenda, el deudor contrajese con él otra deuda exigible antes de haberse pagado la primera, podrá aquél prorrogar la retención hasta que se les satisfagan ambos créditos, aunque no se hubiese estipulado la sujeción de la prenda a la seguridad de la segunda deuda. (artículo 1866).

Asimismo, el Código Civil (1889) menciona que la prenda y la hipoteca son figuras indivisibles, en este sentido regula algunas excepciones que rigen para la figura de la anticresis que es conveniente señalar:

La prenda y la hipoteca son indivisibles, aunque la deuda se divida entre los causahabientes del deudor o del acreedor. No podrá, por tanto, el heredero del deudor que haya pagado parte de la deuda pedir que se extinga proporcionalmente la prenda o la hipoteca mientras la deuda no haya sido satisfecha por completo. Tampoco podrá el heredero del acreedor que recibió su parte de la deuda devolver la prenda ni cancelar la hipoteca en perjuicio de los demás herederos que no hayan sido satisfechos. Se exceptúa de estas disposiciones el caso en que, siendo varias las cosas dadas en hipoteca o en prenda, cada una de ellas garantice solamente una porción determinada del crédito. El deudor, en este caso, tendrá derecho a que se extinga la prenda o la hipoteca a medida que se satisfaga la parte de deuda de que cada cosa responda especialmente (artículo 1860).

Si se analiza detenidamente el artículo que antecede, todo parece indicar que cuando concurren varios herederos, no podrá uno sólo devolver la prenda ni cancelar la hipoteca en nombre de los demás; a menos que las cosas dadas en prenda o hipoteca sean varias de lo que se deduce que la anticresis puede constituirse en más de un bien al mismo tiempo, si uno no fuera suficiente para garantizar la deuda, por ende el acreedor podría cobrarse con los frutos de todos los bienes pignorados hasta cubrir lo adeudado. Sin embargo, este aspecto, no ha quedado plasmado claramente

ni en la doctrina ni en la legislación, es un criterio de la sustentante derivado del análisis del artículo referenciado.

Efectos legales derivados del perfeccionamiento del contrato de anticresis en España

Derivado de la formalización del contrato de anticresis el acreedor adquiere el derecho de hacer suyos los frutos del inmueble que el deudor le entregó en garantía, debiendo aplicarlos en primer lugar al pago de los intereses y posteriormente al capital del crédito otorgado, según lo que regula el artículo 1881 del Código Civil español (1889). A menos que hubieren pactado cosa contraria, el acreedor se encuentra obligado al pago de las contribuciones y cargas a las que el inmueble se encuentre sujeto y efectuar los gastos que procedan relacionados con su conservación y reparación, según lo refiere el artículo 1882 del cuerpo legal en mención.

El contrato de anticresis en el derecho comparado

La figura de la anticresis y específicamente el contrato de anticresis, en los últimos tiempos se ha regulado en algunas legislaciones a nivel internacional, concretamente como una de las formas traslativas de dominio constitutivo de derechos reales de garantía sobre bienes muebles e inmuebles; en algunas normativas y doctrinas civiles incluso se hace la aclaración que tiene lugar sobre bienes registrables, cuya posesión se

entrega a un acreedor o tercero designado de común acuerdo por las partes, autorizado expresamente para percibir los frutos del o los bienes pignorados y por consiguiente imputarlos en primer lugar, por razón de preferencia a los intereses y posteriormente al capital.

Diferencias de la legislación en materia de anticresis en Chile, Colombia y España

En las distintas normativas en materia civil que regulan de forma específica el contrato de anticresis, resaltan algunas diferencias. En este sentido, de acuerdo con el Código Civil de Chile (1855) después de haberse constituido la hipoteca sobre el bien objeto de anticresis, debe ser obligatoriamente inscrita en el Registro Conservatorio como requisito para su validez; asimismo, de existir incumplimiento en el cumplimiento de la obligación por parte del deudor, el acreedor por ningún motivo ni se hace dueño del bien, ni tendrá preferencia sobre los demás acreedores si existieran, a menos que tal supuesto hubiere quedado claramente establecido en el contrato accesorio de hipoteca celebrado con antelación. Mientras que la legislación colombiana, no refiere rasgos distintivos con relación a la regulación del contrato de anticresis.

