

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES  
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS  
SEMINARIO DE GRADUACION AÑO 2008  
PLAN DE ESTUDIO 1993**



**“VIGENCIA DEL CONTRATO DE ANTICRESIS EN LA LEGISLACIÓN  
CIVIL SALVADOREÑA”**

**TRABAJO DE INVESTIGACION PARA OBTENER EL GRADO DE:**

**LICENCIADO (A) EN CIENCIAS JURIDICAS**

**PRESENTAN:**

**WENCESLAO ENRIQUE GONZALEZ FLORES  
CARLOS ALBERTO RAMÍREZ FUENTES  
YANIRA ELIZABETH SOTELO CHICAS**

**LICENCIADO WILFREDO ESTRADA MONTERROSA  
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO**

**CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, OCTUBRE DE 2009**

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**

INGENIERO RUFINO ANTONIO QUEZADA SANCHEZ  
RECTOR

ARQUITECTO MIGUEL ÁNGEL PÉREZ RAMOS  
VICERRECTOR ACADEMICO

LICENCIADO OSCAR NOÉ NAVARRETE ROMERO  
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

LICENCIADO DOUGLAS VLADIMIR ALFARO CHAVEZ  
SECRETARÍA GENERAL

DOCTOR RENÉ MADECADEL PERLA JIMENEZ  
FISCAL GENERAL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**

DOCTOR JOSE HUMBERTO MORALES  
DECANO

LICENCIADO OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS  
VICEDECANO

LICENCIADO FRANCISCO ALBERTO GRANADOS  
SECRETARIO

DOCTORA BERTHA ALICIA HERNÁNDEZ AGUILA  
COORDINADORA DE LA UNIDAD DE SEMINARIO DE GRADUACIÓN

LICENCIADO WILFREDO ESTRADA MONTERROSA  
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO

## **AGRADECIMIENTOS**

En primer lugar y sobre todas las cosas quiero darle las gracias a **DIOS**, porque es por su misericordia y fidelidad que he podido culminar mis estudios universitarios, por darme la sabiduría y las fuerzas para seguir adelante y así cumplir con una de las etapas más importantes de mi vida.

Quiero agradecer a las dos personas que me han educado durante toda mi existencia, es decir a mi Papá y Mamá, porque gracias a su esfuerzo he tenido la oportunidad de asistir a la universidad, y también agradecer a mi hermano porque gracias a su apoyo incondicional y ánimos me ayudo a luchar hasta llegar a la meta de culminar mi carrera universitaria.

Y para finalizar quiero agradecer a la persona que ha sido hasta el momento mi ayuda idónea, al amor de mi vida mi esposa KARLA, porque desde que inicie esta carrera no ha dejado de motivarme, corregirme y soportarme.

Aunque en este momento de su vida ni siquiera puede leer ni comprender mis palabras, quiero dedicar esta tesis al regalo más preciado que Dios me ha dado a SEBASTIAN, el ha sido la razón para no perder mi deseo de superación y el ultimo pero más importante motor en mi vida, sin su existencia este triunfo no tendría razón de ser.

## AGRADEZCO

### A DIOS TODOPODEROSO

Por iluminarme, bendecirme y dirigir mi camino para alcanzar mi meta.

### A MI MADRE

María Esperanza, por su amor y su comprensión.

### A MI PADRE

Miguel Angel por su amor, su comprensión y paciencia que me ha brindado en todo momento.

### A MI ESPOSA

Reyna Guadalupe por su amor, su apoyo incondicional y por el ánimo que me dio para alcanzar y culminar mi meta.

### A MIS HIJOS

Mónica Andrea, Laura Marcela y Gabriel André, que me han brindado su amor y felicidad para llegar ha este momento tan deseado.

### A MIS HERMANOS

Por haberme brindado su ayuda en todo momento.

## AGRADECIMIENTOS

Esta tesis, si bien ha requerido de esfuerzo y dedicación por parte de los autores y su director de tesis, no hubiese sido posible su finalización sin la cooperación desinteresada de todas y cada una de las personas que a continuación citare y muchas de las cuales han sido un soporte muy fuerte en momentos difíciles.

Primero y antes que nada, dar gracias a **Dios y a la Virgen**, por estar conmigo en cada paso que doy, por fortalecer e iluminar mi vida y por haber puesto en mi camino a aquellas personas que han sido mi compañía durante todo el periodo de estudio.

Agradecer hoy y siempre a mi familia porque ellos han sido un apoyo incondicional hacia mi persona, a mis perezosos, por que ellos han sido el motor necesario para este logro.

De igual manera mi más sincero agradecimiento al Licenciado Wilfredo Estrada Monterrosa, por haber sido la persona que hizo posible que la realización de esa tesis llegara a su feliz término.

## ÍNDICE

	Página
INTRODUCCION.....	i
CAPITULO 1	
1.1 ANTECEDENTES .....	1
1.2 ANTICRESIS EN EL DERECHO COMPARADO.....	9
1.3 ANTECEDENTES HISTORICOS EN EL SAVADOR.....	12
CAPÍTULO 2	
2.1 ATICRESIS DEFINICIÓN.....	15
2.2 DEFINICION LEGAL DEL CONTRATO DE ANTICRESIS.....	17
2.3 CARACTERES DEL CONTRATO DE ANTICRESIS.....	17
2.4 DIFERECIAS DE LA ANTICRESIS CON OTROS CONTATOS..	21
2.4.1. Fideicomiso.....	21
2.4.2. El Fideicomiso en El Salvador.....	23
2.4.3. Definición de Fideicomiso.....	27
2.4.4. Clases de Fideicomiso.....	30
2.4.5. Caracteres.....	32
2.4.6. Partes.....	33
2.4.7. Semejanzas del Contrato de Anticresis con el contrato de Fideicomiso.....	34
2.4.8. Diferencias del contrato de Anticresis con el Fideicomiso...	34

2.4.9. Extinción del Fideicomiso.....	42
2.5 HIPOTECA .....	45
2.5.1. Generalidades.....	45
2.5.2. Nuestro Concepto.....	51
2.5.3. Caracteres .....	54
2.5.4. Clasificación de la Hipoteca .....	55
2.5.5. Hipoteca Abierta.....	57
2.5.6 . Extinción.....	58
2.5.7. Diferencias y Semejanzas entre la Anticresis y la Hipoteca ...	58

### CAPÍTULO 3

3.1 EFECTOS DE LA ANTICRESIS .....	60
3.2. OBLIGACIONES DEL DEUDOR QUE CONSTITUYE LA GARANTIA.62	
3.2.1. Obligación de Entregar el Bien .....	62
3.2.2. Obligación en Cuanto a Perjuicios .....	65
3.3. OBLIGACIONES DEL ACREEDOR ANTICRESISTA .....	67
3.4. DERECHOS DEL ACREEDOR .....	73
3.5. EXTISIÓN.....	76
3.6. ATICRESIS JUDICIAL O PRENDA PRETORIA.....	77

## CAPITULO 4

4.1. GRAFICOS ESTADISTICOS Y ANALISIS DEL CONOCIMIENTO DELCONTRATO DE ANTICRESIS .....	83
---	----

## CAPITULO 5

5.1. CONCLUSIONES .....	87
5.2. RECOMENDACIONES .....	95
BIBLIOGRAFIA .....	97
ANEXOS .....	99



## INTRODUCCION

La necesidad del ser humano a hacer intercambios de diferentes índoles, en cada una de las áreas de su vida, lo ha llevado a ir perfeccionando la manera en cómo se hacen los negocios y al mismo tiempo a buscar formas más efectivas de garantizar las obligaciones económicas que esto implica, es por ello que la siguiente investigación es importante para todas las personas que se encuentra involucradas en el ámbito jurídico y económico, ya que se conocerá a profundidad uno de los contratos más antiguos que existen y que ha venido evolucionando, lo cual ha servido para desarrollar otros contratos civiles y mercantiles por lo que a continuación se desarrolla lo contenido del contrato de ANTICRESIS.

En el capítulo I, conoceremos como este contrato tuvo su origen histórico en diferentes culturas de la sociedad organizada, partiendo desde su génesis en el Derecho hindú y así como también en el Derecho positivo heleno, de donde tomó su denominación, así como también fue desarrollado en el derecho Romano, ya que durante el imperio Romano se perfeccionan un sin número de instituciones jurídicas, y la trascendencia de este contrato reside en el derecho de las obligaciones y de las acciones. Conoceremos el significado de la palabra anticresis y su evolución a lo largo de la historia, así como el mismo ha sido regulado en el Código Civil Salvadoreño.

En el capítulo II conoceremos un poco más a profundidad de este contrato partiremos de las definiciones doctrinarias hasta legales del mismo, sus características esenciales y la comparación de semejanzas y diferencias que se hace de la anticresis con otros contratos como lo son el fideicomiso e hipoteca.

En el capítulo III, veremos cuáles son los efectos del contrato de anticresis, ya que de este surge para el constituyente de la garantía, la obligación de abonar al acreedor los gastos y las mejoras en que haya incurrido para la conservación del inmueble, esta obligación está contenida en el artículo 2186 C. C. en relación con los artículos 1723 y 1724 del C. C., las obligaciones y derechos que nacen a cada una de las partes que nacen de este y la forma de extinción del mismo.

El capítulo IV y V, en el primero de ellos, veremos cómo este contrato prácticamente es desconocido para la comunidad jurídica en general y en el segundo y no menos importante conoceremos la importancia de este contrato y como a pesar de los adelantos en las diferentes áreas del derecho el contrato de anticresis ofrece algunas bondades a la sociedad, así mismo presentamos una serie de recomendaciones que esperamos sean tomadas en cuenta en el plan de estudios de los contratos y mejor el conocimiento del mismo en la vida jurídica de los estudiantes de derecho y abogados en el ejercicio de la profesión.

# CAPITULO 1

## ANTECEDENTES HISTORICOS.

### 1.1 ANTECEDENTES

La anticresis, para algunos historiadores y tratadistas, apareció regulada por vez primera en el Derecho hindú y así como también en el Derecho positivo heleno, de donde tomó su denominación.

Entre los griegos la anticresis no se utilizaba como medio para cancelar una deuda, sino que por ella el deudor permitía al acreedor el uso de un inmueble, a cambio del uso de un capital.

En el Derecho antiguo la anticresis funcionaba con el nombre de *prenda muerta*, y se llamaba así, porque la deuda no disminuía con el transcurso del tiempo, pues los frutos de la cosa se compensaban con los intereses de la deuda, quedando invariable el capital.

Como se menciona anteriormente el origen del contrato de anticresis se remonta al derecho griego, en donde significo un contra uso, y proviene de las voces anti que quiere decir contrario y por otra parte, del vocablo crosis que quiere decir uso. Su efecto puede verse en que a cambio del uso de un capital, el deudor permitía al acreedor el uso de su inmueble.

Es interesante anotar que las cauciones reales, en sus formas principales de hoy han experimentado una larga evolución antes de llegar a su estado actual.

En los primeros tiempos sólo se conoció el derecho real de dominio. Los otros derechos reales aparecen con posterioridad; ellos significan relaciones más complejas, que la incipiente cultura jurídica de los pueblos primitivos no alcanzaba a comprender. Por eso es que en un principio, a falta de otros derechos, se utilizaba el dominio para garantizar las obligaciones.

El mecanismo más simple consistía en la "enajenación con pacto de fiducia" o "enajenación fiduciaria"; mediante la cual el deudor transmitía al acreedor el dominio de una cosa y éste quedaba obligado a restituirla siempre y cuando la extinguiera la obligación principal que se garantizaba.

Esta la primera forma de garantía real, la cual era muy imperfecta, debido a que el deudor se encontraba desprovisto del dominio así como la posesión de la cosa, y el deudor solo disponía de una acción personal para poder obtener la restitución del bien dado en garantía; y en el caso de que el acreedor enajenara el bien que se había dado en garantía, el deudor no podía accionar contra tercero.

Durante el imperio Romano se perfeccionan un sin número de instituciones jurídicas, y la trascendencia de este contrato reside en el derecho de las obligaciones y de las acciones,

Este contrato no tenía autonomía propia, sino que formaba parte de la hipoteca o de la prenda, ya que para los Romanos la Prenda producía

frutos al acreedor, pero por medio de un pacto se podía establecer que el acreedor percibiera tales frutos en sustitución de los intereses, y siempre subsistía el crédito principal, y es precisamente a este lo que se conocía como anticresis

Además la cosa dada en garantía podría ser mueble o inmueble, y tenía la particularidad que los intereses y el capital se compensaban con los frutos de la cosa, de tal suerte que entre los romanos este contrato adquiría cierto carácter aleatorio, debido a que el acreedor quedaba expuesto a recibir los frutos ya fuera por mayor o menor valor que el importe de los intereses según el plazo del referido contrato.

Así mismo se podría celebrar el contrato sin la necesidad que mediara el pignus, y en este caso su efecto era un poco más restringido, debido a que la anticresis solo producía como consecuencia una condición compensatoria, y el derecho de poder retener el bien hasta el pago completo de la deuda o la facultad de vender la finca.

Antes de proseguir nos vemos en la necesidad de definir el concepto de pignus, puesto que como se verá más adelante no es lo mismo que el contrato que estamos estudiando y que entre ambas existen diferencias.

Se entendía por Pignus: “del latin pago o pango: clavar, afirmar, contratar, viene del griego pégnymi, asegurar, reforzar, fijar inmovilizar. Pignus quiere decir simplemente garantía y es sinónimo de arra. En el lenguaje vulgar romano la palabra arra es sinónimo de pignus, pues ambas tienden a asegurar la ejecución de una obligación.”<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Enciclopedia Juririca OMEBA. Buenos Aires, Argentina. Pag. 701.

Pero hay que tener presente que no se debe olvidar el otro significado de las arras, el cual es como signo de perfección de un contrato y de una suma de dinero que se abona al precio.

Otra definición dada por Gayo<sup>2</sup>: “da otro origen etimológico a la palabra pignus: se llama pignus, de pugnum (puño), porque las cosas se dan en prenda y se entregan con la mano”. Definición que no es muy correcta debido a que también se daban con en pignus bienes muebles e inmuebles, estos últimos no podían darse con la mano, razón por la cual no creemos que sea una conveniente definición.

Hay que tener presente que Gayo no era romano, y según algunos historiadores vivió en tiempos de Pío y Marco Aurelio, aproximadamente IX siglos de la fundación de Roma.

En tal sentido el origen o definición dada por este autor, pignus es la cosa que se toma con el puño, pero se debe tener presente que hasta antes de las XII tabla, en el Tratado de Federación, se menciona el pignus entendida como garantía legal del tratado.

Como lo anterior queda establecido que la etimología de la palabra pignus es la de pago o pango, y esta a su vez proviene del vocablo griego péngnymi, que trae la idea de afianzar, asegurar, como se había mencionado anteriormente.

---

<sup>2</sup> Opus cit. Pág. 702,

En el pignus la propiedad le pertenece al deudor, y tan solo se le transfiere al acreedor la posesión, y podía recaer sobre bienes muebles e inmuebles, hasta incluso sobre una universalidad de cosas, pero no en cosas incorpóreas.

