

Utilidad, Vigencia y Garantías del Contrato de Anticresis en Colombia
Una Visión Desde la Perspectiva del Derecho Comparado

Diana Marcela Valencia Abello, John Edison Céspedes Amaya y Manuel Esteban Berrio Munera

Facultad de Sociedad, Cultura y Creatividad, Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano

Doctor José Carlos Hernández Zuluaga

3 de junio de 2020

Tabla de contenido

Lista de Tablas	5
1 Capítulo I: Generalidades	6
1.1 Introducción	6
1.2 Justificación	7
1.3 Planteamiento del Problema.....	8
1.4 Objetivos	9
1.4.1 Objetivo General	9
1.4.2 Objetivos Específicos.....	9
1.5 Pregunta Problematizadora	10
1.5.1 Metodología	10
2 Capítulo II: Conceptos Básicos del Contrato de Anticresis	12
2.1 Historia del Contrato de Anticresis	12
2.2 Naturaleza general del contrato anticresis	13
2.3 Características Fundamentales del Contrato Anticresis.....	14
2.4 Tratamiento Jurisprudencial del Contrato de Anticresis.....	15
2.5 Postura doctrinaria del Contrato de Anticresis	16
2.6 El Dilema de la Definición Legal	18
2.7 Naturaleza Jurídica.....	20
2.8 El contrato Anticrético Desde Dos Perspectivas Distintas	22
2.8.1 El Contrato Anticrético en San Juan de Pasto, Nariño.....	22
2.9 Falencias del Contrato Anticrético en la Legislación Boliviana.....	25

3	Capítulo III: Garantías del Contrato de Anticresis	35
3.1	La garantía del Contrato Anticrético desde la Legislación Colombiana	36
3.2	La Garantía del Contrato Anticrético desde la Legislación Argentina	39
3.3	La Garantía del Contrato Anticrético desde la Legislación Peruana	41
3.4	La Garantía del Contrato Anticrético desde la Legislación Ecuatoriana	44
3.5	La Garantía del Contrato Anticrético desde la Legislación Chilena.....	45
4	Capítulo IV: Ventajas y desventajas económicas, de garantía del contrato de anticresis frente a otras figuras contractuales	48
4.1	Naturaleza Mixta de la Garantía Anticrética.....	48
4.2	Límites del Contrato Anticrético.....	49
4.3	Ventajas y Desventajas del Contrato Anticrético	50
4.3.1	Origen Histórico del Contrato Anticrético y Sus Fundamentos Legales	50
4.3.2	Ventajas del Contrato Anticrético.....	55
4.3.3	Desventajas del Contrato Anticrético.....	58
4.4	Ventajas del Contrato de Anticresis Frente a Otras Figuras Contractuales: Prenda, Hipoteca y Leaseback.....	60
4.4.1	Contrato de Prenda.....	60
4.4.2	Contrato de Hipoteca.....	61
4.4.3	Contrato de Leaseback	63

5	Capítulo V: Conclusiones.....	66
6	Bibliografía.....	71
7	Anexos.....	82
7.1	Anexo A. Legislación Colombiana que Regula los Contratos Anticréticos	82
7.2	Anexo B. Legislación Argentina que Regula los Contratos Anticréticos	84
7.3	Anexo C. Legislación Peruana que Regula los Contratos Anticréticos	86
7.4	Anexo D. Legislación Ecuatoriana que Regula los Contratos Anticréticos	87
7.5	Anexo E. Legislación Chilena que Regula los Contratos Anticréticos.....	89
7.6	Anexo F. Legislación Boliviana que Regula los Contratos Anticréticos.....	91
7.7	Anexo G. Formato Utilizado en Cali, Para la Elaboración de Contratos Anticréticos.....	93

Lista de Tablas

Tabla 1 65

Tabla 2 70

1 Capítulo I: Generalidades

1.1 Introducción

El contrato de anticresis es una figura jurídica poco utilizada en Colombia, por lo tanto, su definición jurídica no es lo suficientemente clara y aparentemente se encuentra mal regulada, lo que se traduce en que, en su aplicación cotidiana, genera cierto grado de inseguridad para las partes intervinientes, que, al no contar con la claridad necesaria en su aplicación y concepto, prefieren optar por hacer uso de diferentes figuras jurídicas al momento de tratar de extinguir y cobrar una deuda; no obstante, aunque el contrato de anticresis está regulado en apenas 11 artículos del Código Civil Colombiano, su utilidad práctica tanto en Colombia como en otros países, ha probado a través del tiempo su eficacia, por lo que la presente investigación, aborda el tema para tratar de dilucidar su valía y por lo tanto, estimular su aplicación.

Desde tal perspectiva, se pretende definir a través de la presente investigación la naturaleza real y aplicabilidad de la figura jurídica del contrato de anticresis y establecer que este tipo de contrato puede ser eficaz para establecer acuerdos adecuados para que los deudores salden su deuda, mientras que los acreedores tengan el respaldo de que la deuda será pagada estableciendo como prenda los beneficios económicos que la propiedad intervenida genere y no terminen perdiendo el control de los montos adeudados; pero al mismo tiempo también garantiza para el deudor la garantía de que el contrato establecido con su acreedor, no le dará a éste un derecho real sobre el bien entregado y que solamente podrá hacer uso del bien intervenido para el uso acordado a través del contrato, que es precisamente la cancelación de la deuda, pero no la enajenación total del bien que servirá como garantía de pago.

Lo anterior tiene sentido, porque en otros contratos normalmente utilizados para el pago de una deuda, entre los cuales se pueden nombrar el embargo de empresa, el usufructo, y la

dación en pago, el deudor pierde totalmente el control y la propiedad sobre el bien intervenido, lo que muchas veces se traduce en un estado de indefensión para el deudor.

Por lo anteriormente expuesto, el contrato de anticresis da la suficiente seguridad a ambas partes para que el adeudo sea cobrado por el acreedor, pero al mismo tiempo el deudor no pierda su propiedad y tenga la posibilidad de pagar su deuda, sin la necesidad de perder sus bienes.

1.2 Justificación

Para poder comprender la verdadera importancia del contrato de anticresis en Colombia, es necesario establecer que en el país ni se habla mucho sobre las garantías autoliquidables, ni existe una ley concreta, que de manera pertinente, regule de manera eficaz este tipo de garantías, no obstante, es importante tomar en consideración que las garantías, fueron desarrolladas dentro del ordenamiento jurídico nacional para poder respaldar las diversas relaciones comerciales que se desarrollan entre particulares y brindar a las partes firmantes la seguridad necesaria para que el negocio jurídico se realice dentro de los límites esperados por la normatividad, por tanto, en Colombia se han desarrollado herramientas y mecanismos que permitan ejecutar el ejercicio de la garantía sin que necesariamente se tenga que recurrir a un proceso judicial, que por otra parte muchas veces se revisten de largos periodos para su resolución y grandes pérdidas pecuniarias para las partes en litigio (Fernández, Forero, & Quiroga, 2018).

Desde esa perspectiva y tomando como punto de comparación las relaciones contractuales sobre las que se basan los negocios jurídicos establecidos entre las personas del común, normalmente en el país se observa una gran resistencia entre las partes, en contra de los mecanismos jurídicos convencionales y se ha comprobado que preferencialmente, este tipo de negociaciones entre particulares, se centran en el uso de instrumentos informales y conductas dictadas por la costumbre de los mercados (de Castro y Bravo, 1985).

De acuerdo con lo anterior el término de garantías autoliquidables, aún no tiene una conformación adecuada dentro del ordenamiento colombiano, a pesar de que en varios países de la región y en ordenamientos multilaterales como la Cámara de Comercio Internacional, se han introducido o intentado regular las relaciones negociables con garantías a primer requerimiento o autoliquidables (Fernández, Forero, & Quiroga, 2018).

Desde dicha perspectiva, el presente trabajo, se centra en tratar de demostrar que existen otras alternativas comerciales igual de beneficiosas y que pueden acarrear grandes beneficios para los implicados y se demostrará como sí existen instrumentos en el ordenamiento jurídico colombiano clasificados como garantías autoliquidables. Así mismo, se pretende mostrar que el contrato anticresis tiene un alto grado de efectividad y, de esta manera se podrá establecer que su uso, su validez, y sobre todo las condiciones de procedencia del proceso de ejecución automática de una garantía, hacen a este tipo de contratos adecuados para el uso extensivo, lo cual, a su vez, comprende el mayor desafío frente a su aplicación (Universidad Libre, Red de Grupos y Centros de Investigación Jurídica y Sociojurídica, 2015).

1.3 Planteamiento del Problema

A través del transcurso del tiempo y como resultado del perfeccionamiento del marco legal vigente colombiano, han surgido diferentes contratos que cumplen con la finalidad de garantizar obligaciones, tal como la hipoteca, el leaseback o el arrendamiento, sustituyendo principalmente en las zonas urbanas, el contrato de anticresis. En consecuencia, se buscará determinar cuáles son las ventajas que ofrece el contrato de anticresis con respecto a otros contratos como el de arrendamiento, leaseback e hipoteca; en tal sentido el código civil y comercial de la nación Argentina, desde los postulados originales de Dámaso Simón Dalmacio Vélez Sarsfield (Lorenzetti, Highton, & Kemelmajer, 2011, pág. 200), ha desarrollado diferentes

modelos aplicables a los derechos reales de garantía y han permitido la generación de modelos que de acuerdo al crédito que garantice la hipoteca, que puede llegar a ser determinado o indeterminado, resultan aplicables diferentes modelos y reglamentos para su eficaz constitución, desde esa perspectiva ha evolucionado la garantía y los privilegios que genera para las partes intervinientes, las cuales son perfectamente aplicables al entorno colombiano (Alberdi, 2016).

Desde tal postura debe de entenderse que la anticresis como un contrato legalmente respaldado por la normatividad colombiana permite la entrega de una finca raíz a un acreedor, para que éste pueda pagarse a través de los frutos producidos la deuda por cobrar que tiene con algún deudor suyo, esta figura está protegida a través del Código Civil Colombiano pero también a través del Código de Comercio de Colombia, que permite que este tipo de contrato se realice a través de cualquier bien inmueble, por ello y ante la situación resultante entre ambos códigos colombianos, lo más pertinente es realizar una pequeña comparación desde la perspectiva de otras legislaciones, y así, a través del derecho comparado, entender los postulados de por ejemplo la legislación argentina, peruana, puertorriqueña y española, para poder comprender y evaluar las similitudes y diferencias que existen con la propia legislación nacional (Caycedo, Felsmann, & Rodríguez, 2001).

1.4 Objetivos

1.4.1 Objetivo General

Analizar las ventajas económicas y de garantía que presta el contrato de anticresis frente a otras figuras como el contrato de arrendamiento, leasing e hipoteca.

1.4.2 Objetivos Específicos

- Caracterizar el contrato de anticresis en países latinoamericanos tales como: Colombia, Argentina, Perú, Ecuador, Chile y Bolivia.

- Identificar las garantías y las ventajas económicas del contrato de anticresis.
- Analizar las ventajas del contrato de anticresis frente a otras figuras contractuales como el arrendamiento, la hipoteca o el leaseback.

1.5 Pregunta Problematicadora

¿Es útil, vigente y garantista el contrato de anticresis en comparación con otros contratos como el arrendamiento, leaseback o hipoteca?

1.5.1 Metodología

El presente trabajo de grado se basa en una investigación cualitativa, a través de cuyo análisis se pretenden identificar las principales causas por las cuales se ha presentado el fenómeno del desuso del contrato de anticresis en la gran mayoría del territorio colombiano, tomando como base de comparación algunos otros contratos, como el leaseback, la hipoteca y el arrendamiento, ya que éstos presuntamente tienen efectos jurídicos similares a la anticresis. Además, de poder llegar a diferenciar cuáles son sus semejanzas y diferencias en el momento de operar cualquiera de ellos y las garantías que ofrece tanto al acreedor como al deudor.

Para la realización de la investigación, el equipo de trabajo ha decidido realizarlo a partir del estudio de documentos descriptivos, legales y biográficos, con el fin de poder analizar diferentes marcos jurídicos extranjeros, extrapolando los resultados a la normatividad vigente establecida a través de legislación y jurisprudencia relevante, sobre realidades jurídicas y empíricas del tema en cuestión.

Dentro de esta metodología se realizará de manera metódica una evaluación minuciosa y sistemática, que permita visualizar las principales características de los contratos de anticresis y de otros similares, que permitan justipreciar la valía del contrato de anticresis en relación con otros tipos de contratos utilizados en Colombia para dirimir situaciones de adeudos.

Para poder cumplir con el primer objetivo establecido en el presente trabajo de grado, se pretendió siempre el poder adoptar una metodología de carácter inductivo, que a través desde su propia perspectiva pueda facilitar la obtención de conclusiones derivadas del análisis, registro y clasificación de los hechos recopilados y su correspondiente análisis a través de la consulta de documentos provenientes desde repositorios académicos y legales, que puedan dar luz a la comprensión del fenómeno tanto en Colombia como en otros países de habla hispana.

Para poder desarrollar de manera adecuada el segundo objetivo se ha pretendido identificar las diferencias entre el contrato de anticresis frente a otras figuras contractuales, como la prenda, el arrendamiento, la hipoteca o el leaseback y se llevarán a cabo revisiones teniendo como fuente principal la legislación del tema y la jurisprudencia, además, de otros proyectos de investigación.

Por último, y no menos importante, con base al tercer objetivo, se pretende poder identificar las garantías propias e inherentes del contrato de anticresis, y se hará un estudio de hechos fácticos a través de consultas a las entidades de registros, en los cuales se ponga de manifiesto la aplicación de los contratos de anticresis tanto en el país como en otras naciones.

Lo anterior permitirá valorar la validez de los conocimientos adquiridos y el uso adecuado de las herramientas utilizadas para el desarrollo de la investigación, así como las características propias de los contratos de anticresis en diferentes países para poder justipreciar las garantías jurídicas con las que pueden contar las partes involucradas al momento de implementar esta modalidad de negociación jurídica.

2 Capítulo II: Conceptos Básicos del Contrato de Anticresis

2.1 Historia del Contrato de Anticresis

El nombre jurídico del contrato de anticresis, tiene sus orígenes en el antiguo griego y deriva de la combinación de dos términos: *ἀντί* (anti), que básicamente puede ser traducido como a cambio de o en lugar de y *χρῆσις* (chrêsis), que significa disfrute, uso o empleo; por cuanto la anticresis debe de entenderse como el uso de una cosa por parte de la persona acreedora, en lugar de que el disfrute lo realice su legítimo poseedor, que en este caso sería el deudor (González, Ramírez, & Sotelo, 2009, pág. 16).

Durante muchos años, aunque este tipo de contrato se utilizó, poco a poco fue perdiendo vigencia, hasta que, en el año de 1804, cuando Napoleón Bonaparte era el primer cónsul de Francia, se promulgó el primer Código Civil Francés. Como tal, el Código Napoleónico es uno de los documentos más importantes y sobresalientes a nivel mundial, porque el mismo se basó en todas aquellas leyes que fueron promulgadas a raíz de la Revolución Francesa en 1789, y que dio origen a la gran mayoría de los códigos civiles del mundo occidental (Rivera, 2016, pág. 157).

El Código Napoleónico, se sustentaba en su parte estructural en dos grandes vertientes, la primera de ellas era el tradicional Derecho Franco-Germano, que en realidad había sido desarrollado en los países bajos; y en segundo lugar fue el resultado directo del Derecho Romano, aunque durante la edad media, sobre todo en el sur de Francia, se modificó notablemente por las circunstancias de injusticia y desigualdad que se observaban en Francia antes de la Revolución Francesa, por tanto, debe de entenderse que el Código Napoleónico en general y el contrato anticresis en particular, resultaron ser el esfuerzo continuo para reequilibrar las fuerzas políticas y económicas de una nación que se encontraba en una situación extremadamente desfavorable en relación con el desequilibrio económico, la iniquidad del poder

autocrático y la imposibilidad de garantizar el pago de una deuda, por las personas con menores recursos (Brahm, 1996).

Desde tal perspectiva debe de entenderse que el contrato anticresis nació como resultado de la imperante necesidad de generar un modelo de garantía, que fuese satisfactoria para las partes intervinientes en una deuda, es decir el deudor y el acreedor, pero que se presentó en un momento histórico, en el cual, lo único realmente valioso que se podía poseer era precisamente la tierra y, por tanto, los frutos pecuniarios que ésta pudiera dar a su poseedor.

2.2 Naturaleza general del contrato anticresis

En relación con lo anterior, y tomando en consideración que el contrato anticresis se comienza a desarrollar de forma efectiva, hasta como se conoce hoy en día, es el resultado de la necesidad primero de obtener crédito, segundo, de que el acreedor tenga la posibilidad y la garantía de que su deuda será pagada, tercero, que el acreedor tendrá un sistema de protección a través del cual, la tenencia de su tierra no será perdida y, por lo tanto, al término del pago de la deuda podrá recuperar la tenencia de la tierra y seguirá teniendo una forma de subsistir (Caycedo & Lara, 2000).

Como ya se ha especificado, el contrato anticresis desarrollado a través del Código Napoleónico, nació como un modelo legal, que protegía a las dos partes interesadas en un negocio jurídico de carácter relativo al empréstito. Desde tal perspectiva, para que una negociación de crédito, es decir para qué una negociación a través de la cual un acreedor habrá de prestar dinero a un deudor, se pueda llevar a cabo, existen cinco factores que permitirán que el crédito pueda ser negociado en términos relativamente adecuados para ambas partes; 1) Por una parte, el carácter del préstamo, es decir la estabilidad con la que cuenta el deudor, para producir el suficiente dinero que le permite pagar su deuda, en dicho factor se evalúa la estabilidad laboral

y los antecedentes del posible deudor para pagar deudas anteriormente contraídas; 2) La capacidad de pago, es decir tomando en cuenta las deudas previamente contraídas y los gastos del posible deudor, el acreedor realiza una evaluación para poder determinar si el posible deudor tendrá la capacidad de pagar el préstamo que le sea otorgado; 3) El capital del que goza el posible deudor, es decir de los recursos con los cuales cuenta para poder pagar la deuda que pretende contraer, entre otros muchos factores se toma en consideración las inversiones que pueda tener el posible deudor, el dinero efectivo con el que cuenta y sus propiedades; 4) el colateral, que se refiere a cualquier activo que pueda ser apropiable por parte del acreedor para poder tener la seguridad de que la deuda será saldada; y 5) las condiciones del empréstito, entre las cuales se evalúan no solamente la situación propia del posible deudor, sino también las condiciones propias del mercado o de la región, es decir la estabilidad con la que cuenta una comunidad o un entorno físico (Meneses & Macuacé, 2011).

