

“LA ANTICRESIS”

JUAN MANUEL CAYCEDO ARDILA
KLAUS MICHAEL FELSMANN HOLMANN
JUANITA MARÍA RODRIGUEZ ROMÁN

UNIVERSIDAD DE LA SABANA

FACULTAD DE DERECHO

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO-JURÍDICAS

CHIA, CUNDINAMARCA

2001

INVESTIGACION PROFESORAL

“LA ANTICRESIS”

DIRECTOR: DOCTOR EDUARDO DEVIS-MORALES.

JUAN MANUEL CAYCEDO ARDILA
KLAUS MICHAEL FELSMANN HOLMANN
JUANITA MARÍA RODRIGUEZ ROMÁN

UNIVERSIDAD DE LA SABANA

FACULTAD DE DERECHO

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO-JURÍDICAS

CHIA, CUNDINAMARCA

2001

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	1
1. ANTICRESIS EN MATERIA CIVIL.....	3
1.1. DEFINICIÓN LEGAL.....	3
1.2. NATURALEZA JURÍDICA.....	4
1.3. NUESTRA DEFINICIÓN.....	7
1.4. CARACTERÍSTICAS.....	8
1.5. PARTES EN EL CONTRATO Y SUS OBLIGACIONES.....	9
1.6. BIENES SOBRE LOS CUALES SE PUEDE CONSTITUIR.....	21
1.7. PERFECCIONAMIENTO.....	22
1.8. GENERALIDADES.....	27
2. DIFERENCIAS ENTRE LAS LEGISLACIONES CIVIL Y COMERCIAL COLOMBIANAS.....	34
3. SUSTITUCIÓN DE LA ANTICRESIS POR OTRAS INSTITUCIONES JURÍDICAS, EN MATERIA CIVIL COLOMBIANA.....	40
3.1. EL USUFRUCTO.....	40
3.2. LA DACIÓN EN PAGO.....	43
3.3. SECUESTRO DE LA EMPRESA.....	46
4. CONCLUSIONES.....	49
5. BIBLIOGRAFÍA.....	52

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es el fruto, del análisis realizado a la anticresis en materia civil, este contiene los principales argumentos que nos llevaron a creer que esta figura poco usual se encuentra mal regulada en nuestro sistema jurídico, debido a que no es lo suficientemente claro al definirla, generando así inseguridad para las partes, las cuales prefieren utilizar diferentes instituciones jurídicas para extinguir y cobrarse una deuda como el usufructo, el arrendamiento, la dación en pago, entre otras.

La anticresis es un contrato por el que se entrega al acreedor una finca raíz para que se pague una deuda con frutos, esto según el Código Civil colombiano, mientras que el código de comercio acepta que este contrato se realice sobre cualquier clase de bien; esta y otras diferencias que fuimos encontrando al comparara la anticresis en el código civil con el código de comercio, nos llevaron a crear nuestra propia definición de lo que es la anticresis, que ante todo logra responder a la pregunta ¿ qué es la anticresis?

Con el concepto claro de lo que es la anticresis en la legislación colombiana, quisimos también enunciar otras legislaciones, como la argentina, la peruana, la española y la puertorriqueña, con el fin de conocer las diferencias y similitudes en relación con nuestra legislación.

El objetivo que queremos lograr con el desarrollo de este tema, es dar a conocer lo eficaz que resultaría ésta figura de la anticresis de estar bien

regulada, ya que como vamos a ver es un medio perfecto para que el deudor pague o extinga una deuda, entregando al acreedor una cosa sin perder el dominio de esta, dado que la anticresis no da al acreedor ningún derecho real sobre la cosa entregada, por lo tanto solo podrá hacer uso de ella para el fin pactado, o sea la extinción de una deuda.

Por último no podríamos dejar de hacer una relación con los diferentes contratos, por los cuales es sustituida hoy en día la anticresis, dentro de estas figuras las mas importantes son el usufructo, el embargo de empresa y la dación en pago, dado a que como lo dijimos anteriormente esta figura de gran utilidad, no ofrece la suficiente seguridad para las partes y por su pobre regulación.

CAPÍTULO I. Anticresis en materia civil.

A. Definición legal.

Teniendo en cuenta que uno de nuestros principales puntos de estudio es la comparación de la anticresis en el ámbito internacional, nos parece apropiado aportar, como punto de partida, la definición que de ésta institución hacen las principales legislaciones en las cuales se encuentra contemplada.

Para el Código Civil colombiano, en su artículo 2458, "*la anticresis es un **contrato** por el que se entrega al acreedor una finca raíz para que se pague con sus frutos*"¹.

Los códigos civiles de España y Puerto Rico, en sus artículos 1.881 y 1781, respectivamente, dicen que: "*por la anticresis el acreedor adquiere el **derecho** de percibir los frutos de un inmueble de su deudor, con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después al del capital de su crédito*"².

Por su parte, el Código Civil argentino, en el artículo 3239, define la anticresis como "*el **derecho real** concedido al acreedor por el deudor, o un tercero por él, poniéndole en posesión de un inmueble, y autorizándolo a*

¹ Código Civil colombiano. Decimoctava edición, Editorial Temis S.A., Bogotá, D.C., 1986, p. 1094

² Código Civil español en www.ucm.es/info/civil/jgstorch/leyes/ccivil.htm y Código Civil puertorriqueño en www.lexjuris.com/lexlex/lexcodigoc/lexanticresis.htm

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"³.

El Código Civil peruano consagra la anticresis en el Título II de la sección cuarta llamada "**derechos reales de garantía**", y, en el artículo 1091 del mismo, expresa que "*por la anticresis se entrega un inmueble en garantía de una deuda, concediendo al acreedor el derecho de explotarlo y percibir sus frutos*"⁴.

Dada la trascendencia que para nuestro estudio tiene el derecho comparado, mas adelante, trataremos de analizar las implicaciones y efectos de cada una de estas definiciones. Por ahora, procederemos a analizar y criticar la regulación que de la anticresis hace el Código Civil colombiano en sus diferentes aspectos.

B. Naturaleza jurídica.

Como ya vimos, según el artículo 2458 del Código Civil colombiano, la anticresis es un contrato. Pero, aunque, el artículo 1495 del Código Civil colombiano, lo define diciendo que "*contrato o convención es el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, a hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o muchas personas*"⁵, estimamos que esta

³ Código Civil argentino en www.codigos.com.ar/13s1t16

⁴ Código Civil peruano en <http://200.4.200.194/teleley/550f.htm>

⁵ Código Civil colombiano. Decimotava edición, Editorial Temis S.A., Bogotá, D.C., 1986, p.628.

definición es errónea, pues equipara el contrato con la convención. La doctrina afirma que contrato y convención, en materia civil, son dos cosas diferentes. Usualmente, la convención ha sido definida por la doctrina como el acuerdo de voluntades de dos o mas agentes encaminado a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas⁶, mientras que la definición del artículo 1495 ha sido aceptada como la de contrato civil. Así, la convención es el género y el contrato la especie.

Por otro lado, a nuestro juicio, para determinar la naturaleza de una figura jurídica se debe diferenciar entre la causa y el objeto de la misma. La causa es el motivo que llevó a las partes a recurrir a esa figura: es el ¿por qué?; Mientras que el objeto es lo que pretenden las partes al recurrir a ella: es el ¿para qué?

Para responder estos interrogantes, respecto de la anticresis, necesariamente debemos analizar en qué consiste esta figura y, para esto, tomaremos como punto de partida la definición y los elementos que de la misma nos trae el Código Civil colombiano. Según éste, la anticresis es un contrato por el cual un deudor entrega a su acreedor una finca raíz, propia o de un tercero que consienta en ello, para que se pague una deuda con los frutos que la cosa produzca⁷.

⁶ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*. Cuarta edición. Editorial Temis S.A.. Santa Fe de Bogotá, 1994, p. 43.

En el caso de la anticresis, y según se desprende de su definición, la causa o motivo, es la existencia de una obligación pendiente entre las partes, mientras que el objeto o ¿para qué? No puede ser otro que la extinción de la misma.

Entonces, si mediante la anticresis se busca que un deudor extinga una deuda preexistente con su acreedor, y, según se desprende de la definición de contrato civil, éste se entiende como un acuerdo de voluntades destinado a generar obligaciones jurídicas, es claro que su objeto o finalidad es diferente y, por lo mismo, la anticresis civil no puede ser un contrato.

Esto no quiere decir que de la anticresis no se generen obligaciones para las partes; lo que sucede, es que se trata de obligaciones implícitas en la figura misma, tales como la restitución de la cosa una vez se pague la deuda, pero son obligaciones que no se derivan del ¿por qué? (causa) ni del ¿para qué? (objeto) sino del ¿cómo? (entregando el deudor a su acreedor la cosa para que se pague con los frutos), y por lo tanto, no determinan la naturaleza jurídica de la anticresis, pues, es claro que en este caso las partes en ningún momento la celebraron pretendiendo obligarse la una con la otra, sino por el contrario, entendiéndola como el medio de pagar o extinguir la deuda existente.

⁷ *Código Civil colombiano*. Decimoctava edición, Editorial Temis S.A., Bogotá, D.C., 1986, Art. 2458 “La anticresis es un contrato por el que se entrega al acreedor una finca raíz para que se pague con sus frutos.” y Art. 2459 “La cosa raíz puede pertenecer al deudor o a un tercero que consienta en la anticresis.”, p.1094.