Además en el pignus como en la hipoteca solamente se cedía un derecho retener la cosa hasta el pago total de la obligación; y para poder cobrar el crédito el acreedor anexaba un pacto comisorio por medio del cual el acreedor, podía apropiarse de la cosa en caso de que el deudor no cumplir la obligación, este tipo de pacto fue prohibido por el emperador Constantino por los abusos que daba lugar.

Existe poca claridad en los textos de la antigua Roma situaciones jurídicas a que daba lugar la anticresis aplicado al pignus, pero si se puede establecer una distinción importante en el sentido que la anticresis es un pacto agregado al pignus y especialmente en lo inmobiliario.

El Derecho Canónico, y especialmente una decretal del Pontífice Alejandro III, prohibió y condenó como usurario el pacto de que el Acreedor hiciera suyos los frutos de la cosa entregada, por razón de intereses, y así concluyó la llamada prenda muerta, que fue reemplazada por la *prenda viva*, en la cual los frutos se imputaban también al capital para que la deuda disminuyera de monto.

Siguiendo en la edad media la anticresis como consecuencia de la prohibición de la usura antes mencionada, por contradecir esta la gratuidad del mutuo fue condenado y prohibido este tipo de contrato. Esta prohibición trajo como consecuencia que ciertos contratos disfrazaran esta institución, tal es el caso de la venta con pacto de retroventa, en la cual el precio

correspondía al importe del préstamo; al vencerse el plazo y cumplirse la obligación el bien volvía al poder del deudor.

Precisamente en la edad media la anticresis “funcionaba con el nombre de *mort-gage* y era condenada como usura por los canonistas, por que permitía al prestamista de dinero percibir intereses en la forma de frutos”<sup>3</sup>.

Su papel en el siglo XVIII, por las razones antes mencionadas, se había vuelto una figura rara y dejó de ser comprendida, la anticresis llegó a utilizarse únicamente para asegurar el pago de los intereses de la deuda en los casos que ningún acreedor de sumas de dinero podía cobrarlos sin cometer el delito de usura, pero no resultaba de esto ningún privilegio sobre el precio del inmueble.

Es por este motivo que los acreedores se sintieron intimidados por las censuras de la iglesia, y como consecuencia no se atrevían a poner en práctica este contrato, y en el caso que se constituía prenda sobre bienes inmuebles, convenían las partes que los frutos que producía el inmueble serían imputados al capital.

Seguidamente se tuvo a bien practicar el *vif-gage*, “que se pagaba por sí misma con los frutos o las rentas puesto que el capital debido disminuía cada año. En los dos últimos siglos del antiguo derecho, la *mort-gage* solo se permitía en un reducido número de casos, por ejemplo, en las constituciones

---

<sup>3</sup> Planioi Marcel, Tratado Elemental de Derecho Civil, Cardenas editor y distribuidor, Mexico, 1983, pagina 75.



de dote, pero estaba severamente prohibida en el préstamo de dinero y en el que hubiera sustituido a la usura”<sup>4</sup>

El marco especial de España, que tuvo gran influencia del derecho canónico fue objeto de prohibición este contrato por los mismos motivos antes mencionados.

Esta influencia del derecho canónico el nuevo mundo, precisamente en las Siete Partidas se reconocen tres especies fundamentales de obligaciones a saber: “a) las obligaciones meramente naturales, que eran aquellas de las cuales no podía ejercitarse una acción en juicio; b) las meramente civiles que eran aquellas no equitativas que si bien tenían acción, ésta era de tal debilidad que fácilmente el demandado podía oponerse a ella y, c) la obligación civil mixta y natural que se definía como el vínculo legal que ata y obliga a dar o hacer alguna cosa de manera que se podía ser apremiado para cumplirla”<sup>5</sup>.

En Francia “Desde el año 829, un concilio celebrado en Paris la prohibió pero la prohibición no fue observada. El acto decisivo fue la decretal de Alejandro III que prohibió la *mort-gage*. A fines del Siglo XIII se advierte que esta prohibición era conocida; un acto de San Víctor de Marcella establece la renuncia a la decretal”<sup>6</sup>.

No obstante lo anterior, se incorporo esta institución en el Código de Napoleón, y se dieron como razones para regular este contrato que todo lo que tiende a facilitar las convenciones, así como asegurar y multiplicar los

---

<sup>4</sup> Planiol Marcel, *Ibidem* pag. 75

<sup>5</sup> Calderon de Buitrago, Anita. *Las Obligaciones Indivisibles*

<sup>6</sup> Planiol Marcel, *Ibidem*, pagina. 76.

medios para liberar al deudor, es útil para la sociedad y beneficioso tanto para el acreedor como para el deudor.

Es así como queda consagrado este contrato en la época de codificación el contrato de anticresis, y más precisamente como una especie de prenda inmobiliaria, con la consecuencia que trasladaba la posesión del bien al acreedor, es decir, que el deudor entrega o remite una cosa a su acreedor para seguridad y garantizar la deuda.

El concepto moderno de la anticresis se extiende a la compensación de los intereses y frutos pero también a la amortización del capital. Sin embargo, en la actualidad este tipo de contrato no se ha convertido en un derecho real de importancia. Esto ha influido en el perfeccionamiento de la hipoteca, debido a las enormes ventajas que ella ofrece al acreedor, y como consecuencia de esto ha hecho perder la importancia a la anticresis que es hoy por hoy un contrato poco usado en el medio Jurídico actual.

De este concepto dado por el derecho francés se extendió a la legislación de las dos Sicilias, como a otros estados Italianos, hasta llegar a incluirse en el Código General para toda la península Itálica.

En Austria, por el contrario se sancionó legislativamente la reprobación de la anticresis, y aún se avanzó más aún, ya que, se declararon nulos todos los actos declarativos de la misma.

En otros países como Alemania, no se considero este contrato, y como consecuencia no se considero en su código Civil. Sin embargo, algunos tratadistas alemanes observan el hecho que de ante una gran diversidad de formas de garantías inmobiliarias que existen falte la regulación de la anticresis.

## **1.2 ANTICRESIS EN EL DERECHO COMPARADO.**

Al continuar estudiando el derecho comparado podemos citar las siguientes legislaciones en América Latina y otros países de Europa en donde se tiene vigente el contrato de anticresis, tales como:

**En el derecho Argentino:** La anticresis es un derecho real concedido al acreedor por el deudor o un tercero por él, poniéndole en posesión de un inmueble y autorizándole a percibir los frutos para imputarlos anualmente sobre los intereses del crédito si son debidos; y en caso de exceder, sobre el capital solamente, si no se da en intereses.

**En el Derecho Francés:** La anticresis es un contrato por el cual el deudor o un tercero pone al acreedor en posesión de un bien inmueble hasta el pago integro de su crédito, con autorización para que cobre los frutos y los impute anualmente, bien a los intereses de lo que se le adeuda, y en caso de sobrante, al capital de su crédito; sea sobre el capital únicamente, si no se le adeudan intereses.

**En el Derecho Español:** Es el derecho real que puede tener el acreedor de una obligación principal sobre un inmueble ajeno, en cuya virtud,

para garantizar el cumplimiento de aquélla y el cobro de intereses que devengue, está facultado para poseerlo (si no se excluyó), percibir sus frutos y promover su enajenación si es incumplida, y que le sea hecho preferentemente pago con el precio.

**En el Derecho Colombiano:** Lo encontramos definido en el Art. 2458 del Código Civil Colombiano "La anticresis es contrato por el que se entrega al acreedor una finca raíz para que se pague con frutos". En el campo comercial que se encuentra en los artículos 1221 a 1225, esta concepción se amplía los bienes muebles. Usualmente se pacta acompañado de hipoteca, excepcionalmente lo encontramos independiente, ya que es empleado como garantía para respaldar la acreencia, en la manera como se puede satisfacer" la misma con los frutos. "La anticresis no da al acreedor, por si sola, ningún derecho real sobre la cosa entregada", según el Art. 2461 del Código Civil Colombiano

**En el Derecho Peruano:** El Código Civil peruano la consagra como un derecho real en virtud del cual se entrega un inmueble en garantía de una deuda. Confiriendo al acreedor el derecho de explotarlo y percibir sus frutos. Podemos señalar entonces que la anticresis:

- Es un derecho real, que se constituye sobre un bien inmueble, y que como tal es oponible a terceros, siempre que se registre.
- Es un derecho de garantía que generalmente se concede al acreedor de una suma de dinero. No obstante ello, en aplicación del artículo 1091 del código vigente, entendemos que su ámbito de aplicación

puede extenderse a otra clase de obligación, al no existir distinción en la norma.

Concede al acreedor la posesión del bien anticrético, con las facultades de usar y disfrutar del mismo.

Es de tener presente que para algunos teóricos de las ciencias jurídicas la institución de la anticresis, debido a su antigüedad, está retrasada en relación a la moderna concepción de derecho puesto que es una figura que data de mucho tiempo atrás y su aplicación no es frecuente.

Aunque el uso de esta institución se observa de forma esporádica, y constituye un objeto de estudio de mucho interés porque contribuye a fortalecer la especialización y tecnificación de las normas jurídicas actuales.

Al parecer como si que existiera una laguna al respecto, estiman algunos, pero que se suple con los contratos de hipoteca y usufructo; tal es así que en ese país se utiliza lo que se conoce con el nombre de “usufructo de garantía, y que consiste en que el propietario de una casa para alquilar establezca el usufructo a favor de su acreedor para que este reciba directamente el precio del alquiler, sin necesidad de un requerimiento judicial o extrajudicial”<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> OBEMA, Pag. 80.

Este tipo de contrato se emplea de forma frecuente en los negocios de edificación para las grandes ciudades; es decir, que por medio de este contrato se le concede al acreedor hipotecario el usufructo o derecho a percibir los frutos del inmueble, para que esto sea imputado al crédito hipotecario que han contraído las partes, en otras palabras es como la versión alemana de la anticresis.

Es así que este contrato llega a las colonias del nuevo mundo, y por consiguiente a muchas legislaciones de América Latina, en donde aun hoy en día se conserva esta institución por ejemplo en El Salvador, Colombia, Perú entre otros.

### **1.3 ANTECEDENTES HISTORICOS EN EL SALVADOR.**

En El Salvador, después de la época de la colonia, y con la independencia de la corona española (1821), El salvador se mantuvo con tres leyes, las cuales persistieron hasta 1843 y eran: Leyes de Cádiz, las leyes Patrias y las Leyes indias, las cuales eran propias de España, siendo que se promulgó con la idea existente, a partir de la emisión de los códigos de Napoleón en que comienza el proceso de codificar las disposiciones y cuerpos de leyes referentes al proceso sin una división marcada por el Derecho Penal y Civil.

Con el intento de resolver los litigios civiles, para comenzar a sistematizar nuestro régimen jurídico, se promulgo en 1860 el Código Civil salvadoreño, cabe aclarar que antes de nuestro código Civil, se había

heredado de España leyes sobre la materia que más tarde se tornaron confusas, incongruentes y contradictorias, generando un problema necesario de corregir.<sup>8</sup>

Es así como se da el primer intento de codificación de las leyes en El Salvador, debido a que en 1841 El Salvador ya se había separado de la Federación. En el año de 1843, cuando las cámaras legislativas encomendaron al presbítero y Doctor Isidro Menéndez para que redactara con lo que sería el primer Código de Procedimientos Judiciales, tomando como fuente de inspiración para la realización de dicha codificación, “los buenos principios de mejoras, progreso y las ideas liberales en el orden de proceder, que datan de la Constitución Española”.

Este proyecto fue constantemente revisado por juristas y fue en noviembre de 1857 que se aprueba como ley de la República con el nombre de Código de Procedimientos Judiciales y de Fórmulas, en ella se encuentran todas las disposiciones vigentes desde la independencia hasta la actualidad donde comprendía tanto el Proceso Penal como el Proceso Civil.<sup>9</sup>

En 1862, se creó una nueva comisión compuesta por los doctores, José María Silva y Doctor Quiroz, los cuales tenían la misión de reformar el Código de Procedimientos Civiles, dando como resultado, que el 12 de febrero de 1863 se dio un decreto en el cual se tenía como ley de la república el Código de Procedimientos Civiles, para que este empezara a fungir ese año.<sup>10</sup>

---

8 Rodríguez Ruiz, Napoleón. “Estudios y conferencias sobre el código Civil de 1860”

9 Rodríguez Ruiz, Napoleón. Op.Cit.

10Rodríguez Ruiz, Napoleón. Ibid. p.54

En el año de 1880 se nombró comisión que se encargaría de reformar el Código de Procedimientos Civiles, la cual estaba conformada por los señores Antonio Ruiz y Jacinto Castellanos, y fue entonces que el 31 de Diciembre de 1881 el Código de Procedimientos Civiles y Código Civil, fueron promulgados con una sola publicación del decreto en el Diario oficial.<sup>11</sup>

A partir de entonces el Código de Procedimientos Civiles y Código Civil, ha venido sufriendo algunas modificaciones, tomando como más relevantes la de 1882 y 1902. La lucha siempre ha sido por adquirir una administración de justicia pronta, sin dilaciones indebidas y que desde esa época se ha visto frustrado por el sistema procesal escritural imperante.

Se puede decir que en El Salvador se tiene vigente para resolver los conflictos jurídicos en material civil, el código de procedimientos civiles, el cual está vigente desde el año 1882, el cual no obstante ser del siglo antepasado, se mantiene campante todavía. De corte eminentemente española, es natural que prevalezca el proceso escrito aunque ya se menciona el Juicio verbal (sinónimo de oral) aunque no en forma absoluta, pues aunque sea brevemente, se habrá de consignar por escrito lo actuado en parte fundamental del mismo,

---

11 Brizuela Romero y Otros. "La falta del principio de Oralidad en el Proceso Civil y su Incidencia en la Retardación de Justicia". Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Tesis. 2003



Es así que en el año de 1881 en donde se decreta nuestro aun vigente Código Civil que recoge este contrato y que sigue vigente como tal en este ordenamiento jurídico.

## **CAPITULO 2**

### **EL CONTRATO DE ANTICRESIS DEFINICIÓN, SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS CON OTROS CONTRATOS REALES.**

#### **2.1 ANTICRESIS. DEFINICION**

Dar un concepto de una cosa ya sea esta material o inmaterial, no deja de ser algo así como el punto más trascendental y a la vez más concreto en cualquier trabajo de investigación que se trate.

Proponer una definición significa exponer con toda claridad y gran exactitud los caracteres y diferencias del objeto a definir. Es pues, una labor bastante difícil, más aun cuando estamos frente a cosas inmateriales de las cuales detallar sus características no es solo expresarlas sino también es de comprenderlas en toda su máxima extensión.

Dentro de este orden de ideas a continuación veremos algunas definiciones ilustrativas de lo que se entiende por contrato de anticresis, tales como las siguientes: “La anticresis es un contrato por el cual el deudor transfiere a su acreedor la posesión de su inmueble, para que perciba los

frutos y de él o sus rentas, con obligación de imputarlos a los que se le debe, hasta el pago perfecto.”<sup>12</sup>

“La ANTICRESIS deriva su nombre del griego ANTHICHRESIS, palabra compuesta de ANTI, que significa contra y CHRESIS que significa uso o sea que y tal palabra significa uso, mutuo o contrario”<sup>13</sup> .