Desde dicha posición el contrato anticresis permite solventar los riesgos del posible acreedor, ya que el posible deudor, al contar con una propiedad raíz productiva, garantiza que el pago de la deuda contraída será saldado a quien otorga el empréstito dentro de las condiciones establecidas por el contrato sobre el cual se sustenta el préstamo.

2.3 Características Fundamentales del Contrato Anticresis

Dentro de la legislación colombiana, el legislador ha tenido el cuidado de desarrollar diversas figuras legales que permiten limitar la disposición sobre los bienes inmuebles, en tal sentido en Colombia se han desarrollado tres modelos específicos para el efecto, el censo, que en realidad es una figura jurídica completamente anacrónica y que ya no se usa, el contrato de anticresis, que, aunque ha caído mucho en el desuso todavía sigue vigente y aún está regulado por la normatividad vigente y la afectación de vivienda familiar, esta última figura es de empleo

muy nuevo y en realidad no es el centro de la presente investigación, no obstante es conveniente comentar que la afectación a vivienda familiar es una figura jurídica que entró en vigor a partir de la promulgación de la ley 258 de 1996, y en la cual se trata de proteger la vivienda de una familia, evitando que uno sólo de los cónyuges, pueda contraer una deuda y que trate de solventarla a través de la enajenación de dicho bien común familiar y por lo tanto, exige el consentimiento de ambos cónyuges para que se lleve a cabo el perfeccionamiento de la negociación (Congreso de la República de Colombia, 1996).

La característica fundamental del contrato anticresis es que no es un derecho real, sino que debe de entenderse como un tipo de contrato legal, que recae sobre un inmueble en particular y cuyo único propósito es el de permitir la explotación del inmueble como tal y de los frutos que genere en favor del acreedor, como si fuese el pago de las obligaciones contractuales contraídas con anterioridad, por lo tanto, el contrato anticresis se constituye como una forma de garantía crediticia, sin que haya una afectación real del inmueble en cuestión, desde esa perspectiva el código civil colombiano establece al contrato de anticresis a través del artículo 2458 en los siguientes términos: “Artículo 2458. Definición de anticresis. La anticresis es un contrato por el que se entrega al acreedor una finca raíz para que se pague con sus frutos” (Congreso de la República de Colombia, 1873).

2.4 Tratamiento Jurisprudencial del Contrato de Anticresis

El contrato anticresis, también ha sido tratado por las Altas Cortes Colombianas y generado por tanto la correspondiente jurisprudencia, que posteriormente será analizada con mayor detenimiento, pero que por el momento vale la pena mencionar alguna de las sentencias de las cuales se hace referencia a dicho tipo de contrato, ejemplo de ello es la Sentencia T-643, proferida por la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional (Sentencia T-643, 2015), en

la cual, aunque el objeto central de la sentencia corresponde al trámite de acción de amparo constitucional del solicitante en contra de la Secretaría de Educación de Pasto, si resulta interesante establecer que la misma sentencia se pone de manifiesto que en la ciudad de San Juan de Pasto, Nariño, el contrato anticrético se ha modificado a través del derecho consuetudinario generando un contrato completamente sui generis, ya que el mismo se celebra entre dos personas, una de ellas entrega un bien inmueble a la otra a cambio de una suma de dinero previamente especificada, y al vencimiento del término pactado las partes reintegran tanto el inmueble como la suma de dinero respectivamente.

O la Sentencia SC451-2017, proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia (Sentencia SC451, 2017), en donde si bien se lauda una nulidad relativa de un contrato de compraventa, la razón de dicha nulidad, se respalda en el hecho de un uso inadecuado de un contrato anticrético.

2.5 Postura doctrinaria del Contrato de Anticresis

Ya que el legislador define al contrato anticresis como una figura jurídica, es pertinente relacionar un poco de diversas teorías con relación a este término; y es que son múltiples los significados que se pueden adjuntar a esta expresión, y si bien tienen algunas diferencias no muy importantes, si resulta procedente establecer una uniformidad de criterios para efectos del presente trabajo de grado.

Si se toma en consideración el origen del contrato de anticresis como parte del Derecho Griego Antiguo, y que se ha ido perfeccionando a través del tiempo, en realidad debe de tomarse en cuenta como un pacto de compensación a través del cual el deudor entrega al acreedor una finca raíz para que, a través del usufructo de la misma, el acreedor pueda obtener el pago de la deuda y los intereses originados por la deuda en sí, pero al mismo tiempo no se constituye en una

entrega del inmueble con el objeto de cancelar la deuda, sino que solamente se entrega al acreedor la misma, para que a través del beneficio originado por el bien raíz, se pueda pagar el adeudo, sin que ello constituya la pérdida del bien por parte del deudor (Molina, 2012).

Al respecto Alegre de Miguel y su grupo de colaboradores, hacen una revisión exhaustiva del contrato anticresis desde la perspectiva del Código Civil Español y del Código Civil Catalán y llegan a la conclusión, de que resulta insólito que la figura jurídica del contrato de anticresis haya entrado en desuso y que actualmente sea el contrato de regulación de préstamos que menor trascendencia ha tenido a través de la historia de la España del siglo XX, ya que aunque entró en vigor a través del código civil español en el año 1889, no ha sido contemplado en ningún proyecto o anteproyecto de ley que haya modificado su estamento jurídico original y se mantenga intacto desde su primer promulgación en el año de 1889, lo cual podría ser explicable desde el punto de vista de su muy escaso uso social; los autores plantean que la incorporación de esta figura jurídica tanto en los códigos civiles españoles como catalán, hizo que su regulación fuera imprecisa al momento de su promulgación y que no haya sido evaluada o reevaluada a través del tiempo, aunque sin embargo sigue siendo parte de los derechos reales de garantía y, desde la postura de los autores la figura del contrato de anticresis no tiene un sentido jurídico en la actualidad y se constituye únicamente en un contrato establecido por las partes firmantes, sin que en él confluyan mayores ambiciones (Alegre et al., 2017)

Desde tal perspectiva, es evidente que, dentro de la legislación actual española, existen otros tipos de contratos que al recaer sobre un bien mueble o inmueble con el propósito de garantizar una obligación, como lo son: la prenda, la hipoteca inmobiliaria, el usufructo, el uso y la habitación, comodato, dación en pago y arrendamiento, resultan tener una mayor preferencia entre la población civil (Vega et al., 2018).

Lo anterior toma sentido cuando se regresa al postulado anterior en donde se establecía, que el contrato anticresis tenía una importante vigencia, en el momento en el que las condiciones económicas, políticas y sociales, determinaban que la única posesión que realmente podía ser válida para constituirse en una garantía de un empréstito, resultaba la tenencia de la tierra, en España, esta situación fue cambiando a través del tiempo y posteriormente a la Segunda Guerra Mundial, las condiciones económicas cambiaron tanto que recurrir a la tenencia de la tierra como único medio de garantía de pago en un empréstito, dejó de tener la vigencia que en algún momento tuvo (Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, 1979).

No obstante, en diversos países de Latinoamérica la figura del contrato anticresis sigue teniendo una vigencia importante porque en muchos países de la región todavía existen tales condiciones, es decir todavía las condiciones sociales, económicas y políticas determinan que la tenencia de la tierra constituye la suficiente garantía para un empréstito, como para considerar como válida la figura del contrato anticresis, y en Colombia, aunque ha caído mucho en el desuso, las condiciones son muy equiparables a las que se presentan en diversos países latinoamericanos en donde la figura jurídica del contrato anticresis sigue teniendo vigencia actual (Machado, 2009).

2.6 El Dilema de la Definición Legal

Como lo que se pretende, es hacer énfasis en el caso colombiano, es importante tomar como punto de partida la definición que al respecto ofrece el Código Civil, y se realizará un sucinto recorrido por este mismo tipo de contrato en otros países de habla hispana y como se define; es así como 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” (Congreso de la República de Colombia, 1873).

En el caso específico de Puerto Rico, en su Código Civil, en su edición de 1930, adicionado por la Ley 231 de 2018 y modificaciones anteriores, en el Capítulo IV: “De la anticresis”, correspondiente al Título XV: “De los contratos de prenda, hipoteca y anticresis” y que a su vez pertenece al Libro IV: “De las obligaciones”; se define a la anticresis de los siguientes términos: “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” (Asamblea Legislativa de Puerto Rico, 1930).

En el Código Civil de la República de Perú, establece la naturaleza de la anticresis en su Título II de la sección cuarta llamada "derechos reales de garantía", en el artículo 1091, en los siguientes términos: "Por la anticresis se entrega un inmueble en garantía de una deuda, concediendo al acreedor el derecho de explotarlo y percibir sus frutos" (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República del Perú, 2015).

En la República de Argentina, el código civil argentino, define a la anticresis a través de su artículo 3239 en los siguientes términos:

El anticresis es 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 (Congreso de la República de Argentina, 1869).

Ahora bien, lo que se pretende al plantear tales definiciones es dar un punto de vista en el cual se demuestre que este tipo de contrato no solo existe en Colombia, si no que su marco jurídico es de carácter internacional y de gran aceptación en otros países y que lo que se requiere es fortalecer sus claridades conceptuales para que pueda ser de amplio uso en el medio nacional.

2.7 Naturaleza Jurídica

Ahora bien, ya se ha establecido con anterioridad que, según el artículo 2458 del Código Civil colombiano, la anticresis es un contrato, y 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" (Congreso de la República de Colombia, 1873), desde el análisis realizado a través de la presente investigación se puede considerar que esta definición es errónea, ya que da a entender que este contrato es igual a una convención y la práctica muestra que contrato y convención desde lo civil son cosas muy diferentes, la convención debe de ser entendida como una doctrina de acuerdo de voluntades, entre dos o más involucrados, con el fin de modificar, crear o extinguir alguna relación jurídica (Ospina & Ospina, 1994, pág. 57), es así como la definición del artículo 1495 fue aceptada como contrato civil.

A la luz de lo anterior y basados en el análisis realizado a través de la investigación, y buscando que se pueda determinar y dilucidar la naturaleza jurídica del concepto, es necesario perentorio ahondar en las diferencias entre causa y objeto ya que la causa es el motivo y el objeto es el para qué, por esto para dar respuestas a estos interrogantes, resulta necesario analizar los elementos que postula el propio Código Civil colombiano, sobre todo en su parte sustancial en donde textualmente se expone que: "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 produzca” (Congreso de la República de Colombia, 1873), desde tal posición se puede entender que la causa o motivo, es la existencia de una obligación pendiente entre las partes, y el objeto o significado de la utilidad de la figura jurídica, es simplemente la extinción de la deuda, no la enajenación de la propiedad raíz.

Ante lo expuesto, vale la pena traer a colación lo planteado por Caycedo, Felsmann y Rodríguez en su tesis de grado para optar al título de abogado por la Universidad de la Sabana, en donde los autores postulan lo siguiente:

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.

Por todo esto es que determinamos que hablar de anticresis civil, se debe hablar de convención, pues como explicamos en el concepto esto es un acuerdo de voluntades cuyo fin es extinguir una obligación jurídica y está acorde a la definición, con el de convención, y por realidad, con el de anticresis (Caycedo, Felsmann, & Rodríguez, 2001).

2.8 El contrato Anticrético Desde Dos Perspectivas Distintas

2.8.1 El Contrato Anticrético en San Juan de Pasto, Nariño

En Colombia, el contrato de anticresis no tiene un uso muy extendido en la gran mayoría del territorio nacional, no obstante, en la ciudad de San Juan de Pasto, en Nariño, su uso si es muy frecuente y al respecto vale la pena tomar en consideración la Sentencia T-643 de 2015, proferida por la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, en donde se habla puntualmente al respecto en los siguientes términos:

El contrato de anticresis se encuentra consagrado en el artículo 2458 del Código Civil y que consiste en: “la anticresis es un contrato por el que se entrega al acreedor una finca raíz para que se pague con sus frutos.”. Sin embargo, en la ciudad de Pasto la figura se emplea de manera diferente, constituyendo un contrato sui generis aceptado por la costumbre y la práctica, en este orden de ideas, dos personas acuerdan, una de ellas, entregar un bien inmueble a la otra, a cambio de una suma de dinero determinada, por un tiempo específico; vencido el término pactado, las partes reintegran el inmueble y la suma de dinero respectivamente. (Sentencia T-643, 2015).

Para poder comprender cabalmente la conveniencia que tiene la aplicación de los contratos anticréticos específicamente en la ciudad de San Juan de Pasto, Nariño, es necesario entender qué es lo que ha orillado a la modificación producida a través del derecho consuetudinario en dicha región; en cualquier otra parte de Colombia, el contrato anticrético establece la entrega de un bien inmueble a una persona que a cambio y en contraprestación, presta una cantidad X de dinero, con el objeto de cobrarse el monto prestado y los intereses subyacentes a través de los frutos que la misma propiedad genere, no obstante es necesario tomar en consideración que cuando se entrega una propiedad para que la persona que presta el dinero, se cobre a través de sus frutos, necesariamente habrá que tener que trabajar la propiedad, para poder generar dichos frutos, que serán los que pagarán tanto la deuda como los intereses; desde esa perspectiva si se entrega por ejemplo una hacienda productiva, entonces la persona que prestó el dinero tendrá que hacer producir el inmueble que le ha sido otorgado de forma anticrética y hacerlo producir, es decir trabajar la propiedad para que ella misma produzca el pago de la deuda y los intereses.

Si esto se analiza de una manera más detenida y la propiedad en cuestión, por ejemplo es una finca lechera, entonces la persona que prestó el dinero, tendrá que producir la suficiente leche, para que la venta de la misma pague el monto adeudado, de esa manera la persona que prestó el dinero tendrá la obligación y la necesidad de trabajar la finca, para poder cobrar su deuda; desde otra perspectiva, la persona que prestó el dinero, tendrá que convertirse en ganadero para poder obtener los beneficios económicos que se supone que la finca lechera habrá de producir a un tiempo predeterminado.

En otro caso, en el cual el bien inmueble que ha sido otorgado de manera anticrética a la persona que prestó el dinero, es un edificio en donde se encuentran varios departamentos que se

encuentran en arriendo, entonces la persona que ha prestado el dinero y que ha recibido la propiedad anticréticamente, ahora se tendrá que convertir en arrendatario, para que a través de la administración del inmueble obtenga el pago, tanto del dinero que originalmente prestó, como los intereses que el mismo préstamo a pactado.

En el municipio de San Juan de Pasto, Nariño, tal circunstancia ha sido editada de una manera original, ya que en dicha población el contrato anticrético únicamente se circunscribe al hecho de entregar la propiedad a una persona que presta una cantidad de dinero, y al término de un tiempo predeterminado, se las partes contratantes entregan en manos de su legítimo dueño de los bienes que han sido objeto del contrato anticrético, es decir la persona que originalmente prestó el dinero y que recibió una propiedad en anticresis, tendrá que entregar la propiedad al dueño, y la persona que recibió el dinero en préstamo, tendrá que devolver a su prestamista la cantidad de dinero que le fue prestada y los intereses generados por la misma, pero sin la necesidad de que el prestamista, tenga la obligación de trabajar el bien inmueble que ha otorgado el prestatario a través de dicho contrato.

Es importante tomar en consideración también que de acuerdo con se lleva a cabo un contrato anticrético en Colombia y en la mayoría de los países latinoamericanos, el contrato anticrético es una de las fórmulas, y en muchos casos la única, por la cual un prestatario de escasos recursos o con limitaciones de liquidez económica, puede alcanzar un préstamo en corto tiempo, y además, con la garantía de que su propiedad no está en riesgo y le será devuelta al momento del pago de la deuda y los intereses que ésta genere.

Lo anterior explica una conveniencia que resulta fundamental en esta figura jurídica y es específicamente que el prestatario no requiere de gran solvencia o liquidez económica para poder

llegar a acceder a un préstamo, desde otra perspectiva el contrato anticrético se debe de entender como un acto de buena voluntad.

Específicamente en el municipio de San Juan de Pasto, Nariño, la figura legal de la anticresis se ha desarrollado de tal manera, que es normal que en dicha población casas y departamentos sean ofrecidos por corredores de bienes raíces, ya sea en venta, en alquiler o en anticresis y en dicha población casas y departamentos que generalmente son otorgados a través de un convenio anticrético, reciben el nombre común de casas o departamentos anticresis, llegando más lejos, en dicho municipio también se utiliza el término Anticres (OLX, 2020), que aunque el término no tiene ningún significado en otras partes de la República, en dicha zona geográfica es ampliamente conocido con ese nombre e incluso el nombre se ha modificado hasta convertirse en verbo, de esa manera, algunas agencias inmobiliarias anuncian casas y departamentos con la frase: “se anticresea apartamento” (Amorel, 2017).

2.9 Falencias del Contrato Anticrético en la Legislación Boliviana

Aunque si bien es cierto que hasta el momento se han planteado una serie de ventajas inherentes a los contratos anticréticos en diferentes países de habla hispana, específicamente en países centro y sudamericanos, intencionalmente se ha dejado hasta el último el análisis de los contratos anticresis en la legislación boliviana, porque tanto los trámites para su aplicación, como para el finiquito del contrato y en casos extremos, para la ejecución de la vía legal, son mucho más complicados de lo que sucede en otros países de habla hispana, sobre todo en lo referente a Centro y Sudamérica.

Desde la perspectiva de la legislación boliviana, resulta indispensable identificar primeramente cuáles son las partes que intervienen en el contrato anticrético, por una parte, está el propietario del inmueble y por la otra el anticresista; hasta este punto lo planteado es

completamente concordante con lo que se ha podido investigar en lo referente al contrato anticrético en otras naciones de habla hispana, pero dentro de la legislación boliviana debe de hacerse la aclaración de que propietario es aquel que tiene todos los documentos en orden, no el poseedor, es decir una persona que está en posesión de un lote, de un terreno o de un inmueble, ya que no puede dar en anticrético un bien raíz que no es de su propiedad ya que uno de los requisitos fundamentales para que alguien pueda dar en anticrético cualquier inmueble es ser propietario debidamente inscrito y registrado en Derechos Reales (Presidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2004).

Lo anterior tiene su concordancia en que los contratos anticréticos, deben, necesariamente ser registrados en Derechos Reales en calidad de hipoteca o anotación preventiva, lo que se traduce en que se constituye como una limitante al derecho propietario, desde el punto de vista de la legalidad boliviana un contrato anticrético que no ha sido perfeccionado de esa manera está naciendo con algún vicio que el día de mañana, puede dificultar el cobro del monto del dinero en empréstito (Lasarte, 2009).