Este en cambio no es el caso de España, que podría decirse es el país precursor de la figura anticrética a nivel internacional y, por ende, de la regulación del contrato de anticresis en la legislación de índole civil. El

primer aspecto que le diferencia de Chile y Colombia es que el contrato de anticresis en este Estado, no solamente se constituye sobre una hipoteca sino también sobre la prenda, tal y como se mencionó en su momento oportuno y como se indicó lo regula el Código Civil español en el artículo 1860. De este mismo artículo surgen además otros aspectos distintivos como, por ejemplo, el hecho de que tanto la prenda como la hipoteca son figuras indivisibles sin importar que estas se dividan entre los causahabientes del deudor o del acreedor.

Similitudes de la legislación en materia de anticresis en Chile, Colombia y España

En cuanto a las similitudes, se puede resaltar que, en Chile, Colombia y España, el requisito esencial para obligarse, es decir, para que ambas partes establezcan la relación jurídica y formalicen el contrato de anticresis es que sean legalmente capaces y que declaren su voluntad, haciéndola contar en el mismo y, de acuerdo con las legislaciones de estos Estados, todos concuerdan en que debe estar libre de vicios, dolo y violencia. Asimismo, que esta declaración debe recaer sobre objeto lícito y determinado, es decir, debe existir ser real; aunque en España cómo se indicó el contrato de anticresis es constitutivo tanto de la prenda como de la hipoteca, es de esta última su similitud con Chile y Colombia.

Con relación a la hipoteca, en todas las legislaciones analizadas se regula como requisito que se debe otorgar en escritura pública; asimismo, derivado de este requisito esencial, se estipula que los frutos que produzca la finca raíz o la prenda en el caso de la legislación española corresponderán al acreedor, pues será de éstos que se cobrará la deuda. En este sentido, las disposiciones a observarse son las mismas en todos los ordenamientos jurídicos analizados, se aplicará en primer lugar a los intereses y posteriormente al capital; de igual forma, otro aspecto en el que guardan similitud en cuanto a su regulación es la que se relaciona con las mejoras que corresponde realizar al acreedor en caso sea necesario realizarlas al bien, en este aspecto es conveniente señalar que, también disponen dichas legislaciones que al acreedor, le asisten los mismos derechos que al arrendatario.

Semejanzas y diferencias con la legislación guatemalteca

Conviene indicar en primer lugar que la legislación guatemalteca, no regula dentro de su contexto ningún epígrafe destinado ni a la figura de la anticresis, ni al contrato de anticresis; sin embargo, si preceptúa dentro del Código Civil (Decreto Ley 106) en el Título V bajo la denominación de Derechos reales de garantía, Capítulo I de la Hipoteca, lo relativo a este tema en específico. En este sentido dispone que es un derecho real que se constituye sobre un bien inmueble para garantizar una obligación. De acuerdo con el artículo 822 del Código Civil guatemalteco (Decreto Ley

106): “La hipoteca es un derecho real que grava un bien inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación”. Se puede observar sin duda, la similitud existente de la definición que señala este cuerpo legal en comparación con las legislaciones civiles tanto de Chile, como de Colombia y España, que la regulan de forma muy parecida.