“ANTÍCRESIS: Como bien se ha dicho, la anticresis es vocablo compuesto de dos palabras griegas, que significan contra y uso, respectivamente. En efecto, en este contrato existe un verdadero uso; ya que, mientras el acreedor disfruta de la cosa del deudor, apropiándose de sus frutos, éste, en cambio, disfruta o se sirve del dinero de aquél, por cuya razón se la ha llamado también contrato de gozar y gozar.”<sup>14</sup>

“ANTICRESIS: Derecho real de garantía que, constituyéndose sobre bienes inmuebles, asegura el cumplimiento de la obligación garantizada bien mediante la aplicación de los frutos de la cosa al pago de la deuda, bien instando la venta del inmueble o finca para su pago. Los frutos obtenidos se aplican en primer lugar al pago de los intereses, si se hubiesen pactado, y luego al capital.”<sup>15</sup>

“ANTICRESIS. Del griego *anti*, contra y *kresis*, uso. Lo que da la idea de un uso contrario en el sentido de que ambas partes hacen uso recíproco

---

<sup>12</sup> Planiol Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. México, Cárdenas editor y distribuidor primera edición, 1983, pagina 75.

<sup>13</sup> Citado por Guevara Perla, Jorge Antonio, Tesis Doctoral . Consideraciones generales sobre contratos civiles. San Salvador, 1975 página 38

<sup>14</sup> Cabanellas de Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Argentina. Editorial Heliasa 1998.

Página 20.

<sup>15</sup> Ortiz Sánchez, Mónica. Lexico Jurídico para Estudiante. Editorial Tecnos, 2004, Madrid, página 58

de un bien que pertenece a la otra. Este concepto está, por lo tanto, de acuerdo con el concepto general de la institución y del derecho real que contiene, ya que el deudor usa el capital del acreedor y éste los frutos de la cosa entregada por el primero en garantía del crédito. En un concepto lato, comprende la idea de un derecho real de carácter accesorio, constituido en garantía de un crédito pecuniario y por el cual se concede al titular (acreedor), o a un tercero por él, el derecho a percibir los frutos de un inmueble como aplicación al pago de los intereses, si son debidos, y en caso de exceder lo debido, al del capital, si no se deben los intereses; lo que a su vez, implica el hecho de la entrega del inmueble, en cuya posesión generalmente entra el acreedor, dado su carácter fructífero y enajenable, en función de garantía real.”<sup>16</sup>

De las definiciones anteriores podemos subrayar los rasgos característicos entre ellas: Es un contrato por medio del cual el deudor principal o un tercero constituye a favor del acreedor para que este se pague de los frutos que produce el bien inmueble, imputándose primeramente el pago a los intereses y el resto si lo hubiere al capital hasta su pago total.

## **2.2 DEFINICION LEGAL DEL CONTRATO DE ANTICRESIS.**

Retomando este orden de ideas el legislador en el artículo 2181 del Código Civil, nos da una definición legal de lo que es la anticresis: La anticresis es un contrato por el que se entrega al acreedor una cosa raíz para que se pague con sus frutos.

---

<sup>16</sup> Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo II. Buenos Aires, Argentina, 1992, pagina 115

## **2.3 CARACTERES DEL CONTRATO DE ANTICRESIS.**

Como caracteres jurídicos de la anticresis podemos mencionar:

1. Es un derecho real, por que se perfecciona con la entrega de la cosa, como lo establece el artículo 2183 C.C. el cual literalmente dice que el contrato de anticresis se perfecciona por la tradición del inmueble, debe entenderse el termino tradición que se refiere a la simple entrega y no de una verdadera tradición.

La entrega de la cosa, ya lo mencionamos anteriormente, es esencial para la constitución del derecho real. Es necesario agregar que conforme con lo que dispone el artículo 2183, lo que transfiere el propietario al acreedor anticresista es la posesión de la cosa.

Este contrato nace de la voluntad de las partes que es expresada en forma contractual, y por tanto no puede ser constituida por mandato legal o por pacto unilateral.

Por otro lado, el hecho de que pueda ejercerse el derecho de retención sobre el inmueble el cual como consecuencia produce un derecho preferente en beneficio del acreedor hasta que se haya cancelado la deuda, este derecho de retención resalta el carácter real de la anticresis.

2. Es un contrato accesorio, se trata de un contrato accesorio a una obligación principal, lo cual trae como consecuencia la condición de derecho de garantía. Por lo cual no puede concebirse su existencia de modo autónomo, sin una obligación principal que garantice. Así

como también puede establecerse que el contrato de anticresis seguirá la suerte de la obligación principal.

En el contrato de anticresis si bien es cierto se hace una tradición del inmueble al acreedor, es imprescindible que previamente a esto debe existir una obligación principal antes de constituir tal garantía.

La anticresis desempeña simultáneamente una doble función: la de servir de garantía del pago de una deuda, ya que el acreedor anticresista tiene derecho a retener el inmueble hasta que no se pague la totalidad de la obligación; y la de servir como medio de ejecución directa de la deuda, ya que el acreedor tiene derecho a percibir los frutos e imputarlos al pago de los intereses y del capital. Debemos señalar que, esta última es una característica propia de la anticresis, que la distingue netamente de los demás derechos de garantía.

Puesto que se constituye la anticresis para asegurar el pago de una obligación y de sus intereses, de ahí que la existencia del derecho real dependa de la existencia del crédito que garantiza; por lo cual, si éste es nulo, la anticresis se extingue con retroactividad.

3. Es un derecho indivisible, por ser un derecho real de garantía y como consecuencia afecta en su totalidad al bien grabado. Esto trae como consecuencia que si mediare un pago parcial de la deuda no se extingue el referido gravamen en forma proporcional, sino que por el contrario este continúa vigente en la totalidad del inmueble, artículo 2190 C. C.

4. Es un derecho convencional, este contrato no puede nacer sino en virtud de la voluntad de las partes y como consecuencia no nace de la Ley. Por lo cual para ser celebrado deberá tenerse capacidad.

5. Es un derecho inmobiliario, la anticresis solo puede recaer sobre bienes inmuebles, de aquí es donde se desprende su carácter de derecho inmobiliario, a diferencia de la prenda que puede recaer sobre bienes muebles.

Asimismo es indispensable que el bien inmueble este en el campo del derecho privado ya que solo pueden ser entregados en garantía, los inmuebles de los particulares, debido a que los bienes del estado no son susceptibles de gravamen.

6. Es un derecho Temporal, debido a que se extinguirá con la cancelación de la deuda, así como también se extinguirá en caso de incumplimiento de la obligación principal.

7. Es un contrato Solemne, pues debe constar en escritura pública, y no puede celebrarse el contrato de anticresis en documento privado. Así como también este contrato podría ser impugnado sino constare con el requisito formal de escritura pública, y esto trae como consecuencia que dicha garantía no exista.

Este contrato de anticresis otorgado en escritura publica deberá ser inscrito en el Registro de la Propiedad Raíz e Hipoteca que corresponda.

## 2.4 DIFERENCIAS DE LA ANTICRESIS CON OTROS CONTRATOS

### 2.4.1 FIDEICOMISO.

El fideicomiso tuvo su origen en el derecho romano, pero se enriqueció y asumió distintas modalidades en el common law. Su nombre deriva de fiducia, que significa fe, confianza. En esencia, el contrato de fideicomiso es un convenio por el cual una persona transmite a otra la propiedad de ciertos bienes, obligándose el que los recibe a administrarlos bien y fielmente por cierto tiempo, al cabo del cual debe entregarlos a la persona indicada en el contrato que puede ser el primer transmitente o un tercero.

Como lo mencionamos anteriormente la doctrina ha identificado particularidades en el origen romano y anglosajón de este instituto. En su origen romano, el fideicomiso (*fidei commissum*) es un encargo que se confía a la honradez y a la fe del *heres* (testamentario o legítimo) realizado por disposición de última voluntad, presentándose como una modalidad de las disposiciones testamentarias. Es un instituto que sirvió para superar la rigidez de los legados y al principio se basó exclusivamente en la confianza al punto de que no se concedió acción legal.

La fiducia, es un contrato por el cual una de las partes, al recibir de la otra una cosa (en la forma de la *mancipatio* o la *in iure cessio*), se obliga a hacer uso de ella con un fin determinado y a restituirla una vez logrado el fin. Se reconocieron dos formas:

“a) La fiducia *cum creditore*: es un negocio de garantía, ejercida de modo que si el deudor no paga, el acreedor se transforma en propietario;

b) la fiducia *cum amico*: es un negocio de colaboración mediante el cual se entrega una cosa, con base en la confianza, a una persona que la adquiere en propiedad para cumplir con la finalidad perseguida, generalmente de custodia o uso. Este negocio no reconocía acciones legales, basado en la confianza pura, aunque luego se admitieron correcciones.”<sup>17</sup>

La otra gran vertiente es el *trust* anglosajón. El Derecho inglés, conoció el *use*, que se utilizó para eludir restricciones legales a la libre disposición de bienes inmuebles, transfiriéndolos a otra persona, lo que era basado exclusivamente en la confianza ya que no había acción legal alguna. Poco a poco se fue evolucionando hasta admitir acciones fundadas en la regla de equidad.

Mediante el *trust*, una persona denominada a *settlor*, confía la propiedad a otro, *trustee*, para que se encargue de ella en beneficio de otra persona *beneficiary*. El *trustee* se encuentra investido del control y la administración de la propiedad y entrega las ganancias que produce la misma al beneficiario. Las diferencias con la fiducia son relevantes y pueden resumirse en los siguientes aspectos:

a) El *trust* es una institución del derecho de propiedad y no de los contratos o sucesiones, como en el caso romano;

---

<sup>17</sup> LORENZETTI, RICARDO LUIS. **TRATADO DE LOS CONTRATOS** TOMO III. Culzoni Editores, 2000, Santa Fe, Buenos Aires, Argentina, página 295-296.



b) surgen dos tipos de propiedad: el propietario legal (*trustee*) y el propietario en equidad (beneficiario).

En Estados Unidos el *trust* surgió del modelo inglés, pero se amplió notablemente, como lo demuestran los términos laxos que usa el American Law Institute" para definirlo: "Es una relación respecto a bienes, sujetando a la persona que tiene la posesión de dichos bienes a deberes de equidad para utilizarlos en beneficio de otra persona, lo cual surge como resultado de la intención manifestada al crearlo"<sup>18</sup>. Se trata de una relación basada en la confianza, por la cual una persona es propietaria de una cosa, pero bajo la obligación de conservarla y utilizarla para el beneficio de otra. Es importante señalar que el *trustee* es considerado un profesional, que tiene el deber de evitar conflictos de intereses y por ello no puede comprar los bienes, ni venderlos o constituir préstamos.

#### **2.4.2 EL FIDEICOMISO EN EL SALVADOR**

El fideicomiso en El Salvador, en un principio fue prohibido expresamente por el primer código civil del año de 1860, que en su artículo 1810 decía textualmente "Se prohíben los fideicomisos y la constitución de censos ya sean consignativos, reservaditos o enfitéuticos y cualquier otra especie de vinculación de bienes raíces, muebles o semovientes".

Dicha prohibición se basaba en considerar al fideicomiso como una especie de vinculación.

---

<sup>18</sup> LORENZETTI, RICARDO LUIS. Opus. Cit. Pag. 296

Las vinculaciones eran una privación de la propiedad de su condición de libre enajenación y transmisión por acto entre vivos o por causa de muerte, sujetándola a un orden preestablecido e inmutable en la sucesión de su disfrute.

En lo que a materia constitucional corresponde en nuestro país, las constituciones de 1824, 1841 y 1864 no se hacía referencia a las vinculaciones, lo cual si fue regulado por primera vez en la constitución de 1871, prohibiéndolas expresamente, al igual que las siguientes de 1880, 1883, 1885 y 1886.

La constitución de 1939 la continúa prohibiendo, pero establece dos excepciones:

- 1) Los fideicomisos a favor del estado, instituciones de beneficencia o culturales, de personas inhábiles conforme a la ley y de personas que estén por nacer; y
- 2) El bien de familia.

La constitución de 1944 agregó el fideicomiso judicial como excepción, la cual en el año de 1945 fue suprimida por la constitución en ese año promulgada, quedando regulado igual que la anterior, La constitución de 1950 agrega otra excepción que eran los fideicomisos a favor de cualquier persona, siempre que su plazo no excediera de 25 años y que el manejo de ellos estén a cargo de bancos o de instituciones de crédito autorizadas.

En el año de 1937, por decreto número 187 de la Asamblea Nacional de fecha 25 de octubre, se modificó el artículo 1810 del Código Civil, permitiendo la Constitución de Fideicomisos a favor de la nación, de Instituciones de Beneficencia o Culturales a favor del país, de personas

inhábiles conforme a la ley para manejar sus intereses o a favor de personas que aunque no existen se espera que existirán, estando ya en el vientre materno. Además, se modificó el artículo 1192 del Código Civil, permitiendo la constitución de fideicomisos testamentarios o mixtos.

Añadía el decreto que estos fideicomisos se regularían por una ley especial, en la que se fijarían las normas relativas a sus finalidades y términos, la cual se cumplió por decreto número 197 de la Asamblea Nacional de fecha 17 de noviembre de 1937, o también llamada “Ley de Fideicomisos”.

En la constitución de 1886 que prohibía las vinculaciones y por ende los fideicomisos, estaba en vigencia cuando se promulgó la ley de fideicomisos de 1937, de lo cual se puede decir que dicha Ley era inconstitucional.

Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la época determinaron que al promulgar la ley de fideicomisos no se violaba la constitución de 1886, al sostener que las vinculaciones que se prohibían se referían a aquellas que se practicaban en sus inicios, las cuales efectivamente causaban un perjuicio económico y moral a la sociedad, por impedir la libre circulación. Sostuvieron además que al existir un fraccionamiento de la propiedad, dejando a una persona la nuda propiedad y a la otra el uso y habitación, no se estaba en contra del código civil, ya que ninguno de los Fideicomisos duraba más que la vida de una persona o con un plazo determinado.

La Ley de Fideicomisos estuvo en vigencia hasta la promulgación del código de comercio vigente, quien en su artículo final la deroga expresamente.

El fideicomiso actualmente es regulado por las siguientes leyes: Constitución de la República, en su Artículo 107, se prohíbe toda clase de vinculación excepto:

- 1) Los fideicomisos constituidos a favor del Estado, de los municipios, de las entidades públicas, de las instituciones de beneficencia o de cultura y de los legalmente incapaces.
- 2) Los fideicomisos constituidos por un plazo que no exceda del establecido por la ley y cuyo manejo este a cargo de Bancos o Instituciones de Crédito legalmente autorizadas.

CODIGO DE COMERCIO Artículo 1184, las siguientes operaciones sólo podrán ser practicadas por Instituciones Bancarias con sujeción a la Ley especial de la materia.