Por todo lo anteriormente expuesto, en nuestro parecer, al hablar de anticresis civil, antes de hablar de contrato se debe hablar de convención, pues, como ya vimos, el concepto de acuerdo de voluntades destinado a extinguir una obligación jurídica concuerda perfectamente, por definición, con el de convención, y por realidad, con el de anticresis.

C. Nuestra definición.

En el derecho colombiano, según los elementos vistos, nos atrevemos a proponer una definición que en nuestro concepto recoge todos los elementos necesarios para responder a la pregunta en Colombia, ¿qué es la anticresis?.

A nuestro juicio, la anticresis es el acto jurídico celebrado entre dos partes para extinguir una obligación pecuniaria preexistente, por medio del cual una de ellas, llamada deudor anticrético entrega a la otra, llamada acreedor anticrético, la simple tenencia de una finca raíz, suya o de un tercero que consiente en ello, para que se pague la deuda con los frutos que la cosa produzca.

Vale la pena resaltar los elementos que introdujimos en esta definición y que la diferencian de las tradicionales, aunque estos serán explicados con más detenimiento más adelante. Tales elementos son:

por un lado, el reconocimiento expreso de una obligación pecuniaria preexistente, que es, en últimas, la razón de ser de la anticresis, y por otro, que la anticresis no se perfecciona mediante la tradición sino mediante la entrega del bien, pues en la anticresis, como se verá más adelante, no hay transferencia del dominio sino la entrega de la simple tenencia del bien.

También, debemos decir que, si las partes originalmente habían pactado que la obligación pecuniaria fuera satisfecha por un medio diferente a la anticresis, esta última se constituirá como una dación en pago, pues se estará cumpliendo la obligación con una prestación diferente a la pactada inicialmente, pero como ya dijimos, esto será explicado más ampliamente en un capítulo posterior.

D. Características.

- Real: porque se perfecciona con la entrega de la finca raíz por parte del deudor al acreedor ⁸.
- Bilateral: porque desde el momento de su celebración genera obligaciones recíprocas para el acreedor y el deudor anticrético⁹.
- Tracto sucesivo: porque se desarrolla en el transcurso de tiempo durante el cual el acreedor tiene la simple tenencia del inmueble hasta pagarse la deuda.
- Libre discusión: porque las partes tienen entera libertad para discutir y decidir las condiciones bajo las cuales se regirá el negocio jurídico celebrado por ellas.
- Gratuito: porque solo una de las partes (deudor anticrético) se grava a favor de la otra (acreedor anticrético), sin recibir ninguna utilidad a cambio ¹⁰.

⁸ Ibid,Art. 1500 "El contrato es *real* cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es *solemne* cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento.", p. 633.

⁹ Ibid,Art. 1496 "El contrato es *unilateral* cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y *bilateral*, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente.", p.631.

- Accesorio: porque no subsiste por sí mismo, es decir, depende de la existencia de una obligación preexistente entre las dos partes que lo celebran¹¹.

E. Partes en el contrato y sus obligaciones.

Deudor anticrético: es la persona, natural o jurídica que, para pagar una obligación contraída anteriormente, entrega a su acreedor la simple tenencia de una finca raíz, propia o de un tercero que consienta en ello, para que se pague la deuda con los frutos que la cosa produzca.

Las obligaciones del deudor anticrético se encuentran consagradas en los artículos 2463 y 2467 del Código Civil colombiano: "*...el deudor no podrá pedir la restitución de la cosa dada en anticresis, sino después de la extinción total de la deuda...*"¹², lo cual expresa que una vez entregada la cosa en anticresis, el deudor deberá esperar a que el acreedor se pague la deuda para poder pedir que la finca raíz le sea restituida.

Por su parte, el artículo 2463 del Código Civil colombiano dice: "*el acreedor que tiene anticresis goza de los mismos derechos que el arrendatario*

¹⁰ Ibid, Art. 1497 "El contrato oneroso es *gratuito* o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro.", p.631.

¹² Ibid, Art. 2467 "El deudor no podrá pedir la restitución de la cosa dada en anticresis, sino después de la extinción total de la deuda, pero el acreedor podrá restituirla en cualquier tiempo, y perseguir el pago de su crédito por los otros medios legales; sin perjuicio de lo que se hubiere estipulado en contrario.", p.1096.

*para el abono de mejoras, perjuicios y gastos, y esta sujeto a las mismas obligaciones que el arrendatario, relativamente a la conservación de la cosa*¹³. Por lo anterior, es lógico pensar que, si el acreedor anticrético goza de los mismos derechos que el arrendatario en el contrato de arrendamiento, el deudor anticrético tendrá las mismas obligaciones que el arrendador en dicho contrato en lo referente a mejoras, perjuicios y gastos. Por lo tanto, debemos remitirnos al libro cuarto, Título xxvi, capítulo segundo, artículos 1982 al 1995 del Código Civil colombiano, que consagra las obligaciones del arrendador en el arrendamiento de cosas.

Según el artículo 1982, *"el arrendador es obligado:*

- 1. A entregar al arrendatario la cosa arrendada;*
- 2. A mantenerla en estado de servir para el fin a que ha sido arrendada;*
- 3. A librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada*¹⁴.

Según la primera de estas obligaciones y de acuerdo con lo establecido en los artículos 1983 y 1984 del Código Civil colombiano¹⁵,

¹³ Ibid, p.1095.

¹⁴ Ibid, p. 886.

el arrendatario tendrá derecho a indemnización de perjuicios si la cosa no le es entregada o si se constituye en mora de entrega. En el caso de la anticresis, la entrega no es una obligación del deudor anticrético, ya que, al tratarse de una convención real, la entrega es la forma de perfeccionarla, de tal forma que, en vez de una obligación se constituye como un requisito *sine qua non* para la existencia de la convención.

En cuanto a la segunda obligación, la relativa a mantener la cosa en estado de servir para el fin a que sido arrendada, debemos remitirnos al artículo 1985 de Código Civil colombiano¹⁶, que consagra la obligación que tiene el arrendador de mantener la cosa arrendada en buen estado durante el tiempo que dure el arriendo. En el caso de la anticresis, podemos decir que consiste en que el deudor anticrético

¹⁵ Ibid, Art. 1983 "Si el arrendador, por hecho o culpa suya o de sus agentes o dependientes, se ha puesto en la imposibilidad de entregar la cosa, el arrendatario tendrá derecho para desistir del contrato, con indemnización de perjuicios.

Habrá lugar a esta indemnización aun cuando el arrendador haya credo erróneamente y de buena fe que podía arrendar la cosa; salvo que la imposibilidad haya sido conocida del arrendatario, o provenga de fuerza mayor o caso fortuito.", p.887, y Art. 1984 "Si el arrendador, por hecho o culpa suya o de sus agentes o dependientes, es constituido en mora de entregar, tendrá derecho el arrendatario a indemnización de perjuicios.

Si por el retardo se disminuyere notablemente para el arrendatario la utilidad del contrato, sea por haberse deteriorado la cosa o por haber cesado las circunstancias que lo motivaron, podrá el arrendatario desistir del contrato, quedándole a salvo la indemnización de perjuicios, siempre que el retardo no provenga de fuerza mayor o caso fortuito.", p.884.

¹⁶ Ibid, Art. 1985 "La obligación de mantener la cosa arrendada en buen estado consiste en hacer, durante el arriendo, todas las reparaciones necesarias, a excepción de las *locativas*, las cuales corresponden generalmente al arrendatario.

Pero será obligado el arrendador aun a las reparaciones locativas, si los deterioros que las han hecho necesarias provinieron de fuerza mayor o caso fortuito, o de la mala calidad de la cosa arrendada.

Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas obligaciones.", p.888y 889.

debe realizar todas las reparaciones necesarias para tal propósito, exceptuando las locativas, a menos que su realización sea necesaria por fuerza mayor o caso fortuito o por la mala calidad de la cosa en el momento de ser dada en anticresis, caso en el cual corresponderán al acreedor anticrético.

En lo referente a la indemnización que se debe pagar por faltar a esta obligación, es necesario remitirnos a los artículos 1990, 1991 y 1992 del Código Civil colombiano¹⁷, de los cuales se desprende que si el mal estado o calidad de la cosa es tal que impide que se haga de ella el uso para el cual fue dada en anticresis, debe indemnizarse el daño emergente al acreedor anticrético, si la causa de esta situación es anterior a la realización del negocio jurídico y, así mismo, deberá indemnizarse el lucro cesante, si el vicio era conocido o por lo menos deba serlo por parte del deudor anticrético al momento de pactar. Sin embargo, no habrá lugar a esta indemnización si el acreedor

¹⁷ Ibid, Art. 1990 "El arrendatario tiene derecho a la terminación del arrendamiento y aun a la rescisión del contrato, según los casos, si el mal estado o calidad de la cosa le impide hacer de ella el uso para que ha sido arrendada, sea que el arrendador conociese o no el mal estado o calidad de la cosa al tiempo del contrato; y aun en el caso de haber empezado a existir el vicio de la cosa después del contrato, pero sin culpa del arrendatario.

Si el impedimento para el goce de la cosa es parcial, o si la cosa se destruye en parte, el juez o prefecto decidirá, según las circunstancias, si debe tener lugar la terminación del arrendamiento, o concederse una rebaja del precio o renta.", p.891 y 892, y Art. 1991 "Tendrá además derecho el arrendatario, en el caso del artículo precedente, para que se le indemnice el daño emergente, si el vicio de la cosa ha tenido una causa anterior al contrato.