El anticresista es la persona interesada en dar el dinero para obtener la posesión temporal a través de este documento anticrético, el anticresista debe exigir al propietario que se desea poner en anticresis su propiedad, una serie de documentos a través de los cuales se puede perfeccionar el contrato, siendo el más importante de ellos el Certificado de Alodía ¹, el cual

¹ Aunque dentro de la legislación colombiana no se conozcan los certificados de alodio o certificados alodiales, en la legislación boliviana son un tipo de certificados que comprueban que no existe gravamen alguno sobre la propiedad, el equivalente más cercano dentro de la legislación colombiana es el certificado de libertad. Desde el punto de vista histórico, el concepto procede de la época medieval, los bienes alodiales eran los bienes poseídos en pleno dominio, sin cargas, censos o separación del dominio directo y el útil. En otras palabras, eran los bienes libres de todo gravamen o prestación señorial, a diferencia de los bienes enfeudados o feudos. El término aparece opuesto al feudo, que implica separación de los dominios directo y útil, imposibilidad de transmitir el dominio sin autorización del señor y relaciones personales entre el señor y el poseedor de la tierra. El término, surgió posiblemente en la época de las invasiones bárbaras y aparece usado en la época carolingia para designar los bienes adquiridos a título hereditario; después vino a significar propiedad absolutamente libre. Tomada de: https://www.definiciones-de.com/Definicion/de/bienes_alodiales.php © Definiciones-de.com.

debe de presentarse certificado y en original, porque es precisamente dicho certificado el que establece la situación exacta del inmueble, es decir, quién es el propietario, si existe alguna hipoteca, prohibición o restricción y si, además, ese propietario tiene todas las facultades para poder disponer de ese inmueble en calidad anticresis, así mismo, cabe recordar que un trámite de colocación en anticresis de una propiedad necesaria obligatoriamente tiene que ser realizado por el propietario de manera personal o en su defecto el apoderado legal que tenga el poder en original que lo faculte para dar en anticresis ese inmueble (Ley del Órgano Electoral Plurinacional de la República de Bolivia, 1975).

Una vez que se han cubierto todos los requisitos el anticresista potencial debe asesorarse de un abogado para que redacte el contrato anticresis y una vez redactado el documento, este debe ser llevado ante un notario de fe pública para que el notario de fe pública, protocolice el documento y lo eleve así a la calidad de instrumento público; una vez que dicho documento haya sido protocolizado de la manera adecuada y se encuentra en calidad de instrumento público, éste puede ser presentado ante la oficina de Derechos Reales para diligencias. Cuando se haya elevado el instrumento público a través de la protocolización que realiza el notario de fe pública ese documento el registro en calidad de hipoteca o anotación preventiva sobre ese inmueble que está siendo objeto de anticresis y por el monto que se ha pactado en el documento, es importante recordar que para que exista equidad a la hora de revisar la documentación y que el contrato sea realmente objetivo y no beneficioso para ninguna de las partes, es recomendable que esté presente tanto el abogado del propietario como el abogado del anticresista (Soriano & palacios, 2016).

Para poder comprender de manera cabal la complejidad del negocio anticrético en Bolivia, es importante tomar en consideración que el momento más importante cuando se va a

realizar un negocio jurídico, es precisamente el perfeccionamiento del contrato, ya que dicho contrato establece las reglas de ese negocio jurídico, adicionalmente a lo anterior, resulta que el contrato anticrético equivale un préstamo de dinero, porque en realidad eso es lo que ampara y aunque el anticresista le esté prestando el monto de dinero al propietario del inmueble y no será necesario el que pague un interés, cuando menos no en todas las ocasiones, el anticresista usará y disfrutará del bien inmueble que ha tomado en calidad de anticresis, a diferencia de lo que sucede con los préstamos bancarios, porque cuando se suscribe un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, si el deudor por alguna razón no se encuentra en la posibilidad de pagar al banco el empréstito recibido, entonces el banco está en la posibilidad de rematar la propiedad, cosa que no sucede dentro del contrato anticrético (Ruíz, 2015).

Ahora bien, como se ha podido observar, en Bolivia, los requisitos específicos para celebrar un contrato anticrético son extensos, complicados, requieren de instancias en diferentes instituciones gubernamentales, cuestan dinero y demandan tiempo y adicional a lo anterior, es importante tomar en cuenta que, si un negocio jurídico nació a través de un contrato, necesariamente debe cesar a través de otro contrato que lo finiquite, por lo tanto, una vez que se hizo un contrato anticrético, al finiquito del mismo, necesariamente se tiene que elaborar otro contrato que Bolivia recibe el nombre de contrato de cancelación de anticresis, para hacer constar de manera documental que el dinero del empréstito ha sido devuelto y que el negocio anticrético que ha sido registrado en los Derechos Reales, ahora deberá ser registrado como finiquitado a través del nuevo contrato, tomando en cuenta que tanto en la elaboración del contrato anticrético como en el contrato de cancelación, es menester pagar un impuesto en el Servicio de Impuestos Nacionales para poder tramitar ambos contratos ante la oficina de derechos reales, cancelar en

los registros públicos la anotación correspondiente y eliminar la hipoteca de anticresis (Editorial de Infocasas. Noticias del Mercado Inmobiliario Boliviano, 2017).

Adicionalmente a lo anterior, conviene recordar que, dentro del marco jurídico boliviano, la forma en la que se acostumbra negociar los contratos de anticresis e incluso los contratos de arrendamiento establecen una permanencia mínima de un año forzoso dentro del contrato, que adicionalmente puede ser continuado por un año voluntario, que generalmente por acuerdo de partes debería de ser pactado de manera puntual, no obstante en la práctica real, cuando se ha cumplido el año de permanencia forzosa dentro de un contrato anticrético, es necesario hacer conocer mediante carta notariada al propietario del inmueble que ya no tiene la intención de continuar con el otro año voluntario, y por lo tanto establecer una forma de cobranza adecuada de la empréstito realizado a través del contrato anticrético, por lo tanto en dicho documento notariado debe establecer el anticresista que en primer lugar no quiere seguir haciendo usufructo de la propiedad y en segundo lugar hacerle conocer al deudor, que requiere la devolución de su dinero; en realidad dicha carta notariada se convierte en un comunicado que pone en mora al propietario del bien raíz y se le notifica que se le está dando también un plazo prudencial para que devuelva el dinero del empréstito, y cuando no lo hace dentro del plazo prudencial, la misma carta notariada, es el documento sobre el cual se sustenta la vía expedita ya para iniciar el proceso judicial y lograr el cobro de la anticresis pactada (Palenque, 2000).

Ahora bien, mientras que al anticresista le asiste el derecho legal de finiquitar el contrato anticrético dentro del lapso comprendido en el año voluntario, desde el punto de vista legal, el propietario del inmueble, es decir el deudor, no puede hacer nada y debe esperar el cumplimiento del contrato al término de dos años y por lo tanto el deudor está obligado a pedirle por favor al anticresista que desista del año voluntario, porque en caso contrario se entiende en Bolivia que el

contrato es ley entre partes, lo que suscribe entre dos personas y pactan dos personas es ley entre las partes, y aún en el caso de que el anticresista acceda, todavía es necesario establecer un nuevo contrato que redefina y acorte el tiempo de permanencia en el mismo y modifique tanto los plazos, como las formas y métodos de pago del empréstito (Palenque, 2000).

Las dificultades inherentes en el perfeccionamiento de un negocio anticrético en Bolivia, pueden ser explicadas si se toma en consideración lo planteado por Escobar y Vázquez en su artículo de debate intitulado como: “¿Hacia dónde va Bolivia? Una reflexión propositiva sobre su historia y desarrollo”, en dicha obra y en su parte introductoria los autores plantean la siguiente reflexión:

Bolivia confronta un momento de ruptura política, social y de antagonismo económico en el marco de un modelo de distribución inequitativo y carente de un sistema empresarial que sea el motor del desarrollo; sin empresa tenemos un país quebrado o roto.

En un mundo con tendencias claras como la globalización, la revolución tecnológica y la competitividad, y con bloques y naciones cada vez más y mejor posicionados, como Estados Unidos, China y la Unión Europea, la pregunta de rigor para esta remota tierra que apenas se escucha en el concierto mundial es: ¿hacia dónde va Bolivia?

Pocos o quizás ninguno podamos responder a la interrogante sobre el futuro de Bolivia. De lo que, si podemos hablar, aunque con lástima, es de la Bolivia de hoy como una nación fragmentada, embargada en el llanto por la confrontación y muerte de sus habitantes: una nación en ira, un sueño de desesperanza que se extiende sin luces y

sin un posible despertar (Escobar & Vásquez, 2005).

Tratando de suavizar y de entender la postura anteriormente planteada, es necesario citar a Horacio andaluz en su publicación intitulada: “La estructura del sistema jurídico boliviano y las relaciones entre las fuentes de su derecho según la Constitución vigente”, ya que, en la introducción a su artículo, textualmente dice lo siguiente:

La estructura de un sistema jurídico se determina por las relaciones entre sus fuentes, esto supone que el Derecho regula su propia creación, pero también que el significado material de sus normas depende de las formas normativas que las albergan, así, la determinación del significado jurídico de una norma depende de su posición en la estructura del sistema y de sus relaciones con las demás formas normativas del mismo, de manera que en el pensamiento jurídico el conocimiento formal del sistema antecede a su conocimiento material, pues lo segundo viene determinado por lo primero, de ahí la relevancia de las fuentes en la teoría general del Derecho, ahora bien, que el estudio de un sistema positivo deba hacerse desde su norma fundacional, obedece a que la norma fundacional determina las condiciones de validez del sistema, y en esa medida determina también las relaciones entre sus formas normativas, estas relaciones son las que configuran la estructura específica de cada sistema positivo, que el estudio positivo de las fuentes deba hacerse desde el Derecho constitucional, responde al hecho de que son las constituciones las que, al establecer las condiciones de validez para la pluralidad de normas que articulan, dan configuración estructural

a los sistemas positivos que fundan (Andaluz, 2009).

Lo anterior se pone de manifiesto cuando se toman en consideración fuentes fehacientes que demuestran que, en el Estado Plurinacional de Bolivia, verdaderamente existen problemas subsecuentes a la aplicación de los contratos anticréticos ejemplo de lo anterior, es una noticia publicada en el diario: “Correo del Sur” en donde se comenta que un juez ordenó desalojar a una familia, víctima de una supuesta estafa en la capital de la República Boliviana, porque una señora de 60 años de edad, que había invertido todos sus ahorros para adquirir una casa en propiedad a través de un contrato anticrético, fue supuestamente engañada por un presunto prestamista que había pagado parte del monto anticrético a la propietaria del inmueble con la posibilidad de comprar el bien raíz y el Tribunal Departamental de Justicia, se vio imposibilitado a garantizar la devolución del anticrético a las víctimas, que fueron desalojadas sin poder recuperar su capital de inversión (Noticias Nacionales. Diario Correo del Sur, 2015).

Pero no solamente noticias relacionadas pueden ser halladas de los diarios bolivianos, otra fuente en donde se pueden encontrar inconsistencias en cuanto a los contratos anticréticos es la propia jurisprudencia, y ejemplo de lo anterior es el Auto Supremo: 1008/2017, con número de expediente LP-51-17-S, de fecha 25 de septiembre 2017, laudado por la Sala Civil del Tribunal Supremo de Justicia en el proceso incoado por Elizabeth Carola Bermúdez de Aparicio, en contra de Ana María Robles Jiménez de Hannover, por incumplimiento de obligación, en el pago de daños y perjuicios en un contrato anticrético (Auto Supremo: 1008, 2017).

Como se puede observar por los comentarios realizados, la legislación de los contratos anticréticos en el Estado Plurinacional de Bolivia, son más complejos de lo que resultan en otras partes de América Latina. De manera específica los contratos de anticresis están sancionados a través del Código Civil Boliviano por los artículos correspondientes del 1429 al 1435, que se

encuentran dispuestos en el Capítulo IV: “De la ejecución forzosa”, en su Sección III: “De la anticresis”, y en esos siete artículos se establecen las bases jurídicas del contrato de anticresis, no obstante, su regulación desde el punto de vista tributario es completamente diferente a lo que sucede en otros países de Latinoamérica. En la parte correspondiente a los anexos, se transcriben textualmente los artículos correspondientes al Código Civil Boliviano, para que el lector esté en la capacidad de poder comparar la legislación de los diferentes países analizados en el presente trabajo de grado.

Las diferencias importantes que existen en la regulación de los contratos anticréticos en la República de Bolivia comienzan a ser diferenciables de las legislaciones de otros países de la región (países de Latinoamérica) en cuanto de acuerdo con el artículo 491° de su código civil, se establece que este tipo de contratos deben de ser realizados a través de un contrato público registrado en Derechos Reales y, por lo tanto, si no se realizara dicha diligencia, entonces el contrato mismo no tendría ninguna validez y no podría considerarse ni siquiera como un contrato privado, en el artículo en comento, se establece puntualmente lo siguiente:

Art. 491.- (Contratos y actos que deben hacerse por documento público).

Deben celebrarse por documento público:

- 1) El contrato de donación, excepto la donación manual.
- 2) La hipoteca voluntaria.
- 3) La anticresis.
- 4) La subrogación consentida por el deudor.
- 5) Los demás actos señalados por la ley (Órgano Electoral

Plurinacional del Estado Plurinacional de Bolivia, 1975).

No obstante, cuando se perfecciona un contrato anticrético en la República de Bolivia, como son muchas las instancias legales que intervienen en el mismo, tales como el Registro Civil y el Registro de Derechos Reales, cada institución cobra un monto por el asentamiento original del documento, y por la terminación del mismo, adicionalmente, la Ley 843, a través de la cual se establece el Régimen Complementario al Impuesto al Valor Agregado y se regulan los Regímenes Especiales, establece que a cada una de las partes beneficiadas en un contrato anticrético, corresponde pagar el 10% del monto total del préstamo efectuado, lo que se traduce en que el fisco recibe 10% de cada una de las partes que suman un gran total de 20% del préstamo contractual, ya la más establece en su artículo séptimo que cuando, los contratos anticréticos se hubiesen pactado en moneda extranjera, entonces existirá una regulación especial, que además de cobrar el impuesto correspondiente a favor del Fisco, además asegurará la cantidad que este recibida en forma de ingreso mensual grabado, que protege a la institución fiscal por los cambios que pudieran generarse en el tipo de cambio de la moneda boliviana con respecto a la moneda en la que hubiera sido pactado el préstamo (Organización del Órgano Ejecutivo del Estado Plurinacional de Bolivia, 2014).

3 Capítulo III: Garantías del Contrato de Anticresis

En los países modernos, las garantías fundamentales se establecen a partir de la Constitución Política de cada país en particular, y desde esa perspectiva las Garantías Constitucionales son los medios o instrumentos que cada Constitución Política establece para que los habitantes del país puedan sostener y defender sus derechos frente a otros individuos, grupos sociales o incluso en contra de las propias autoridades; pero también existen otro tipo de garantías que le asisten a los administrados como son por ejemplo, las Garantías Procesales, que basadas en diversas instituciones y procedimientos que aseguran el derecho de los administrados, ponen a su disposición los medios necesarios para que puedan hacer efectivo el goce de sus derechos subjetivos, desde esa perspectiva, los derechos y obligaciones del orden civil, también gozan de una protección específica y especial y en general, este tipo de derechos y obligaciones, están consignados en el Código Civil de cada Nación.

A la luz de lo anterior, para poder entender las garantías con las que goza un contrato anticrético en cualquiera de los países de la región (países de Latinoamérica), se hace necesario conocer las condiciones legales que rigen los contratos anticréticos y es precisamente en este capítulo, en donde se analizarán los cuadros normativos que regulan los contratos de anticresis en los diversos países, en los cuales se realizó la investigación sobre la cual se sustenta el presente trabajo de grado.

A la sazón es conveniente reconocer que los contratos anticréticos, en Latinoamérica se constituyen en contratos civiles cuya autorización ha venido disminuyéndose en la actualidad y, no obstante, la importancia intrínseca de este tipo de contratos resulta digna de tomarse en cuenta porque establece las pautas necesarias para que muchas personas de escasos recursos económicos y reducida liquidez, puedan acceder a préstamos monetarios entre los propios particulares; pero

es importante reconocer que este tipo de contratos no es un convenio traslativo de dominio, dado que la entrega del bien inmueble, se realiza únicamente con la finalidad de que el acreedor, pueda obtener el pago del empréstito otorgado a una tercera persona, a través de los frutos que produce dicha finca raíz, como se verá a continuación, en los diferentes países de Latinoamérica, es perfectamente posible que el inmueble pertenezca al deudor o a una tercera persona, siempre y cuando dicha tercera persona conciente con el contrato y dicho contrato se perfecciona con la tradición del inmueble (Castillo, 2014).

En general, de los países latinoamericanos analizados los acreedores de contratos anticréticos, gozan de idénticas consideraciones y derechos que los arrendatarios en general en lo que corresponde a mejoras, pago de perjuicios y gastos que origine la operación del bien raíz que sustenta el contrato en sí, pero al mismo tiempo sus obligaciones también son equivalentes a las que tendría cualquier arrendador y por tanto, se encuentra en la obligación de conservar en buen estado el bien raíz que le fue entregado en razón del contrato anticrético y al término del mismo, restituirlo a su real poseedor.

Existen otras consideraciones específicas observables en los contratos anticréticos en los diferentes países analizados y en razón a lo anterior, en este capítulo se tratará de abordar las diferencias que existen en el manejo de este tipo de contratos de acuerdo con la legislación y la normatividad de diversos países latinoamericanos.

3.1 La garantía del Contrato Anticrético desde la Legislación Colombiana

En el capítulo anterior se estableció que el contrato anticrético tiene una importancia peculiar en San Juan de Pasto en el departamento de Nariño y se habló puntualmente del asunto, pero también en otros departamentos y ciudades de la República de Colombia los contratos anticréticos resultan ser una parte importante de la vida civil de la población y por eso, incluso

existen formatos específicos para la celebración de contratos anticréticos, como ejemplo de lo anterior, resulta altamente conveniente tomar en consideración el formato utilizado por la Notaría 14 del Círculo de Cali, Departamento de Valle del Cauca, cuyo titular en propiedad es la Dra. María Sol Lucia Sinisterra Álvarez, desde el año 2009 a través del Decreto No. 1469 (Ministerio del Interior y de Justicia, 2009); el cual, por su importancia, se anexa de manera íntegra en el área de anexos de éste mismo trabajo de grado, vale acotar, que la importancia del conocimiento de dicho contrato radica en que muchos profesionales del área del derecho, jamás han tenido en sus manos un contrato anticrético, por la línea escasez de su utilización en el país.