Asimismo, el fideicomiso es ampliamente regulado en los artículos 1233 al 1262 y respecto a los certificados fiduciarios de participación en los artículos 883 al 906 Código de Comercio.

LEY DE REGISTRO DE COMERCIO Artículo 13 numeral 9, se establece que las escrituras de constitución modificación y cancelación de fideicomiso se inscribirán en el registro de Comercio, el artículo 64, determina el valor por derechos de inscripción de escrituras de fideicomisos.

La Ley de Instituciones de Créditos y organizaciones auxiliares (LICOA), en su Artículo 36, acepta el funcionamiento de instituciones de crédito que entre sus operaciones se encuentre el manejo de fideicomisos. El artículo 42,

establece el capital mínimo de doscientos cincuenta mil colones para que una Institución de Crédito acepte y administre fideicomisos. De los artículos 152 al 169 regulan la manera de cómo se manejarán los fideicomisos.

Las siguientes leyes que más adelante se analizarán, en forma aislada regulan el fideicomiso considerándolo como hecho generador de impuesto.

1) Ley de Impuesto sobre la Renta, Artículos 1, 18, 34 ordinales d y e, 37, 39 y 80.

2) Reglamento de la Ley de Impuestos sobre la Renta, artículos 1 y 39.

3) Ley del Impuesto de transferencia de Bienes Raíces, Artículo 1 numeral 9.

### **2.4.3 DEFINICIÓN DE FIDEICOMISO.**

Guastavino:" señala que se consideran actos o negocios fiduciarios los que determinan una modificación subjetiva de la relación jurídica preexistente y el surgimiento simultáneo de una nueva relación. La modificación subjetiva en la relación preexistente consiste en la transmisión plena del dominio, efectuada con fines de administración, facilitación de encargo o garantía que por sí mismos no exigirían la transmisión, y la nueva relación que surge simultáneamente con aquella transmisión consiste en la obligación que incumbe al adquirente de restituir el derecho al transmitente, o de transferirlo a una tercera persona una vez realizada la finalidad, todo por la confianza que el transmitente dispensa al adquirente."<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> citado por LORENZETTI, RICARDO LUIS, idem. Pag. 301

“El fideicomiso es el modo de adquirir el dominio fiduciario de una cosa con la condición de entregarla a un tercero, luego de cumplirse la condición o el plazo resolutorio impuesto; de tal forma, el dominio fiduciario es básicamente el objeto del negocio jurídico fideicomiso y, más genéricamente, del negocio fiduciario”<sup>20</sup>.

Mosset Iturraspe" señala que los elementos de los negocios fiduciarios son:

- a) La confianza entre fiduciante y fiduciario;
- b) doble juego de relaciones: real y obligacional;
- c) legitimación del fiduciario para contratar respecto del bien fideicomitado”<sup>21</sup>.

En estas definiciones parece conveniente hacer dos precisiones iniciales: la primera es resaltar la heterodoxa dualidad que presenta este contrato:

- Hay un aspecto interno que vincula al fiduciante y al fiduciario, que presenta a su vez un aspecto obligacional y otro real: el fiduciante transmite la propiedad de un bien al fiduciario (derecho real) y celebra un contrato con obligaciones para el fiduciario (derecho personal);
- el contrato puede obedecer a una causa de garantía, custodia, administración o inversión;
- en el aspecto externo el fiduciario es propietario de la cosa que se le transfiere; los terceros no pueden invocar el pacto causal que media entre el enajenante y el titular fiduciario, ya que el acuerdo de fiducia no sirve para quebrantar la posición en las relaciones extensas;

---

<sup>20</sup> GERSHI, CARLOS ALBERTO. Tomo II. Pag. 251

<sup>21</sup> citado por GERSHI, CARLOS ALBERTO. Tomo II pag. 205

- hay una unidad y equilibrio entre todos estos elementos, porque la transmisión del derecho real, basada en la confianza, es limitada por las obligaciones que se pactan en el contrato, en una extensión delimitada por la causa del contrato. En este sentido se pueden señalar dos momentos: externamente se le da la titularidad al fiduciario; internamente se la limita por contrato que le confiere al fiduciario un encargo para el cuidado de bienes ajenos; en el primer momento hay una confianza; en el segundo una seguridad contra el riesgo que importa esa confianza.

El contrato de fideicomiso tiene los siguientes elementos típicos:

1. Una parte obligacional activa que es el sujeto que constituye el fideicomiso.
2. Una parte obligacional pasiva que es el sujeto obligado a administrar el fideicomiso y que se denomina fiduciario.
3. La obligación de transmitir al fiduciario el dominio de los bienes sujeto a plazo o condición.
3. Un bien o una pluralidad de ellos individualizados a la fecha de celebración, sobre los que se constituye el fideicomiso. El objeto puede ser determinable, haciéndose constar la descripción de los requisitos y características que deben reunir los bienes, o bien estableciéndose un procedimiento para la incorporación de otros bienes.

4. Un beneficiario de las ganancias que surgen de la administración del fideicomiso.
5. Una obligación a cargo del fiduciario de transmitir el dominio del bien luego del cumplimiento de una condición o un plazo.
6. Un destinatario final de los bienes, que es el fideicomisario.
7. Un plazo máximo de duración del contrato de veinticinco años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuere un incapaz, caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad.

#### **2.4.4 CLASES DE FIDEICOMISO.**

Fundamentalmente los tipos de fideicomiso son los siguientes:

a) El fideicomiso de administración: el fiduciante entrega determinados bienes al fiduciario para que éste los administre en beneficio de terceros o del propio fiduciante. Puede decirse que es el fideicomiso clásico o típico.

b) El fideicomiso de garantía: tiene como presupuesto necesario la existencia de una deuda del fiduciante al fiduciario; para garantizar su cumplimiento, el deudor (fiduciante) le entrega determinados bienes al acreedor (fiduciario), para que éste se cobre su crédito con las rentas que ellos produzcan o bien los enajene al cumplimiento del plazo y se cobre con el importe de la venta, devolviéndole el saldo al fiduciante.

c) El fideicomiso financiero: El fideicomiso financiero es una operación propia del complejo mundo de las finanzas y, como tal, escapa a un estudio



de derecho civil. Nos limitaremos, por tanto, a dar una breve noción de su papel económico y financiero. El esquema de esta operación es el siguiente: un banco u otra entidad financiera (el fiduciante), que es titular de una masa de créditos (por ej., otorgados con garantía hipotecaria) los cede a otra entidad financiera (que es la fiduciaria), la que a su vez emite certificados de participación (llamados también título valores), que importan un fraccionamiento del capital y que son ofrecidos al público. Se trata de títulos divisibles y negociables, que pueden ser al portador o nominativos. Esto es lo que se llama la securitización o titulización del capital originario. “Es un recurso financiero técnicamente complejo, nuevo y en evolución. Empezó hace unos veinte años en Estados Unidos, con la afectación de créditos hipotecarios y se aplica hoy en todo el mundo desarrollado. Es en efecto, un instrumento importantísimo para la acumulación de capitales y el emprendimiento de grandes obras de interés social.”<sup>22</sup>

d) El fideicomiso testamentario: cuyo estudio corresponde al derecho de sucesiones y que debe constituirse por algunas de las formas previstas en el Código Civil para los testamentos.

Es que las entidades financieras incorporan al fideicomiso como una prestación accesoria a su función de intermediación en el crédito, desarrollando distintas modalidades cuya diversidad atiende a los intereses de los constituyentes y titulares de los bienes de capital, por lo que conviene enunciar los más relevantes:

---

<sup>22</sup> Borda, Guillermo A. TRATADO DE DERECHO CIVIL – CONTRATOS Tomo II. Abeledo-Perrot 1999. Buenos Aires, Argentina. Pagina 691

a) *DE INVERSIÓN*. Constituye una modalidad del anterior, y con él se procura un rendimiento de los bienes, que se optimiza por el manejo profesional que realiza el banco.

b) *DE SEGURO*. En esta modalidad se designa a la entidad bancaria como beneficiaria del seguro de vida para que, al fallecimiento del constituyente, la suma se destine a un fin específico.

### **2.4.5 CARACTERES.**

Ciñéndonos al modo convencional de constitución del fideicomiso, cuadra señalar que el contrato de fideicomiso es consensual, en tanto produce efectos desde que las partes -fideicomitente y fiduciario- manifiestan recíprocamente su consentimiento, resultando la entrega de los bienes en propiedad un acto de ejecución del convenio, cuya falta autoriza a reclamar la entrega y el otorgamiento de las formalidades que imponga la naturaleza de los bienes.

Es bilateral, pues genera obligaciones recíprocas para fideicomitente y fiduciario; el primero debe entregar la cosa y la remuneración del encargo; el segundo debe administrarla de acuerdo con las disposiciones de la convención.

Es oneroso, ya que el beneficio que procura a una de las partes sólo le es concedido por una prestación que ella le ha hecho o se obliga a hacerle; así, el constituyente del fideicomiso debe al fiduciario una remuneración.

Es formal, para su constitución requiere escritura pública u otras formas determinadas, según la naturaleza de los bienes fideicomitidos; debiendo tenerse particularmente en cuenta la previsión del art. 1234, romano III, del Código de Comercio; no obstante, dada su importancia económica es lógica su conclusión en forma escrita, aun en documento privado.

Es, por lo general, de tracto sucesivo, pues hay periodicidad en la administración y en la percepción de la remuneración, las cuales no se agotan en un solo instante.

#### **2.4.6 PARTES.**

De tal forma que las partes del contrato son fideicomitente y fideicomitido o fiduciario, en tanto el beneficiario y el fideicomisario son terceros en la relación contractual.

El *fideicomitente* es aquel que entrega el bien y establece la restricción; es quien constituye el negocio. Puede, asimismo, ser el beneficiario, con la percepción de la renta, o el fideicomisario, con la reversión del dominio, o con ambos beneficios integrados.

El *fiduciario o fideicomitido* es quien adquiere el bien y se compromete a administrar y disponer de él en la forma impuesta por el fideicomitente. El fiduciario no puede, en principio, ser el beneficiario de la transmisión posterior del bien ni de las rentas que produzca la administración. es aquel que recibe los beneficios derivados del cumplimiento del encargo.

El *fideicomisario* es quien adquiere al final del encargo el dominio pleno de los bienes fideicomitidos. En todos los casos pueden ser personas físicas o jurídicas, aunque en algunas legislaciones la restricción apunta a la persona del fiduciario, que sólo puede ser asumida por instituciones bancarias o sociedades fiduciarias con autorización expresa.

#### **2.4.7 SEMENJANZAS DEL CONTRATO DE ANTICRESIS CON EL CONTRATO DE FIDEICOMISO.**

- En cuanto a ser onerosos:

En el contrato de anticresis es un contrato oneroso, puesto que reporta utilidad para las partes contratantes. El acreedor obtiene de los frutos que el inmueble produce para que se abone al pago de su crédito; y el deudor o propietario del inmueble obtiene de esta manera que se cancele y se extinga la obligación principal. Artículo 2181 Código Civil.

En el contrato de Fideicomiso por tratarse de un contrato mercantil esencialmente es oneroso puesto que el fiduciario tiene derecho a que se le pague una comisión en concepto de la labor que realiza, “ El cual se fijara por mutuo acuerdo entre las partes en el acto de constitución, en caso contrario, el fiduciario tendrá derecho a cobrar el cinco por ciento de la renta producida por los bienes”<sup>23</sup>. Esto de conformidad a lo establecido en el artículo 1251 Código de Comercio.

- En cuanto a la obligación de conservación:

---

<sup>23</sup> Córdova Hernández, Ricardo José. EL FIDEICOMISO EN LA LEGISLACION SALVADOREÑA San Salvador 1991, Tesis, Universidad Doctor Jose Matias Delgado, pagina 25

En el contrato de anticresis el acreedor esta obligado a la conservación del bien inmueble que se da en garantía, así como también a restituirlo al deudor o al propietario, es decir no entran a formar parte del patrimonio de la persona a quien se le entrega el bien, y tiene la responsabilidad de responder por deterioros o pérdidas que sufra el inmueble de conformidad al Artículo 2186 Código Civil.

En el contrato de fideicomiso tiene el Fiduciario la propiedad de los bienes y es obligación de este conservarlos material y jurídicamente; “en el primer caso debe hacer las reparaciones y darle el mantenimiento indispensable para un mejor cumplimiento de la finalidad; y en el segundo deberá cumplir las obligaciones que derivan de las leyes o reglamentos”<sup>24</sup>, como por ejemplo pagar los impuestos, de conformidad a lo establecidos en los artículos 20 Ley a la transferencia de bienes muebles y a la prestación de servicios.<sup>25</sup>, y 57 del Código Tributario.

Esta obligación tiene su razón de ser porque el fiduciario ostenta la calidad de propietario, aunque temporalmente, puesto que al final del plazo del fideicomiso tiene la obligación de entregar los bienes en perfecto estado, artículos 1252 y 1262 del Código de Comercio

- En cuanto a los elementos personales y materiales:

Elemento personal del contrato de anticresis.

En el contrato de anticresis intervienen el acreedor anticrítico y el constituyente de la garantía o propietario del inmueble sobre el cual recae el contrato; no es conveniente decir deudor anticrítico, porque puede dar lugar a confusión, puesto que se permite que el inmueble sobre el cual

---

<sup>24</sup> Córdova Hernández, Ricardo José., obra citada pagina 26.

<sup>25</sup> En adelante se citara como Ley IVA.

recae la anticresis pueda pertenecer a un tercero, artículo 2182 Código Civil es de tener presente que las personas que concurren en este contrato deben de ser legalmente capaces artículo 1316 Código Civil.

Elemento material del contrato de anticresis.

La persona que constituye la anticresis debe ser propietario del inmueble o minimamente debe tener un derecho real de disfrute, es decir solo puede constituirlo el propietario pleno del bien, sea este el deudor principal o un tercero, así como también puede constituirlo el usufructuario; además debe tener la facultad de disponer del inmueble por que la anticresis supone la enajenación de los frutos futuros, por este motivo es que entra a la categoría de actos de disposición artículo 2182 Código Civil.

Elemento personal del contrato de fideicomiso.

Según el artículo 1239 del Código de Comercio pueden ser Fideicomisario cualquier persona natural o jurídica legalmente capaz y digna para heredar.

Fiduciante que es la persona que transmite los bienes en fideicomiso y estipula las condiciones del mismo.

Fiduciario es la persona que recibe en carácter de propiedad fiduciaria con la obligación de dar a los bienes el destino que se ha establecido en el contrato.

Beneficiario es la persona beneficiaria de la administración del fideicomiso.

Elemento material del contrato de fideicomiso.

Lo constituyen todos aquellos bienes ya sean muebles o inmuebles, así como derechos destinados a la consecución del fideicomiso lógicamente, estos bienes deben encontrarse dentro del comercio y su titularidad no debe estar afectada a derechos de terceros, es decir que solo puede constituirse el fideicomiso sobre los bienes propiedad del fiduciante, artículo 1233 Código de Comercio. El fideicomiso es el modo de adquirir el dominio fiduciario de una cosa con la condición de entregarla a un tercero, luego de cumplirse la condición o el plazo resolutorio impuesto; de tal forma, el dominio fiduciario es básicamente el objeto del negocio jurídico fideicomiso y, más genéricamente, del negocio fiduciario.

