

## **EL CONTRATO DE ANTICRESIS**

***Solange Doyharçal Casse***

Profesora de Derecho Civil  
Facultad de Derecho  
Universidad Gabriela Mistral

Nuestro Código Civil regula el contrato de anticresis en el Título XXXIX del Libro IV, artículos 2435 al 2445. El primero de ellos la define diciendo: "La anticresis es un contrato por el que se entrega al acreedor una cosa raíz para que se pague con sus frutos".

Es pues, una garantía real, pero su aplicación ha sido tan escasa que la doctrina chilena no ha tenido problemas en admitir que "el interés práctico de este contrato es, en verdad, nulo"<sup>1</sup>.

### **ORIGEN**

La anticresis nació en el derecho griego que le dio su nombre, y que se traduce como "contra uso". En el Derecho Romano se utilizó como un pacto que acompañaba al contrato de prenda y en virtud del cual los frutos de la cosa pignorada mueble o inmueble se compensaban con los intereses que devengaba la deuda, pero no con el capital. La percepción de los frutos reemplazaba en el patrimonio del acreedor los intereses que de otro modo debería pagar el deudor, sin tener que dar cuenta pero sin derecho a reclamar más de lo percibido. Se producía así un "contra goce".

Durante la Edad Media, el Derecho Canónico no vio con buenos ojos el cobro de intereses que, entre otras cosas, contradecía el principio de la gratuidad del mutuo y esa influencia negativa contribuyó a su ocaso, sin perjuicio de que determinadas figuras, que disimulaban ese cobro se hicieran frecuentes, como la compraventa con pacto de retroventa, correspondiendo el precio al importe del préstamo.

---

<sup>1</sup> Ramón Meza Barros. *De las fuentes de las obligaciones*. Tomo II. 1997. pág.212.

Vencido el plazo y habiendo pagado el deudor una suma equivalente al capital más los intereses, recuperaba el bien. Cuando el cobro de intereses es aceptado, la anticresis resurge como contrato independiente.

## **CODIGO CIVIL FRANCES**

Un decreto de 13 de octubre - 3 de noviembre de 1789, había abolido en Francia la prohibición canónica y autorizado el préstamo a interés, por lo que los redactores del Código Civil de 1804 no tuvieron obstáculo para incorporar la anticresis, aunque si lo hicieron fue a solicitud de varios tribunales como los de Bordeaux, Grenoble, Limoges y otros, puesto que al no usarse en París en un principio se había dejado de lado.

El artículo 2071 definió a la prenda como un contrato por el cual un deudor entrega una cosa a su acreedor para seguridad de la deuda y el 2072 precisó que si recaía sobre mueble se trataba de una prenda propiamente tal y si lo hacía sobre cosa inmueble se llamaba anticresis. El artículo 2085 relativo a esta última dispuso que sólo se establecía por escrito, agregando que el acreedor por este contrato sólo adquiriría la facultad de percibir los frutos del inmueble con cargo a imputarlos anualmente a los intereses, si procedía, y enseguida al capital de la deuda.

La redacción del artículo 2085 del Code Civil originó una discusión acerca de su naturaleza jurídica. Al prescribir que se establecía por escrito motivó a los autores a preguntarse si no se trataba más bien de un contrato solemne que de un contrato real. La unanimidad de las opiniones coincidió en que no tenía el carácter de formal por las siguientes razones: 1.- Si la prenda no era solemne no se veía motivo para que lo fuera la anticresis. 2.- Los contratos solemnes han sido la excepción. 3.- El escrito sólo se requería por vía de prueba. El verbo establecer: "établir" se ocupaba (y se ocupa) a menudo en el sentido de: "probar". Era, por lo tanto, un contrato real, perfeccionado por la entrega de la cosa. La consecuencia de exigir escrituración significaba la inadmisibilidad de la prueba testimonial del contrato contra terceros. Que una ley de 1855 obligara a inscribir el título no le quitaba este carácter.

Fue caracterizada pues, como un contrato real, oneroso, unilateral a celebrarse por el propio deudor o por un tercero, siempre que fuera propietario del inmueble y capaz de disponer; el acreedor debía rendir cuenta detallada de su administración cada año y para evitarlo se

dispuso expresamente la posibilidad de compensar los frutos con los intereses, pero puesto que la ley imponía que la tasa de interés se fijara por escrito, algunos exigieron que constara de esa manera.