En su Tesis de Especialización en Derecho Comercial, el Dr. Andrés David Bulla Ayala, sostiene que los contratos anticréticos se celebran con más frecuencia de lo que sucede en otros países de Latinoamérica y plantea que lo anterior se debe no solamente a las condiciones socioeconómicas del país, sino que también responde de manera directa a las garantías que ofrece el cuadro normativo legal colombiano, que hace que este tipo de contratos civiles, goce de un respaldo y de una aceptación mayor, de lo que sucede en otros países de la región, al respecto de sus propias palabras el autor manifiesta su postura acerca de los contratos anticréticos, en los siguientes términos:

La anticresis es un contrato, que se encuentra definido en el código civil colombiano como "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". En materia civil el contrato de anticresis es una garantía real (exclusivamente inmueble) que se le entrega "al acreedor para que se pague con sus frutos", bien sean naturales (espontáneos de la tierra y la cría de animales), o civiles (arriendos,

ganancias, intereses), que produzca, imputándolos primero a los intereses y luego al crédito, y restituyéndola una vez que se haya cancelado la deuda. Mientras que en el código de comercio colombiano acepta que el contrato recaiga "sobre toda clase de bienes", y que este se perfeccione con la mera tradición del inmueble" (Bulla, 2017).

Desde la postura establecida por el Dr. Andrés David Bulla Ayala, puede determinarse que un contrato anticrético goza de diversas características generales que lo hacen reconocible frente a otros tipos de contratos civiles, entre ellas por ejemplo se tiene que es un contrato real, ya que su perfeccionamiento se da con la entrega del bien que ha sido establecido como garantía y se otorga al acreedor temporal el derecho preferente hasta que no se efectúe el pago total de la deuda; se constituye también en un contrato unilateral, ya que ese tipo de contratos solamente genera obligaciones para el acreedor y que posteriormente podrá generar obligaciones a cargo del constituyente por lo cual es un contrato sinalagmático imperfecto; debe de tomarse en consideración que también es un contrato accesorio, ya que para su perfeccionamiento se debe presuponer la existencia de validez de una obligación primaria principal, que es la que da efecto y origen al propio contrato anticrético; al mismo tiempo se constituyen un contrato de tracto sucesivo, ya que los frutos que producirá el inmueble, serán frutos que se desarrollan a través del tiempo y por lo tanto deben de ser imputados de acuerdo con la forma previamente convenida; por último, es importante tomar en consideración que en un contrato anticrético la cesión temporal del bien inmueble no solamente es una garantía, sino que al mismo tiempo constituye una forma de pago, no obstante dicho tipo de contrato no implican la cesación de la propiedad del bien sino solamente de los frutos que el bien produzca, y a través de los cuales se pagará la deuda contraída (Bulla, 2017).

En materia de regulación legal, en Colombia los contratos anticréticos son establecidos a través del código civil en los artículos que corresponden del 2458° al 2468° y que se circunscriben en el Libro Cuarto: “De las obligaciones en general y de los contratos”, Capítulo V: “De la extinción de la fianza”, Título XXXVIII: “De la anticresis”, dicha legislación para facilidad de lector, ha sido dispuesta en la sección de anexos de éste mismo documento.

3.2 La Garantía del Contrato Anticrético desde la Legislación Argentina

en la República de Argentina al igual que en las otras naciones de la región latinoamericana el derecho anticrético es un derecho real de garantía en el cual un deudor o un tercero autorizado por el mismo, entrega a un acreedor un inmueble para que a través de su posesión genere ciertos frutos, que puedan consolidar la deuda contraída, por lo tanto, existen tres elementos fundamentales dentro de la legislación argentina que permiten que se perfecciona el contrato anticrético ellos son: un inmueble, su entrega al acreedor, y la autorización correspondiente para percibir los frutos de dicho inmueble, para que a través de ellos se pague un crédito preestablecido.

En el artículo escrito por Marcos Alberto Paz Vela, y publicado en la Revista del Notariado Argentino y que, a la sazón, es egresado de la carrera de Abogacía en la Universidad de Belgrano y Escribano de Registro de la Ciudad de Buenos Aires, interinamente a cargo del Registro Notarial No. 253, de la misma ciudad; el autor plantea que para poder ejercer este derecho el constituyente deberá de estar en la capacidad total de disponer de sus bienes y los representantes de aquellos que no sean capaces de ejecutar los por alguna situación específica, requerirán de la autorización judicial precedente para que a nombre del propietario pueda disponer del inmueble y se otorgue este al acreedor para que tenga derecho a los frutos generados por el inmueble; desde esa perspectiva dentro de la legislación argentina los contratos

anticréticos se tratan de una tipología especial de desmembración de dominio ya que el tenedor temporal, no pasa a constituirse en propietario, sino simplemente en usufructuario de la cosa, y por tanto aunque no tiene para sí el derecho ilimitado de la propiedad si le asiste el derecho de uso y goce del inmueble, pero dicha circunstancia solamente podrá tener vigencia hasta el pago total de la deuda contraída (Paz, 2015).

En la República de Argentina se establece puntualmente una condición específica que en la legislación de otros países de la región latinoamericana no está puntualizar la idea es que, si durante el tiempo en que dure el usufructo establecido a través de un contrato anticrético, llegase a fallecer el usufructuario, entonces a los propietarios les asistirá el derecho indiscutible para recobrar la posesión del inmueble, tal consideración aunque no está prevista en la legislación de otros países de la región latinoamericana, obviamente debe de tener una regulación, pero dentro de la legislación argentina puntualmente se establece tal condición, ya que de acuerdo con el artículo 3245 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, se establece que en casos de anticresis a la muerte del usufructuario queda suspendida la subsistencia del usufructo y se extingue con él (Highton & Bueres, 2004, pág. 645).

En el artículo en comento, se plantea a manera de conclusión que, aunque el derecho real de anticresis ha sido una figura jurídica poco utilizada en la Nación Argentina, se sigue utilizando, aunque muchos particulares prefieran decantarse más fácilmente por sistemas más tradicionales de garantía de una deuda como es el fideicomiso de garantía o del usufructo, que desde la legislación argentina otorga una mayor seguridad a los participantes del contrato, no obstante es perfectamente aceptable dentro de su jurisdicción que el acreedor anticresista se comporte de manera análoga como si fuese el propietario del inmueble, sin tener que rendir cuentas de ningún tipo a nadie, aunque mantiene de manera legal la obligación de cuidar el bien,

conservarlo y ejecutar las reparaciones que resulten necesarias para su mantenimiento, para que al término del contrato jurídico el legal propietario recupere el bien en las mismas condiciones y calidad en la que le fuese entregado, a excepción de aquellos deterioros subsecuentes tanto al buen uso como al paso del tiempo (Paz, 2015).

En la República Argentina, los contratos anticréticos están regulados a través del Código Civil y Comercial de la Nación, en la parte concerniente al Libro Cuarto: “Derechos Reales”, Título XII: “Derechos reales de garantía”, Capítulo 3: “Anticresis”, que está compuesto por los artículos del 2212° al 2218, normatividad que en la sección de anexos de éste mismo trabajo de grado:

3.3 La Garantía del Contrato Anticrético desde la Legislación Peruana

La anticresis es una de las garantías reales reguladas como tal en el Código Civil Peruano, y al efecto de comprender cuál es la posición de la nación peruana con respecto a la anticresis, resulta de la mayor valía revisar los postulados realizados por el Dr. Martín Mejorada Chauca, que a la sazón no solamente es Abogado y Magister en Derecho Civil por la Universidad Católica del Perú, sino que además es catedrático del curso de Pregrado y de la Maestría de Derecho Civil en la misma Institución Universitaria, por lo tanto para la realización del análisis de la figura jurídica de anticresis en el Perú, se han tomado como referencia algunas de sus obras publicadas, entre las cuales destacan con relación al tema las siguientes: “Garantía mobiliaria: Novedad y reivindicación”, “Propiedad constitucional, a propósito de la fe pública registral”, “La posesión y las mejoras en el código civil peruano”, “Derechos sobre bienes y el *numerus clausus*” y “Garantía mobiliaria sobre créditos”.

Desde su punto de vista, dentro del marco legal peruano el contrato de anticresis resulta ser una garantía inmobiliaria de carácter convencional, en virtud de la cual, el propietario de un

inmueble, le entrega físicamente el mismo al acreedor de una obligación económica propia, para que éste por medio de la explotación del bien, se cobre la deuda garantizada; desde tal perspectiva debe tomarse en consideración que el contrato de anticresis es un acto voluntario, por medio del cual se produce una disposición de un bien inmueble por parte del acreedor y al mismo tiempo, un pago de la obligación garantizada del deudor (Mejorada, 2006).

Al respecto de la anticresis en particular, resulta conveniente establecer que, a diferencia de otros tipos de garantías, ya sean reales o personales, donde el aseguramiento sobre un bien, radica más bien en un sistema diseñado para enfrentar un eventual incumplimiento de la obligación garantizada, y que a través de dicho incumplimiento se activa la garantía, para que mediante una ejecución, venta o retención, se propicie y produzca el pago de la deuda contraída; la figura jurídica de la anticresis, se convierte por ella misma en una forma de pago, lo que establece que a priori no se esperará jamás un incumplimiento, porque el acreedor con la explotación del bien que le sea entregado se irá cobrando la deuda que origina la obligación (Mejorada Chauca, Propiedad Constitucional, a Propósito de la Fe Pública Registral, 2015).

De acuerdo a lo anterior y entendiendo la perspectiva de que la figura de la anticresis en realidad no se debe conceptualizar como una garantía sino como una forma de pago, muchos autores doctrinales sostienen que la anticresis, no es en rigor una garantía, sino una forma de pago y por lo tanto se debe conceptualizar como si fuese una exquisitez de carácter teórico, pues en realidad las garantías siempre y en definitiva, serán maneras o formas de pagar la obligación contraída con anterioridad, por lo tanto la diferencia evidente ante otras formas de pago y de garantía, es que en la anticresis no se espera un incumplimiento previo, puesto que la anticresis es el mecanismo directo para pagar, pero no se puede negar que la utilización de un bien como forma de pago, constituye un aseguramiento económico para el acreedor que a diferencia de

cualquier otra promesa que simplemente es la esperanza de que se cumpla una obligación, aquí la posibilidad y el derecho del acreedor de explotar directamente el bien y recabar del usufructo correspondiente los recursos para cobrarse, constituye una verdadera ventaja que le garantiza que la deuda va a ser pagada (Mejorada Chauca, La posesión y las mejoras en el Código Civil Peruano, 1998).

No obstante, y aunque la figura jurídica sigue teniendo vigencia en la nación peruana, el Dr. Martín Mejorada Chauca ha comentado que las Comisiones Revisoras del Código Civil Peruano, de los últimos años, se ha venido inclinando de una manera cada vez más marcada a eliminar la figura de la anticresis dentro del Código Civil Peruano y más bien retirarla del capítulo de garantías, e independientemente de que se le retire o no, lo cierto que este es un pacto que libremente podría también ser convenido entre las partes, aunque no se encontrara en el Código Civil (Mejorada Chauca, Derechos sobre bienes y el Numerus clausus, 2014), es decir dentro del ámbito de la libertad contractual, ya que cualquier propietario, está en la facultad de pactar con su acreedor que el pago de esta deuda se realizará mediante la explotación o el usufructo de un inmueble que le haya sido entregado expresamente para ello, por lo tanto no debe preocupar que eventualmente esta figura jurídica llegue a desaparecer del código civil, pues será siempre posible de llevar adelante su propósito a través de un convenio libre, del cual el derecho privado, se nutre permanentemente (Mejorada Chauca, Garantía mobiliaria sobre créditos, 2015).

La legislación peruana que regula los contratos anticréticos, están circunscritos únicamente a seis artículos del código civil peruano, desde el artículo 1091°, hasta el artículo 1096°; estos artículos están circunscritos al Título II: “Anticresis”, de la Sección Cuarta:

“Derechos reales de garantía”, que pertenecen al Libro V: “Derechos reales”; el texto original de dichos artículos se ha dispuesto en la sección de anexos, para facilidad de lector

3.4 La Garantía del Contrato Anticrético desde la Legislación Ecuatoriana

Para poder evaluar la postura de la figura jurídica de la anticresis desde la perspectiva de la legislación ecuatoriana, es conveniente traer a colación lo postulado por el Ing. Ricardo Proaño agente asociado de RE/MAX Capital, que es una organización de carácter internacional especializada en el manejo de bienes raíces, la cual fue fundada desde 1973 por David y Gail Liniger en la ciudad de Denver, Colorado, en los Estados Unidos, pero que hoy por hoy está constituida por aproximadamente 7000 oficinas situadas en 100 países diferentes, es conveniente esclarecer que, aunque el Ing. Ricardo Proaño se desempeña en su empresa como corredor inmobiliario y no como abogado, sí es el agente de más alta graduación en la sucursal de Quito, Ecuador y desde hace años ha venido especializando en las zonas Centro Norte, Valle y Sur de Quito, y como en Ecuador, la figura jurídica de la anticresis tiene una gran vigencia, entonces su nivel de experiencia en el manejo de las bienes raíces, hacen digna de consideración la perspectiva que tiene acerca de la figura jurídica del contrato anticrético (Proaño, 2019).

El contrato anticrético es la celebración de un contrato entre dos personas la primera es quien cede un bien inmueble, que puede ser una casa, un departamento, un terreno, una finca o una hacienda; y la segunda, es el anticresista, que es la persona interesada en dar una cantidad de dinero por la posición parcial el bien inmueble. Esta figura jurídica ofrece beneficios para las dos partes que producen la negociación, desde el punto de vista del dueño del bien raíz, el principal beneficio es la obtención de un dinero, sin que se realice la venta del inmueble y que generalmente en Ecuador, dicho dinero se destina para el pago y cancelación de una hipoteca, aunque también se ha observado que el dinero obtenido en algunas ocasiones es utilizado para la

realización de un negocio o para la realización de una inversión, por parte del anticrético, el principal beneficio es el ahorro de la renta de un inmueble que ya de por sí es una ganancia tangible (Proaño, 2019).

En lo que respecta a la Ley Ecuatoriana que regula los contratos anticréticos, estos están descritos y analizados en el Título XXXVII: “De la anticresis”, que forma parte del Libro IV: “De las obligaciones en general y de los contratos”; y que se ha constituido por los artículos del 2337° al 2347°; el texto original de los artículos en comento, para facilidad de lector se han añadido a la sección de anexos del presente documento.

3.5 La Garantía del Contrato Anticrético desde la Legislación Chilena

En la República de Chile, el Código Civil Chileno establece tres tipos de cauciones o garantías para asegurar el cumplimiento de una obligación o contrato: la hipoteca, la prenda y la anticresis, y aunque esta última es la menos frecuente y conocida, sin embargo, tiene características únicas. En el artículo 2435 del código civil chileno, se define la anticresis como un contrato entre un deudor y su acreedor donde el primero, entrega un bien inmueble al segundo para pagar sus deudas, cabe destacar que toda la legislación pertinente en relación con anticresis se encuentra sancionada entre los artículos 2435 y 2445 del Código Civil Chileno, como particularidad es de notar que en el artículo 2436 del propio Código Civil Chileno, se permite que el bien raíz pertenezca a una tercera persona, que consienta en el contrato anticrético y que en tal sentido, al actuar como codeudor, convierte una garantía mixta en una garantía personal, es importante establecer que a diferencia de lo que ocurre en otros países, en Chile el contrato de anticresis se perfecciona por la tradición del inmueble y por lo tanto se hace innecesario el registro del contrato ante una notaría pública (artículo 2437), es también importante establecer que la anticresis no le da al acreedor ningún derecho real sobre la cosa entregada, si no solamente

autoriza al disfrute de los frutos producidos por el usufructo del inmueble (artículo 2438); cuando se establece un contrato anticrético, el acreedor goza de los mismos derechos de los que podría gozar cualquier arrendatario en relación con el abono y restitución por mejoras, perjuicios o gastos que origine la propiedad (2440), en concordancia con la legislación de los países investigados, el acreedor anticrético no se convierte en dueño del inmueble por falta de pago, ni el hecho de tener dicho contrato le dará preferencia sobre otros acreedores (2241) y si el crédito originalmente pactado, llegase a producir intereses, el acreedor tiene el derecho a que la imputación de los frutos primeramente resuelva tales intereses, postergando el pago de la deuda (2442), por último, el código civil también establece que el deudor no puede pedir la restitución del inmueble dado en anticresis, mientras no se haya extinguido totalmente la deuda original y los intereses si éstos existieran, no obstante, el acreedor si está en la capacidad de restituir el inmueble en cualquier momento y perseguir el pago del crédito, origen de la negociación, por cualquiera otro de los medios legales vigentes, es también oportuno aclarar que de acuerdo con la legislación chilena el contrato de anticresis es gratuito y unilateral porque solo exige obligaciones al acreedor, que recibe los frutos del inmueble, pero está en la obligación de conservarlo y restituirlo al dueño cuando se extinga la deuda, sin embargo a diferencia de lo que ocurre con los bienes hipotecados o entregados en prenda el acreedor o beneficiario de este contrato, no posee derechos reales sobre el inmueble asimismo y la ley contempla indemnizaciones al dueño si durante este periodo, el inmueble sufre daños (Amunátegui, 2019).

Por su parte, en la República de Chile, el Congreso Nacional ha estipulado la normativa relacionada con los contratos anticréticos en el Libro Cuarto: “De las obligaciones en general y de los contratos”; Título XXXIX: “De la anticresis”, en los artículos correspondientes del 2435° al 2445°, los cuales se transcriben textualmente en el área correspondiente a los anexos, para que

el lector pueda tener la facilidad de poder observar la legislación de diferentes países en materia de contratos anticréticos, y así poder forjar su propia opinión.

4 Capítulo IV: Ventajas y desventajas económicas, de garantía del contrato de anticresis frente a otras figuras contractuales

Para poder comprender en su justa dimensión Cuáles son las ventajas económicas y de garantía que el contrato de anticresis tiene ante otras figuras contractuales que se desarrollan en relación a empréstitos, resulta absolutamente necesario entender que dentro del régimen general de garantías que existe en el país a través de su ordenamiento jurídico, existen las garantías personales, las garantías reales, y aquellas que de alguna manera pueden ser consideradas como garantías mixtas (Becerra & Orozco, 2005).