Y si el vicio era conocido del arrendador al tiempo del contrato, o era tal que el arrendador debiera por los antecedentes preverlo, o por su profesión conocerlo, se incluirá en la indemnización el lucro cesante.", p.892, y Art. 1992 "El arrendatario no tendrá derecho a la indemnización de perjuicios que se le concede por el artículo precedente, si contrató a sabiendas del vicio y no se obligó el arrendador a sanearlo; o si el vicio era tal, que no se pudo sin grave negligencia de su parte ignorarlo; o si renunció expresamente a la acción de saneamiento por el mismo vicio, designándolo.", p.892.

anticrético conozca la existencia del vicio, o si el vicio era tal que para no conocerlo deba incurrir en grave negligencia o si renunció expresamente a la acción de saneamiento de tal vicio.

En cuanto al tiempo de duración de la anticresis, según el ya citado artículo 2467 del Código Civil colombiano, el deudor sólo podrá pedir la restitución de la cosa dada en anticresis cuando la deuda haya sido extinguida en su totalidad, mientras que el acreedor tiene la facultad de restituir la cosa en cualquier momento y perseguir la satisfacción del crédito por otros medios o con otro bien que el deudor le entregue en anticresis, salvo que las partes hayan convenido expresamente otra cosa.

En lo que se refiere al reembolso de las reparaciones y las mejoras, según lo dicho por los artículos 1993 y 1994 del Código Civil colombiano¹⁸, el deudor anticrético está obligado a reembolsar al acreedor anticrético las reparaciones necesarias no locativas, si se han causado sin culpa de este último o por negligencia del primero.

¹⁸ Ibid, Art. 1993 "El arrendador es obligado a reembolsar al arrendatario el costo de las reparaciones indispensables no locativas, que el arrendatario hiciere en la cosa arrendada, siempre que el arrendatario no las haya hecho necesarias por su culpa, y que haya dado noticia al arrendador lo mas pronto, para que las hiciese por su cuenta. Si la noticia no pudo darse en tiempo, o si el arrendador no trató de hacer oportunamente las reparaciones, se abonará al arrendatario su costo razonable, probada la necesidad.", p.892, y Art. 1994 "El arrendador no es obligado a reembolsar el costo de las mejoras útiles, en que no ha consentido con la expresa condición de abonarlas; pero el arrendatario podrá separa y llevarse los materiales sin detrimento de la cosa arrendada; a menos que el arrendador esté dispuesto a abonarle lo que valdrán los materiales, considerándolos separados.", p.893.

En el caso de las mejoras útiles, no existe obligación de reembolso para el deudor si expresamente no ha convenido abonarlas.

La tercera obligación genérica consagrada por el artículo 1982 del Código Civil colombiano, es la de librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada y, según el artículo 1986 del mismo Código¹⁹, que establece la regla general, en el caso de la anticresis, ésta consiste básicamente en que el deudor deberá abstenerse de realizar obras o trabajos que modifiquen la forma de la cosa raíz o perturben el goce que el acreedor tiene sobre ella, si este último no ha dado su consentimiento para la realización de dichas labores, a menos que sea indispensable llevarlas a cabo, caso en el cual deberá sufrirlas.

Sin embargo, si estas reparaciones recaen sobre una parte significativa de la cosa, de tal forma que no pueda cumplir el fin para el que fue

¹⁹ Ibid, Art. 1986 "El arrendador, en virtud de la obligación de librar al arrendatario de toda turbación o embarazo, no podrá, sin el consentimiento del arrendatario, mudar la forma de la cosa arrendada, ni hacer en ella obras o trabajos algunos que puedan turbarle o embarazarle el goce de ella.

Con todo, si se trata de reparaciones que no puedan sin grave inconveniente diferirse, será el arrendatario obligado a sufrirlas, aún cuando lo priven del goce de una parte de la cosa arrendada; pero tendrá derecho a que se le rebaje entre tanto el precio o renta, a proporción de la parte que fuere.

Y si estas reparaciones recaen sobre tan gran parte de la cosa, que el resto no aparezca suficiente para el objeto con que se tomó en arriendo, podrá el arrendatario dar por terminado el arrendamiento. El arrendatario tendrá, además derecho para que se le abonen los perjuicios, si las reparaciones procedieron de causa que exista ya al tiempo del contrato y no era entonces conocida por el arrendatario, pero lo era por el arrendador, o era tal que el arrendador tuviese antecedentes para temerla, o debiese por su profesión conocerla.

Lo mismo será cuando las reparaciones hayan de embarazar el goce de la cosa demasiado tiempo, de manera que no pueda subsistir el arrendamiento sin grave molestia o perjuicio del arrendatario.", p.889.

entregada, podrá el acreedor dar por terminada la anticresis y, si la causa de dichas obras exista al momento de la convención, era o deba ser conocida por el deudor y era desconocida por parte del acreedor, este tendrá derecho a que se le abonen los perjuicios.

Finalmente, y de un modo general, el artículo 1995 del Código Civil colombiano²⁰, nos dice que en los casos en que se deba indemnización, no se podrá privar al acreedor de la cosa sin que antes se le haya pagado o por lo menos asegurado el pago de la correspondiente indemnización.

Las legislaciones extranjeras ya mencionadas, tratan el punto de las obligaciones del deudor anticrético, así:

²⁰ Ibid, Art. 1995 "En todos los casos en que se debe indemnizar al arrendatario, no podrá ser éste expelido o privado de la cosa arrendada, sin que previamente se le pague o se le asegure el importe por el arrendador. Pero no se extiende esta regla al caso de extinción involuntaria del derecho del acreedor sobre la cosa arrendada.", p.894.

ARGENTINA

- Artículo 3250 del Código Civil argentino: *"Si el acreedor hiciere mejoras en el inmueble, deben serle satisfechas por el propietario hasta la concurrencia del mayor valor que resultare tener la finca; pero la suma debida por ese mayor valor no puede exceder el importe de lo que el acreedor hubiere gastado."*²¹
- Artículo 3257 del Código Civil argentino: *"El deudor no podrá pedir la restitución del inmueble dado en anticresis, sino después de la extinción total de la deuda; pero el acreedor podrá restituirlo en cualquier tiempo y perseguir el pago de su crédito por los medios legales, sin perjuicio de lo que hubiese estipulado en contrario."*²²

ESPAÑA

- Artículo 1883 del Código Civil español: *"El deudor no puede readquirir el goce del inmueble sin haber pagado antes enteramente lo que debe a su acreedor. Pero éste, para librarse de las obligaciones que le impone el artículo anterior, puede siempre obligar al deudor a que entre de nuevo en el goce de la finca, salvo pacto en contrario."*²³

PUERTO RICO

²¹ Código Civil argentino en www.codigos.com.ar/13s1t16

²² Ibid.

²³ Código Civil español en www.ucm.es/info/civil/jgstorch/leyes/ccivil.htm

- Artículo 1783 del Código Civil de Puerto Rico: *"El deudor no puede readquirir el goce del inmueble sin haber pagado antes enteramente su acreedor. Pero éste, para librarse de las obligaciones que le impone la (31 lpra sec. 5062) de este código, puede siempre obligar al deudor a que entre de nuevo en el goce de la finca, salvo pacto en contrario."*²⁴

Acreedor anticrético: es la persona natural o jurídica que recibe de su deudor, a título de simple tenencia, una finca raíz de éste o de un tercero que consienta en ello, para que se pague una deuda preexistente con los frutos que la cosa produzca.

De un modo genérico, sus obligaciones comprenden las relativas a la conservación de la cosa y las relativas a su restitución.

Según el ya citado artículo 2463 del Código Civil colombiano, el acreedor anticrético está sujeto a las mismas obligaciones que el arrendatario, relativamente a la conservación de la cosa, las cuales, en los términos de los artículos 1996, 1997, 1998 y 1999 del Código Civil colombiano²⁵, se pueden resumir en: usar la cosa según lo pactado o, a

²⁵ *Código Civil colombiano*. Decimoctava edición, Editorial Temis S.A., Bogotá, D.C., 1986, Art. 1996 "El arrendatario es obligado a usar de la cosa según los términos o el espíritu del contrato; y no podrá, en consecuencia, hacerla servir a otros objetos que los convenidos, o a falta de convención expresa, a aquéllos a que la cosa es naturalmente destinada, o que deban presumirse de las circunstancias del contrato o de la costumbre del país.

Si el arrendatario contraviene a esta regla, podrá el arrendador reclamar la terminación del arriendo con indemnización de perjuicios, o limitarse a esta indemnización, dejando subsistir el arriendo.", p.895, y Art. 1997 "El arrendatario empleará en la conservación de la cosa el cuidado de un buen padre de familia.

falta de estipulación expresa, de acuerdo a su naturaleza o la costumbre, como lo hará un buen padre de familia; realizar las reparaciones locativas que le correspondan y, en todo caso, responder no sólo de su culpa sino también la de su familia, huéspedes o dependientes.

En lo concerniente a la restitución de la cosa, debemos remitirnos a los artículos 2005, 2006 y 2007 del Código Civil colombiano²⁶, que nos expresan que las obligaciones del acreedor anticrético, a este respecto, consisten básicamente en devolver la cosa al final de la Anticresis en el mismo estado en que le fue entregada, desocuparla totalmente, y ponerla a disposición del deudor anticrético.

Faltando a esta obligación, responderá de los perjuicios; y aún tendrá derecho el arrendador para poner fin al arrendamiento, en el caso de un grave y culpable deterioro.", p.896, y Art. 1998 "El arrendatario es obligado a las reparaciones locativas.