Otro aspecto muy particular y similar por ejemplo con la legislación española, es lo que refiere el artículo 825 del Código Civil guatemalteco (Decreto Ley 106) en cuanto a la indivisibilidad de la hipoteca: “La hipoteca es indivisible y como tal, subsiste íntegra sobre la totalidad de la finca hipotecada, aunque se reduzca la obligación”. Un aspecto distintivo de la normativa de España que en su momento se hizo notar. Ahora bien, con relación a la prenda, es conveniente señalar que a través del Decreto 4-2018 se realizó una reforma al Código Civil guatemalteco Decreto Ley 106, en el que se derogó el articulado relativo a la prenda; sin embargo, en Guatemala, de acuerdo con lo que contiene la normativa en la materia, pueden aún constituirse garantías mobiliarias sobre bienes muebles.

En cuanto a la garantía sobre bienes muebles derivados la Ley de Garantías Mobiliarias (Decreto número 51-2007), lo regula de la siguiente forma:

La garantía mobiliaria podrá amparar bienes muebles derivados, rotativos o flotantes, siempre y cuando esta circunstancia se pacte en el contrato, acuerdo o convenio donde se constituyó la garantía mobiliaria; para el caso de inscripción de dicha circunstancia en el Registro de Garantías Mobiliarias, se deberá identificar en forma general el género y

características de los bienes ya transformados o de los bienes que ingresarán al patrimonio del deudor, sustituyendo o complementando los bienes originalmente gravados por el deudor garante, de conformidad con lo determinado por el artículo 2 literal g) de la presente Ley. (artículo 16).

Es decir, la garantía mobiliaria a la que hace alusión la referida Ley de Garantías Mobiliarias (Decreto 51-2007), no se limita únicamente a un tipo de bien que se pueda enajenar por esta vía. Es más, dentro del Capítulo II se consigna en el epígrafe de la Ley de Garantías mobiliarias sobre créditos y dentro del artículo 18 de forma general hace referencia a que se pueden igualmente establecer sobre créditos y que se aplican a toda especie de cesión en garantía y venta. Al respecto el referido artículo menciona que se debe cumplir con las reglas de publicidad establecidas para que este derecho pueda ser oponible a terceros; de igual forma, dispone que cuando se trate de cesión en venta, de no cumplirse con publicar la naturaleza de la cesión, se dará por entendido que se da en garantía y, por ende, le serán aplicables las reglas de prelación que rigen según la ley.

La prenda básicamente sigue vigente, con la diferencia que con la reforma y la supresión de ésta del Código Civil (Decreto Ley 106) se le ha dado un matiz totalmente distinto, aunque en el fondo sigue siendo básicamente lo mismo, pues la deuda se sigue garantizando con un bien mueble. Ahora bien, la Ley de Garantías Mobiliarias, hace la separación de la garantía mobiliaria sobre créditos como si se tratara de una figura distinta, pero en realidad a criterio personal es lo mismo. De acuerdo con lo que establecen

tanto el Código Civil Guatemalteco (Decreto Ley 106) y la Ley de Garantías Mobiliarias (Decreto 51-2007), en el derecho interno únicamente se contemplan las figuras de la hipoteca y la figura de la Garantía Mobiliaria y esta sería básicamente la semejanza con las legislaciones de Chile, Colombia y España que constituyen el contrato de hipoteca y prenda obligatoriamente como requisito inicial para dar paso a la anticresis.

Análisis jurídico final

Una vez analizadas las legislaciones de índole civil, tanto de Chile, como de Colombia y España, es posible advertir una controvertida y casi generalizada opinión en cuanto a la naturaleza real de la figura de la anticresis; y derivado de ello se ha podido observar que existe la posibilidad que se pueda constituir el derecho de anticresis incluso con carácter obligacional entre las partes, este aspecto ha tenido relevancia especialmente dentro del ordenamiento español. Al analizar este supuesto, no puede obviarse el derecho de garantía como derecho real que le es otorgado al acreedor anticrético, aunque según lo refieren algunos estudiosos del derecho español, no se le puede situar como garantía sino como una medida tendiente a asegurar y encauzar el cobro.