4.1 Naturaleza Mixta de la Garantía Anticrética

En el preámbulo de la obra que lleva por título: “Garantías civiles”, escrita por Álvaro Pérez Vives, el autor plantea que la garantía consiste en que “El acreedor además de la responsabilidad personal del deudor, obtiene la de un tercero o la afectación de una cosa para el cumplimiento de la obligación, o la de ambas a la vez” (Pérez, 1999); y no obstante es necesario tomar en consideración que una garantía no puede ser vista desde una postura tan simple, ya que no solamente puede estar constituida sobre derechos corporales, como podría ser una casa, un edificio o una nave industrial, sino que además podrían estar constituida por derecho sin corporales como podría ser, por ejemplo: el derecho al pago de un crédito que se derive de un negocio jurídico, los derechos relacionados con propiedades industriales o comerciales y diversos tipos de regalías, entre otros ejemplos. Desde ese punto de vista, se puede entender que las garantías se pueden clasificar de diversas formas, la primera de ellas es una garantía personal, en la cual el deudor ofrece como respaldo a sus obligaciones, el respaldo de una tercera persona, que podría actuar como codeudor; por otra parte, de las garantías reales se constituyen en cosas o bienes que respaldan el pago de la obligación contraída (Bonilla, 2014).

Al respecto Álvaro Pérez Vives, en su calidad de doctrinante, propone que debería de existir una tercera clasificación que debería de llamarse como garantía mixta o seguridad mixta, la cual es una situación intermedia entre las garantías personales y las garantías reales, y al mismo tiempo que comparten características comunes, las garantías mixtas no encajan completamente en ninguna de las dos acepciones anteriores, aunque las garantías mixtas presentan elementos comunes a las personales y a las reales (Rocha, 2009).

4.2 Límites del Contrato Anticrético

En tales circunstancias el ejemplo más perfecto de las seguridades mixtas son el contrato de anticresis, que como ya se ha comentado ha sido definido a través del artículo 2458 del Código Civil, y a través del cual, el deudor entrega al acreedor un bien raíz, para que por medio de los frutos de tal bien, se pague la deuda del deudor, pero tomando en consideración que el bien no se entrega en calidad de garantía y tampoco se otorga el derecho de persecución y preferencia para el pago, sino que simplemente se le otorga al acreedor la tenencia, el uso y el aprovechamiento del bien, para que únicamente con los frutos económicos resultantes y producidos directamente por el bien que constituye la garantía, el acreedor pueda obtener el pago de la deuda contraída por el deudor, pero sin otorgarle la tenencia y propiedad de la cosa (Herrera & Alfaro, 2011).

En contraposición con lo anterior, en cuanto a las garantías reales tales como la prenda o la hipoteca, o las garantías personales tales como la fianza la garantía subyacente recae sobre las cosas y sus efectos son oponibles erga omnes, es decir, son derechos absolutos que pueden oponerse ante quien sea, mientras que en contraposición con las garantías personales presentan una efectividad relativa, dado que sus efectos únicamente resultan vinculantes entre las partes

contratantes, y no benefician o perjudican a terceros (Superintendencia Financiera de Colombia, 2016).

4.3 Ventajas y Desventajas del Contrato Anticrético

4.3.1 Origen Histórico del Contrato Anticrético y Sus Fundamentos Legales

Como todo acto jurídico y como todo contrato, existen ventajas y desventajas en cuanto a las partes involucradas, para poder analizar lo anterior de manera correcta, es menester recordar que este contrato vincula de manera jurídica a dos partes: el prestatario que esta persona que recibe el dinero prestado y al mismo tiempo es quien entrega el bien raíz anticrético; y el prestamista quien aporta el dinero involucrado en la operación.

Para poder comprender en su cabal medida el porqué de las características tan especiales del contrato anticrético, es necesario remontarse a su historia y a la historia de su evolución, que explica el porqué del comportamiento de un contrato tan sui generis. El nombre jurídico (*nomen juris*) de la anticresis, es la derivación latinizada de los términos griegos ἀντί (anti) y χρῆσις (chrêsis), que respectivamente quieren decir: “en lugar o a cambio de” y “uso, empleo o disfrute”, por tanto, en su evolución lingüística el término anticresis quiere decir el uso de una cosa, por parte de una persona, que no es su legítimo propietario (prestamista o acreedor), por tanto se constituía en un pacto de compensación de frutos por intereses, así el deudor entregaba un bien inmueble, para que el usufructo del mismo, hiciera el pago de los intereses, aunque el capital del empréstito, aún había que ser pagado en metálico, por lo tanto esta institución (originalmente era considerado una institución en una figura jurídica), no se usaba como un medio de cancelación de la deuda (Tenorio, 2015).

Durante la edad media, momento histórico en el cual primaba el poder legislativo de la Iglesia Católica, la figura de la anticresis se vio afectada de manera directa por la prohibición

canónica del cobro de intereses, ya que calificaba el acto y lo llevaba al nivel de usura; hoy en día la usura se considera como aquel tipo de préstamo por el cual se pide un interés ya sea en dinero o en especie que sobrepasa los límites de lo que se puede considerar como lícito, pero en el Medioevo la Iglesia Católica no hizo distinciones, cuando menos claras, entre lo que era la usura y el interés lícito, por lo cual la prohibición canónica general en contra de la usura, se extendió a todos aquellos préstamos en los cuales se cobrará algún tipo de interés, sustentando dicho pensamiento sobre las bases teológicas, religiosas y morales de la época, aunque en realidad, dicha prohibición canónica no siempre fue respetada en la práctica (Jiménez, 2008).

Ante la prohibición general en contra de la usura que estableció el derecho canónico en la edad media, la reforma calvinista que se presentó en el siglo XVI, fue atenuando poco a poco dicha prohibición canónica y surgieron nuevos contratos que disimulaban el contrato anticrético a través de lo que se llamó como el pacto de retroventa, mediante del cual el precio de compra, en realidad se constituía como el importe del préstamo original y al vencimiento del plazo establecido y al cumplirse la obligación, el bien podía volver al poder de su propietario original, que era el deudor (Mita, 2013).

En relación con lo anterior, es importante denotar que, aunque la percepción que se tuvo de la usura ante el derecho canónico, poco a poco se fue disminuyendo a través de las reformas calvinista y anglicana, en el ámbito del pueblo árabe, y específicamente dentro del derecho islámico (*shari'a*), no ha cambiado su percepción en relación con el pago de intereses (*riba*) y, por lo tanto, aún hoy en día, dentro de las costumbres árabes y en específico dentro de las costumbres musulmanas, jamás se considera como lícito el pago de intereses, aunque hoy en día difícilmente se pueda discutir la licitud de los mismos en los Derechos Occidentales (González J., 2012).

En el Sagrado Corán, en las Ayah 161 y 162 de la Nisa 4 Al-Qur'an al-Kareem (Surah An-Nisa [4: 161-162]), el texto sagrado específicamente dice:

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وَأَخَذَهُمُ الرَّبُّ وَقَدْ نُهِوا عَنْهُ وَأَكْلِهِمْ أَمْوَالَ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ وَأَعْتَدْنَا لِلْكَافِرِينَ مِنْهُمْ عَذَابًا
أَلِيمًا

لَأَكُنَ الرَّاسِخُونَ فِي الْعِلْمِ مِنْهُمْ وَالْمُؤْمِنُونَ يُؤْمِنُونَ بِمَا أَنْزَلَ إِلَيْكَ وَمَا أَنْزَلَ مِنْ قَبْلِكَ
وَالْمُقِيمِينَ الصَّلَاةَ وَالْمُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَالْمُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أُولَئِكَ سَنُؤْتِيهِمْ أَجْرًا عَظِيمًا

De acuerdo con las creencias musulmanas, el Corán es la palabra de Dios, por lo tanto, cuando se hace referencia directa al Corán, esta debería de realizarse sin ningún tipo de cambio y en su lengua original, el árabe coránico, y aunque el Corán aparentemente ha sido traducido a diferentes idiomas, los preceptos litúrgicos coránicos, consideran que su traducción únicamente puede llegar a tener un valor de tipo didáctico y solamente para ayudar a comprender el texto original, por los hablantes del árabe coránico, por lo tanto, cualquier explicación de los textos coránicos, no deben de ser interpretados como un Corán auténtico sino como simplemente una interpretación del mismo, por tanto y tomando en cuenta tales consideraciones, la interpretación del texto anterior, en español es aproximadamente la siguiente:

En el nombre de Alláh, el más misericordioso, el más amable.

Les ha sido prohibido tomar usura y consumir la riqueza de los pobres injustamente, por ello se les ha preparado a los incrédulos y los infieles un castigo doloroso.

Pero aquellos que son fieles y cuya fe es firme y son creyentes de aquello que les ha sido revelado y por tanto cumplen con la obligación de la Zakat y el Sadaqah (caridad)², en el último día, el señor Alláh, le dará una gran recompensa.

² El pagar el impuesto social o caridad obligatoria, comúnmente conocido entre los musulmanes como zakah, significa rendirle culto a Dios dando anualmente un monto preestablecido en caridad a los pobres, quienes tienen

El hacer referencia al derecho litúrgico musulmán, tiene sentido en este trabajo de grado, porque es importante tomar en consideración que, desde el año de 711, hasta el año de 1492 (año del descubrimiento de América), la península ibérica fue conquistada por el imperio musulmán, es decir desde el siglo VIII hasta el siglo XV, por lo tanto, ocho siglos de conquista musulmana, necesariamente generan muchos cambios en las directrices medievales de la península ibérica, que tras el momento de su liberación, se convertiría en los reinos de España y Portugal (Orozco de la Torre & García, Gabriel Alonso, 2013).

Debido a lo anterior, cuando desde España y otros países europeos, se realiza la conquista de América, el derecho que se importa hacia las colonias americanas, trae implícito el concepto de la anticresis como una figura jurídica, en donde inicialmente no está contemplado ningún tipo de interés al capital del empréstito, pero en la Europa de 1804, cuando Napoleón Bonaparte se convierte en el primer cónsul de Francia, una de sus primeras acciones políticas es promulgar el primer Código Civil Francés, que históricamente también se conoce como el Código Napoleónico, el cual se convertiría en muy poco tiempo en uno de los documentos de mayor relevancia a nivel mundial, sobre todo en el ámbito del derecho, ya que gran parte de las normativas consagradas en él, eran una herencia directa de las leyes que se promulgaron a raíz de la Revolución Francesa de 1789 y que terminaría por influenciar y terminar completamente todo el derecho occidental (Rivera, 2016).

derecho a recibirlo, algo que Él ha ordenado en la ley islámica. La palabra sádaqah significa caridad en general, generalmente voluntaria, y la caridad en el Islam es una forma de rendirle culto a Dios dando bienes, dinero o alimentos a quien lo necesita. La palabra sádaqah a veces se usa refiriéndose al zakah o caridad obligatoria, porque el zakah es un tipo de caridad. La caridad obligatoria o zakah está ordenada en el Islam sobre bienes específicos, como el oro, la plata, las cosechas, frutas, los productos comerciales y el ganado doméstico, es decir, camellos, vacas, ovejas, etc. Mientras que la caridad en general o sádaqah, por lo general no es obligatoria ni está estipulado que deba pagarse sobre algún tipo de riqueza en particular, más bien es lo que el musulmán puede dar para socorrer a los necesitados, sin ningún límite específico o pautas (Saalih, 2020)

Ahora bien, ante todo lo antes expuesto debe de entenderse que el origen del contrato anticrético, en primer lugar, tiene una larguísima historia, ya que comienza a utilizarse en el imperio griego aproximadamente en el año 800 a. C. (González, Ramírez, & Sotelo, 2009), tuvo importantes consideraciones del derecho canónico católico, que terminó prohibiendo su aplicación durante prácticamente toda la edad media, fue modificado por las reformas religiosas calvinista y anglicana, posteriormente fue limitado por el derecho litúrgico musulmán, que abiertamente prohibía el cobro de intereses por los préstamos otorgados, y al final de cuentas, habría de ser reivindicado a través del Código Napoleónico en el año de 1804 (Mita, 2013), por tanto, es fácil entender por qué en algunos países en donde todavía se llega a utilizar esta figura jurídica no se ha convertido en un derecho real importante, sobre todo si se toma en consideración que el perfeccionamiento de la figura jurídica de la hipoteca, restaba un poder y una aplicación directas al concepto de anticresis, por el hecho de que la tradición del inmueble, priva de toda fuente de crédito al prestatario (deudor), dado que en la figura jurídica de la anticresis nunca fueron admitidas garantías sucesivas, como en el caso de la prenda (Tenorio, 2015).

En este acto jurídico, en Colombia, el contrato anticrético es un contrato que se celebra a través de escritura pública y que no necesita mayores trámites que el registro del contrato en una notaría, en este contrato se entiende que el prestatario entregará como garantía un inmueble y el prestamista se quedará con la propiedad, no el lugar de dueño, pero si como usufructuario de la misma. En esta operación, el tiempo en el que el prestatario, mantendrá la posesión (no la propiedad) del inmueble, generalmente está fijado por el tiempo especificado en el contrato y que no es mayor a cinco años, una vez que se ha cumplido dicho término, se considera que el usufructo de del propio inmueble apagado tanto a la deuda como los intereses que se hubieran

llegado pactar es un principio, y por lo tanto el prestatario, quedará libre de la denuncia (Bonivento, 2017).

Lo anterior generalmente funciona en los contratos anticréticos, pero en algunos lugares específicos la costumbre ha hecho que el contrato anticrético se vea modificado por el derecho consuetudinario y tenga aplicaciones diferentes a lo que sucede con el resto del país y con el resto de otros países, en la ciudad de San Juan de Pasto, Nariño, Colombia; los habitantes del lugar, se han acostumbrado a una modificación específica del contrato, si básicamente se convierte en una especie de préstamo con garantía de prenda, así, específicamente dentro de la usanza de los habitantes de la ciudad de San Juan de Pasto, conceptualizan el contrato anticrético como un préstamo que se realiza en metálico por parte del prestamista, que recibe el bien inmueble que se constituye en la garantía de prenda, pero que espera que al término de un X tiempo, pactado por medio del mismo contrato, el prestatario devuelva el dinero íntegro más los intereses que se hayan pactado con anterioridad, y el prestamista devolverá el inmueble. Nótese que en el uso que le dan al contrato anticrético los habitantes de la ciudad de San Juan de Pasto, no se plantea el usufructo generado por la propiedad. Después de haber puntualizado lo anterior se pueden ahora analizar las ventajas y desventajas, que este tipo de contratos tienen.

4.3.2 Ventajas del Contrato Anticrético

- El prestamista, que es la persona que entrega en préstamo el dinero objeto del contrato, recibe la propiedad como garantía de pago y mantiene sobre la propiedad una posesión, desde ese punto de vista puede vivir en ella, alquilarla y producir en dicho inmueble, los usufructos normales de la propia propiedad, así si se considera como propiedad una finca lechera, podrá hacer uso de los beneficios pecuniarios que resulten de la venta de la leche producida en la finca, lo anterior no quiere decir que esté en la capacidad de vender el

hato ganadero, pero si se trata de una propiedad inmueble urbana, como un edificio de apartamentos, entonces está en la facultad de arrendar la propiedad, o cada departamento de la misma y guardar para sí el beneficio económico del usufructo producido por el canon de arriendo.

- Dentro de la generalidad del contrato anticrético, en la gran mayoría del país, se entrega una propiedad, para que el prestamista a través del usufructo de la propiedad, pueda pagar tanto la deuda contraída como los intereses relacionados con la misma, si es que esto se hubieran pactado desde un principio; en el caso específico de San Juan de Pasto en donde el contrato anticrético no tiene que ver con el usufructo o el beneficio económico producido por el mismo, y que tan sólo se contempla como un préstamo económico, respaldado en pago por una propiedad que se entrega en garantía, el acreedor podrá permanecer en el inmueble y por lo tanto seguirá teniendo el dominio y la posesión del mismo, mientras no le haya sido restituido el dinero prestado al prestatario.
- En la ciudad de San Juan de Pasto, Nariño, Colombia, en donde el derecho consuetudinario ha dado un giro rotundo en cuanto al concepto esencial del contrato anticrético, en el que originalmente se entregaba al prestamista un bien inmueble para que, a través de los frutos producidos por el mismo, se pagara el mismo el préstamo que había realizado al prestatario, en dicha localidad colombiana, el contrato anticrético se ha convertido paulatinamente en una suerte de contrato de préstamo monetario respaldado por una prenda inmobiliaria, que muy a diferencia de otras figuras contractuales, no pone en riesgo la propiedad del inmueble; entonces para aquellas personas que buscan encontrar un buen hogar, pero que no tienen el suficiente dinero como para poder adquirirlo, un contrato anticrético como el usado en la localidad, les permite realizar una

negociación mucho más ventajosa ya que entregan el dinero estipulado por el contrato anticrético, reciben a cambio una propiedad inmueble y al vencimiento del contrato devuelven la casa y su inversión original les esté integrada de manera intacta.

- En diversas partes de este mismo documento se ha establecido que los contratos anticréticos, se entrega un bien inmueble, para que con el usufructo del mismo el prestamista pueda pagar por el mismo el préstamo otorgado, monto que cubrirá tanto el capital crediticio, como los intereses que hubieran sido pactados desde un principio; lo anterior estipula que no en todos los contratos anticréticos se estipula un interés por el dinero prestado, y en aquellos casos específicos en donde no se pacta ningún pago de intereses, para aquellos propietarios que requieren de un capital que le soporte cualquier actividad financiera, este tipo de contratos sin intereses pactados, resulta muy ventajoso precisamente por el hecho, de que aunque recibe un préstamo, no requiere de pagar intereses.
- En un contrato anticrético se había establecido que necesariamente debe de haber al menos dos partes, una persona que es el prestamista y que, a cambio del dinero prestado, recibe en prenda un bien inmueble y el prestatario, que, a cambio de obtener una cantidad de dinero en préstamo, entrega un bien inmueble para que, con el usufructo del mismo, se pague el monto del empréstito de los intereses que hubieran sido pactados desde el principio del contrato, pero en el tiempo que dure el contrato, el prestatario que es la persona que entrega la propiedad como garantía del préstamo obtenido, no está en la obligación de pagar las contribuciones fiscales que la propiedad genere, como por ejemplo el impuesto predial, que correrá a cargo del prestamista, ya que él está haciendo dominio, posesión y uso de la propiedad.