Se entiende por reparaciones locativas las que según la costumbre del país son de cargo de los arrendatarios, y en general, las de aquellas especies de deterioro que ordinariamente se producen por culpa del arrendatario o de sus dependientes, como descalabro de paredes, o cercas, albañales y acequias, rotura de cristales, etc.",p.896, y Art. 1999 "El arrendatario es responsable no sólo de su propia culpa sino de las de su familia, huéspedes y dependientes.",p. 896.

²⁶ Ibid, Art. 2005 "El arrendatario es obligado a restituir la cosa al fin del arrendamiento.

Deberá restituirla en el estado en que le fue entregada, tomándose en consideración el deterioro ocasionado por el uso y goce legítimos.

Si no constare el estado en que le fue entregada, se entenderá haberla recibido en regular estado de servicio, a menos que pruebe lo contrario.

En cuanto a los daños y pérdidas sobrevenidos durante su goce, deberá probar que no sobrevinieron por su culpa, ni por culpa de sus huéspedes, dependientes o subarrendatarios, y a falta de esta prueba será responsable.", p. 900, y Art. 2006 "La restitución de la cosa raíz se verificará desocupándola enteramente, poniéndola a disposición del arrendador y entregándole las llaves, si las tuviere la cosa.", p. 902, y Art. 2007 "Para que el arrendatario sea constituido en mora de restituir la cosa arrendada, será necesario requerimiento del arrendador, aún cuando haya precedido desahucio; y si requerido no la restituyere, será condenado al pleno resarcimiento de todos los perjuicios de la mora, y a lo demás que contra él compete como injusto detentador. ", p. 902.

En lo relativo a las obligaciones del acreedor anticrético, la legislación extranjeras ha dicho:

ARGENTINA

- Artículo 3258 del Código Civil argentino: *"El acreedor está obligado a cuidar el inmueble y proveer a su conservación. Si por su culpa o negligencia el inmueble sufre algún detrimento, debe él repararlo, y si abusare de sus facultades, puede ser condenado a restituirlo aun antes de ser pagado del crédito. Pero está autorizado a descontar del valor de los frutos, los gastos que hiciere en la conservación del inmueble, y en el caso de insuficiencia de los frutos en su totalidad se compensen con los intereses. En ese caso sólo podrá repetir del deudor aquellas expensas que el usufructuario está autorizado a repetir del nudo propietario."*²⁷
- Artículo 3259 del Código Civil argentino: *"El acreedor está también obligado a pagar las contribuciones y las cargas anuales del inmueble, descontando de los frutos el desembolso que hiciere, o repitiéndolo del deudor, como en el caso del artículo anterior."*²⁸
- Artículo 3260 del Código Civil argentino: *"Es responsable al deudor si no ha conservado todos los derechos que tenga la heredad, cuando la recibió en anticresis."*²⁹

²⁷ Código Civil argentino en www.codigos.com.ar/13s1t16

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid

- Artículo 3261 del Código Civil argentino: "*Desde que el acreedor esté íntegramente pagado de su crédito, debe restituir el inmueble al deudor. Pero si el deudor, después de haber constituido el inmueble en anticresis, contrajere nueva deuda con el mismo acreedor, se observará en tal caso Lo dispuesto respecto de la cosa dada en prenda.*"³⁰

ESPAÑA

- Artículo 1882 del Código Civil español: "*El acreedor, salvo pacto en contrario, está obligado a pagar las contribuciones y cargas que pesen sobre la finca. Lo está asimismo a hacer los gastos necesarios para su conservación y reparación. Se deducirán de los frutos las cantidades que emplee en uno y otro objeto.*"³¹

³⁰ Ibid

³¹ *Código Civil español* en www.ucm.es/info/civil/jgstorch/leyes/ccivil.htm

PERÚ

- Artículo 1094 del Código Civil peruano: *"Las obligaciones del acreedor son las mismas del arrendatario, excepto la de pagar la renta."*³²

PUERTO RICO

- Artículo 1782 del Código Civil de puerto rico: *"El acreedor, salvo pacto en contrario, está obligado a pagar las contribuciones y cargas que pesen sobre la finca. Lo está asimismo a hacer los gastos necesarios para su conservación y reparación. Se deducirán de los frutos las cantidades que emplee en uno y otro objeto."*³³

F. Bienes sobre los cuales se puede constituir.

Según el artículo 2458 del Código Civil colombiano, la anticresis se constituye sobre una finca raíz que, como ya hemos dicho, puede ser del deudor o de un tercero que acepte entregar un bien raíz de su propiedad para que el acreedor satisfaga el crédito del deudor con los frutos que este bien produzca.

Al decir sobre una "*finca raíz*", se quiere decir que la anticresis sólo es susceptible de constituirse sobre un bien inmueble³⁴, restándole, de

³² Código Civil peruano en <http://200.4.200.194/teleley/550f.htm>

³³ Código Civil puertorriqueño en www.lexjuris.com/lexlex/lexcodigoc/lexanticresis.htm

³⁴ Código Civil colombiano. Decimoctava edición, Editorial Temis S.A., Bogotá, D.C., 1986, Art. 656 "Inmuebles o fincas o bienes raíces son las cosas que no pueden transportarse de un lugar

manera incomprensible, campo de acción y aplicación a este negocio jurídico, pues perfectamente podrá realizarse anticresis sobre un bien de otra naturaleza, como las cosas incorporales³⁵, por ejemplo, entregándole en anticresis al acreedor la administración de la empresa del deudor, o la participación de éste en aquella, para que se pague la deuda con las utilidades (que correspondan al deudor) que se produzcan bajo su administración, pero con la condición de que, una vez extinguida la deuda, la administración de la empresa o participación, según sea el caso, deberá ser restituida totalmente al deudor.

G. Perfeccionamiento

Según el artículo 2460 del Código Civil colombiano "*El contrato de anticresis se perfecciona por la tradición del inmueble.*"³⁶

En este artículo se presenta una confusión que ha tenido el legislador a la hora de regular la anticresis, así como otros contratos del Código Civil colombiano, al utilizar como sinónimos los términos "*tradición*" y "*entrega*".

a otro; como las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios, los árboles.

Las casas y heredades se llaman predios o fundos.", p.268.

³⁵ Ibid, Art. 653 "Los bienes consisten en cosas corporales o incorporales.

Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro.

Incorporales las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas.", p. 267.

³⁶ Ibid, p. 1094.

Existen tres razones con las cuales se puede demostrar este planteamiento:

1. El artículo 669 del Código Civil colombiano, nos dice que *"El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno. La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad."*³⁷

Por su parte, el artículo 740 del código civil colombiano dice que "la tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas al otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo. Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales."³⁸

De estos dos artículos se desprende claramente que la anticresis no se perfecciona con la tradición de la cosa, en sentido estricto, porque, por un lado, el deudor anticrético en ningún momento tiene la intención de transferir su derecho real de dominio sobre la finca raíz y, por otro, el acreedor anticrético no tiene la intención de adquirirlo.

³⁷ Ibid, p. 274.

³⁸ Ibid, p. 311 y 312.

2. Como ya vimos, en los artículos 740 y 669 del Código Civil colombiano, la tradición es la transferencia de un derecho real sobre una cosa corporal, llamado dominio o propiedad, por parte de su titular a otra persona; sin embargo, el artículo 2461 del Código Civil colombiano, nos dice textual y claramente que “...*la anticresis no da al acreedor, por sí sola, ningún derecho real sobre la cosa entregada...*”³⁹

Por lo tanto, si la anticresis no genera derecho real alguno en cabeza del acreedor anticrético, es evidente que éste no podrá ser titular del dominio sobre la cosa que le ha sido entregada por su deudor para que se pague la deuda.

3. Las principales facultades que confiere el derecho real de dominio a su titular son las de gozar y disponer de la cosa arbitrariamente, siempre y cuando no sea contrario a la ley o derecho ajeno, y si, como ya vimos, por un lado, el acreedor anticrético tiene la obligación de hacer uso de la cosa en los términos convenidos y no podrá gozar de ella para otro fin diferente que el pactado, y por otro lado, debe restituir la cosa al deudor anticrético una vez se haya extinguido la totalidad de la deuda, es claro que no puede gozar y mucho menos disponer de la cosa a su voluntad, pues está obligado a respetar los términos del convenio y a devolver la cosa al finalizar el mismo. Por

³⁹ Ibid, Art. 2461 "La anticresis no da al acreedor, por si sola, ningún derecho real sobre la cosa entregada.

Se aplica al acreedor anticrético lo dispuesto a favor del arrendatario, en el caso del artículo 2020.

No valdrá la anticresis en perjuicio de los derechos reales, ni de los arrendamientos anteriormente constituidos sobre la finca.", p. 1094 y 1095.

lo tanto, nos parece evidente que desde este tercer punto de vista es fácilmente demostrable que la anticresis no se perfecciona con la tradición de la cosa raíz.

La figura jurídica en virtud de la cual se tiene una cosa en anticresis, es la mera tenencia. Según el artículo 775 del Código Civil colombiano⁴⁰ *“Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenece. Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno.”*

Nos parece claro que, en el caso de la anticresis, el acreedor anticrético reconoce el dominio de su deudor y ejerce una mera tenencia a nombre de éste, al cual, una vez extinguida la deuda, deberá restituírsela.

En conclusión, creemos que, aunque, en este caso, la confusión terminológica no constituye un error de gran trascendencia, si el legislador hubiera estipulado expresamente que la anticresis se perfecciona con la entrega y no con la tradición, ésta figura podrá ofrecerle mas seguridad jurídica a las partes.