Analizando de forma concreta el contrato de anticresis, es conveniente señalar que éste es un acuerdo consensual que no necesita una forma especial; es decir para acordar su realización no hay un precepto que lo establezca. En este sentido, es conveniente señalar que lo que si refieren los Códigos Civiles de Chile, Colombia y España, es que para la constitución del contrato de anticresis tuvo que haberse realizado inicialmente un contrato de hipoteca o prenda que lo haya promovido; sin embargo, es importante mencionar que estos ordenamientos jurídicos no hacen referencia de forma general a los preceptos de la prenda e hipoteca aplicables al contrato de anticresis; solamente lo hacen de forma parcial, haciendo alusión únicamente a ciertos aspectos.

En sentido general, para la celebración del contrato de anticresis es necesario el acto constitutivo bilateral como requisito obligatorio. En éste, las partes de común acuerdo convienen y determinan las obligaciones que se incluirán dentro del contrato anticrético; y que es importante señalar, serán independientes de la obligación principal. Es decir, la obligación principal que promoverá la explotación del inmueble por parte del acreedor. Por ende, El consentimiento anticrético no es otra cosa, que el resultado del consenso unilateral entre deudor y acreedor; aunado a ello se tiene la necesidad latente de quien entrega y de quien recibe; aspectos que pueden verse afectados si se tratará de una anticresis mortis causa, por ejemplo.

Lo anterior coloca al carácter bilateral de la anticresis como un elemento esencial. Pero es importante aclarar que no es equiparable al derecho de propiedad que se adquiere por medio del contrato de compraventa, por ejemplo, ya que en este sí se transmite el dominio directo del bien. En cambio, en el contrato de anticresis esto no opera de la misma forma, pues el carácter bilateral proviene no solo de su constitución contractual, sino también de las obligaciones recíprocas que derivan del mismo para las partes que intervienen en su constitución; sin embargo, algunas de ellas por su condición, pudieran ser interpretadas como obligaciones de carácter sinalagmático. Asimismo, además del mismo carácter bilateral, la obligatoriedad de su constitución se vincula al hecho de que el acreedor debe aceptar la condición de quedar satisfecho con el pago de la deuda a través de los frutos producto del bien pignorado.

Debe además tenerse en consideración que la anticresis y, por ende, el contrato de anticresis presupone la existencia de una obligación principal; sin duda, esta surgirá de una relación jurídica de carácter obligatorio entre un deudor y un acreedor, con la posibilidad de que surja la participación de un tercero ajeno, garantizando la obligación. Además, para la constitución del contrato de anticresis, es imperante que exista la disposición sobre el bien que se pretende pignorar; es decir, el derecho real sobre este; por ello, cuando se da la intervención del tercero que no es el deudor directo, pero que entrega un bien de su propiedad como garantía, solamente se tomará en cuenta dominio sobre el bien y no el

vínculo de este último en la relación, pues su intervención será básicamente un acuerdo con el acreedor.

Cabe señalar, ninguna de las legislaciones analizadas de Chile, Colombia o España, establecen la duración del contrato de anticresis, por lo que no queda claro si dicho contrato, se constituye por tiempo indefinido o definido. Derivado de su carácter eminentemente consensual se podría pensar que el contrato de anticresis tendría la duración que las partes hubieran convenido al momento de constituirlo, pero a falta de esta disposición por ejemplo en el Código Civil español el artículo 1128 se dispone que se regirá de acuerdo con lo que se hubiere dispuesto para la obligación principal. Definitivamente, por el carácter y la importancia del contrato de anticresis, este aspecto se estima debió haberse previsto.