#### ***2.4.8 DIFERENCIAS DEL CONTRATO DE ANTICRESIS CON EL FIDEICOMISO***

En cuanto a sobre que Bienes recae el contrato de anticresis.

De conformidad al artículo 2181 del Código Civil, nos establece que los bienes sobre los cuales recae la anticresis es la cosa raíz, es decir los bienes inmuebles.

A tenor del artículo 1245 de nuestro código de comercio pueden constituirse fideicomisos sobre toda clase de bienes. Esta disposición en sí es muy amplia y para tener una idea más precisa sobre la clase de bienes a la que se refiere, forzosamente tenemos que recurrir a la legislación común.

Del análisis de los artículos 560, 1332 y 1334 del Código Civil

concluimos que pueden darse en fideicomiso bienes muebles o inmuebles con las cualidades siguientes:

- a) Que sean comerciales.
- b) Que sean determinados o al menos determinables.
- c) Que existan o que se espera que existan, salvo en este último caso que verse sobre una herencia de una persona viva, aún cuando preste su consentimiento.

. En cuanto a la titularidad de los bienes.

De acuerdo al artículo 2181 C. C. nos señala que en cuanto a la titularidad de los bienes inmuebles sobre los cuales recae la anticresis pueden ser propiedad del deudor o de un tercero que preste su consentimiento.

Por otra parte en el fideicomiso no podrá recaer sobre bienes de los cuales no se tienen ninguna titularidad y los prohibidos por la ley.

Por ser fundamental en todo fideicomiso la transmisión de bienes a favor del fiduciario, es necesario determinar la titularidad que sobre ellos se tiene.

De acuerdo a las solemnidades.

El contrato de anticresis únicamente puede otorgarse mediante Escritura Pública, sin este requisito no nace el derecho real ni mucho menos produce efectos respecto de terceros, por consiguiente es indispensable el



requisito de que conste en Escritura Pública, esto se puede establecer de conformidad a los artículos 2183, 667 inciso 1ª.

Para la constitución de un fideicomiso deberá constar siempre por escrito, sujetándose a las reglas sobre la transmisión de derechos o de propiedad de cosas del derecho común.

De la clasificación de documentos en Escritura Pública, Documento Auténtico y privado, el legislador optó por el primero de ellos como el instrumento idóneo para la constitución de un fideicomiso, sean estos entre vivos o mixtos. La elección hecha, si bien es cierto que brinda más seguridad por el hecho que se está en presencia de un funcionario público que da fe de lo que se le dice, también podrían otorgarse por documentos privados autenticados, en los que hay presencia del Notario.

En cuanto a la forma de otorgamiento

El contrato de anticresis solo puede otorgarse por acto entre vivos.

El contrato de fideicomiso puede constituirse por medio de testamento, Sea abierto, cerrado o especial.

En cuanto a su inscripción.

El contrato de anticresis para que pueda ser oponible ante terceros es necesario su inscripción en el Registro de la Propiedad artículo 686 Numeral 1ª C. C.

Por ser el fideicomiso un acto de transmisión del dominio a favor del fiduciario, cuando de por medio hayan bienes inmuebles, la constitución, revocación o reformas se inscribirán en el Registro de la Propiedad a favor

del fiduciario, con el fin de que produzca efectos contra terceros, para que el tercero que va a contratar con el fiduciario pueda conocer si este tiene o no la facultad de enajenar o gravar.

Además de inscribirse en el registro de la propiedad, todo acto de constitución, modificación o cancelación deberá inscribirse en el registro de Comercio.

En cuanto a la extinción

*Al igual que* la hipoteca, la anticresis puede extinguirse por vía principal o por vía de consecuencia. La devolución de la cosa implica la renuncia a la garantía que reposa sobre la retención.

La extinción de la obligación provoca la extinción de la anticresis, el derecho del deudor a pedir la restitución de la cosa y el deber correlativo del acreedor de entregarla.

Pago el pago de la deuda constituye la forma mas importante por la cual se extingue la anticresis por ser la anticresis un derecho real de garantía, es un derecho accesorio de la obligación principal, es decir que no tiene existencia autónoma, y existe conjuntamente con la obligación principal y se extingue con la misma.

Por subrogación.

Por dación en pago.

Por novación

Por Compensación.

## **2.4.9 EXTINCION DEL FIDEICOMISO**

Son varias las causales para la extinción del fideicomiso, a continuación analizaremos las contempladas por nuestra legislación, las cuales unas provienen por acto de las partes y otras por hechos ajenos a su voluntad.

- 1) Por Cumplimiento de los Fines para que fue Constituido o por hacerse el mismo imposible

La presente causal está compuesta por dos hipótesis, a) el cumplimiento del fin y b) la imposibilidad del cumplimiento del fin.

Respecto a la primera causal podemos decir que siendo obligación del fiduciario hacer o dar a favor del fideicomisario determinadas cosas, según las instrucciones dadas por el fideicomitente, una vez cumplidas queda el fideicomiso sin ningún efecto.

La segunda hipótesis extingue el fideicomiso porque el fiduciario no podrá ejecutar ningún encargo, ni el fideicomisario a recibir beneficio alguno por la imposibilidad de ejecutar los fines, ejemplo: se constituye un fideicomiso para cancelar una deuda ya extinguida.

- 2) Por no haberse cumplido en tiempo la condición suspensiva señalada en el instrumento respectivo.

Dado que el fideicomiso puede ser particular o universal, puro o condicional, a día cierto, por tiempo determinado o durante la vida del

fideicomitente, del fiduciario o del fideicomisario, el constituyente en el acto de creación puede establecer una condición suspensiva para que el fideicomiso produzca efectos entre las partes.

Nuestra legislación, en esta causal se contradice cuando establece que si la condición suspensiva no se cumple, el fideicomiso queda extinguido, pero en realidad lo que sucede es que el contrato jamás llega a existir. De allí que consideramos mal utilizada la presente causal.

Para algunos esta causal ha sido mal invocada por los legisladores, pues si el nacimiento del fideicomiso depende del acaecimiento de un hecho futuro e incierto, y este no se produce, debe concluirse que no llegó nunca a existir y que no se extingue por dicha causa.

3) Por cumplimiento de la condición resolutoria estipulada. Si en el acto constitutivo el fideicomitente establece una condición resolutoria, al cumplirse ésta, se extinguirá el fideicomiso.

Esta causal no tiene aplicación en los fideicomisos constituidos a favor del Estado, municipios, entidades públicas, instituciones de beneficencia y cultural o de los incapaces, los cuales no están sujetos a plazo.

4) Por destrucción de los bienes fideicomitidos. Todo fideicomiso tiene que recaer sobre un bien, al desaparecer este, las finalidades impuestas al fiduciario no podrán cumplirse. Además que siendo el objeto, requisito esencial en todo contrato, a falta de él se extingue aquel.

La destrucción de los bienes debe ser total, puesto que si subsisten algunos, el fideicomiso seguirá cumpliéndose sobre ellos.

No debe confundirse esta causal con la segunda hipótesis de la primera causal, ya que en una se hace referencia a la finalidad y otra al elemento material.

5) Por resolución del derecho del Fideicomitente sobre los bienes Fideicomitados. El fideicomitente al haber hecho una transmisión de dominio al fiduciario, debió haber tenido una propiedad sobre los bienes fideicomitados, si por cualquier causa la ha perdido, el fideicomiso carecería de objeto y por consiguiente se extinguiría.

6) Por revocación hecha por el Fideicomitente. Esta causal es aplicable cuando expresamente el fideicomitente en el acto de constitución se haya reservado tal derecho.

El Código de Comercio de Costa Rica regula que cuando se haya reservado la facultad de renovar, deberá garantizar los derechos de los terceros que han contratado con el fiduciario dentro de los términos del fideicomiso.

7) Por muerte o renuncia del fideicomisario. Este numeral contempla dos causales: la muerte y la renuncia. En caso de muerte existen dos excepciones:

a) Que el fideicomiso se haya constituido en beneficio de dos o más personas y siempre que el fideicomitente lo decidiera, podrá transmitirse el fideicomiso al o a los supervivientes.

b) Cuando el fideicomiso es para fines determinados o por tiempo fijo, los derechos del fideicomisario se transmitirán a los herederos.

Para la renuncia, cuando el fideicomiso se ha constituido originalmente en beneficio de dos o más personas y el fideicomitente así lo decidiere, se podrá transmitir el fideicomiso al o a los restantes.

8) Por transcurrir el plazo legal. Un fideicomiso una vez cumplido veinticinco años, por virtud de la ley queda extinguido, salvo las excepciones hechas en la causal tercera.

## **2.5 HIPOTECA.**

### **2.5.1 GENERALIDADES.**

Existen vestigios de la existencia de garantías reales en Egipto y Grecia. En la primera de las civilizaciones nombradas, en las épocas pre tolemaica y tolemaica, dado el desarrollo que habían alcanzado los registros de la propiedad inmueble, y la necesidad de que para disponer se presentara el certificado otorgado por el encargado del registro, la hipoteca consistía en la entrega de los títulos de propiedad al acreedor, de modo tal que dicho encargado no expedía al propietario los certificados, pues era requisito indispensable presentar los títulos, tampoco se los daba al acreedor, dado que no estaba registrado como titular del dominio. De este modo tan simple se bloqueaba el poder de disposición hasta tanto se abonara la deuda.

Los romanos, al invadir Egipto, respetaron esta forma de garantía para los naturales de este país, pero estableciendo la necesidad de labrar la respectiva escritura por el *agorónomo*, funcionario que -a su vez- llegado el

momento del vencimiento, comprobada la subsistencia de la deuda, requería de pago al deudor y -si el resultado era negativo- procedía al apremio. Si el pago tenía lugar era registrado por el mismo funcionario.

El desarrollo en Grecia fue más incipiente, aunque de su idioma deriva el vocablo "hipoteca".

En el Derecho Romano primitivo se practicó la llamada fiducia cum creditore, que consistía en una efectiva transmisión de la propiedad de la cosa con el compromiso por parte del comprador de restituirla al vendedor si le era pagado el crédito asegurado.

En una segunda etapa nace el pignus, que consistía en la transferencia no ya de la propiedad sino simplemente de la posesión de la cosa, que era devuelta cuando la deuda era satisfecha.

La insuficiencia de estos medios de garantía se puso de manifiesto particularmente en las relaciones entre arrendador y arrendatario. El problema consistía en garantizar al arrendador el pago del arriendo pactado; pero el arrendatario no podía entregar, en garantía de ello, las únicas cosas que constituían su verdadera hacienda, es decir los instrumentos de labranza (invecta et illata), porque entonces se veía privado precisamente de los instrumentos que le permitían hacer producir a la propiedad.

En el caso, coincidían el interés del propietario y del arrendatario en dejar esos instrumentos de labranza en manos de éste. Pero era necesario arbitrar un medio que supusiera una garantía para el arrendador. "Un pretor llamado SALVIUS introdujo un interdicto que permitía al arrendador no

pagado tomar posesión de los instrumentos de labranza en el caso de que la deuda no fuera pagada a su debido tiempo. Pero el remedio era insuficiente, porque el arrendador no tenía derecho de persecución, de tal manera que si el arrendatario se había desprendido de los instrumentos de labranza, aquél perdía el derecho que le confería el interdicto Salviano.

Entonces otro pretor llamado SERVIUS, introdujo una acción que le permitía al arrendador perseguir los instrumentos de labranza de cualquier persona que los poseyera, creando así una preferencia con todos los caracteres esenciales de la actual hipoteca.”<sup>26</sup>

Habiendo demostrado la experiencia la utilidad del procedimiento, la acción serviana fue extendida a otras hipótesis y, finalmente, a toda clase de pignus por JULIANO, al redactar el Edicto Perpetuo, en tiempo de ADRIANO. Esta acción es llamada actio quasi serviana o hypothecaria.

La simplicidad del derecho romano antiguo conspiraba contra el desarrollo de instituciones, que obedecen a una estructura social más compleja. La primera forma de garantizar una operación era la transmisión de la cosa al acreedor por medio de las formalidades establecidas por el derecho quirritario, pero tan sólo a los fines de garantía. Si el deudor no cumplía la obligación, la transmisión se hacía definitiva, aunque el valor de la cosa fuera muy superior a la deuda, lo que podía significar un enriquecimiento sin causa respecto del excedente.

---

<sup>26</sup> MUSTO, JORGE. TOMO II.



Por este motivo, y porque siendo legítimo propietario el acreedor desde el comienzo, bien podía enajenar la cosa transmitida en forma válida, aunque el adquirente conociera la existencia de la *fiducia*, las ventajas dadas al acreedor eran excesivas y no ofrecían seguridades para el deudor. A ello se agrega que la limitación de formalidades restringía las posibilidades de este tipo de seguridad, tanto objetiva como subjetivamente, porque sólo eran exigidas para las *res mancipii* y respecto de los ciudadanos romanos.

Los peligros señalados a la venta *cum fiducia* inspiraron la generalización del *pignus* que originariamente se presentó como una variedad de la fiducia, ya que no se transmitía la propiedad sino sólo la posesión, pudiendo el propietario reivindicar la cosa en poder de quien se encontrare y una vez cumplida la prestación reclamar la devolución de la cosa por medio de la *actio pignoratitia* directa, de carácter personal.

La reacción llevó a debilitar excesivamente la posición del acreedor que, ante la reivindicación, sólo podía esgrimir la *exceptio doli*, hasta que más tarde se le concedió un interdicto.

El *pignus* presentaba inconvenientes para ambas partes. Para el acreedor, porque a pesar de que tenía la posesión de la cosa no tenía acción real para defenderla y en caso de incumplimiento no podía proceder al *commissum*, limitándose a retenerla; y para el deudor, porque al desprenderse de la posesión o de la tenencia, era un obstáculo importante cuando el gravamen recaía sobre elementos esenciales para la producción. Para salvar el primer inconveniente se idearon dos estipulaciones: el *pactum commissorium*, por un lado, y el *ius vendendi*, por el otro.

Por el primero se mantenía la posibilidad de que el acreedor quedara definitivamente con la cosa; por el segundo, que pudiera venderla para cobrarse con el precio. La tendencia evolutiva fue en el sentido de eliminar el primero y perfeccionar el segundo hasta llegar al *ius distrahendi*. Derecho de hacer subastar la cosa y cobrarse con su producido.

Para salvar el inconveniente referido al desplazamiento surgió lo que en un principio constituyó un *pignus convencional*, según el cual se establecía la prenda, pero la entrega de la cosa se difería al vencimiento de la obligación en caso de incumplimiento. A la prenda originaria se la estructuró como contrato real (sólo se perfeccionaba con la entrega de la cosa); la segunda evolucionó partiendo de la convención, pero sin desplazarse la tenencia, por eso se llamaba *convencional*.