⁴⁰ Ibid, p. 332.

Respecto al momento de perfeccionamiento de la anticresis, el Código Civil argentino confirma nuestra posición de que la anticresis se perfecciona con la entrega de la cosa, cuando en el artículo 3240 dice: "*El contrato de anticresis sólo queda perfecto entre las partes, por la entrega real del inmueble, y no está sujeto a ninguna otra formalidad.*"⁴¹

El Código Civil peruano, en su artículo 1092, estipula que: "*El contrato se otorgará por escritura pública, bajo sanción de nulidad, expresando la renta del inmueble y el interés que se pacte*"⁴², con lo cual nos deja claro que para unos la anticresis es un negocio jurídico real, y para otros solemne.

H. Generalidades.

Tanto el Código Civil colombiano, como las legislaciones civiles de Argentina, España, Puerto Rico y Perú, contemplan algunas situaciones que, aunque, no consideramos demasiado relevantes para el objeto de nuestro estudio, deben ser mencionadas para conocer mejor las posibilidades legales que brinda la anticresis a quienes deciden hacer uso de ella.

Dentro de las principales generalidades, se encuentran las siguientes:

1. Artículo 2464 Código Civil colombiano: "*El acreedor no se hace dueño del inmueble a falta de pago; ni tendrá preferencia en él sobre los otros*

⁴¹ Código Civil argentino en www.codigos.com.ar/13s1t16

⁴² Código Civil peruano en <http://200.4.200.194/teleley/550f.htm>

acreedores, sino la que le diere el contrato accesorio de hipoteca, si lo hubiere. Toda estipulación en contrario es nula."⁴³

En lo relacionado con la primera limitación establecida por este artículo, las legislaciones extranjeras se han pronunciado en el mismo sentido al estipular:

- Artículo 3252 del Código Civil argentino: *"Es de ningún valor toda cláusula que autorice al acreedor a tomar la propiedad del inmueble por el importe de la deuda, si ésta no se pagare a su vencimiento; como también toda cláusula que lo hiciera propietario del inmueble por el precio que fijen peritos elegidos por las partes o de oficio."*⁴⁴
- Artículo 1884 del Código Civil español: *"El acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido. Todo pacto en contrario será nulo. Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la ley de enjuiciamiento civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble."*⁴⁵
- Artículo 1784 del Código Civil de Puerto Rico: *"El acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido. Todo pacto en contrario será nulo. Pero el acreedor en*

⁴³ *Código Civil colombiano*. Decimotava edición, Editorial Temis S.A., Bogotá, D.C., 1986, p. 1095.

⁴⁴ *Código Civil argentino* en www.codigos.com.ar/13s1t16

⁴⁵ *Código Civil español* en www.ucm.es/info/civil/jgstorch/leyes/ccivil.htm

*este caso podrá pedir, en la forma que previene la ley de enjuiciamiento civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble."*⁴⁶

Respecto a la segunda parte del artículo 2464 del Código Civil colombiano, el artículo 3254 del Código Civil argentino estipula que: *"El acreedor puede hacer valer sus derechos constituidos por el anticresis, contra los terceros adquirientes del inmueble, como contra los acreedores quirografarios y contra los hipotecarios posteriores al establecimiento del anticresis."*⁴⁷

2. Artículo 2465 Código Civil colombiano: *"Si el crédito produjere intereses, tendrá derecho el acreedor para que la imputación de los frutos se haga primeramente a ellos."*⁴⁸

La misma posición la han adoptado las legislaciones civiles Argentina y peruana, aunque ésta última, la consagra como una obligación, quitándole a las partes la posibilidad de convenir algo diferente al respecto.

- Artículo 1093 del Código Civil peruano: *"La renta del inmueble se aplica al pago de los intereses y gastos, y el saldo al capital."*⁴⁹

⁴⁶ *Código Civil puertorriqueño* en www.lexjuris.com/lexlex/lexcodigoc/lexanticresis.htm

⁴⁷ *Código Civil argentino* en www.codigos.com.ar/13s1t16

⁴⁸ *Código Civil colombiano*. Decimotava edición, Editorial Temis S.A., Bogotá, D.C., 1986, p. 1095.

⁴⁹ *Código Civil peruano* en <http://200.4.200.194/teleley/550f.htm>

- Artículo 3247 del Código Civil argentino: *"Si nada hay convenido entre las partes sobre la compensación de los frutos con los intereses, el acreedor debe, sin embargo, compensarlos y dar cuenta de ellos al deudor."*⁵⁰
- Artículo 3248 del Código Civil argentino: *"Si la deuda no lleva intereses, los frutos se tomarán en deducción del principal."*⁵¹

4. Artículo 2466 Código Civil colombiano: *"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 mútuo."*⁵²

De igual forma, las legislaciones civiles extranjeras, han estipulado que:

- Artículo 3246 del Código Civil argentino: *"El acreedor está autorizado a percibir los frutos del inmueble, con el cargo de imputar su valor sobre lo que le es debido, y dar cuenta al deudor. Las partes pueden, sin embargo, convenir en que los frutos se compensen con los intereses, sea en su totalidad o hasta determinada concurrencia."*⁵³

⁵⁰ Código Civil argentino en www.codigos.com.ar/13s1t16

⁵¹ Ibid.

⁵² Código Civil colombiano. Decimoctava edición, Editorial Temis S.A., Bogotá, D.C., 1986, p. 1095.

⁵³ Código Civil argentino en www.codigos.com.ar/13s1t16

- Artículo 1885 del Código Civil español: *"Los contratantes pueden estipular que se compensen los intereses de la deuda con los frutos de la finca dada en anticresis."*⁵⁴
- Artículo 1785 del Código Civil de Puerto Rico: *"Los contratantes pueden estipular que se compensen los intereses de la deuda con los frutos de la finca dada en anticresis."*⁵⁵

5. Según las legislaciones civiles extranjeras estudiadas, a falta de pago, el acreedor podrá pedir la venta de la cosa.⁵⁶

6. La anticresis se convierte en un derecho personal accesorio en cabeza del acreedor anticrético por medio del cual se extinguirá el crédito o derecho personal⁵⁷ principal que llevó a las partes a celebrar el convenio.

⁵⁴ *Código Civil español* en www.ucm.es/info/civil/jgstorch/leyes/ccivil.htm

⁵⁵ *Código Civil puertorriqueño* en www.lexjuris.com/lexlex/lexcodigoc/lexanticresis.htm

⁵⁶ *Código Civil español*, Art. 1884 "El acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido. Todo pacto en contrario será nulo. Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble.", en www.ucm.es/info/civil/jgstorch/leyes/ccivil.htm, y *Código Civil puertorriqueño*, Art. 1784 "El acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido. Todo pacto en contrario será nulo. Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble.", en www.lexjuris.com/lexlex/lexcodigoc/lexanticresis.htm, y *Código Civil argentino*, Art. 3251 "No pagando el deudor el crédito al tiempo convenido, el acreedor puede pedir judicialmente que se haga la venta del inmueble. Es de ningún valor toda convención que le atribuya el derecho de hacer vender por s el inmueble que tiene en anticresis.", y Art. 3253 " El deudor puede, sin embargo, vender al acreedor el inmueble dado en anticresis, antes o después del vencimiento de la deuda.", en www.codigos.com.ar/13s1t16

⁵⁷ *Código Civil colombiano*. Decimoctava edición, Editorial Temis S.A., Bogotá, D.C., 1986, Art. 666 "Derechos personales o créditos son los que solo pueden reclamarse de ciertas personas

7. La anticresis genera una acción personal en cabeza del acreedor anticrético, que le da la posibilidad de buscar la satisfacción de su crédito por cualquier medio legal a su alcance.

8. El Código Civil peruano, aporta expresamente una consecuencia que en otras legislaciones, incluyendo la colombiana, podrá darse por entendida, al estipular en su artículo 1095: "*El acreedor no puede retener el inmueble por otra deuda, si no se le concedió este derecho.*"⁵⁸

9. Por su parte, el Código Civil argentino, nos dice que:

- Artículo 3242: "*El usufructuario puede dar en anticresis su derecho de usufructo.*"⁵⁹
- Artículo 3243: "*El marido puede también dar en anticresis los frutos del inmueble de la mujer, mientras dure el matrimonio, o mientras no suceda una separación de bienes.*"⁶⁰
- Artículo 3249: "*El acreedor puede, por todos los medios propios de un buen administrador, percibir los frutos del inmueble. Puede recogerlos, cultivando él mismo la tierra, o dando en arrendamiento la finca; puede*

que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contratado las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales.", p. 273.

⁵⁸ Código Civil peruano en <http://200.4.200.194/teleley/550f.htm>

⁵⁹ Código Civil argentino en www.codigos.com.ar/13s1t16

⁶⁰ Ibid.

habitar la casa que se le hubiese dado en anticresis, recibiendo como fruto de ella el alquiler que otro pagará. Mas no puede hacer ningún cambio en el inmueble, ni alterar el género de explotación que acostumbraba el propietario, cuando de ello resultare que el deudor, después de pagada la deuda, no pudiese explotar el inmueble de la manera que antes lo hacía.”⁶¹

⁶¹ Ibid.

CAPÍTULO II. Diferencias entre las legislaciones civil y Comercial colombianas.

Una vez analizada la anticresis desde el punto de vista de la legislación civil colombiana, y habiendo enunciado otras legislaciones civiles como la argentina, la española, la puertorriqueña y la peruana, nos proponemos ahora realizar una comparación de los aspectos más relevantes de la anticresis en materia civil y comercial.