Adicionalmente es conveniente mencionar dos elementos importantes que es posible que tengan lugar cuando se constituye el contrato de anticresis siendo estos, el derecho de retención y la retención anticrética. En el momento en que tiene lugar el vencimiento de la obligación principal y no ha sido cumplida por el deudor, el efecto principal de la anticresis derivado del incumplimiento es el derecho de retención, es decir la no devolución del inmueble por parte del acreedor, es a esto a lo que se le denomina retención anticrética, que vendría a ser un efecto directo del derecho de anticresis vinculado directamente con la obligación que dio lugar a la constitución de este derecho; sin embargo, es conveniente

señalar que, dicha circunstancia es diferente a la retención común que puede surgir como efecto de la obligación principal independiente a la anticresis.

En general, en la mayoría de las corrientes doctrinarias que analizan la figura de la anticresis se considera, que una vez definida la retención derivada del incumplimiento de la obligación principal sobre la finca matriz, surge la interrogante sobre el fin que tendrán los frutos y rentas que producirá en adelante el inmueble retenido, ya que a partir de ese momento prácticamente corresponderían al acreedor anticrético. Es decir, se estaría ante la figura del *ius fruendi* o derecho de disfrute producto de la anticresis, aunque una vez vencida esta, el acreedor dejaría de ser, acreedor anticrético para convertirse en un simple retenedor, por lo que el problema principal sería determinar los efectos directos de la retención sobre los frutos.

Por lo que la facultad de retener el bien objeto de anticresis por parte del acreedor, una vez se haya incurrido en el impago de la deuda o de sus intereses no es propiamente un derecho de retención, sino que son los efectos directos del derecho de anticresis. En otras palabras, lo que se denominó previamente como retención anticrética; y durante el tiempo en que esta se mantenga vigente, el acreedor tendrá el derecho de aplicar los frutos que produzca el inmueble pignorado al pago de la deuda, porque es un derecho que tomó en cuenta al momento de la constitución de la

anticresis y por lo tanto es un efecto directo de ella. Ahora bien, otra cuestión que surge a raíz de la posible retención del bien es, la libertad de que se puedan realizar obras nuevas o inversiones sobre el bien por parte del acreedor.

Al respecto en la doctrina, este tema no ha sido tratado de forma especial; lo poco que ha sido abordado al respecto refiere que sobre los gastos en que el acreedor hubiere incurrido para la mejora y conservación del bien, no tendrá derecho a exigir su reembolso, si se tratará de inversiones, será necesario determinar su clase, especificando las de mayor productividad, solamente ante este supuesto, el acreedor tendría derecho a ser reembolsado o en todo caso acogerse al derecho de retención regulado en las legislaciones que regulan la anticresis. Asimismo, debe determinarse con claridad, si se encuentra o no vigente el derecho de retención, y si podrán o no aplicarse para su reembolso los frutos que ha producido el inmueble.

Es necesario sin embargo dejar claro, que tampoco hay un consenso generalizado de este último criterio, pues hay quienes opinan que el derecho de retención del bien derivado de la anticresis trae consigo la posibilidad de enajenar y percibir los frutos que este produzca; mientras que otros opinan que constituye no un derecho de retención, sino por el contrario, una segunda garantía, con carácter similar a la primera, lo que conlleva el encontrarse ante la figura de la prenda inicial como figura

constitutiva de la anticresis. Existe inclusive una tercera postura que considera que al acreedor debe reconocérsele el derecho de disponer de los frutos cuando se encuentra en la facultad de retener el bien; pero cabe aclarar que se trata únicamente de un mero derecho de retención (Alegre de Miguel, 2013, pp. 347-375).

Ya que no podrían pertenecer al acreedor que, aunque podrá retenerlos de acuerdo con el principio de equidad, se sobreentiende que de la misma forma que la retención de la deuda genera interés y se incrementa, de igual forma la garantía constituida sobre los frutos también lo hace, aunque no en forma de apropiación sino de retención. Sin embargo, aun no siendo el propietario de los frutos, el hoy ex acreedor anticrético y hoy retenedor, ostenta el derecho y obligación de recolectarlos y resguardarlos. Como puede observarse la figura de la anticresis y el contrato de anticresis en si por ser realmente temas poco abordados y desarrollados en las legislaciones y doctrinas tanto a nivel nacional como internacional, no son conocidos ampliamente; aun así, posee efectos e implicaciones que todo profesional y estudiante de las ciencias jurídicas debe conocer.