Siendo el acreedor un mero tenedor se reconoció su derecho a retener el inmueble hasta hacerse pago íntegro de la obligación. ¿Podía el deudor invocar la prescripción extintiva de la deuda mientras el acreedor estuviera en posesión material del inmueble? Casi unánime la opinión negativa puesto que cada vez que el acreedor imputara frutos a los intereses o al capital estaría realizando un pago en nombre del deudor y ya se sabe que cada vez que el deudor paga interrumpe la prescripción.

Respecto a los terceros, no se estableció privilegio para el acreedor anticrético ni se otorgó al acreedor facultad de perseguir la cosa de manos de quien se encontrara, característica del derecho real.

Contrato unilateral, con un único obligado al momento de su celebración, el acreedor, con cargo de conservar y administrar sin cambiar el modo de explotación del inmueble, pagar contribuciones y cargas anuales, debiendo emplear la diligencia de un buen padre de familia. A su cargo también, los gastos de conservación y mantenimiento.

Francia modificó el Código Civil en esta materia, por ordenanza nº 2006-346 de 23 de marzo de 2006, que reglamentó las garantías reales y derogó la normativa anterior. La anticresis se rige ahora por lo dispuesto en los artículos 2387 a 2392, asemejándose cada vez más a la hipoteca, puesto que se le aplican varias de sus disposiciones. El artículo 2387 la define ahora como la afectación de un inmueble en garantía de una obligación que trae consigo el desposeimiento del constituyente.

Al igual que sucedía con la legislación derogada, el acreedor percibe los frutos del inmueble y debe imputarlos primero a los intereses y luego al capital, más como a él le corresponde asumir los gastos de conservación y mantención, puede aplicar los frutos a estos fines antes que a la deuda, pudiendo sustraerse a esta obligación restituyendo el bien a su propietario. En cambio el deudor no puede reclamar la devolución antes del total pago del crédito.

Cambia su naturaleza jurídica porque el artículo 2388 le hace aplicable el 2416 que señala: "La hipoteca convencional sólo puede ser consentida por acta notarial". Ha adquirido entonces el carácter de solemne.

Otra aplicación de las reglas de la hipoteca que se hacen extensivas a la anticresis dice relación con la facultad del acreedor de pedir al juez que le adjudique el inmueble en pago de la deuda y la facultad de las partes para introducir el pacto comisorio en el contrato (arts. 2458 y 2459).

Importante artículo resulta el 2390, según el cual el acreedor puede, sin perder la posesión, dar el inmueble en arrendamiento, sea a un tercero, sea al mismo deudor.

La jurisprudencia francesa, respecto de un caso ocurrido en territorios de ultramar, ya había anunciado este cambio que se concretó con la reforma legislativa de 2006. En efecto, la sociedad hotelera internacional Polinesia recibió un préstamo de 300 millones de francos en 1990 para adquirir bienes inmobiliarios situados en tres islas. La acreedora aceptaba como garantía, esos mismos bienes en anticresis pero consentía en dejarlos en manos de la deudora la cual se comprometía a pagar una indemnización por ocupación trimestral cuyo monto correspondía a los vencimientos periódicos del mutuo. La deudora cumplió hasta 1994 y luego dejó de pagar por lo que fue demandada por la acreedora anticrética. En el juicio correspondiente, la Corte de Pappetee en 2001 resolvió en contra de la demandante, argumentando que el solo desposeimiento jurídico (como ocurría en el caso de autos) o el sólo desposeimiento material no era suficiente para caracterizar anticresis sino que se requería que éste fuera continuo y se acompañara de actos positivos del acreedor que testimoniaran su voluntad de mantener la tenencia, pues de lo contrario la anticresis se extinguía. Llegado el asunto a París, la Corte de Casación, en fallo de 18 de diciembre de 2002 que significó un vuelco total, resolvió que violaba las disposiciones relativas a la posesión y a la anticresis la corte que la declaraba extinguida, en razón de la ausencia de actos positivos del acreedor que revelaran su intención de conservar la tenencia material o jurídica de los inmuebles, porque aún si el propietario no pagaba las indemnizaciones de ocupación, continuaba poseyendo los inmuebles por cuenta del acreedor anticrético.

Los derechos del acreedor anticrético cesan principalmente por la extinción de la obligación principal y por la restitución anticipada del inmueble al propietario.