La anticresis en el Código de Comercio colombiano, está regulada, básicamente, en el Título x del libro cuarto, artículos 1221 al 1225, aunque también se hace referencia a ella en los artículos 413 y 533 del mismo estatuto, según veremos mas adelante.

De la comparación de los dos estatutos, en lo que se refiere a los aspectos mas importantes de la anticresis, surgen principalmente seis diferencias entre la regulación que de ella se hace en materia civil y comercial.

1. Aunque el Código de Comercio colombiano no trae una definición propia de anticresis, podemos decir que la entiende como un contrato, pues, en el artículo 1221 dice que: "... *El contrato se perfecciona con la entrega de la cosa...*" ⁶², por lo cual, aparentemente, no habría diferencia con el Código Civil colombiano.

⁶² *Código de Comercio colombiano*. Editorial Temis S.A., Bogotá, D.C., 1996. Art. 1221 "La anticresis puede recaer sobre toda clase de bienes. El contrato se perfecciona con la entrega de la cosa (C.C., 2460). El usufructuario puede dar en anticresis su derecho de usufructo (C.C., 823).", p. 388.

Sin embargo, decimos que aparentemente no existe diferencia, porque la concepción de contrato en materia civil (art. 1495 C.C.⁶³) es diferente a la comercial: según el artículo 864 del Código de Comercio colombiano, *"El contrato es un acuerdo de dos o mas partes para constituir, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial, y, salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta. Se presumirá que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario pruebe la remisión de ella dentro de los términos fijados por los artículos 850 y 851."*⁶⁴

Con base en lo anterior, podemos decir que en lo que se refiere a la concepción de la anticresis, si existe una gran diferencia entre los códigos civil y de comercio, puesto que, aunque, los dos la definen como un contrato, la concepción que tienen de éste es completamente diferente, pudiéndose comparar la comercial con la definición de convención, y por lo tanto, concordando con la que nosotros hemos propuesto para anticresis en materia civil.

2. Según el, ya mencionado, artículo 2458 del Código Civil colombiano, el bien sobre el que recae la anticresis sólo puede ser una finca raíz, mientras que el Código de Comercio colombiano, en

⁶³ *Código Civil colombiano*. Decimoctava edición, Editorial Temis S.A., Bogotá, D.C., 1986. Art. 1495 " 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.", p. 628.

⁶⁴ *Código de Comercio colombiano*. Editorial Temis S.A., Bogotá, D.C., 1996, p. 281 y 282.

el artículo 1221, estipula que la anticresis puede recaer sobre cualquier clase de bien.

El Código de Comercio colombiano, resalta en especial dos tipos de bienes sobre los que puede recaer la anticresis comercial: por un lado, en los artículos 533, 1224 y 1225⁶⁵, hace énfasis en la anticresis de establecimiento de comercio, y, por otro, en el artículo 413⁶⁶, consagra la posibilidad de realizar anticresis sobre acciones.

Esta diferencia es, tal vez, la de más trascendencia, en lo relacionado con el campo de aplicación práctica de la anticresis, ya que, si miramos a esta última como un medio de pago, en materia civil se hace una regulación restrictiva, mientras que en materia comercial, por el contrario, se hace una regulación mucho más abierta que brinda la opción de extinguir la deuda pendiente con los frutos de cualquier tipo de bien, corporal o incorporal, mueble o inmueble, lo cual, por supuesto, hace que las partes tengan una

⁶⁵ Ibid, Art. 533 "Los establecimientos de comercio podrán ser objeto de arrendamiento, usufructo, anticresis y cualesquiera operaciones que transfieran, limiten o modifiquen su propiedad o el derecho a administrarlos con los requisitos y bajo las sanciones que se indican en el artículo 526(1224;C.C. 823, 1973, 2458).", p.195, y Art. 1224 "La anticresis de un establecimiento de comercio obliga al deudor a ejercer permanentemente actividades de control y no le hace perder, por si sola, el carácter de comerciante (10, 515, 533).", p. 388, y Art. 1225 "Cuando la cosa dada en anticresis sea un establecimiento de comercio (515), serán solidariamente responsables el deudor y el acreedor anticréticos respecto de los negocios relacionados con el mismo (C.C., 1568 a 1580).", p. 388.

⁶⁶ Ibid, Art. 413 "La anticresis de acciones se perfeccionará como la prenda y el usufructo y solo conferirá al acreedor el derecho de percibir las utilidades que correspondan a dichas acciones a título de dividendo, salvo estipulación en contrario (379 num. 2, 410, 1221; decr. 1026 de 1990, 51; C.C., 2458).", p. 156.

gama mas amplia de posibilidades al buscar como satisfacer el crédito.

Según lo anterior, en teoría, no es posible realizar una anticresis civil sobre un bien mueble, ya que, legalmente, ésta figura está prevista sólo para cosas raíces, pero, en la práctica, por ejemplo, podría darse el caso de que un deudor le entregue a su acreedor, con el consentimiento de éste, un toro reproductor para que se pague la deuda con las crías del mismo y, aunque, legalmente éste sería un negocio jurídico no nominativo, pues en el Código Civil colombiano no se encuentra previsto, en este caso, se aplicarían, por analogía, las normas de la anticresis, dado que es el negocio jurídico nominativo más parecido al ejemplo propuesto.

3. El artículo 1222 del Código de Comercio colombiano⁶⁷, exige como requisito previo para el perfeccionamiento de la anticresis, que el acreedor preste caución y suscriba un inventario de lo que reciba, salvo que el deudor lo exonere de esta obligación, mientras que el Código Civil colombiano, así diga que la anticresis se perfecciona con la tradición de la cosa, no exige ningún requisito formal previo para estos efectos.

⁶⁷ Ibid, Art. 1222 "El acreedor prestará previamente caución y suscribirá un inventario de los bienes que reciba, a menos que sea exonerado expresamente de estos deberes por el deudor.", p. 388.

Es lógico pensar que el Código de Comercio colombiano le impone esta obligación al acreedor anticrético con el objetivo de darle garantías al deudor anticrético al momento de reclamar sus derechos en lo relacionado con las obligaciones de restitución y conservación de la cosa que se encuentran en cabeza del acreedor, tanto en materia civil como comercial.

4. Según el artículo 1223 del Código de Comercio colombiano: "*Son aplicables a la anticresis las normas relativas al derecho real de usufructo, en cuanto no sean incompatibles con la naturaleza de aquella (C. Civil, 823 a 869)*" ⁶⁸, con lo cual, nos quiere decir que, en los casos en que se presente alguna situación no contemplada expresamente por él, debemos remitirnos a las normas civiles que regulan el derecho real de usufructo, excepto en el caso en que alguna de estas normas sea incompatible con la naturaleza de la anticresis.

Por su parte, el Código Civil colombiano, aunque en algunos puntos se confunde, hace una regulación completa de la anticresis, por lo cual, no nos remite a otras normas o a otras instituciones, excepto, en lo relacionado con las obligaciones de las partes, caso en el que nos remite al contrato de arrendamiento, pero, en general, no dice nada en ese sentido, por lo cual entendemos que, en materia civil, ante un vacío normativo, debemos recurrir a la

⁶⁸ Ibid, p. 388.

analogía⁶⁹, según la cual, cuando no haya una norma que expresa y exactamente se pueda aplicar se debe aplicar las normas que regulen materias semejantes.

Debemos decir que, en el caso de la anticresis, al hablar de "*materias semejantes*", en nuestro concepto, no deben aplicarse las normas del usufructo, pues como veremos más adelante, mientras que éste es un derecho real, la anticresis es un derecho personal, por lo cual, sus efectos son muy diferentes, aunque, en principio, no parezca así.

Por esto, pensamos que el Código de Comercio colombiano comete un error al tratar de regular una figura jurídica, como la anticresis, con las normas de otra de naturaleza diferente, como el usufructo.

⁶⁹ Art. 8 Ley 153 de 1887 "Cuando no ha ya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho."

CAPÍTULO III. Sustitución de la anticresis por otras instituciones jurídicas, en materia civil colombiana.

Al hablar de sustitución, nos referimos al reemplazo del que, en la práctica, ha sido objeto la anticresis, por parte de otras instituciones jurídicas, por brindar éstas, a las partes, entre otras razones, una mayor garantía en lo concerniente a la extinción definitiva de la deuda y una regulación más precisa y amplia del instrumento jurídico utilizado.

Consideramos que, dentro de estas figuras, vale la pena estudiar especialmente, la relación de la anticresis con el usufructo, la dación en pago y el secuestro de la empresa, por ser éstas las figuras jurídicas que, en la mayoría de los casos, la han dejado de lado.

El usufructo

Para realizar una comparación pertinente al tema que nos ocupa, consideramos que debemos tomar como punto de partida la naturaleza jurídica del usufructo y la anticresis, para luego enfocarnos en la estructura de cada una de ellas, desde el punto de vista de los efectos que producen para sus titulares.

En primer término, según el artículo 823 del Código Civil colombiano⁷⁰, el usufructo, es un derecho real⁷¹, por el cual una persona adquiere la facultad de usar y gozar de un bien, que es propiedad de otra persona, con la obligación de devolverlo a su dueño en el mismo estado en que fue recibido, si no es fungible, o de devolver igual cantidad y género o pagar el valor de la cosa, si lo es.