Conclusiones

Con relación con el objetivo general que se refiere a comparar la legislación que regula la figura de la anticresis en Chile, Colombia y España, frente a lo que preceptúa el Código Civil guatemalteco, para establecer si existen diferencias o similitudes se concluyó que, tanto en Chile como en Colombia y España se requiere constituir contrato previo de hipoteca para la anticresis; con la diferencia que Chile requiere su inscripción en el Registro Conservatorio como requisito para su validez. Asimismo, España acepta el contrato previo no solamente de hipoteca sino también de prenda; la principal similitud es la capacidad para obligarse la que debe estar libre de vicios, y que tanto el contrato inicial como la anticresis deben otorgarse en escritura pública.

El primer objetivo específico que consiste en analizar la figura de la anticresis, al realizar el presente trabajo de investigación, se arribó a la siguiente conclusión, generalmente, en los ordenamientos civiles en los que se regula de forma expresa a la figura de la anticresis, se le define; como aquella a través de la cual, el dueño de una propiedad le permite a su acreedor, gozar de los frutos de esta, hasta que se dé por cancelada la deuda que hubiere sido contraída. Una característica particular de dicha figura es que no es traslativa de dominio, pues se encamina única y exclusivamente a establecer como pago de la obligación los frutos

obtenidos de la finca matriz. Por ende, la anticresis en esencia constituye uno de los medios de pago idóneos de la obligación.

Con relación al segundo objetivo específico que consiste en examinar la regulación del contrato de anticresis, en Chile, Colombia y España, se concluyó que, en cada uno de estos Estados se regula de forma expresa tanto la figura de la anticresis como el contrato de anticresis; asimismo, se le remite directamente en el caso de Chile y Colombia al contrato de hipoteca como contrato inicial obligatorio constitutivo del contrato de anticresis, es decir que si no existe una pignoración sobre el bien previamente, no puede ser constitutivo de esta figura. En cuanto a España, no solamente acepta la constitución de la hipoteca sino también, regula el contrato de prenda como constitutivo del contrato anticrético.

Referencias

Abreut de Begher, L. (2022). *Anticresis*. Recuperado el 29 de noviembre de 2023 de <https://www.revista-notariado.org.ar/index.php/2022/07/anticresis/#12-panorama>

Aguilar Muchaipiña, J. y Quijano Gonzales, D. (2023). *Anticresis: Una alternativa jurídico-sociológica al problema del acceso al crédito en el Perú*. Recuperado el 29 de noviembre de 2023 de file:///C:/Users/jeann/Downloads/Anticresis_una_alternativa_juridico-sociologica_al.pdf

Albadalejo García, M. (1976). *Manual de Derecho Civil. Volumen III. 2da. Edición*. Bosh

Alegre de Miguel, J. (2013). *La anticresis: función y finalidad en el Código Civil español y en el Código Civil de Cataluña*. [Tesis de Doctorado, Universitat Ramon Llull]. Glifos Library <https://repositorio.unheval.edu.pe/bitstream/handle/20.500.13080/5263/TD00142C22.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- Casado Gómez, S. & Rogel Vide, C. (2018). *Pasado y presente de la anticresis*. [Tesis de Maestría, Universidad Complutense de Madrid, España]. Glifos Library.
<https://docta.ucm.es/entities/publication/c791b664-b967-426a-8e7e-2c429ffa3672>
- Calderón Palacios, F. A. & Nájjar Farro, C. (2019). *Régimen legal de la garantía anticrética en el Perú*. [Tesis de Licenciatura, Universidad Nacional Hermilio Valdizán]. Glifos Library.
<https://repositorio.unheval.edu.pe/bitstream/handle/20.500.13080/5263/TD00142C22.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Kiper, C. (2020). Anticresis. *Revista de notariado*, 1. <https://www.revista-notariado.org.ar/index.php/2022/07/anticresis/#12-panorama>
- Lacruz Berdejo, J. (2009). *Elementos de derecho civil. Tomo III: Derechos reales. Volumen segundo: Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*. Cengage Learning.
<https://www.digitaliapublishing.com/a/7765/elementos-de-derecho-civil.-tomo-iii--derechos-reales.-volumen-segundo--derechos-reales-limitados.-situaciones-de-cotitularidad>
- Real Academia Española (2023). *Anticresis*. Recuperado el 6 de diciembre de 2023 de <https://dpej.rae.es/lema/anticresis>