El origen de esta evolución debe buscarse en los arrendamientos agrarios, en los cuales, cuando el arrendatario no podía satisfacer el precio del arrendamiento y se le concedía un plazo por parte del propietario, éste tomaba como garantía los aperos e instrumentos de labranza (*in vecta et Mata*), los que, si hubieran sido objeto de prenda posesoria, habrían constituido un impedimento para que el deudor continuara con la explotación, razón por la cual se introdujo un pacto por el cual estos objetos quedaban en garantía del arrendador, pero en poder del arrendatario, pudiendo el primero embargarlos y realizarlos en caso de incumplimiento.

Para completar la protección del acreedor se le otorgó un *interdicto*, que permitía la incautación de los objetos prendados en caso de incumplimiento. Este interdicto *adipiscendae possessionis* fue denominado "Salviano" (de Salvio, su creador), el que podía ser dirigido sólo contra el

colono o sus herederos. Otro pretor, Servio, lo reforzó mediante una *actio in rem* llamada "serviana".

Al extenderse esta figura a otras relaciones y no sólo a los arrendamientos rurales, se generalizó este tipo de prendas sin desplazamientos (convencionales o diferidas), que adoptaron así el nombre griego de "hipoteca" y que, en un principio, podían recaer tanto sobre inmuebles como sobre muebles, porque la distinción se basaba exclusivamente en si existía el desplazamiento de la posesión hacia las manos del acreedor (prenda) o si quedaba en poder del deudor (hipoteca).

“La hipoteca nació convencional, pero, en el derecho romano, se generalizó y multiplicó tanto que aparecieron las hipotecas legales y judiciales, a las que no se les asignó publicidad alguna, lo que se ha indicado como unos de sus principales defectos”.<sup>27</sup>

Las Leyes de Partidas calcaron el modelo romano bajo el nombre de *peño*, adoptándose tanto para muebles como para inmuebles, manteniéndose con el mismo nombre y ambas modalidades. El nombre de hipoteca sólo aparece en las Leyes de Toro, manteniéndose las hipotecas legales, judiciales y tácitas sin exigencias de publicidad.

En el siglo XVI se dan los primeros pasos tendientes a corregir la falta de publicidad, iniciándose en 1528 con proyectos que no se cristalizaron hasta 1768 con la creación de los "oficios de hipotecas", que abarcaban solamente las convencionales, quedando en la clandestinidad las hipotecas legales, tácitas y generales.

---

<sup>27</sup> MUSTO, JORGE. Opus Cit. Pag . 98

Recién en 1861 se producen modificaciones de fondo implantándose un sistema mixto que, si bien adopta algunos principios germánicos, conserva su base románica.

Antes de la sanción del Código Civil son escasos los antecedentes que innovan sobre la legislación española de aquella época, adoptada por las Ordenanzas de Indias y mejoradas por una real cédula de 1802 que tendió a organizar un registro de hipotecas suprimiendo la inscripción de hipotecas generales.

### **2.5.2 NUESTRO CONCEPTO.**

A fin de dar un punto departido para el análisis de esta institución y sin perjuicio de examinar brevemente las corrientes sobre la naturaleza jurídica de la hipoteca.

“Derecho real convencionalmente constituido como accesorio de un crédito determinado, en función de garantía por un monto expresado en dinero, que recae sobre una cosa inmueble especialmente individualizada, que queda en poder del constituyente y que -debidamente registrado- en caso de incumplimiento del débito, da derecho al acreedor a perseguir la cosa en poder de quien se encuentre, ejecutarla y cobrarse con el producido con prelación sobre los demás acreedores.”<sup>28</sup>

El artículo 2,157 dice que "la hipoteca es un derecho constituido sobre inmuebles a favor de una acreedor para la seguridad de su crédito, sin que

---

<sup>28</sup> MUSTO, JORGE, Opus Cit. Pag.

por eso dejen aquellos de permanecer en poder del deudor". La definición transcrita, si bien no es errada, nos da una idea clara de esta garantía. Por eso, mejor podemos definirla como el derecho real que recae sobre un inmueble que, permaneciendo en poder del que constituye, da derecho al acreedor para perseguirlo de manos de quien se encuentre y de pagar preferentemente del producido de la subasta.

Si la hipoteca es un derecho real, quizás habría sido más lógico que el legislador, tal como hacen los Códigos más modernos, se hubiera ocupado de ella al referirse a esta clase de derechos, en el libro II, por ejemplo a continuación de las servidumbres. Pero la ubicación que tiene dentro de los contratos se justifica tanto por una razón histórica, ya que esa misma ubicación tiene en el Código francés.

Determinada su naturaleza y distinguida claramente la responsabilidad patrimonial genérica y universal que tiene el deudor frente a todos los acreedores, en caso de incumplimiento imputable de los débitos, descartamos que la hipoteca venga a significar una responsabilidad circunscripta, dado que su diferencia con la responsabilidad genérica es tal que justifica la asignación de una categoría diferente.

Reconociendo que entre las facultades del dueño se encuentra la de disponer total o parcialmente de la cosa, y teniendo en cuenta que la facultad de hipotecarla importa un acto de disposición, se debe concluir que el propietario dispone de un tramo o segmento de valor de la cosa, para atribuirlo a la función de garantía del crédito que ha contraído o que se propone contraer.

Al actuar de ese modo, separa de su patrimonio un valor que pasa a ser, en cierto modo, un bien, que ahora -y hasta tanto se cumpla con la prestación o débito- forma parte del patrimonio del acreedor.

En la misma intensidad en que se ha disminuido el valor de la cosa, en el activo del patrimonio del deudor, ha aumentado el activo en el patrimonio del acreedor. Éste podrá incluso negociar esta parte de su activo, cediendo el crédito con la garantía.

El constituyente de la garantía puede -a su vez- disponer de la cosa, enajenándola, pero no podrá incluir en esa enajenación aquello que forma parte de otro patrimonio.

Podríamos decir que ese tramo de valor había sido ¡ya enajenado! Esto justifica por qué, en caso de concurso, el acreedor hipotecario (y también el prendario) puede formar un concurso especial sobre la cosa y ejecutarla cobrando su crédito hasta el monto garantizado con la hipoteca y el saldo ingresará al concurso, una vez cubiertos los gastos y costas, mientras que -si no bastare- el acreedor podrá igualmente dirigirse hacia los demás bienes del patrimonio, ahora en paridad de condiciones con el resto de los acreedores, para reclamar el saldo de los rubros cubiertos por la hipoteca.

El adquirente de la cosa no puede adquirir sino aquello que el propietario puede disponer y es por ello que, presuponiendo la publicidad, sabe que adquiere una cosa que conlleva una carga o, lo que es lo mismo, que tiene una parte de su valor de realización adscrito a un crédito y que, en caso de incumplimiento del débito, estará expuesto a afrontar la realización

de la cosa para extraerle ese valor, salvo que haga uso de la facultad de pagar lo debido y subrogarse en los derechos del primitivo acreedor.

### **2.5.3 CARACTERES**

*ACCESORIO.* -Como los demás derechos reales de garantía, la hipoteca tiene carácter accesorio de un crédito. La hipoteca y la prenda son accesorios de la obligación pero no son obligaciones accesorias.

No siendo un derecho independiente, no es concebible que la hipoteca tenga como titular a una persona distinta del acreedor, pero su accesoriedad no impide que, dada la función de garantía, la hipoteca pueda ser constituida por un tercero para asegurar el resultado de la obligación, incluso puede ser dada por un tercero para garantizar una obligación natural (art. 2157 C. C).

Del carácter accesorio de la hipoteca se desprenden importantes consecuencias prácticas: a) la nulidad de la obligación acarrea la nulidad de la hipoteca, pero la nulidad de la hipoteca no perjudica la validez de la obligación;

b) no es posible ceder la hipoteca sin hacer cesión expresa del crédito a que accede, y c) la hipoteca está subordinada a la existencia de la obligación y se extingue con ésta, por vía de consecuencia: la doctrina interpretativa es uniforme.

La *accesoriedad* de la hipoteca, como principio esencial, exige que la obligación a que accede esté precisamente determinada, en todos sus elementos originarios: sujetos, objeto y causa. Esto no impide que se puedan garantizar varias obligaciones con tal de que cada una de ellas esté

determinada con la misma precisión. Tampoco obsta a que se garanticen con hipoteca obligaciones eventuales o futuras, siempre que sean identificadas *ab initio*.

#### **2.5.4 CLASIFICACION DE LA HIPOTECA.**

Para clasificar la hipoteca se han utilizado diversos puntos de vista, en el presente trabajo nos referiremos únicamente a aquella clasificación que toman como base: el objeto, la forma, su origen y su contenido; así vemos que: A. Por su objeto la hipoteca puede ser:

- 1) General: la hipoteca será general cuando grava todos los bienes del deudor y,
- 2) Específica: Según se grave con ella un bien determinado del deudor;

B. Por su forma, se clasifica en:

- 1) EXPRESA: Cuando se inscribe en el Registro y,
- 2) TACITA: Si no se inscribe en el Registro, tampoco esta clasificación tiene aplicación en nuestro medio, ya que la inscripción en el registro según el artículo 2160 C. C. funciona como un requisito de existencia del derecho real de hipoteca;



C. POR SU ORIGEN: pueden ser:

1) Voluntaria: es voluntaria la hipoteca que se constituye por voluntad de las partes, este tipo de hipoteca sí tiene aplicación en nuestra legislación.

2) Legal: este tipo de hipoteca ya no tiene aplicación entre nosotros y consistía en la hipoteca impuesta por ministerio de ley y automáticamente o de pleno derecho para garantizar la protección de determinados intereses, en aquellos casos señalados expresamente por el legislador, como ejemplo podemos citar la hipoteca que en España tiene la mujer casada sobre los bienes de su marido; y

3) JUDICIAL. Esta era la hipoteca ordenada por el juez y que ha desaparecido de la mayoría de legislaciones, siendo sustituida por las anotaciones preventivas de embargo, reguladas por el numeral primero del artículo 719 C. C.; y

C. Finalmente y como último criterio de clasificación citaremos aquel que atiende a su contenido, según el cual la hipoteca puede ser:

1) Ordinaria o de Tráfico: esta es la hipoteca común y corriente, que se caracteriza fundamentalmente por la existencia de una obligación cuyo cumplimiento se garantiza; y

2) Especial o de Seguridad: es aquel tipo de hipoteca en la cual, la cuantía del crédito, no se determina en forma exacta desde el principio y si

bien es cierto que hay una cantidad límite, es necesario determinar su alcance en el momento de reclamar el pago del crédito.

### **2.5.5 HIPOTECA ABIERTA**

La hipoteca abierta o hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, es aquella que se constituye para garantizar hasta un límite máximo, obligaciones indeterminadas de momento en cuanto a su importe, pero determinables a posteriori por medio de la correspondiente liquidación.

Para que este tipo de hipoteca se configure se necesita: a) La determinación de la cantidad máxima por la cual responderá el bien hipotecado; b) El plazo de duración del contrato de apertura de cuenta corriente.

### **2.5.6 EXTINCIÓN.**

Para su estudio, las causas de extinción de las obligaciones surgidas de la hipoteca, se clasifican en dos grupos: a) El primer grupo está formado por aquellas circunstancias que afectan la obligación principal y que dado la característica de accesoriedad de la hipoteca provocan su extinción a este grupo de causas se refiere el inciso primero del art. 2180 C.C. en relación con el art. 1438 del mismo cuerpo de leyes. Y b) El segundo grupo de causas está formado por aquellas causas que extinguen las obligaciones que nacen de la hipoteca.

## **2.5.7 DIFERENCIA Y SEMEJANZAS ENTRE LA ANTICRESIS Y LA HIPOTECA:**

*HIPOTECA Y ANTICRESIS.* Existen diferencias y semejanzas entre estos derechos reales:

Elemento material.

- a. Ambas instituciones tienen en común el hecho que recaen sobre inmuebles.
- b. son derechos de garantía y,
- c. por lo tanto, accesorios de un crédito. Artículos 2181 y 2157 C. C.
- d. Para hacerse valer frente a terceros es necesaria la inscripción en el registro de la propiedad correspondiente. Artículos 606, 683 y 2160 C. C.

Las diferencias se advierten en tanto:

1. La diferencia fundamental radica en la entrega de la posesión y disfrute propios de la anticresis, y que se encuentran ausentes en la hipoteca. Esta última garantía no lleva implícita la entrega del bien, como tampoco su explotación, es decir no requiere la tradición del bien al acreedor. La hipoteca no se ejerce por la posesión que no se desplaza a favor del acreedor, mientras que en la anticresis pasa a éste.

2. El hipotecario no tiene derecho a percibir los frutos, atribución que es de la esencia de la anticresis,

3. Otra distinción radica en que la hipoteca no agota las posibilidades del inmueble en cuanto al otorgamiento de garantías, se admite la constitución de segundas y ulteriores hipotecas, ya que no es necesario proceder a su entrega física para constituir la garantía, por el contrario, no puede constituirse sino una anticresis sobre el mismo inmueble, ya que no se podría cumplir con el requisito de la entrega física del bien a todos los acreedores para que cada uno de estos pudiese explotarlo y obtener sus frutos.

No existe obstáculo para que el acreedor que tiene gravado el inmueble a su favor con hipoteca, constituya a su vez un derecho de anticresis, o viceversa, pues no son incompatibles.

## **CAPITULO 3**

### **EFFECTOS DEL CONTRATO DE ANTICRESIS**

#### **3.1 EFFECTOS DE LA ANTICRESIS**

Del contrato estudiado, surge para el constituyente de la garantía, la obligación de abonar al acreedor los gastos y las mejoras en que haya incurrido para la conservación del inmueble, esta obligación está contenida en el artículo 2186 C. C. en relación con los artículos 1723 y 1724 del C. C. Ante el incumplimiento de esta obligación por parte del constituyente de la garantía, debemos distinguir dos situaciones: a) La primera se presenta cuando el acreedor no ha restituido el inmueble, caso en el cual el artículo 2190 C. C., le concede el derecho de retenerlo hasta que se le pague

totalmente el adeudo y b) La segunda situación se presenta cuando el acreedor ya restituyó el inmueble; en este segundo caso el acreedor únicamente tiene la acción personal para perseguir el pago de las mejoras. A continuación desarrollamos más ampliamente estas obligaciones del deudor anticresista.

El acreedor anticretico goza de los mismos derechos que el arrendatario en cuanto al pago de las mejoras, perjuicios y gastos. Aquí se hará referencia a las obligaciones del arrendante como del arrendatario en cuanto al abono de las mejoras, perjuicios y gastos y en cuanto a la obligación de conservación de la cosa de acuerdo a lo establecido en el artículo 2186 C.C.

Esta obligación surge para el constituyente de la garantía, que es la abonar al acreedor los gastos y las mejoras en las que este haya incurrido para la conservación del inmueble. Artículos 2186, 1723 y 1724 Código Civil.