Según el profesor Arturo Valencia Zea⁷², el usufructo es un derecho real de disfrute, que se desprende de la propiedad o dominio⁷³, pues no es otra cosa que la enajenación que hace el propietario de un bien, de las facultades de uso y goce que tiene sobre éste, a otra persona que se convierte en el titular de un derecho real autónomo, cuyo contenido, es totalmente independiente de la mera o nuda propiedad, con la que se queda el enajenante.

Por lo tanto, si el usufructo se deriva del dominio, para entender la estructura del primero debemos tomar como punto de referencia la

⁷⁰ *Código Civil colombiano*. Decimoctava edición, Editorial Temis S.A., Bogotá, D.C., 1986. Art. 823 "El derecho de usufructo es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor si la cosa es fungible ", p. 351 y 352.

⁷¹ *Ibid*, Art. 665 "Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto 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. De estos derechos nacen las acciones reales.", p. 272.

⁷² VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil*. Tomo II. Cuarta edición, Editorial Temis S.A. Bogotá, 1973, p. 2, 423 y 426.

⁷³ *Código Civil colombiano*. Decimoctava edición, Editorial Temis S.A., Bogotá, D.C., 1986. Art. 669 "El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno. La propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad.", p. 274.

estructura del último. Lo primero que debemos decir, es que desde el tiempo del derecho romano se ha dicho, que todo propietario de una cosa existente tiene sobre ésta el derecho de usarla (jus utendi), de gozarla (jus fruendi) y de disponer de ella arbitrariamente (jus abutendi)⁷⁴, lo cual se puede representar de la siguiente manera:

.ción)

Como dijimos antes, en el usufructo se enajenan los derechos de uso y goce sobre la cosa, por lo cual, partiendo de la estructura del dominio, creemos que la estructura del primero podía representarse así:

⁷⁴ VALENCIA ZEA, Op cit, p. 43



En conclusión, respecto del usufructo, podemos decir que es un derecho real que, esencialmente, consiste en que un propietario se desprende, en favor de otra persona, del jus utendi y del jus fruendi (uso y goce respectivamente) que tiene sobre una cosa.

En comparación con la anticresis, podemos decir que, en primer término, se diferencia del usufructo, en cuanto, éste es un derecho real mientras que la primera se constituye como derecho personal⁷⁵ y, en segundo término, en el caso de la anticresis, el deudor anticrético nunca se desprende del derecho de dominio ni de ninguna de sus partes (jus utendi, jus fruendi y jus abutendi), sino que simplemente entrega la tenencia para que el acreedor anticrético use y goce de la cosa, pero no como titular de derecho real.

En lo referente a las semejanzas entre las dos figuras, podemos decir que básicamente son dos: el reconocimiento en ambas figuras de dominio ajeno y

⁷⁵ *Código Civil colombiano*. Decimoctava edición, Editorial Temis S.A., Bogotá, D.C., 1986. Art. 666 "Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de ley han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales.", p. 273.

la posibilidad de extinguir una obligación por medio de cualquiera de las dos.

La dación en pago

Aunque la legislación civil colombiana contempla esta figura en diversos casos⁷⁶, no brinda una definición exacta de la misma, por lo cual, debemos recurrir a la doctrina, que en su mayoría ha estado de acuerdo en el concepto esencial de la dación en pago.

El doctor Guillermo Ospina Fernández, ha definido la dación en pago como una "*modalidad del pago que consiste en que el deudor o un tercero, con el consentimiento del acreedor, soluciona la obligación con una prestación distinta a la debida*"⁷⁷.

Según este mismo autor, esta figura debe cumplir con los siguientes requisitos para ser válida⁷⁸:

⁷⁶ Ibid, Art. 1562 "Obligación facultativa es la que tiene por objeto una cosa determinada, pero concediéndole al deudor la facultad de pagar con esta cosa o con otra que se designa.", p. 674, y Art. 1971 "El deudor no será obligado a pagar al cesionario sino el valor de lo que este haya dado por el derecho cedido, con los intereses desde la fecha en que se haya notificado la cesión al deudor.

Se exceptúan de las disposiciones de este artículo las cesiones enteramente gratuitas; las que se hagan por el ministerio de la justicia, y las que van comprendidas en la enajenación de una cosa de que el derecho litigioso forma parte o accesión.

Exceptúanse asimismo las cesiones hechas:

1. A un coheredero o copropietario por un coheredero o copropietario, de un derecho que es común a los dos;

2. **A un acreedor, en pago de lo que debe el cedente;**

3. Al que goza de un inmueble como poseedor de buena fe, usufructuario o arrendatario, cuando el derecho cedido es necesario para el goce tranquilo y seguro del inmueble.", p. 881, y Art. 2407 "Si el acreedor acepta voluntariamente del deudor principal, en descargo de la deuda, un objeto distinto del que este deudor estaba obligado a darle en pago, queda irrevocablemente extinguida la fianza, aunque después sobrevenga evicción del objeto.", p. 1073.

⁷⁷ OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. *Régimen general de las obligaciones*. Cuarta edición, Editorial Temis S.A.. Bogotá. 1984. p. 418.

⁷⁸ Ibid, p. 422.

1. La ejecución de una prestación con ánimo de pagar (animus solvendi).
2. Diferencia entre la prestación debida y la pagada.
3. El consentimiento de las partes.
4. La capacidad de las partes.
5. La observancia de las formalidades legales.

En relación con la anticresis, podemos decir que se pueden presentar dos hipótesis; la primera consiste en que la anticresis se constituya en una dación en pago y, la segunda, que la anticresis sea diferente a aquella.

La primera situación, se da en el supuesto en que las partes hayan convenido inicialmente que la obligación se debe satisfacer por un medio distinto a la anticresis, pero por cualquier razón, al momento del pago el deudor no puede cumplir con dicha prestación, por lo cual debe recurrir (con el consentimiento del acreedor) a la anticresis para poder extinguir el crédito.

La segunda situación, consiste, simplemente, en que desde el principio las partes hayan convenido que el pago de la obligación se haría por medio de la anticresis. En este caso es claro que no hay dación en pago, ya que se cumple la obligación con la prestación originalmente acordada por las partes.

En resumen, podemos decir que el hecho de que la anticresis sea o no una dación en pago, depende casi por completo de la voluntad de las partes al momento de convenir con que prestación se debe cumplir la obligación.

Secuestro de la empresa

El secuestro de la empresa es una medida cautelar que, en la legislación colombiana, se encuentra consagrada en el artículo 682 numerales 6, 8 y 9 del Código de Procedimiento Civil⁷⁹, y consiste en que, para asegurar el pago de

⁷⁹ *Código de Procedimiento Civil colombiano*. Primera edición, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, D.C., 1993. Art. 682 "**Secuestro**. D. 2282/89, reforma 340.- Para el secuestro de bienes se aplicarán las siguientes reglas:

- 1) En el auto que lo decrete se señalará fecha y hora para la diligencia, que se practicará aunque no concurra el secuestro, caso en el cual el juez lo reemplazara en el acto.
 - 2) La entrega de bienes al secuestro se hará previa relación de ellos en el acta, con indicación del estado en que se encuentren.
 - 3) Cuando se trate de derechos proindiviso en bienes inmuebles(sic), en la diligencia de secuestro se procederá como se dispone en el numeral 12 del artículo precedente.
 - 4) Salvo lo dispuesto en los numerales siguientes y en el artículo 10, el secuestro depositará inmediatamente los vehículos, máquinas, mercancías, muebles, enseres y demás bienes en la bodega de que disponga y a falta de ésta en un almacén general de depósito u otro lugar que ofrezca plena seguridad, de lo cual informará por escrito al juez al día siguiente, y deberá tomar las medidas adecuadas para la conservación y mantenimiento. En cuanto a los vehículos de servicio público, se estará a lo estatuido en el numeral 2 del artículo 684.
- No obstante los muebles estrictamente necesarios para la sala de recibo y el comedor de la casa de habitación, a juicio del juez, serán dejados en depósito provisional, en poder de la persona

una deuda, un juez, una vez decretado el embargo, le entrega la dirección y

contra quien se decretó el embargo, o en su defecto de uno de sus parientes o del cónyuge, y serán retirados por el secuestro una vez decretado su remate, para lo cual se podrá solicitar el auxilio de la fuerza pública.

Decreto 2651 de 1991, art. 41.- Secuestro. Al artículo 682 del Código de Procedimiento Civil se le adicionan los siguientes numerales:

5) Si se trata de semovientes o de bienes depositados en bodegas, se dejarán con las debidas seguridades en el lugar donde se encuentren, hasta cuando el secuestro considere conveniente su traslado y éste puede ejecutar, en las condiciones ordinarias del mercado, las operaciones de venta o explotación a que estuvieren destinados, procurando seguir el sistema de administración vigente.

6) Los almacenes o establecimientos similares se entregarán al secuestro, quien continuará administrándolos, como se indica en el numeral anterior, con el auxilio de los dependientes que en ese momento existieren y los que posteriormente designe de conformidad con el numeral 6 (hoy 5) del artículo 9, y consignará los productos líquidos en la forma indicada en el artículo 10. El propietario del almacén o establecimiento podrá ejercer funciones de asesoría y vigilancia, bajo la dependencia del secuestro.

Inmediatamente se hará inventario por el secuestro y las partes o personas que éstas designen, sin que sea necesaria la presencia del juez, copia del cual, firmada por quienes intervengan se agregará al expediente.

7) El secuestro de cosechas pendientes o futuras se practicará en el inmueble, dejándolas a disposición del secuestro, quien adoptará las medidas conducentes para su administración, recolección y venta en las condiciones ordinarias del mercado.