Restrepo Giraldo, C. (2013). *Apuntes sobre obligaciones y contratos*.
Cengage Learning
<https://www.digitaliapublishing.com/viewepub/?id=125095>

Legislación nacional

Asamblea Nacional Constituyente. (1985). *Constitución Política de la República de Guatemala*.

Congreso de la República de Guatemala. (2007). *Ley de Garantías Mobiliarias*. Decreto número 51-2007.

Jefe de Gobierno de la República. (1963). *Código Civil*. Decreto Ley 106.

Legislación internacional

Ministerio de Gracia y Justicia de España. (1889). *Código Civil*. Real Decreto. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>

Ministerio de Justicia (1855). *Código Civil*.
<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>

Consejo Nacional Legislativo (1887). *Código Civil*. Ley 57.
https://www.cvc.gov.co/sites/default/files/Sistema_Gestion_de_Calidad/Procesos%20y%20procedimientos%20Vigente/Normatividad_Gnl/Ley%2057%20de%201887-Abr-15.pdf

Anexo

Semejanzas y diferencias de las legislaciones de Chile, Colombia y España

Semejanzas de las legislaciones de Chile, Colombia y España	Diferencias de las legislaciones de Chile, Colombia y España
<ol style="list-style-type: none">1. Las partes deben contar con capacidad legal y de ejercicio para la formalización de los contratos de hipoteca, prenda y anticresis.2. La manifestación de voluntad expresada en los distintos contratos debe estar libre de vicios; (dolo, violencia, error).3. El objeto de los contratos debe recaer sobre objeto lícito y determinado.4. Tanto el contrato de hipoteca, prenda y anticresis deben ser	<ol style="list-style-type: none">1. En Chile, luego de haberse constituido la hipoteca sobre el bien objeto de anticresis, debe ser obligatoriamente inscrita en el Registro Conservatorio como requisito para su validez.2. Chile, igualmente regula que, de existir incumplimiento en el cumplimiento de la obligación por parte del deudor, el acreedor por ningún motivo ni se hace dueño del bien, ni tendrá preferencia sobre sobre los

<p>otorgados en escritura pública como requisito esencial de validez.</p> <p>5. Los frutos de la finca matriz o bien objeto de la hipoteca, prenda y anticresis corresponden al acreedor.</p> <p>6. Los frutos se aplicarán en primer lugar a los intereses del crédito y posteriormente al capital de la obligación.</p> <p>7. El acreedor queda sujeto con relación al bien en lo relativo a lo que disponen las legislaciones al arrendatario en cuanto a las mejoras del bien si fueran necesarias; también le asisten los mismos derechos.</p>	<p>demás acreedores; a menos que hubiese quedado claramente establecido en el contrato accesorio de hipoteca celebrado con antelación.</p> <p>3. En España, el contrato de anticresis en este Estado, no solamente se constituye sobre una hipoteca sino también sobre la prenda.</p> <p>4. La legislación española en lo relativo al contrato de anticresis refiere que tanto la prenda como la hipoteca son figuras indivisibles sin importar que estas se dividan entre los causahabientes del deudor o del acreedor.</p>
---	--