## **CODIGO CIVIL DE ITALIA**

Trata de la anticresis en los artículos 1960 a 1964. El primero la define como el contrato con el cual el deudor o un tercero se obliga a entregar un inmueble al acreedor para garantía del crédito, con objeto de que el acreedor perciba los frutos imputándolos a los intereses, si se deben, y luego al capital. Tiene así carácter bilateral.

El artículo 1351 lo incluye en la lista de contratos que deben otorgarse por escritura pública o privada y el 2643 obliga a hacerlo público mediante transcripción.

A menos de pacto en contrario, el acreedor está obligado a pagar los tributos y cargas del inmueble recibido en anticresis. Tiene también la obligación de conservar, administrar y cultivar el fundo como un buen padre de familia, pero puede liberarse de ambas restituyendo el bien raíz al deudor, salvo que haya renunciado a esa facultad.

La anticresis dura hasta el pago total del crédito aunque éste o el inmueble sean divisibles, sin perjuicio de haberse fijado un plazo de duración. En cualquier caso la anticresis no puede durar más de diez años.

Es nulo cualquier pacto, aún posterior a la celebración del contrato, por el cual se conviene que la propiedad del inmueble pase al acreedor en caso de no pago de la deuda., pero es válido aquel en virtud del cual se conviene que los frutos se compensarán con los intereses in todo o en parte. En tal circunstancia el deudor puede en cualquier tiempo extinguir su deuda y recuperar la posesión del inmueble.

## **CODIGO CIVIL DEL PERU**

En Perú el contrato se otorga por escritura pública, bajo sanción de nulidad, expresando la renta del inmueble y el interés que se pacte (art 1092).

Se rige por las normas de la prenda y, por lo tanto, confiere al acreedor un derecho real.

Las obligaciones del acreedor anticrético, según el artículo 1094, son las mismas del arrendatario, excepto la de pagar la renta. Esta disposición envía al artículo 1681 que señala cuales son esas obligaciones entre las que interesa destacar las siguientes: cuidar diligentemente el bien, usarlo para el destino que se le concedió en el contrato, pagar los servicios públicos, posibilidad de inspección,

prohibición de introducir cambios en el inmueble sin asentimiento del arrendador, devolverlo en el estado en que lo recibió, cumplir las demás obligaciones que señala la ley o el contrato, responder por deterioro o destrucción a menos de probar que fue por causa no imputable a él.

Los avisos del mercado inmobiliario peruano ofrecen las propiedades en alquiler o en anticresis. De su lectura parece desprenderse que, fijado un plazo para la duración del contrato, si el alquiler se paga periódicamente estaremos frente a un arrendamiento, y si la renta se paga de una sola vez en forma anticipada se entenderá como un préstamo con garantía de anticresis y el acreedor gozará del inmueble por el tiempo estipulado.

## **SITUACION GENERAL**

La anticresis aparece incorporada a la mayoría de los códigos, pero la situación es bastante anárquica, puesto que si bien Italia, Perú y ahora Francia, exigen solemnidad, es un contrato real en Chile y en Argentina. En esta última y en Perú el derecho del acreedor es real, en Italia y en Chile, personal.

El Código Civil Suizo la suprimió como derecho real. En el Código Civil de Costa Rica no se contempló, pero existe al menos un proyecto de ley de 1999 que propone su consagración legal a fin de que permita a las partes un medio más de garantía real, dadas las bondades que presenta, como instrumento alternativo de garantía crediticia de la banca estatal, evitando los siguientes inconvenientes de la hipoteca:

1. La opción del deudor hipotecario que no paga es que su propiedad se remate en venta judicial y pase a manos de un tercero, quien no necesariamente será su acreedor.
2. El deudor hipotecario que sabe que su finca será rematada por el banco acreedor, abandona los cultivos, la maquinaria, causa desempleo y no cumple con el objetivo de cancelar la operación crediticia, lo cual también significa que el banco fracasó en cuanto al fin social del crédito al sector productivo.
3. El remate y la adjudicación del bien hipotecado, en muchas ocasiones ni siquiera permite recuperar el costo de toda la inversión, concluyéndose en una propiedad perdida por el deudor, proyectos productivos inconclusos y una cartera crediticia no satisfecha con base en la proyección inicial.