En lo que respecto al abono de las mejoras, podemos decir lo siguiente: en cuanto a la obligación de mantener la cosa arrendada en buen estado consiste en hacer durante el arriendo todas las reparaciones *necesarias*, e incluso las *locativas*, artículo 1728 C. C., pero el arrendador puede hacer las reparaciones locativas cuando estas se deban por caso fortuito o fuerza mayor, o por mala calidad de la cosa arrendada, Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas obligaciones, artículo 1715 C. C.. Pero será obligado el arrendatario aún a las reparaciones locativas, si los deterioros que las han hecho necesarias provinieron por culpa del arrendatario o de sus dependiente. (artículo. 1728). Si por no hacerlas el arrendador, se viere obligado a hacerlas el arrendatario, tiene

entonces aplicación el artículo 1723 C. C., que dice: «El arrendador es obligado a reembolsar al arrendatario el costo de las reparaciones indispensables no locativas, que el arrendatario hiciere en la cosa arrendada, siempre que el arrendatario no las haya hecho necesarias por su culpa, y que haya dado noticia al arrendador lo más pronto, para que las hiciese por su cuenta. Si la noticia no pudo darse en tiempo o si el arrendador no trató de hacer oportunamente las reparaciones, se abonará al arrendatario su costo razonable, probada la necesidad».

“El arrendador no es obligado a reembolsar el costo de las *mejoras útiles*, en que no ha consentido con la expresa condición de abonarlas; pero el arrendatario podrá separar y llevarse los materiales, sin detrimento de la cosa arrendada; a menos que el arrendador este dispuesto a abonarle lo que valdrían los materiales considerándolo separados” (artículo 1724).

En lo relativo a la obligación general de conservación del bien dado en garantía como las mismas obligaciones que el arrendatario y, de la obligación de restituirlo al deudor o propietario, así como la responsabilidad por los deterioros o pérdidas se está en la igual naturaleza que el arrendamiento.

## **3.2 OBLIGACIONES DEL DEUDOR QUE CONSTITUYE LA GARANTIA.**

### ***3.2.1 OBLIGACION DE ENTREGAR EL BIEN.***

Según lo establecido en el artículo 2183 C. C. Nos establece que “la anticresis se perfecciona por la tradición del inmueble”, para lo cual es

conveniente hacer las diferencias entre los efectos de una simple entrega y los de la verdadera tradición, como consecuencia natural de lo distinto que son ambos.

Que la entrega desempeña importante función en la transferencia de la posesión, pues para materializar esta transferencia, es decir para materializar la tradición, en ocasiones se tendrá que hacer una entrega material, pero como esto no será siempre así, la identificación resulta claramente desacertada.

Por lo mismo, existen entre ambas positivas diferencias de carácter jurídico y que concretamente sintetizamos así:

a) En lo referente a la intencionalidad, En la simple entrega no hay intención de trasladar ni de adquirir el dominio. En la tradición, en cambio, cuando se verifica la entrega, concurre siempre en el tradente la intención de transferir la propiedad y en el adquirente la de hacerse dueño. Y como en ambos casos se verifica la misma actividad, el mismo acto material de dar a otro, lo que las diferencias entonces es la intención.

b) La segunda distinción es precisamente en relación a un elemento de la tradición, la causa, la que a su vez viene a constituir la expresión de la intencionalidad, es decir la que constituye la forma como se deja entrever o como se manifiesta a través del título o contrato, la intención de los negociantes.

Así, si la causa del negocio jurídico fue un contrato de los clasificados como no traslaticios, como decir un arrendamiento, un préstamo de uso, un depósito, etc. Es evidente que la entrega de la cosa hecha en estos casos no

constituye tradición –sino una mera tenencia- pues no hay transferencia de dominio.

En cambio cuando el contrato causal es una venta, una permuta, etc. Es decir un contrato traslativo, la entrega que se haga entonces sí constituirá tradición porque está sirviendo como transferencia de posesión con intención de trasladar el dominio.

Sentadas estas distinciones, su aplicación práctica surge cuando podemos señalar los casos en que tales términos están bien usados por el legislador, y aquellos en que indebidamente se asimilaron ambos. Así tenemos que están correctamente empleados en los artículos 747 Inciso 3º C. C. (tradición presunta), 763 C. C. (adquisición de posesión por instrumento público), 1985 C. C. (en el mutuo) ,1969 y 1972 C. C. (de depósito), 1932 C. C. (comodato), 2134 C. C. (prenda). Y los ha empleado en mala forma en el 1314 C. C. Y el artículo 2183 C. C. (anticresis), porque los contratos reales se perfeccionan por la entrega, no por la tradición, como dice.

En el 1627 C. C. porque la obligación del vendedor es la de entregar la cosa y no, como reza el artículo, “la entrega o tradición”. En el mismo 651 C. C. en que define la tradición porque fue parcial al referirla solo a los muebles cuando dijo que “consiste en la entrega”. Y finalmente en el 652 C. C. cuando dijo que el “tradente es quien transfiere el dominio de la cosa entregada . . .”, pues no todas las cosas que son objeto de transferencia de dominio se entregan. Así, los derechos reales como el usufructo, la hipoteca, la anticresis, el dominio etc. Solo se constituyen o transfieren, no se entregan, por la sencilla razón de que son inmateriales.



El legislador salvadoreño en el artículo 2183 del C. C. exige la entrega de la cosa, para que el contrato se perfeccione, sin exigir ninguna formalidad. Para efectos de prueba, debemos recurrir a lo dicho por los artículos 1580 y siguientes del C. C. según los cuales, deben constar por escrito los actos o contratos que contengan la entrega o promesa de una cosa que valga más de doscientos colones.

Para la constitución de la anticresis y especialmente como ésta recae sobre un bien inmueble es indispensable que se entregue la posesión del mismo al acreedor para que éste lo use y se usufructúe del bien, es decir que no habrá anticresis mientras no se haya hecho entrega del bien al acreedor, ya sea por el deudor o por un tercero que haya dado su inmueble en garantía.

En la anticresis la entrega del inmueble y la posesión del mismo al acreedor deriva también de las facultades de disposición del bien, es decir juntamente con la entrega del bien se transmite al acreedor la posesión y el derecho de uso y disfrute del inmueble dado en garantía.

### ***3.2.2 OBLIGACIÓN EN CUANTO A PERJUICIOS.***

En cuanto al abono de los perjuicios se puede decir: que “el arrendatario tendrá además derecho para que se le abonen los perjuicios, si las reparaciones procedieren de causa que existía ya al tiempo del contrato, y no era entonces conocida por el arrendatario, pero lo era por el arrendador, o era tal, que el arrendador tuviese antecedentes para temerla, o debiese por su profesión conocerla. Lo mismo será cuando las reparaciones hayan de

embarazar el goce de la cosa demasiado tiempo, de manera que no pueda subsistir el arrendamiento sin grave molestia o perjuicio del arrendatario”. (Artículo 1716 inciso 4ª y 5ª C. C.).

“Si fuera de los casos previstos en el artículo precedente, el arrendatario es turbado en su goce por el arrendador o por cualquiera persona a quien éste pueda vedarlo, tendrá derecho a indemnización de perjuicios» (artículo 1717 C. C.).

En las perturbaciones por hechos de terceros, hay que distinguir dos casos: *a)* hechos de terceros que no pretenden derecho a la cosa arrendada; y *b)* hechos de terceros que pretenden algún derecho sobre la cosa arrendada. *a)* “Si el arrendatario es turbado en su goce, por vías de hecho de terceros, que no pretenden derecho a la cosa arrendada, el arrendatario, a su propio nombre, perseguirá la reparación del daño» (inciso 1ª del artículo 1718 C. C.). En otros términos, siendo el arrendatario el atacado, y no el arrendador, a aquel le toca defenderse personalmente<sup>29</sup>.

Así, si al arrendatario le roban algún objeto, o pasan por la heredad arrendada sin alegar derecho, o le toman furtivamente las aguas de riego, no tiene recurso contra el arrendador para que le libre de estas molestias, sino que él mismo debe tomar las medidas que le convengan.

*b)* “Y si el arrendatario es turbado o molestado en su goce, por terceros que justifiquen algún derecho sobre la cosa arrendada, y la causa de este derecho hubiere sido anterior al contrato, podrá el arrendatario exigir

---

<sup>29</sup> BARROS ERRAZURIZ, ALFREDO. Profesor del ramo en la Universidad Católica de Santiago. CUARTA EDICION CORREGIDA y AUMENTADA VOLUMEN III. EDITORIAL NASCIMENTO. SANTIAGO 1 932. Página 198

una disminución proporcionada en el precio o renta del arriendo, para el tiempo restante. Y si el arrendatario, por consecuencia de los derechos que ha justificado un tercero, se hallare privado de tanta parte de la cosa arrendada, que sea de presumir que sin esta parte no habría contrato, podrá exigir que cese el arrendamiento”<sup>30</sup>. Artículo 1718 Incisos 2ª y 3ª

Además, podrá exigir indemnización de todo perjuicio, si la causa del derecho justificado por el tercero fue o debió ser conocida del arrendador al tiempo del contrato, pero no lo fue del arrendatario, o siendo conocida de éste, intervino estipulación especial de saneamiento con respecto a ella. Pero si la causa del referido derecho no era ni debía ser conocida del arrendador al tiempo del contrato, no será obligado el arrendador a abonar el lucro cesante. Artículo 1718 Incisos 4ª y 5ª C. C.

“La acción de terceros que pretendan derecho a la cosa arrendada, se dirigirá contra el arrendador. El arrendatario sólo estará obligado a notificarle la turbación o molestia que reciba de dichos terceros, por consecuencia de los derechos que alegan; y si lo omitiere o dilatare culpablemente, abonará los perjuicios que de ello se sigan al arrendador” (artículo 1729 C. C.).

En consecuencia si el acreedor se hubiese pagado con los frutos del bien inmueble tiene el derecho a retenerlo hasta que se le compense las mejoras y los demás gastos en los que ha incurrido.

### **3.3 OBLIGACIONES DEL ACREEDOR ANTICRESISTA**

---

<sup>30</sup> Opus. Cit. Pagina 198

La anticresis no solamente confiere derechos al acreedor anticresista, sino también le impone obligaciones. Veamos cuáles son:

Como sabemos, el acreedor anticrético tiene sobre la cosa un derecho de disfrute, pero este no es ilimitado sino que surgen para él determinadas obligaciones, al respecto el artículo 2186 C. C., dice que el acreedor anticrético está sujeto a las mismas obligaciones que el arrendatario con relación a la conservación de la cosa, con lo que nos remite a los artículo 1726 C. C., o sea que sus obligaciones:

a) Conservar y custodiar diligentemente la cosa;

b) Como segunda obligación está la de no usar la cosa sino para el fin establecido en el contrato, esta obligación la contiene el artículo 2186 C. C., en relación con el 1726 del mismo Código;

c) El artículo 1728 C. C. que también se relaciona con el artículo 2186 del mismo cuerpo legal, señala como tercera obligación del acreedor anticrético la de hacer las reparaciones locativas, debiendo entender por tales aquellas que según la costumbre del país son de cargo de los arrendatarios, y en general las de aquellas especies de deterioro que ordinariamente se producen por culpa del arrendatario o de sus dependientes, como descalabro de paredes o cercas, albañales y acequias, rotura de cristales, etc.;

d) Finalmente y como última obligación del acreedor anticrético está la de devolver el inmueble dado en anticresis, una vez extinguida la obligación principal, así lo expresa el artículo 2190 C. C.

El incumplimiento de esta obligación da lugar a que el constituyente de la garantía pueda ejercer dos acciones en contra del acreedor, estos son:

- a) La acción personal de restitución que nace del contrato de anticresis, en base a lo dicho por el mismo artículo 2190 C. C. y;
- b) La acción real que nace de su derecho de dominio sobre la cosa y que el concede el Código Civil en el artículo 891 y siguientes.

Todo lo anterior sin perjuicio de que las partes puedan estipular que el acreedor se haga dueño del inmueble a falta de pago, según lo expresado por el artículo 2187 C. C.

A continuación desarrollamos más ampliamente cada una de las obligaciones antes mencionadas con más detenimiento:

a) Conservación y administración del inmueble. Es obligación del acreedor anticresista, que entra en posesión del inmueble dado en garantía, está autorizado para explotarlo y percibir sus frutos y el conservar dicho bien, concediéndose su verdadero destino, sin desnaturalizar su finalidad, ni cambiándole su contenido. Pues deberá devolverlo al cumplirse la obligación, sin más deterioro, que el causado por el uso normal y ordinario.

Es decir, el acreedor está obligado a cuidar del inmueble y a proveer la conservación del mismo y con las mismas obligaciones que el arrendatario. Artículo 2186 C. C.

El arrendatario empleará en la conservación de la cosa el cuidado de un buen padre de familia. Inciso 1ª artículo 1727C. C.. En consecuencia responderá de la culpa leve, inciso 3ª artículo 42 C. C. Por ejemplo si Juan da en arrendamiento una finca de café, el arrendatario deberá limpiarla, podarla, en otras palabras, cultivarla como si Juan mismo lo hiciera si la tuviese a su cuidado.

El arrendatario deberá impedir que se usurpe por un tercero parte alguna de la cosa arrendada, que por el vecino u otra persona, se haga en ella obras que perjudiquen al dueño, al resguardo de cuyos derechos debe proveer lo que crea conveniente.

El arrendatario es responsable no sólo de su propia culpa, sino de la de su familia, huéspedes y dependientes, artículo 1729 C. C., dicha disposición es más rigurosa que la que existía en el antiguo derecho romano, y que hacia distinciones difíciles de aplicación práctica, pero que es necesaria para la conservación de la seguridad y defensa de los derechos del arrendador.

El arrendatario es, pues, responsable, por ejemplo: en el caso de un incendio acaecido por culpa de sus domésticos o de los huéspedes que ha admitido en la casa arrendada, pues estaban sometidos a su vigilancia o cuidado. Asimismo es responsable de los desperfectos, deterioros o pérdidas que sufre la cosa por culpa de las personas que dependen del arrendatario.

Si el arrendatario faltare a esta obligación, de manera que la cosa arrendada se destruyere en todo o parte, o deteriorare por su culpa o la de su

familia, huéspedes o dependientes, responderá de los perjuicios, y aun tendrá derecho el arrendador para poner fin al arrendamiento, en el caso de un grave y culpable deterioro (inc. 2.º o del artículo 1727 C. C.).

Si la cosa pereciere o se deteriorare por fuerza mayor o caso fortuito, la pérdida o deterioro lo sufrirá el arrendador como dueño de la cosa; pero corresponde al arrendatario probar que la pérdida o deterioro provino de caso fortuito, conforme a las reglas generales. Inciso 4º Artículo 1735 C. C.

El arrendatario es obligado a las *reparaciones locativas*. Se entienden por *reparaciones locativas* las que según la costumbre del país son de cargo del arrendatario, y, en general, las de aquellas especies de deterioro que ordinariamente se producen por culpa del arrendatario o de sus dependientes, como descalabros de paredes o cercas, albañales y acequias, rotura de cristales, etc.» (art. 1728 C. C.).

Las reparaciones locativas serán de cargo al arrendador. Si los deterioros que las han hecho necesarias provinieron de fuerza mayor o caso fortuito, o de la mala calidad de la cosa arrendada. ( Inciso 2º artículo 1715 C. C.).