8) Si lo secuestrado es una empresa industrial o minera u otra distinta de las contempladas en los numerales anteriores, el secuestro asumirá la dirección y manejo del establecimiento, procurando seguir el sistema de administración vigente. El gerente o administrador continuará en el cargo bajo la dependencia del secuestro, y no podrá ejecutar acto alguno sin su autorización, ni disponer de bienes o dineros; a falta de aquél, el propietario podrá ejercer las funciones que se indican en la parte final del inciso primero del numeral 6.

La maquinaria que esté en servicio se dejará en el mismo lugar, pero el secuestro podrá retirarla una vez decretado el remate, para lo cual podrá solicitar el auxilio de la policía.

9) Cuando al practicar el secuestro de una empresa o establecimiento se encuentre dinero, el juez lo consignará inmediatamente en la cuenta de depósitos judiciales.

10) Cuando se trate de títulos de crédito, alhajas y en general objetos preciosos, el secuestro los entregará en custodia a una entidad bancaria o similar, previa su completa especificación, de lo cual informará al juez al día siguiente.

11) El juez se abstendrá de secuestrar los bienes muebles inembargables, y si se trata de inmuebles levantará el embargo. Estos autos son apelables en el efecto devolutivo.

12) cuando no se pueda practicar inmediatamente un secuestro o deba suspenderse, el juez o el comisionado podrá asegurar con cerraduras los almacenes o habitaciones u otros locales donde se encuentren los bienes o documentos, colocar sellos que garanticen su conservación, y solicitar vigilancia de policía.", p. 548, 549 y 550.

manejo de una empresa a una persona llamada secuestre⁸⁰, para que continúe administrándola según las condiciones ordinarias del mercado y las operaciones que normalmente desarrolla la empresa, hasta que sea decretado el remate de la misma o se levante la medida.

En comparación con la anticresis, se puede decir que, en términos generales, son figuras muy similares, pues lo que el propietario cede no es el dominio de la cosa, sino su administración, para que en últimas se cumpla con la obligación pendiente.

Sin embargo, hay diferencias importantes que consideramos se deben rescatar, ya que, es en éstas en las que podemos ver las ventajas que tiene la anticresis. Así, por ejemplo, la anticresis es independiente a cualquier actuación procesal mientras que el secuestro se origina precisamente en un proceso. Además, en el secuestro de la empresa se le otorga al propietario las facultades para que ejerza control, vigilancia y asesoría sobre la administración del secuestro, mientras que en la anticresis el acreedor

⁸⁰ Ibid, Art. 683 **"Funciones del secuestro y caución.** D. 2282/89, reforma 341.- El secuestro tendrá la custodia de los bienes que se le entreguen, y si se trata de empresas o de bienes productivos de renta, las atribuciones previstas para el mandatario en el Código Civil, sin perjuicio de las facultades y deberes de su cargo.

Si los bienes secuestrados son consumibles y se hallan expuestos a deteriorarse o perderse, el secuestro los enajenará en las condiciones normales del mercado, consignará el dinero en la forma establecida en el artículo 10 y rendirá al juez informe de la venta.

Cuando no se trata del caso previsto en los incisos cuarto y quinto del artículo 10, el secuestro deberá prestar la caución que el juez fije una vez practicado el secuestro y si no lo hace en el término que se le señale será removido.

No se exigirá caución al opositor a quien se dejen los bienes en calidad de secuestro, ni cuando las partes lo soliciten de común acuerdo.

El Gobierno reglamentará lo relacionado con el desempeño del cargo de secuestro y con la custodia, manejo y disposición de los bienes secuestrados.", p. 553.

anticrético en totalmente independiente en la administración que hace del inmueble.

En general, podemos decir que, aunque el secuestro de la empresa tiene similitudes con la anticresis, ésta última tiene ventajas sobresalientes, pues no involucra el aparato judicial del estado; por el contrario, sus términos y condiciones, dependen enteramente de la voluntad de las partes, con lo que, no solo, existe mas economía, sino que se da más libertad y seguridad al negocio.

CONCLUSIONES

Es claro, que la anticresis en materia civil es una figura de gran utilidad pero que gracias a que en Colombia existe una pobre regulación de esta, no ofrece la suficiente seguridad jurídica a las partes, para que estas la utilicen logrando así que sea una figura poco usual y olvidada. Quisimos concluir este trabajo, resaltando los puntos de mayor importancia y controversia en este tema, para así lograr determinar cuales son los puntos en que esta figura se debilita y se da paso a ser remplazada por otras como la en pago, el usufructo y el embargo de empresa.

- Según el Código Civil colombiano en el artículo 2458, la naturaleza jurídica de la anticresis es un contrato por el cual un deudor entrega a su acreedor una finca raíz para que se pague un adeudo con los frutos que la finca produzca. En nuestro parecer, la definición no es la apropiada, dado que la anticresis se ajusta más a la definición de convención que a la de contrato, porque en la anticresis lo que buscan las partes es que el deudor extinga una deuda preexistente, o sea, extinguir una obligación anterior.
- Basándonos en la definición del Código Civil colombiano, vemos que en la definición, al decir que se entrega una finca raíz, se le restringe el campo de acción y aplicación a la anticresis, dado que también se podría realizar sobre otros bienes, como lo son los

muebles y hasta los incorporales, esto facilitando aun más la posibilidad de utilizar esta figura.

- Con respecto al perfeccionamiento, según el Código Civil colombiano el contrato de anticresis se perfecciona por la tradición del inmueble; ésta definición nos llevó a ver que existe una confusión al entender tradición como entrega, porque la tradición es la transferencia de un derecho real sobre una cosa corporal, llamado dominio o propiedad, por parte de su titular a otra persona, pero en la anticresis nunca se tiene la intención de transferir el dominio del bien entregado, y no otorga al acreedor ningún derecho real sobre la cosa, dado que esta debe ser restituida una vez se haya extinguido la totalidad de la deuda; por lo que consideramos que el término utilizado debió ser entrega y no tradición, para que de esta manera la figura jurídica de la anticresis ofreciera mas seguridad jurídica a las partes.

- En la comparación realizada de la anticresis en el Código Civil colombiano con el Código de Comercio colombiano, llegamos a la conclusión que existe una gran diferencia entre las dos legislaciones, y resaltando las más importantes concluimos que:
 1. La definición de contrato para ambas es diferente, porque en materia comercial se contempla la posibilidad de extinguir una

obligación celebrando un contrato, o sea que, esto se compara con la definición de convención civil;

2. El Código de Comercio colombiano admite que la anticresis pueda recaer sobre cualquier clase de bien, por el contrario el Código Civil limita la anticresis a recaer solamente sobre una finca raíz;
 3. En materia comercial el acreedor debe prestar una caución y realizar un inventario de lo que recibe y en materia civil no existe ningún requisito previo para la celebración de la anticresis.
- Comparando la anticresis con las figuras que la han reemplazado, concluimos que la anticresis es una figura que comparada con el usufructo exige menos formalidades y que por no ser un derecho real y no haber transferencia de dominio, es una figura mucho más fácil de utilizar y más segura para el deudor anticrético; con respecto al embargo de empresa se necesita la intervención del juez para decretar el embargo, por el contrario la anticresis no necesita de ninguna actuación procesal, lo que es una gran ventaja para ambas partes ya que depende completamente de la voluntad de éstas.

BIBLIOGRAFÍA

- Argentina. Código Civil. Libro tercero. Título XVI. Art. 3239-3261. Ley 340 de 1869 (29 de septiembre de 1869). En:
www.codigos.com.ar/13s1t16
- Colombia. Código Civil. Sancionado el 26 de mayo de 1873 y aprobado por el artículo 1 de la ley 57 de 1887. Decimoctava edición, Editorial Temis S.A., Bogotá, D.C., 1986.
- Colombia. Código de Comercio. Decreto No. 410 de 1971 (27 de marzo de 1971) expedido con base en las facultades extraordinarias otorgadas por el numeral 15 del artículo 20 de la ley 16 de 1968. Diario Oficial, número 33.339 del 16 de junio de 1971. Editorial Temis S.A., Bogotá, D.C., 1996.
- Colombia. Código de Procedimiento Civil. Decretos 1400 (6 de agosto de 1970) y 2019 de 1970 (26 de octubre) modificados por el decreto 2282 de 1989 (7 de octubre). Diario oficial, número 39013 del 7 de octubre de 1989. Primera edición, Ediciones doctrina y ley, Bogotá, D.C., 1993.
- Colombia. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, DECRETO 2651 (noviembre 25), “Descongestión de los Despachos Judiciales”. En: Diario Oficial No. 40177.

- España. Código Civil. Libro Cuarto. Título XV. Capítulo IV. Art. 1881-1886. Aprobado por el real decreto del 24 de julio de 1889. En:
www.ucm.es/info/civil/jgstorch/leyes/ccivil.htm
- OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Régimen general de las obligaciones. Cuarta edición, Editorial Temis S.A., Bogotá. 1984.
- OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y de los demás actos o negocios jurídicos. Cuarta edición, Editorial Temis S.A., Bogotá. 1994.
- Perú. Código Civil. Libro V. Sección Cuarta. Título II. Art. 1091-1096. En:
<http://200.4.200.194/teleley/550f.htm>
- Puerto Rico. Código Civil. Art. 1781-1786. En:
www.lexjuris.com/lexlex/lexcodigoc/lexanticresis.htm
- VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Derechos reales. Cuarta edición, Editorial Temis S.A., Bogotá. 1973