Hay que decir que esta garantía real, a pesar del entusiasmo de sus defensores, nunca ha conocido el auge de la prenda ni de la hipoteca. Esta última presenta la enorme ventaja para el constituyente de conservar el predio y para el acreedor la de adquirir un derecho real, que lo faculta para perseguir la cosa de manos de quien se encuentre. La anticresis puede no ser simple. Si bien la facultad de goce le permite al acreedor cultivar la tierra y percibir las cosechas, celebrar contratos de mediería, etc., si no tiene experiencia en administración agrícola no se interesará en aceptar un predio de esas características, porque es una labor que no se improvisa, a menos que lo arriende, como lo haría con un predio urbano.

No puede eso sí, dejar de mencionarse que la figura de la anticresis, ocasionalmente ha venido a resolver las dificultades de formulación contractual en materia de concesión de obra pública, como sucedió en la República Argentina.

## **CODIGO CIVIL DE CHILE**

El Código le dedica once artículos. Es un contrato real, que se perfecciona por la entrega del inmueble al acreedor quien tiene derecho a percibir sus frutos para imputarlos a los intereses de la deuda y luego al capital. Su derecho, personal, es oponible a terceros sólo frente a adquirentes a título gratuito; lo será respecto de los adquirentes a título oneroso si el contrato consta por escritura pública y respecto de acreedores hipotecarios si el contrato otorgado por escritura pública fue inscrito con anterioridad a la hipoteca. (arts. 2438 inc. 2 en relación con el 1962)

Ha sido letra muerta y no es maravilla, tal como está estructurada. En efecto:

1. Dificilmente un propietario entregará un inmueble a un acreedor sin formalidad alguna. La primera dificultad que se presentaría en perjuicio del acreedor sería la dificultad de la prueba.
2. No tiene plazo, puesto que el acreedor no devuelve el inmueble mientras no se haya extinguido la deuda, lo que significa que pueden pasar muchísimos años, lo que atenta contra la certeza de las situaciones jurídicas.

Existe el riesgo de que el acreedor se eternice en la posesión del predio y no tenga interés en explotarlo, o por el contrario realice una sobreexplotación para pagarse pronto y arruine las tierras.

3. El acreedor tiene la facultad de devolver el bien en cualquier momento, y esto puede causar un gran problema al deudor, que creía que la amortización de esa obligación estaba arreglada y de un momento a otro le devuelven el inmueble y le cobran una deuda que en la mayoría de los casos no podrá pagar.
4. Nada dijo el código sobre rendiciones de cuenta periódicas de la administración.
5. El dueño que no tiene la tenencia del inmueble debe, sin embargo, pagar cargas y contribuciones.

De cara a una posible modificación del Código Civil cabe formularse la pregunta siguiente: ¿vale la pena conservar este contrato o sería mejor suprimirlo?

Su falta de aplicación inclinaría por la primera alternativa, pero tal vez como ha hecho Francia, es mejor conservarla como una garantía más y revitalizarla. Al efecto, sería posible:

Exigir escrituración, transformándolo en un contrato solemne lo que permitiría, además de agregar un inventario, incluir cláusulas que establecieran, por ejemplo, el monto aproximado de la renta que se espera obtener como fruto civil del inmueble, la prohibición de cambiar el destino del suelo, la facultad de inspección del propietario en determinadas épocas y circunstancias.

Imponer el pago de las cargas y contribuciones al acreedor sin perjuicio de que éste descuente su monto de los frutos. Si bien esta disposición se encontraba en la normativa francesa que fue derogada, la nueva guardó silencio, pero el código italiano la contiene en su artículo 1961 inciso primero.

Fijar un plazo máximo de duración como lo hace el código italiano en su artículo 1962

Establecer expresamente la obligación de rendir cuentas periódicas, en lo posible documentadas, como lo hace el Código de Procedimiento Civil en sus artículos 504 y 506 para la anticresis judicial o prenda pretoria<sup>2</sup>.

Santiago, septiembre de 2006.

---

<sup>2</sup> Si puestos por segunda vez a remate los bienes embargados por los dos tercios del nuevo avalúo, tampoco hay postores, podrá el acreedor pedir que se le entreguen en Anticresis Judicial o Prenda Pretoria. Las utilidades líquidas que de ellos obtenga se aplicarán al pago del crédito a medida que se perciban. Código de Procedimiento Civil arts. 500 a 507.