4.3.3 *Desventajas del Contrato Anticrético*

- El prestamista, que en un contrato anticrético entrega el monto monetario que constituye el capital en empréstito y que a cambio recibe una propiedad inmueble, queda en la obligación de pagar los impuestos que genere la propiedad, está obligado también a conservar la propiedad en las mejores condiciones posibles y en muchos casos también queda obligado administrar el bien inmueble, para que genere frutos y a través de dichos frutos, se pague el capital del empréstito y en su caso, si es que así ha sido pactado los intereses a que haya lugar. Desde ese punto de vista las obligaciones legales del prestamista son mayores que las del prestatario, ya que la única forma en la que podría desligarse de tales obligaciones, seguía entregando la propiedad a su legítimo dueño, a menos, que el contrato anticrético estipule puntualmente lo contrario.
- Es importante que se entienda que un contrato anticrético es fundamentalmente un acto de buena fe que se lleva a cabo entre dos personas: el prestamista y el prestatario, y que el contrato mismo, tiene respaldo a través de un acto notarial, y que, además, también goza de un respaldo establecido y regulado a través del Código de Procedimiento Civil; no obstante, en el caso de que el prestamista, aún después de haber recibido el inmueble en prenda, no reciba el pago de la deuda, es importante puntualizar que aunque goce del dominio, la posesión y el usufructo de la misma, no tiene la propiedad legal del inmueble y por lo tanto no está en la capacidad de venderlo para obtener el pago del capital del empréstito. En tales casos, un asunto generalmente tratado por el derecho civil, necesariamente tendrá que ser cursado a la intervención judicial, para que, si así el juez lo decide en su sentencia, el inmueble pase a ser subastado de manera pública de acuerdo con los propios procedimientos establecidos por el Código de Procedimiento Civil. En

tales casos en particular, aunque no sea claro el fundamento legal por el cual el inmueble se constituye en una prenda de un empréstito, la intervención judicial, a través de la resolución del juez, se establecerá dicho fundamento legal, para que el adeudo sea cobrado la a través de la enajenación y venta del inmueble.

- Como se ha comentado en el punto anterior, los contratos anticréticos deben de entenderse como actos de buena fe, y el contrato ha subsistido en tales circunstancias a través de la historia, porque generalmente dicho contrato se resuelve de manera beneficiosa para las partes participantes (prestamista y prestatario), pero también es posible y es necesario tomar en consideración que en aquellos casos en los que, en suerte, el prestatario, realice la transacción con un prestamista que no sea muy responsable, al momento de que la deuda quede saldada el propietario recuperará el inmueble, pero aunque se presume que la propiedad será reintegrada a su propietario legal en las mismas condiciones en las que fue recibida, o incluso mejores, ello puede no ser cierto, y entonces, como en el caso anterior una negociación establecida a través de un contrato civil, puede convertirse en un procedimiento judicial.
- En el caso específico de lo que sucede en San Juan de Pasto, en donde el contrato anticrético más que un préstamo con garantía, se convierte en un sistema aceptado, aunque modificado, de arrendamiento, la persona que devuelve el inmueble que le ha sido dado en dominio y posesión, pero no en propiedad, y que ha recuperado el dinero que había negociado a través del contrato anticrético, a través del tiempo y después de haber realizado sucesivos contratos anticréticos, el monto de dinero en efectivo que utiliza para ese tipo de inversiones, podría llegar fácilmente a desvalorizarse, ya que en la forma en la

que se utiliza el contrato anticrético en la ciudad de San Juan de Pasto, no se contemplan intereses ni ningún tipo de tasa de incremento del capital.

- La última desventaja que se podría nombrar acerca del contrato anticrético y que en realidad no es una desventaja real es que, las partes firmantes de un contrato anticrético, deben de poner sumo cuidado al firmar el documento, para estar conscientes de que se han acordado todos los detalles de importancia para la negociación, y resulta imposible, aun siendo un acto de buena fe, interpretar que algunas cosas se dan por entendidas, por lo tanto, y aunque no es necesario desde el punto de vista legal, lo más conveniente es que las partes firmantes cuenten con la asesoría legal de un abogado, que aconseje los términos de la negociación.

4.4 Ventajas del Contrato de Anticresis Frente a Otras Figuras Contractuales: Prenda, Hipoteca y Leaseback

En el ámbito legal colombiano en particular, así como en la legislación de otros países tanto latinoamericanos como del resto del mundo, existen otros tipos de contratos en donde intervienen como elementos contractuales tanto un monto de dinero, como una propiedad inmueble, ejemplo de lo anterior son el contrato de prenda, el contrato de hipoteca y el contrato de leaseback, los cuales se analizarán a continuación.

4.4.1 Contrato de Prenda

El contrato de prenda es aquel contrato en la que el deudor, como parte contratante entrega un bien inmueble a su acreedor con el objeto de que la obligación generada a través del acuerdo se había garantizado en cuanto al pago de la deuda e incluso de sus intereses, lo anterior, se consolida a través del propio acto como una cierta seguridad crediticia ya que el inmueble (este tipo de contratos también se puede realizar a través del uso de bienes muebles, como

elementos de garantía), se convierte en una posesión pignoratícia, y por lo tanto en los casos en los que el deudor no llegase a cumplir la obligación garantizada, el acreedor tenga la facultad de retener el bien pignorado y de esa forma cobrar la deuda (Buendía, 2004).

En este tipo de contratos, a través de la prohibición del pacto comisorio, el bien pignorado no pasa a ser propiedad del acreedor, ya que solamente se considera que es posesorio en garantía y por lo tanto el acreedor está en la capacidad de apropiamiento del inmueble, única y exclusivamente cuando la obligación garantizada no haya sido cubierta de manera adecuada y además requiere del laudo judicial de un juez, en tales casos, el acreedor prendario que es poseedor del derecho de la posesión pignoratícia, será autorizado por el juez para la venta del inmueble dado en prenda y así obtener el monto del préstamo y los intereses que se encuentra en disputa, tomando en cuenta que si el bien es algo publicado por el juez y posteriormente, se genera una acción reivindicatoria, ello generará una evicción en una venta forzada (Buendía, 2004).

De acuerdo con lo anterior, es fácil observar, que, aunque el acreedor no se convierte en propietario de la cosa pignorada, existe la posibilidad de la pérdida del inmueble, si la deuda no es saldada por el acreedor en los tiempos y las formas previstas por el contrato.

Desde otra perspectiva se puede observar que el contrato de prenda, permitió que en lugar de que exista una entrega real de un inmueble, que caracteriza los contratos reales, la entrega del inmueble pignorado, sea una entrega de carácter jurídico (León, 1974).

4.4.2 Contrato de Hipoteca

Los contratos de hipoteca, también pertenecen al ámbito del derecho real de garantía, pero a diferencia del contrato de prenda, en el cual el acreedor entrega una posesión limitada y pignoratícia a su acreedor, en ese otro tipo de contrato, aunque el bien se encuentra gravado

contractualmente, el mismo permanece en poder de su propietario, hasta el momento en el que no se paga la deuda garantizada con el bien dentro del plazo pactado y entonces se promueve la venta forzosa del bien grabado a través de dicho contrato hipotecario para el pago del adeudo, en tales situaciones, es importante tomar en consideración que aún con la venta forzosa del bien grabado, la deuda será pagada hasta donde alcance el importe obtenido a través de la venta forzosa promovida por el acreedor (Lozano, 2015).

Es importante tomar en consideración que la figura jurídica de la hipoteca, no tiene ningún punto novedoso, de hecho, existen antecedentes que datan de la legislación griega, romana, española, francesa, inglesa, alemana y de otros muchos países europeos, en tiempos anteriores a la colonización de América, aunque resulta notorio que las figuras jurídicas del pignus y de la hipoteca, originalmente fueron consideradas como recursos excepcionales que no resultaban bien vistas porque estaban muy relacionados con el acaparamiento de capitales y se consideraban fórmulas con ventaja del crédito, pero la modernización del contrato hipotecario, que incluyeron modificaciones en su constitución, perfección y cumplimiento, han hecho que en la actualidad sea un modelo jurídico grandemente utilizado (Barrau, 1917); actualmente, los modernos contratos hipotecarios incluyen cláusulas de variabilidad del tipo de interés, redondeo, modificaciones en las comisiones y gastos, y sistemas de cobertura del riesgo a través de las fluctuaciones del interés (Busto, 2016).

En el contrato de hipoteca, al igual que en el contrato de prenda, existe la posibilidad de perder el bien inmueble objeto de garantía, cuando la deuda no es pagada en el tiempo y la forma pactada a través del contrato, por lo tanto en relación con el contrato anticrético, ambas figuras jurídicas ponen en un estado de desventaja al prestatario, al ponerlo en riesgo de la pérdida del inmueble, además es importante tomar en consideración que este tipo de contratos ha derivado

en diversas partes de Latinoamérica en una serie de contratos especiales, que aunque tratan de realizar un perfeccionamiento más sólido del mismo, no permiten asegurar al prestatario, que el inmueble pignorado, habrá de permanecer en su dominio, posesión y propiedad (Rodríguez D. J., 2017).

4.4.3 Contrato de Leaseback

De los tres tipos de contratos que son analizados en este trabajo de grado en relación y comparación con el contrato anticrético el contrato de leaseback es el menos conocido y menos utilizado no solamente en Colombia sino en Latinoamérica, a través de este tipo de contrato el propietario de un bien ya sea mueble o inmueble, se lo vende a una sociedad de leasing para que basado en dicha venta se suscriba un contrato de arrendamiento financiero sobre el mismo, en relación con los contratos anteriores existen diferencias significativas, la primera de ellas es que desde el comienzo del contrato y su perfeccionamiento el propietario de un inmueble, ha perdido la propiedad del mismo por su venta a la sociedad de leasing, con el tiempo, con los pagos y de acuerdo con las estipulaciones del propio contrato podrá recuperar la propiedad del mismo, pero inicialmente, la propiedad ya no es suya (Romero, 2017).

A primera instancia, podría parecer contradictoria la operación jurídica, ya que a través de un contrato de leaseback se pone en venta un bien inmueble, para después arrendarla y tratar de recuperar la propiedad de la misma, pero, este tipo de contratos generalmente se realiza no entre particulares sino entre empresas, y responde a la necesidad de obtener financiación inmediata, y posteriormente pagarla a través del arriendo el bien inmueble que anteriormente había sido de la propiedad de la empresa que recibirá el dinero, que en este caso dista mucho de ser un préstamo, ya que en realidad es una venta, pero tiene la oportunidad de que al término del periodo contractual, se pueda recuperar la propiedad del bien inmueble, después de haber

resuelto los problemas financieros que establecieron la necesidad de la empresa para recurrir a este modelo financiero (Quevedo, 2019).

Este tipo de contratos, que aunque si bien pueden resolver la situación financiera adversa y emergente de una empresa, en realidad constituye un derecho real de garantía (Suárez, 2019), no debería de ser tomado en consideración desde esa perspectiva, ya que el bien sobre el cual se basa el hecho contractual, no puede ser considerado como una garantía, porque ya ha sido producto de una venta, no obstante le asiste a la empresa contratante, la oportunidad de recobrar la propiedad del bien inmueble (Rodríguez & Zamora, 2018).

En relación con los beneficios que el contrato anticrético tiene con el contrato de leaseback, es obvio notar que mientras que en un contrato de anticresis, al prestatario le asiste la garantía de que no perderá bien inmueble, el solo hecho de realizar un contrato de leaseback, Presupone la pérdida de la propiedad del mismo, puesto que el contrato se realiza en calidad de arrendatario, para que al término del pago del dinero obtenido, este en la posibilidad de recuperar la propiedad y dominio del mismo.

Para simplificar al máximo las diferencias que existen entre el contrato de prenda, el contrato de hipoteca, el contrato de leaseback, y del contrato anticrético; se ha realizado una tabla en donde se muestran las variables más importantes de cada uno de los contratos, en relación con los otros; no obstante, debe de tomarse en cuenta que independientemente de que, en un contrato de carácter civil, es posible adicionar una gran cantidad de cláusulas especiales que pueden modificar enormemente el finiquito del negocio jurídico, se están mostrando en el siguiente cuadro características extremadamente generales de cada uno de los contratos, con el fin de simplificar al máximo la información y que de esa forma, resulte mucho más didáctico.

También se hace la aclaración que el siguiente cuadro presentado, ha sido elaborado completamente por el equipo de trabajo y por lo tanto no se hace ninguna cita bibliográfica.

Tabla 1

Cuadro comparativo: Prenda, Hipoteca, Leaseback y Anticrecis.

	¿Se encuentra en riesgo el bien central del contrato?	¿Durante la duración del contrato se pierde la posesión del bien?	¿Existen garantía en prenda	¿Existen intereses a pagar por el capital crediticio?	¿En caso de no pago de duda, el contrato civil se convierte en un proceso judicial?	¿Quién es el responsable de la propiedad mientras dura el contrato?
Prenda	Si	Si	Si	Si	Si	Prestamista
Hipoteca	Si	No	Si	Si	No	Prestatario
Leaseback	Si	No	Si	No	No	Prestatario
Antocréticp	no	Si	No	No	Si	Prestamista

Nota: Ventajas del contrato de anticresis frente a otras figuras contractuales como el arrendamiento, la hipoteca o el leaseback.

5 Capítulo V: Conclusiones

Después de haber realizado la investigación pertinente para la conformación del presente trabajo de grado, se han analizado las legislaciones relacionadas con los contratos anticréticos en algunos países latinoamericanos tales como Colombia, Argentina, Perú, Ecuador, Chile y Bolivia y se ha encontrado que, en todos los países de la región, los contratos anticréticos han sido la respuesta histórica que tiende a solucionar la necesidad que tienen las personas de bajos recursos o de poca disponibilidad de liquidez económica, para poder acceder a créditos que les permita mejorar su nivel de vida; es notable como las legislaciones de Argentina, Colombia, Perú, Ecuador y Chile son extremadamente parecidas y ello es el resultado de la herencia colonial que se trajo desde el reino de España durante los tiempos de la conquista, ya que en España el derecho anticrético era perfectamente vigente en el siglo XVI por la influencia que se tenía de parte de la legislación francesa en la región peninsular; no obstante se nota que en Bolivia, país latinoamericano que tiene las condiciones sociopolíticas y económicas más complicadas de la región, las características que rigen al derecho anticrético resultan ser más desfavorables que aquellas que pueden ser observadas en los otros países analizados durante la elaboración del presente trabajo de grado.

Se ha analizado también el contrato anticrético desde dos perspectivas distintas, la primera de ellas, es la que se presenta en el municipio de San José de Pasto, en Nariño, y la segunda es la aplicación del contrato anticrético en la República de Bolivia; por todas estas consideraciones se ha demostrado que en Colombia el contrato de anticresis resulta importante en diversas zonas de la República, y se analizaron los casos puntuales, el caso de la ciudad de Cali en donde incluso existe un formato específico para el perfeccionamiento de dichos contratos anticréticos, y que ha sido adicionado en el área de anexos para conocimiento del lector, y en el

municipio de San José de Pasto, Nariño, en donde incluso se ha modificado el concepto original del contrato anticrético a través de la influencia del derecho consuetudinario para adecuarlo a las propias necesidades regionales, de hecho se ha comentado que el vocablo anticresis, se ha ido convirtiendo en un verbo en relación al uso intensivo que se hace de dicha figura jurídica; mientras que lo que sucede en la aplicación del contrato anticrético en la República de Bolivia resulta completamente distinto, ya que después de haber culminado la investigación, el equipo de trabajo ha llegado a la conclusión de que la legislación boliviana al respecto, se constituye en un contrapunto muy importante, porque difiere en muchas situaciones a la legislación reinante en Latinoamérica, ya que las condiciones de su aplicación, hacen que la capacidad de opción de los contratantes disminuya de manera notable, porque tanto los trámites, como las exigencias e incluso el pago de impuestos por el contrato realizado, hacen que se incremente de manera notoria el costo del procedimiento y por lo tanto, puede llegar a dejar de ser de interés para los probables contratantes.

En el caso particular de Pasto, la diferencia sustancial es que, mientras que, en otras partes de Colombia, el que recibe el inmueble anticrético, deberá haber producido a través de su trabajo su propio pago, en Pasto, el inmueble anticrético únicamente se utiliza como si fuese una simple garantía autoliquidable, lo cual dista sustancialmente de la legislación boliviana al respecto.

Además, en el Distrito Especial, Deportivo, Cultural, Turístico, Empresarial y de Servicios de Santiago de Cali, Valle del Cauca, Colombia; el contrato anticrético también sigue siendo de utilidad, y como prueba en el anexo G, se expone el formato utilizado en dicha ciudad, para la elaboración de contratos anticréticos, lo cual quiere decir que, en el territorio nacional, el contrato anticrético no solamente sigue siendo vigente, sino también útil.

Se ha analizado cuál es la realidad operativa de los contratos anticréticos en algunos países latinoamericanos tales como Colombia, Argentina, Perú, Ecuador, Chile y Bolivia y al mismo tiempo se ha planteado cuál es el marco legal puntual que regula los contratos anticréticos desde las diferentes regulaciones de tales países, en todos los casos estudiados se ha demostrado que la entrega del dominio de un bien en particular, no solamente constituye la garantía del pago de la deuda, sino del pago mismo y en tal circunstancia, otro tipo de contratos como son; el leaseback, el arrendamiento o la hipoteca, constituyen contratos más desfavorables para las partes y por lo tanto debería de tomarse en consideración, de una manera mucho más profunda, la existencia del contrato anticrético, como una fórmula para que las personas con menores recursos o con problemas de liquidez monetaria, alcancen la capacidad de lograr préstamos de cierta cuantía, que les permitan modificar su nivel de vida actual, sin tener que necesariamente poner en riesgo la propiedad que han llegado a tener a través del tiempo y del esfuerzo de su trabajo.

Por último, se analizaron también algunas ventajas y desventajas del contrato anticrético frente a otras figuras contractuales como la prenda, la hipoteca o el leaseback en los países latinoamericanos analizados y se llega a la conclusión de que en los países en donde todavía se utiliza esta modalidad de garantía y pago de un préstamo, (que en realidad son todos los países analizados), el contrato anticrético fundamentalmente se basa en la tenencia de una propiedad o bien inmueble, que al cederse al acreedor, permite que este obtenga el pago pactado previamente por el préstamo e incluso el pago de los propios intereses del mismo, sin tener que recurrir a formas más complicadas desde el punto de vista legal para asegurar un préstamo en efectivo, en los casos del arrendamiento, la hipoteca y el leaseback, el propietario se ve abocado a la eventual pérdida del dominio y de tenencia material, mientras que en un contrato anticrético, aunque si

bien se cede el dominio del bien, la propiedad del mismo no se ve afectada y es recuperable por el deudor en el momento que la deuda llegar a ser saldada.

Por el contrario, los contratos de prenda e hipotecarios, no garantizan de manera alguna, que la propiedad del bien inmueble, objeto del contrato, pueda perderse para el propietario original (prestatario); en el caso específico del contrato de leaseback, debe de tomarse en consideración que desde el mismo perfeccionamiento del contrato, se cede la propiedad, porque necesariamente se basa en la venta del inmueble a una entidad financiera, y posteriormente a través del pago del arriendo, se pretende llegar a recobrar la propiedad del bien originalmente vendido, es decir, no existe garantía para el locatario de volver a ser propietario.

En el caso de la venta o hipoteca de un bien inmueble que se tiene en posesión a través de un contrato anticrético, es garantía del propietario que su bien no sirva de caución, ya que su presentación ante el notario, exige presentar el certificado de libertad de la propiedad, y en ese momento se pueden hacer los controles correspondientes. De esta forma, el propietario conserva el bien, el otorgante obtiene su garantía y se le permite su pago, sin que pueda verse amenazado de enajenación de parte del titular prestatario.

Es importante además indicar, que, en cuestiones tributarias, en un contrato anticrético aquel que tiene la posesión, es decir el prestamista, que recibió el bien inmueble mientras dura el contrato anticrético, es quien deberá de pagar los impuestos directamente relacionados con la propiedad, como es por ejemplo el impuesto predial, lo cual es ventajoso para el titular y representa una ventaja frente a otros contratos; lo mismo sucede con el pago de servicios públicos.

A continuación, se presenta una síntesis de las conclusiones para aclarar algunos de los hallazgos que se encuentran en plena concordancia con el problema planteado y los objetivos

propuestos. En el capítulo precedente se presentó el siguiente cuadro, en donde se muestran las características generales de los contratos de prenda, contratos de hipoteca, contratos de leaseback y contratos anticréticos, comparados entre sí para facilitar la comprensión de la diferencia que existen entre ellos:

Tabla 2

Ventajas del contrato de anticresis frente a otras figuras contractuales como el arrendamiento, la hipoteca o el leaseback.

	¿Se encuentra en riesgo el bien central del contrato?	¿Durante la duración del contrato se pierde la posesión del bien?	¿Existen garantía en prenda	¿Existen intereses a pagar por el capital crediticio?	¿En caso de no pago de duda, el contrato civil se convierte en un proceso judicial?	¿Quién es el responsable de la propiedad mientras dura el contrato?
Prenda	Si	Si	Si	Si	Si	Prestamista
Hipoteca	Si	No	Si	Si	No	Prestatario
Leaseback	Si	No	Si	No	No	Prestatario
Antocréticp	no	Si	No	No	Si	Prestamista

Nota: Correspondiente a la respuesta del objetivo específico 3.

6 Bibliografía

- Alberdi, I. L. (2016). La hipoteca y sus caracteres en el código civil y comercial de la nación. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP. Año 13 / N° 46. ISSN 0075-7411*, La Plata, Buenos Aires, Argentina.
- Alegre et al. (2017). *Derecho de Anticresis: naturaleza y función. Examen comparativo de la naturaleza y función de la anticresis en el Código Civil Español y en el Código Civil Catalán*. Barcelona, España: Colección: Atelier Civil.
- Amorel. (15 de Mayo de 2017). *Amorel Pasto*. Obtenido de Amorel Centro: <https://amorelpasto.com/app.php/resultados/Finca%20Raiz/Apartamentos%20Anticres>
- Amunátegui, P. C. (2019). *Código Civil de Chile. Edición anotada, concordada y con fuentes*. Santiago de Chile, Chile: Editorial Tirant Lo Blanch. ISBN : 978-84-1313-395-9.
- Andaluz, H. (2009). La Estructura del Sistema Jurídico Boliviano y las relaciones entre las fuentes de su derecho según la "Constitución" vigente. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIII*, 455-496.
- Asamblea Legislativa de Puerto Rico. (1930). *Código Civil de Puerto Rico*. San Juan de Puerto Rico, Puerto Rico: Asamblea Legislativa de Puerto Rico.
- Auto Supremo: 1008, Expediente: LP-51-17-S (Sala Civil del Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia 25 de septiembre de 2017).
- Barrau, J. (1917). *hipoteca. Su importancia económica*. Buenos Aires, Argentina: Universidad de Buenos Aires. Facultad de Ciencias Económicas.
- Becerra, C. M., & Orozco, D. L. (2005). *Estudio de Régimen Legal Colombiano*. Bogotá D.C., Colombia: Directorio de Servicios Legales del Gobierno de Colombia.

- Bonilla, S. F. (2014). *El nuevo régimen legal de las garantías mobiliarias*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia y la Superintendencia de Sociedades.
- Bonivento, F. J. (2017). *Los principales contratos civiles y comerciales. Tomo II. Novena edición*. Bogotá D.C., Colombia: Librería Ediciones del Profesional LTDA.
- Brahm, G. E. (1996). El concepto de propiedad en el Código Napoleónico. Una nueva interpretación de su artículo 544 en la Historiografía Jurídica Alemana. *Revista Chilena de Derecho, volumen 23 No. 1*, 7-12.
- Buendía, G. L. (2004). *El contrato de prenda comercial*. Bogotá D.C., Colombia: (Tesis de Grado para optar al Título de Especialista en Derecho Comercial). Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Especialización en Derecho Comercial.
- Bulla, A. A. (2017). *El contrato de anticresis en Colombia*. Bogotá D.C., Colombia: (Tesis de Especialización para optar al Título de Especialista en Derecho Comercial). Corporación Universitaria Republicana. Facultad de Derecho, Area de Derecho Comercial, Programa de Especialización en Derecho Comercial.
- Busto, L. J. (2016). *La protección del deudor en los créditos hipotecarios*. Coruña, España: Proyecto de Investigación del Ministerio de Educación y Ciencias de la provincia de La Coruña, España.
- Castillo, S. Y. (2014). *El contrato de anticresis*. Santiago de los Caballeros, República Dominicana: Universidad Tecnológica de Santiago UTESA.
- Caycedo, A. J., Felsmann, H. K., & Rodríguez, R. J. (2001). *La anticresis*. Chía, Cundinamarca, Colombia: (Tesis de Grado para optar al Título de Abogado). Universidad de la Sabana. Facultad de Derecho. Centro de Investigaciones Socio Jurídicas.

- Caycedo, T. C., & Lara, G. A. (2000). *Derecho civil bienes. Derechos reales. Investigación profesoral dirigida*. Chía, Cundinamarca, Colombia: (Tesis de Grado para alcanzar el Título de Abogado). Universidad de la Sabana. Facultad de Derecho. Centro de Investigaciones Socio Jurídicas.
- Congreso de la República de Argentina. (1869). *Sanción Ley 340. Código Civil de la República Argentina*. Buenos Aires, Argentina: Gobierno de la República Argentina.
- Congreso de la República de Colombia. (31 de mayo de 1873). Ley 84 de 1873. Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. *Diario Oficial No. 2,867*.
- Congreso de la República de Colombia. (18 de enero de 1996). Ley 258 de 1996. Por medio de la cual se establece la afectación a vivienda familiar y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial No. 42,692*.
- de Castro y Bravo, F. (1985). *El negocio jurídico*. Madrid, España: Editorial Civitas, S.A.
- Editorial de Infocasas. Noticias del Mercado Inmobiliario Boliviano. (5 de diciembre de 2017). *Infocasas. Noticias del Mercado Inmobiliario Boliviano*. Obtenido de Anticrético: todo lo que hay que saber: <https://www.infocasas.com.bo/blog/anticretico-todo-lo-que-hay-que-saber>
- Escobar, F., & Vásquez, C. (2005). ¿hacia dónde va Bolivia? Una reflexión propositiva sobre su historia y desarrollo. *Revista Latinoamericana de Desarrollo Económico No. 5*, 157-180.
- Fernández, G. A., Forero, L. C., & Quiroga, B. P. (2018). *Garantías autoliquidables en Colombia*. Bogotá D.C., Colombia: (Tesis de Grado para optar al Título de Especialista en Derecho Comercial). Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Especialización Derecho Comercial.

- González, F. W., Ramírez, F. C., & Sotelo, C. Y. (2009). *Vigencia del contrato de anticresis en la Legislación Civil Salvadoreña*. Ciudad Universitaria, San Salvador, El Salvador: (Tesis de Grado para obtener el Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas). Universidad de El Salvador. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Escuela de Ciencias Jurídicas.
- González, J. (2012). La idea de usura en la España del siglo XVI: consideración especial de los cambios, oscuros y asientos. *La revista científica de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de León (PECVNIA)*. Número 15 (julio-diciembre), 1-57.
- Herrera, T. B., & Alfaro, P. D. (2011). *El nuevo derecho de garantías en el derecho colombiano y en el derecho comparado*. Barranquilla, Atlántico, Colombia: Este artículo es producto de la investigación “Las Clausulas Abusivas y la Relación de Consumo” desarrollado en el marco de la línea de asuntos mercantiles de la facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de la Costa CUC.
- Highton, E. I., & Bueres, A. J. (2004). *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- Honorable Congreso Nacional de la República de Ecuador. (2015). *Código Civil de Ecuador de acuerdo con la Codificación 10*. Quito, Ecuador: Comisión de Legislación y Codificación.
- Jiménez, M. F. (2008). El tratamiento de los intereses en el derecho canónico y en el derecho islámico. *Revista de Derecho Político de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (RDUNED)*. Número 3, 71-100.

- Lasarte, C. (2009). *Derechos Reales y Derecho Hipotecario, (Tomo V). Principios de Derecho Civil. Séptima edición.* Madrid, España: Editorial Marcial Pons.
- León, A. L. (1974). Del contrato de prenda en materia mercantil. *Revista de Derecho Notarial Mexicano, No. 56. Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.,* 12-88.
- Ley del Órgano Electoral Plurinacional de la República de Bolivia. (1975). *Código Civil aprobado por DL 12760 de 06/08/1975.* Sucre, Bolivia: Presidencia la República de Bolivia.
- Lorenzetti, R. L., Highton, d. N., & Kemelmajer, d. C. (2011). *Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación.* Buenos Aires, Argentina: Presidencia la República de Argentina.
- Lozano, G. L. (2015). *La ejecución de la de garantía hipotecaria otorgada en créditos mercantiles.* Ciudad Universitaria, San Nicolás de Los Garza, Monterrey, Nuevo León, México: (Tesis de Maestría, para obtener el grado de Maestría en Ciencias con Especialidad en Derecho Mercantil). Universidad Autónoma de Nuevo León. Facultad de Derecho y Criminología.
- Machado, C. A. (2009). *Ensayos para la historia de la política de tierras en Colombia: de la colonia a la creación del Frente Nacional.* Bogotá D.C., Colombia: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Ciencias Económicas. Centro de Investigaciones para el Desarrollo, CID. ISBN : 978-958-719-337-4.
- Mejorada Chauca, M. (1998). La posesión y las mejoras en el Código Civil Peruano. *Revista de Derecho Ius et Veritas No. 17,* 236-245.
- Mejorada Chauca, M. (2014). Derechos sobre bienes y el Numerus clausus. *Revista de Derecho Themis No. 66,* 177-182.

- Mejorada Chauca, M. (2015). Garantía mobiliaria sobre créditos. *Revista de Derecho Ius et Veritas* No. 50, julio. ISSN 1995-2929, 126-168.
- Mejorada Chauca, M. (2015). Propiedad Constitucional, a Propósito de la Fe Pública Registral. *Revista de Derecho Themis*. No. 67. ISSN: 1810-9934, 233-237.
- Mejorada, C. M. (2006). Garantía mobiliaria: novedad y reivindicación. *Revista de Derecho Themis* No. 52, 287-301.
- Meneses, C. L., & Macuacé, O. R. (2011). Valoración y riesgo crediticio en Colombia. *Finanzas y Política Económica*, ISSN: 2248-6046, Vol. 3, No. 2, julio-diciembre, 65-82.
- Ministerio de Justicia de la República de Chile. (2009). *Código Civil de la República de Chile; Decreto con Fuerza de Ley 1*. Santiago de Chile, Chile: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina. (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación. 2da. edición - Julio 2016*. ISBN 978-987-3720-13-0. Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), Argentina: Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República del Perú. (2015). *Decreto Legislativo No. 295. Código Civil (16ª Edición Oficial)*. Lima, Perú: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Biblioteca Nacional del Perú N° 2015-02742. ISBN: 978-612-4225-14-7.
- Ministerio del Interior y de Justicia. (2009). *Decreto No. 1469 de 2009, por medio del cual se designa un notario propiedad*. Distrito Especial, Deportivo, Cultural, Turístico, Empresarial y de Servicios de Santiago de Cali, Valle del Cauca: Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Superintendencia de Notariado y Registro.

- Mita, A. H. (2013). *Contratos de anticresis vigentes, para personas naturales con exclusión social y los mecanismos de la seguridad jurídica. Caso: Distrito de Cairani de la Zona Alto Andina de Tacna. En el periodo 2012-2013*. Tacna, Perú: (Tesis de Maestría para optar al título de Magister en Derecho Civil y Comercial). Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann (Tacna). Escuela de Posgrado.
- Molina, A. M. (2012). *Problemas de la tradición en la compraventa de bienes inmuebles. Análisis en el Derecho Colombiano*. Barranquilla, Atlántico, Colombia: (Tesis de Maestría para optar al Título Universitario de Magister en Derecho). Universidad del Norte. División de Ciencias Jurídicas. Programa de Derecho.
- Noticias Nacionales. Diario Correo del Sur. (5 de agosto de 2015). *Diario Correo del Sur*.
Obtenido de Juez ordena desalojar a familia sin restituir pago de anticrético:
https://correodelsur.com/seguridad/20150805_juez-ordena-desalojar-a-familia-sin-restituir-pago-de-anticretico.html
- OLX. (10 de febrero de 2020). *OLX San Juan de Pasto*. Obtenido de Propiedades-Inmuebles:
https://www.olx.com.co/san-juan-de-pasto_g4069531/propiedades-inmuebles_c16/q-anticres
- Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación. (1979). *Reforma agraria y desarrollo rural integrado. Marco conceptual implicaciones jurídicas*. Roma, Italia: Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación.
- Organización del Órgano Ejecutivo del Estado Plurinacional de Bolivia. (2014). *Ley 843, a través de la cual se establece el Régimen Complementario al Impuesto al Valor Agregado y se regulan los Regímenes Especiales*. La Paz, Bolivia: Ministerio de la Presidencia del Estado Plurinacional de Bolivia.

- Órgano Electoral Plurinacional del Estado Plurinacional de Bolivia. (1975). *Decreto Ley N° 12760 de 6 de Agosto de 1975. Código Civil*. Sucre, Bolivia: Órgano Electoral Plurinacional del Estado Plurinacional de Bolivia.
- Orozco de la Torre, B., & García, Gabriel Alonso. (2013). *El islam y los musulmanes hoy. Dimensión internacional y relaciones con España*. Madrid, España: Escuela Diplomática del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, del Reino de España.
- Ospina, F. G., & Ospina, A. E. (1994). *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis S. A.
- Palenque, D. G. (2000). *Claúsulas Abusivas para el consumidor, contenidas en los contratos por adhesión a condiciones generales, previstas en la legislación boliviana*. Sucre, Bolivia: (Tesis de Maestría para optar al Grado de Magister en Derecho Económico). Universidad Andina Simón Bolívar. Sede Ecuador.
- Paz, V. M. (2015). Derecho real de anticresis en el nuevo Código Civil y Comercial. *Revista del Notariado Argentino No. 918*, 257-263.
- Pérez, V. Á. (1999). *Garantías Civiles. Segunda edición*. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis.
- Presidencia del Estado Plurinacional de Bolivia. (2004). *Reglamento, Modificación y Actualización de la Ley de Inscripción de Derechos Reales, DS No. 27,957*. Sucre, Bolivia: Presidencia de la República.
- Proaño, R. (30 de mayo de 2019). *Ricardo Proaño*. Obtenido de Anticresis: <https://www.youtube.com/watch?v=WxFd0udeiuQ>
- Quevedo, A. M. (2019). *El leasing financiero y el leaseback y su incidencia los resultados y situación financiera de la empresa Perú Rail*. Lima, Perú: (Tesis de Grado para optar al

- Título Profesional de Contador Público). Universidad Ricardo Palma. Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. Escuela Profesional de Contabilidad y Finanzas.
- Rivera, R. M. (2016). Una breve revisión histórica del Code Napoleón: solemne avenencia entre revolución y tradición. *Derecho Público Iberoamericano*, N° 9, octubre, 149-178.
- Rocha, A. A. (2009). *Lecciones sobre derecho civil y obligaciones*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. ISBN: 978-958-8378-92-3.
- Rodríguez, D. J. (2017). Contratos especiales. *Revista Chilena de Derecho Privado*, No. 28, 323-331.
- Rodríguez, V. J., & Zamora, B. J. (2018). *Análisis del contrato y regulación de leasing inmobiliario, a la luz de la legislación del Reino de España y la República de Chile, y los retos de la regulación en Costa Rica*. San José de Costa Rica, Costa Rica: (Tesis de Grado para optar al Grado Académico de Licenciatura en Derecho). Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. Área de Investigación.
- Romero, C. A. (2017). *financiamiento mediante leaseback y su efecto en la rentabilidad para la apertura de una sucursal. Restaurante L&S. Chicayo, Lambayete, Perú*: (Tesis de Grado para optar al Título Profesional de Contador Público). Universidad Señor de Sipán. Escuela Académico Profesional de Contabilidad.
- Ruíz, A. D. (2015). *Contrato de Anticresis*. Colcapirhua, Bolivia: Universidad Privada Boliviana. Informe final de la Materia Contratos II, correspondiente a la carrera de derecho.
- Saalih, a.-M. S. (2 de abril de 2020). *Islam Pregunta y respuesta*. Obtenido de Diferencias entre el impuesto social (zakah) y la caridad en general (sádaqah):

<https://islamqa.info/es/answers/9449/diferencias-entre-el-impuesto-social-zakah-y-la-caridad-en-general-sadaqah>

Sentencia SC451, SC451-2017; 26/01/2017 (Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia 26 de enero de 2017).

Sentencia T-643, Expediente T-4.963.569 (Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional 9 de octubre de 2015).

Soriano, P. C., & palacios, R. F. (2016). *Hipoteca inversa como un derecho real de garantía en favor de las personas mayores de 65 años de edad. Propuesta legislativa*. Cusco, Perú: (Tesis de Grado para optar al Título de Abogado). Universidad Andina del Cusco. Facultad de Derecho y Ciencia Política. Escuela Profesional de Derecho.

Suárez, G. A. (2019). *el leaseback como medio de financiamiento en una empresa unipersonal Guerrero Meoño Juan Eduardo*. Pimentel, Perú: (Tesis de Grado para optar al Grado Académico Profesional de Bachiller en Contabilidad). Universidad Señor de Sipán. Facultad de Ciencias Empresariales. Escuela Académico Profesional de Contabilidad.

Superintendencia Financiera de Colombia. (2016). *Garantías reales, exigencia de constitución. Concepto 2016085887-003 del 13 de septiembre*. Bogotá D.C., Colombia: Superintendencia Financiera de Colombia.

Tenorio, B. J. (2015). *Análisis de los efectos jurídicos de la celebración del contrato de anticresis en la ciudad de Quito, durante el año 2013*. Quito, Ecuador: (Tesis de Grado para optar al Título de Abogado). Universidad Central del Ecuador. Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales.

Universidad Libre, Red de Grupos y Centros de Investigación Jurídica y Sociojurídica. (2015). *Avances y desafíos del derecho: Abordaje desde la investigación jurídica y sociojurídica*.

Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, Bolívar, Colombia: Universidad Libre Sede Cartagena.

Vega et al. (2018). Capítulo 28. Derechos reales de garantía. En R. J. Vega Cardona, *Los Contratos en el Código Civil de Ecuador* (págs. 28/1-28/22). Quito, Ecuador: Editorial Reus.

7 Anexos

7.1 Anexo A. Legislación Colombiana que Regula los Contratos Anticréticos

En materia de regulación legal, en Colombia los contratos anticréticos son establecidos a través del código civil en los artículos que corresponden del 2458° al 2468° y que se circunscriben en el Libro Cuarto: “De las obligaciones en general y de los contratos”, Capítulo V: “De la extinción de la fianza”, Título XXXVIII: “De la anticresis”, en los siguientes términos textuales:

Artículo 2458. Definición de anticresis. La anticresis es un contrato por el que se entrega al acreedor una finca raíz para que se pague con sus frutos.

Artículo 2459. Propiedad del inmueble dado en anticresis. La cosa raíz puede pertenecer al deudor o a un tercero que consienta en la anticresis.

Artículo 2460. Perfeccionamiento del contrato. El contrato de anticresis se perfecciona por la tradición del inmueble.

Artículo 2461. Derechos del acreedor anticrético. La anticresis no da al acreedor, por sí 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.

Artículo 2462. Anticresis e hipoteca del mismo bien. 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.

Artículo 2463. Aplicación de normas sobre el arrendamiento a la Anticresis. 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.

Artículo 2464. Efectos de la omisión en el pago respecto al acreedor. 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 2465. Imputación de frutos a los intereses. Si el crédito produjere intereses, tendrá derecho el acreedor para que la imputación de los frutos se haga primeramente a ellos.

Artículo 2466. Compensación de frutos con los intereses. 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.

Artículo 2467. Restitución de la cosa dada en anticresis. 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 2468. Anticresis judicial. En cuanto a la anticresis judicial o prenda pretoria, se estará a lo prevenido en el Código Judicial.” (Congreso de la República de Colombia, 1873).

7.2 Anexo B. Legislación Argentina que Regula los Contratos Anticréticos

En la República Argentina, los contratos anticréticos están regulados a través del Código Civil y Comercial de la Nación, en la parte concerniente al Libro Cuarto: “Derechos Reales”, Título XII: “Derechos reales de garantía”, Capítulo 3: “Anticresis”, que está compuesto por los artículos del 2212° al 2218, normatividad que a continuación se expone de manera textual:

Artículo 2212. Concepto. La anticresis es el derecho real de garantía que recae sobre cosas registrables individualizadas, cuya posesión se entrega al acreedor o a un tercero designado por las partes, a quien se autoriza a percibir los frutos para imputarlos a una deuda.

Artículo 2213. Legitimación. Pueden constituir anticresis los titulares de los derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal, superficie y usufructo.

Artículo 2214. Plazo máximo. El tiempo de la anticresis no puede exceder de diez años para cosas inmuebles y de cinco años para cosas muebles registrables. Si el constituyente es el titular de un derecho real de duración menor, la anticresis se acaba con su titularidad.

Artículo 2215. Derechos del acreedor. El acreedor adquiere el derecho de usar la cosa dada en anticresis y percibir sus frutos, los cuales se imputan primero a gastos e intereses y luego al capital, de lo que se debe dar cuenta al deudor.

Artículo 2216. Deberes del acreedor. El acreedor anticresista debe conservar la cosa. Puede percibir los frutos y explotarla él mismo, o darla en arrendamiento; puede habitar el inmueble o utilizar la cosa

mueble imputando como fruto el alquiler que otro pagaría.

Excepto pacto en contrario, no puede modificar el destino ni realizar ningún cambio del que resulta que el deudor, después de pagada la deuda, no puede explotar la cosa de la manera que antes lo hacía.

El acreedor debe administrar conforme a lo previsto por las reglas del mandato y responde de los daños que ocasiona al deudor.

El incumplimiento de estos deberes extingue la garantía y obliga al acreedor a restituir la cosa al titular actual legitimado.

Artículo 2217. Gastos. El titular del objeto gravado debe al acreedor los gastos necesarios para la conservación del objeto, aunque éste no subsista; pero el acreedor está obligado a pagar las contribuciones y las cargas del inmueble.

El acreedor no puede reclamar los gastos útiles sino hasta la concurrencia del mayor valor del objeto.

Artículo 2218. Duración de la inscripción. Los efectos del registro de la anticresis se conservan por el término de veinte años para inmuebles y de diez años para muebles registrables, si antes no se renueva.” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina, 2016).

7.3 Anexo C. Legislación Peruana que Regula los Contratos Anticréticos

La legislación peruana que regula los contratos anticréticos, están circunscritos únicamente a seis artículos del código civil peruano, desde el artículo 1091°, hasta el artículo 1096°; estos artículos están circunscritos al Título II: “Anticresis”, de la Sección Cuarta: “Derechos reales de garantía”, que pertenecen al Libro V: “Derechos reales”; el texto original de dichos artículos es el siguiente:

Artículo 1091°. Definición de anticresis. Por la anticresis se entrega un inmueble en garantía de una deuda, concediendo al acreedor el derecho de explotarlo y percibir sus frutos.

Artículo 1092°. Formalidades. El contrato se otorgará por escritura pública, bajo sanción de nulidad, expresando la renta del inmueble y el interés que se pacte.

Artículo 1093°. Imputación de la renta del inmueble. La renta del inmueble se aplica al pago de los intereses y gastos, y el saldo al capital.

Artículo 1094°. Obligaciones del acreedor anticrético. Las obligaciones del acreedor son las mismas del arrendatario, excepto la de pagar la renta.

Artículo 1095°. Retención del inmueble por otra deuda. El acreedor no puede retener el inmueble por otra deuda, si no se le concedió este derecho.

Artículo 1096°. Normas supletorias aplicables. Son aplicables a la anticresis las reglas establecidas para la prenda en lo que no se opongan a las consignadas en este título.” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República del Perú, 2015).

7.4 Anexo D. Legislación Ecuatoriana que Regula los Contratos Anticréticos

En lo que respecta a la Ley Ecuatoriana que regula los contratos anticréticos, estos están descritos y analizados en el Título XXXVII: “De la anticresis”, que forma parte del Libro IV: “De las obligaciones en general y de los contratos”; y que se ha constituido por los artículos del 2337° al 2347°; el texto original de los artículos en comento es el que a continuación se transcribe:

Art. 2337.- Anticresis es un contrato por el que se entrega al acreedor una cosa raíz, para que se pague con sus frutos.

Art. 2338.- La cosa raíz puede pertenecer al deudor, o a un tercero que consienta en la anticresis.

Art. 2339.- El contrato de anticresis se perfecciona por la tradición del inmueble.

Art. 2340.- La anticresis no da al acreedor, por sí sola, ningún derecho real sobre la cosa entregada.

Se aplica al acreedor anticrético lo dispuesto a favor del arrendatario en el caso del Art. 1903.

No valdrá la anticresis en perjuicio de los derechos reales ni de los arrendamientos anteriormente constituidos sobre la finca.

Art. 2341.- Podrá darse en anticresis al acreedor el inmueble anteriormente hipotecado al mismo; y podrá igualmente hipotecarse al acreedor, con las formalidades y efectos legales, el inmueble que se le ha dado en anticresis.

Art. 2342.- 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.

Art. 2343.- El acreedor no se hace dueño del inmueble a falta de pago, ni tiene preferencia en él sobre los otros acreedores, sino la que le dé el contrato accesorio de hipoteca, si lo hubiere. Toda estipulación en contrario es nula.

Art. 2344.- Si el crédito produjere intereses, tendrá derecho el acreedor para que la imputación de los frutos se haga primeramente a ellos.

Art. 2345.- Las partes podrán estipular que los frutos se compensen con los intereses, en su totalidad, o en sus correspondientes valores.

Pero si el deudor demostrare que el valor de los frutos efectivamente percibidos por el acreedor, supera el monto del máximo interés que legalmente podía cobrarse, tendrá derecho a que dicho exceso se impute al capital u obligación principal.

Art. 2346.- 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.

Art. 2347.- En cuanto a la anticresis judicial o prenda pretoria, se estará a lo prevenido en la ley” (Honorable Congreso Nacional de la República de Ecuador, 2015).

7.5 Anexo E. Legislación Chilena que Regula los Contratos Anticréticos

Por su parte, en la República de Chile, el Congreso Nacional ha estipulado la normativa relacionada con los contratos anticréticos en el Libro Cuarto: “De las obligaciones en general y de los contratos”; Título XXXIX: “De la anticresis”, en los artículos correspondientes del 2435° al 2445°, los cuales se transcriben textualmente a continuación:

Art. 2435. La anticresis es un contrato por el que se entrega al acreedor una cosa raíz para que se pague con sus frutos.

Art. 2436. La cosa raíz puede pertenecer al deudor, o a un tercero que consienta en la anticresis.

Art. 2437. El contrato de anticresis se perfecciona por la tradición del inmueble.

Art. 2438. La anticresis no da al acreedor, por sí sola, ningún derecho real sobre la cosa entregada.

Se aplica al acreedor anticrético lo dispuesto a favor del arrendatario en el caso del artículo 1962.

No valdrá la anticresis en perjuicio de los derechos reales ni de los arrendamientos anteriormente constituidos sobre la finca.

Art. 2439. 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.

Art. 2440. 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.

Art. 2441. 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.

Art. 2442. Si el crédito produjere intereses, tendrá derecho el acreedor para que la imputación de los frutos se haga primeramente a ellos.

Art. 2443. 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 el caso de lesión enorme a la misma reducción que en el caso de mutuo.

Art. 2444. 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.

Art. 2445. En cuanto a la anticresis judicial o prenda pretoria, se estará a lo prevenido en el Código de Enjuiciamiento”e (Ministerio de Justicia de la República de Chile, 2009)

7.6 Anexo F. Legislación Boliviana que Regula los Contratos Anticréticos

De manera específica los contratos de anticresis están sancionados a través del Código Civil Boliviano por los artículos correspondientes del 1429 al 1435, que se encuentran dispuestos en el Capítulo IV: “De la ejecución forzosa”, en su Sección III: “De la anticresis”, y en esos siete artículos se establecen las bases jurídicas del contrato de anticresis, a continuación, se transcriben textualmente los artículos correspondientes al Código Civil Boliviano.

Artículo 1429. (Derecho a percibir los frutos).

I. Por el contrato de anticresis el acreedor tiene derecho a percibir los frutos del inmueble, imputándolos primero a los intereses, si son debidos, y después al capital.

II. Es válido el pacto por el cual las partes convienen en que los frutos se compensen con los intereses en todo o en parte.

Artículo 1430. (Constitución por documento público).

El contrato de anticresis no se constituye sino por documento público, surte efecto respecto a terceros sólo desde el día de su inscripción en el registro.

Artículo 1431. (Derechos que confiere al acreedor).

La anticresis confiere al acreedor el derecho de retención y el de preferencia, según lo dispuesto en el artículo 1393.

Artículo 1432. (Preferencia del acreedor anticresista).

El acreedor anticresista tiene el derecho de hacerse pagar con preferencia a otros acreedores sobre la cosa recibida en anticresis.

Artículo 1433. (Venta del inmueble).

El acreedor no pagado puede con intervención judicial y en la forma y con los requisitos previstos por el Código de procedimiento civil, sacar a pública subasta el inmueble dado en anticresis.

Artículo 1434. (Obligaciones del acreedor anticresista).

I. El acreedor, si no se ha acordado otra cosa está obligado a pagar los impuestos y las cargas anuales del inmueble.

II. Tiene la obligación de conservar, administrar y cultivar el fundo como un buen padre de familia. Los gastos correspondientes se deben sacar de los frutos.

III. El acreedor, si quiere liberarse de esas obligaciones, puede en todo momento restituir el inmueble al constituyente, siempre que no haya renunciado a tal facultad.

Artículo 1435. (Indivisibilidad y duración de la anticresis).

I. La anticresis es indivisible.

II. La anticresis no puede convenirse por un plazo superior a cinco años y si se pacta otro mayor, él se reduce a dicho término.

III. El anticresista tiene el derecho de retención mientras no sea satisfecho su crédito, salvo lo dispuesto por el artículo 1479. (Órgano Electoral Plurinacional del Estado Plurinacional de Bolivia, 1975) (Órgano Electoral Plurinacional del Estado Plurinacional de Bolivia, 1975).

7.7 Anexo G. Formato Utilizado en Cali, Para la Elaboración de Contratos Anticréticos

CONSTITUCIÓN DE ANTICRESIS

OTORGADA POR:

DEUDOR: (nombre [s] y apellidos completos)

ACREEDOR ANTICRETICO: ... (nombre [s] y apellidos completos) ...

INMUEBLE ... (casa, apartamento, lote, etc....)

UBICACIÓN: (ciudad, vereda,) ...

MATRICULA INMOBILIARIA:

En la ciudad de Santiago de Cali, Departamento del Valle del Cauca, República de Colombia, a los (...) días del mes de de dos mil (2.....), en la Notaría Catorce (14) del Círculo de Cali, cuyo titular es MARIA SOL SINISTERRA ALVAREZ, se hicieron presentes los señores (nombre [s] y apellidos completos) ..., mayores de edad, identificados con las cédulas de ciudadanía números y expedidas en y, respectivamente, de estado civil..... (casados, divorciados...) ..., vecinos de ... (dónde viven) ..., lugar de su domicilio, con (sin) sociedad conyugal vigente, quienes obran en sus propios nombres y manifestaron que han acordado celebrar un Contrato de Anticresis que se desarrollará de acuerdo con las siguientes cláusulas:

PRIMERA. - (nombre [s] y apellidos completos) da en anticresis en favor del (de los) señor (es) (nombre [s] y apellidos completos) el (los) siguiente (s) inmueble (s) de su exclusiva propiedad: (Determinar aquí claramente el inmueble o inmuebles objeto de la anticresis por sus linderos generales y particulares, ubicación, dirección)

A este (os) inmueble (s) le (s) corresponde el (los) registro (s) catastral (es) número (s) y la (s) matrícula (s) inmobiliaria (s) número (s)

SEGUNDA. - La entrega del bien inmueble descrito la hace (nombre [s] y apellidos completos) (si el inmueble es de un tercero que garantiza, o ... La entrega del bien inmueble descrito se hace para garantizar ...) para garantizar la deuda que (nombre [s] y apellidos completos) contrajo el día (...) de de dos mil ... (2.....) por un valor total de capital de(\$), adicionado de intereses mensuales del por ciento (...%), con.... (nombre [s] y apellidos completos del acreedor anticrético)) Dicha deuda se hace constar en la copia auténtica del documento que se agrega a esta escritura.

TERCERA. - (nombre [s] y apellidos completos) autoriza expresamente a (nombre [s] y apellidos completos) a:

a) Retener el bien que por esta escritura se afecta con anticresis, hasta que reciba el pago total del crédito y de los intereses que se dejan especificados, tal y como lo ordena el artículo 2467 del Código Civil;

b) Percibir los frutos, los cuales se imputarán al crédito que se deja especificado, primero a capital y el saldo a intereses;

c) Descontar del valor de los frutos, los gastos en que incurra para la conservación del bien;

d) Solicitar la venta por remate judicial en caso que el deudor no pague el crédito dentro del plazo convenido;

e) Solicitar la venta por remate judicial en caso que el deudor incurra en una mora superior a meses;

f) Restituir el bien, en cualquier tiempo, aunque no hubiera cobrado su crédito y perseguir el pago de la deuda por los medios legales.

CUARTA. - (nombre [s] y apellidos completos [acreedor anticrético]) ..., en su calidad de acreedor anticrético, se obliga a:

- a) Preservar y cuidar el bien;
- b) Proveer para su conservación y mantenimiento, sin alterar sus fachadas ni distribución, ni alterar el género de la explotación económica que en él se desarrolla;
- c) Reparar los perjuicios que sufre el bien por su acción, culpa o negligencia;
- d) Restituirlo, aún antes de ser cancelado en su totalidad el crédito, cuando abusare de sus facultades;
- e) Pagar los impuestos, contribuciones, y servicios a cargo del inmueble, descontando de los frutos los desembolsos en que para el efecto incurriere; y,
- f) Restituir el bien al deudor una vez que se le pague íntegramente el crédito con sus intereses.

QUINTA. - El término de duración de este contrato es el previsto para la cancelación del crédito, o sea de (meses o años)

SEXTA. - Las partes acuerdan solucionar las controversias que surjan por razón de este contrato, exceptuando las de carácter ejecutivo, por trámite conciliatorio en la Notaría Catorce (14) de Cali. En el evento que la conciliación resulte fallida, serán resueltas por un Tribunal de Arbitramento, que funcionará de conformidad con las siguientes reglas: a. El tribunal se regirá por los procedimientos de la Cámara de Comercio de Cali; b. El Tribunal estará integrado por ... (uno, tres, ...) árbitro (s), designado (s) por la Cámara de Comercio de Cali; y, c. El laudo será en derecho. Se entiende por parte a la persona o grupo de personas que sostengan una misma pretensión (Sinisterra Álvarez, 2009).