Asimismo en la administración del bien dado en garantía debe obrar con el cuidado y diligencia propios del buen administrador (Inciso 4º artículo 42 C. C.)

Las obligaciones del acreedor incluyen, por consiguiente, la explotación normal y adecuada del inmueble, para hacerle rendir sus frutos. Es importante que para la percepción de los frutos no sólo es un derecho del acreedor anticresista sino una obligación; en otras palabras, la entrega

del inmueble al acreedor para los fines de su explotación y administración, se hace no solamente en interés del acreedor, sino también del deudor, ya que este está interesado en liberarse cuanto antes de su obligación con los que produce el inmueble.

En caso de incumplimiento por parte del acreedor de estas obligaciones lo hace incurrir en las siguientes sanciones:

Debe de reparar los daños que sufriera el inmueble como consecuencia de su culpa o negligencia (artículo 2186 C. C.); a ser condenado a restituir el inmueble aún antes de pagado el crédito, si abusare de sus facultades de una manera más general, cuando la conducta del administrador anticresista no se ajustare al desempeño del buen administrador.

b) Pago de contribuciones y cargas. Se considera como servicios públicos, aquellos que presta la administración central o municipal al exterior del predio. Constituyendo obligación del acreedor anticresista el pago de los servicios suministrados en beneficio del inmueble, debe considerarse que este pago no es reembolsable por el deudor, ni mucho menos puede ser imputado como incremento de la obligación del deudor, de conformidad al artículo 39 de La Ley de Notariado y 220 del Código Tributario.

Es decir, el acreedor está en la obligación de pagar las contribuciones y cargas anuales del inmueble, y debe hacerlo siempre por cuenta del deudor;

c) Rendición de cuentas. Puesto que el acreedor anticresista está obligado a imputar los frutos percibidos al pago de los intereses y del capital



adeudado, obvio es que está obligado a rendir cuentas. Aunque la ley no establece en qué tiempo debe hacerse la rendición de cuentas, pensamos que ella debe ser anual, porque ésa es la costumbre tratándose de explotaciones agropecuarias, cuyo ciclo generalmente es anual y además, porque de esa manera el deudor anticresista puede ir teniendo un estado de sus obligaciones, que le permita hacer las previsiones del caso para afrontar la obligación que reste al término del contrato de anticresis.

d) Restitución del inmueble. El acreedor está obligado a restituir el inmueble al deudor cuando esté íntegramente pagado su crédito (artículo 2190 C. C. ). Al hablar de pago, la ley se refiere desde luego a cualquier medio de extinción de las obligaciones. Aun antes de la extinción de la deuda, el acreedor puede ser condenado a restituir el inmueble si abusare de sus atribuciones.

Pero también el deudor no puede pedir la restitución del bien dado en anticresis, si no después de la extinción total de la obligación, pero el acreedor puede restituir en cualquier momento el bien que se le ha dado en garantía, y puede perseguir el pago total de su crédito por otros medios legales.

### **3.4 DERECHO DEL ACREEDOR**

a) Derecho de retención. *La anticresis es una garantía para el acreedor, porque le proporciona un medio eficaz para obtener del deudor el pago íntegro de la obligación. Ese medio es el *derecho de retención* que tiene el acreedor para conservar la cosa en su poder hasta la extinción total de la deuda. El deudor, dice el artículo 2190 C. C., no podrá pedir la*

restitución de la cosa dada en anticresis, sino después de la extinción total de la deuda.

Este derecho de retención no da al acreedor, por si solo, ningún derecho real sobre la cosa entregada, de modo que no puede pagarse con la venta de ella, Inciso 1ª artículo 2184 C. C.; pero puede *oponerse a terceros*, en los mismos casos y con los mismos requisitos del contrato de arrendamiento, porque se aplica al acreedor anticrético lo dispuesto a favor del arrendatario, en el caso del artículo 1750 C. C.; de modo que están obligados a respetarlo. en todo caso, los sucesores a título lucrativo; los sucesores a título oneroso, si la anticresis ha sido contraída por escritura pública; y los acreedores hipotecarios, si la anticresis ha sido otorgada por escritura pública, inscrita en el Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas. Pero la anticresis no vale en perjuicio de derechos reales anteriormente existentes, por ejemplo: no podría perjudicar a una hipoteca anterior; ni de los arrendamientos anteriormente constituidos sobre la finca (Inciso 3ª artículo 2184 C. C.).

En lo relativo a la oposición a terceros se aplica lo establecido en el artículo 1750 C. C., de lo cual podemos decir lo siguiente:

Estarán obligados a respetar el arriendo:

1ª. Todo aquel a quien se transfiere el derecho del arrendador, por un título lucrativo. Quedan comprendidos en esta disposición el heredero, el legatario, el donatario. Es natural y equitativo que la persona que gratuitamente adquiere el dominio de una cosa respete las obligaciones que con relación a dicha cosa tenía contraídas el antecesor. Si se niega la

existencia del contrato, el arrendatario deberá probar, en conformidad a las reglas generales, la existencia del contrato, su fecha y sus condiciones.

2ª Todo aquel a quien se transfiere el derecho del arrendador, a título oneroso, si el arrendamiento ha sido contraído por documento inscrito; exceptuados los acreedores hipotecarios anteriores al arrendamiento. Como se menciono anteriormente, la ley quiere que el sucesor respete los contratos que constan de un modo auténtico y tienen fecha cierta, y por eso exige que se respeten los arrendamientos que constan por escritura pública e inscritos en el registro correspondiente.

Los acreedores hipotecarios anteriores al contrato de arrendamiento tienen un derecho real sobre la cosa, independiente de persona alguna, y no puede afectarles un contrato que no existía a la fecha de la hipoteca, o que, por lo menos, no conocieron, ya que no estaba inscrito con anterioridad a la inscripción hipotecaria.

Si el contrato de arrendamiento estaba inscrito antes que la hipoteca, la ley supone que los acreedores hipotecarios conocieron su existencia; y en este caso, si el dominio de la cosa hipotecada llega a manos de éstos, por adjudicación que se les haga en el juicio ejecutivo que sigan sobre la cosa hipotecada, quedan obligados a respetarlo.

b) Este derecho es *indivisible* en sus efectos, de manera que si por muerte del deudor se divide la deuda, y un heredero paga su parte, no podrá reclamar la parte que le corresponde en la cosa dada en anticresis, hasta la extinción total de la deuda; y de! mismo modo, aunque por muerte del acreedor se divida el crédito entre sus herederos, y alguno de ellos reciba del

deudor la parte que le toca, no puede remitir la anticresis en perjuicio de sus coherederos que todavía no estuvieren satisfechos (Ordinal 1ª artículo 1397 C. C.).

c) *Derecho a los frutos*. El acreedor adquiere por este contrato la facultad de percibir los frutos de la cosa, y puede imputarlos primero a los intereses, si el crédito los produjere (artículo 2188 C. C.); pero pagados los intereses tiene obligación de imputar el sobrante al capital, hasta que se extinga totalmente la deuda.

Como se menciona anteriormente, en el Derecho antiguo, para evitar la usura, prohibía estipular que se compensaran los frutos con los intereses; pero nuestro Código y, en general, el Derecho moderno, permiten estipular que los frutos se compensen con los intereses, en su totalidad, o hasta concurrencia de valores. Artículo 2188 C. C.

El acreedor anticrético no está obligado a percibir los frutos por sí mismo y en especie; puede arrendar o ceder ese derecho, ya que ninguna disposición se lo prohíbe.

En cambio de este derecho a los frutos, la ley lo sujeta a las mismas obligaciones que al arrendatario, relativamente a la conservación de la cosa (artículo 2186 C. C.); de modo que deberá pagar las contribuciones y cargas periódicas que graviten sobre los frutos y deducir de los frutos los fondos necesarios para esos pagos.

Si el acreedor encontrare gravoso el cumplimiento de su obligación, puede restituir la cosa al deudor en cualquier tiempo y perseguir el pago de

su crédito por otros medios, sin perjuicio de lo estipulado en contrario, artículo 2190 C. C.

### **3.5 EXTINCIÓN.**

Al igual que las otras garantías, la anticresis se extingue por dos tipos de causas:

a) Causas indirectas: Son aquellas que extinguen la anticresis por ser un contrato accesorio; al respecto debemos remitirnos a lo dicho por el artículo 1438 C. C., que se refiere a las causales de extinción de las obligaciones.

b) Causas Directas: Agrúpense aquí, aquellas causas que extinguen únicamente la anticresis, dejando intacta la obligación principal, entre ellas encontramos en primer lugar la renuncia que da la anticresis hace el acreedor, tal renuncia está permitida por el artículo 2190 C. C. y en segundo lugar, por el ejercicio de una acción preferente en contra del deudor; trataremos de explicar esto por medio de un ejemplo: supongamos que A es propietario de un inmueble, sobre el cual constituye anticresis a favor de C. por el incumplimiento de la obligación a favor de C., este lo ejecuta y como consecuencia se produce la venta judicial del inmueble con lo que se extingue la anticresis a favor de C., en base a lo prescrito por el artículo 2176 inciso segundo del C. C.

### 3.6 ANTICRESIS JUDICIAL O PRENDA PRETORIA.

La anticresis judicial también conocida como “Prenda Pretoria” ha sido recogida por el legislador salvadoreño en el art. 2191 C.C., que nos remite al Código de Procedimientos Civiles, el cual se refiere a ella en el inciso segundo del art. 639.

Este tipo de prenda puede darse en el juicio ejecutivo, debiendo entenderse por tal la entrega que de los bienes raíces que no han podido rematarse por falta de postores, se hace al ejecutante para que se pague con sus frutos o arrendamientos.

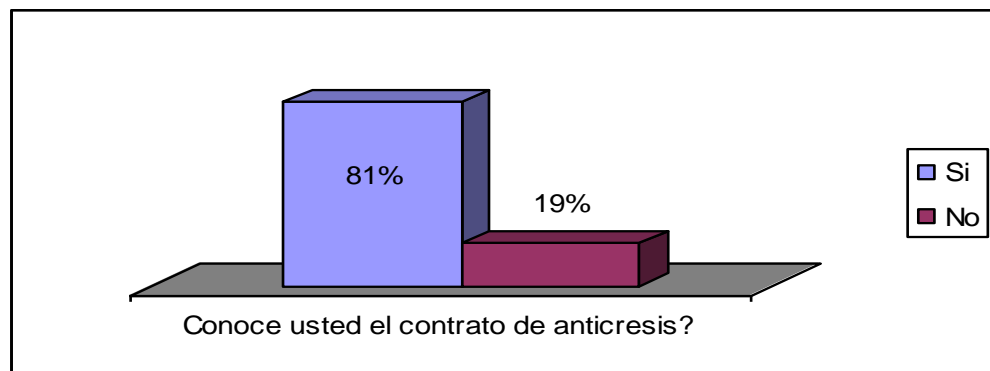
## CAPITULO 4

### PRESENTACIÓN, ANALISIS E INTERPRETACIÓN DE LA INFORMACIÓN RECOLECTADA EN EL TRABAJO DE CAMPO.

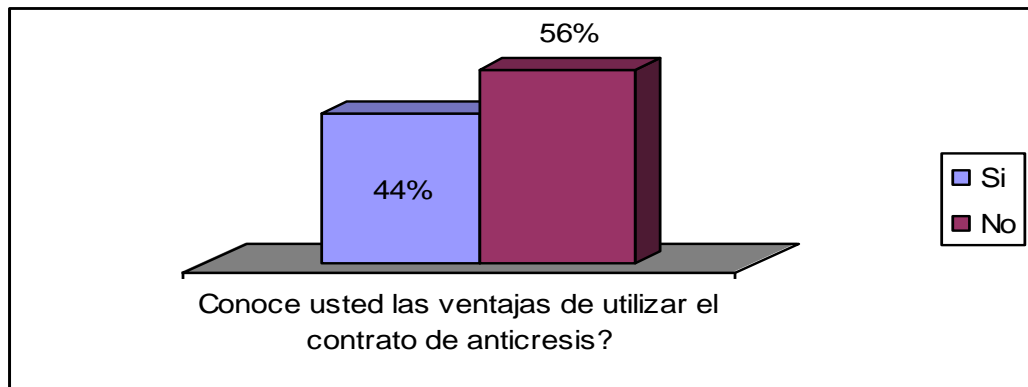
Nº Preguntas	CONTRATO DE ANTICRESIS COMUNIDAD ESTUDIANTES	Porcentaje de Respuestas					
		SI	%	NO	%	TOTAL	
						Sujetos	%
1	Conoce usted el contrato de anticresis?	13	81.25%	3	18.75%	16	100%
2	Conoce usted las ventajas de utilizar el contrato de anticresis?	7	43.75%	9	56.25%	16	100%

3	En la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de el Salvador, estudio en contratos, el contrato de anticresis de forma clara?	2	12.50%	14	87.50%	16	100%
4	Ha tenido usted alguna vez a la vista un contrato de anticresis?	1	6.25%	15	93.75%	16	100%
5	Conoce usted las desventajas del contrato de anticresis?	7	43.75%	9	56.25%	16	100%
6	Sabe usted sobre que recae el contrato de anticresis?	12	75.00%	4	25.00%	16	100%
7	Sabe usted si es necesaria la inscripción del contrato de anticresis en el registro de la propiedad respectivo?	1	6.25%	15	93.75%	16	100%

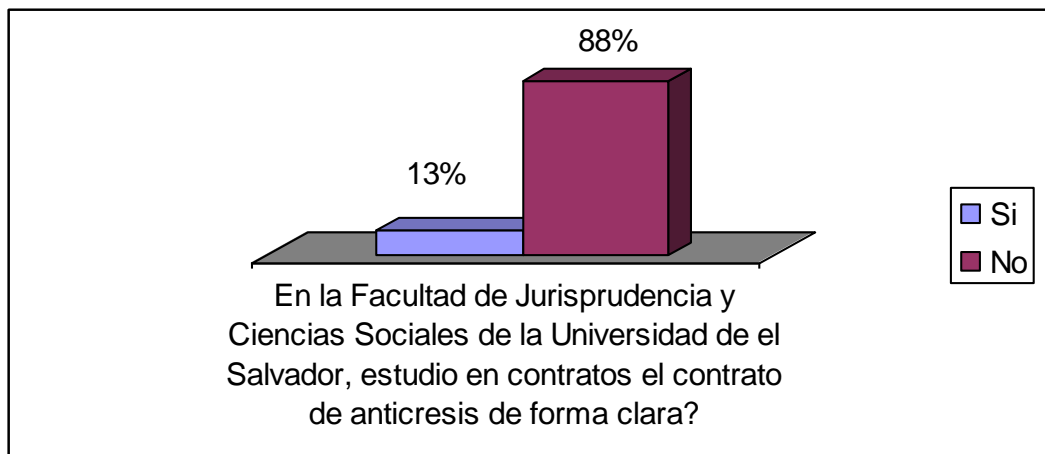
#### 4.1 GRAFICOS ESTADISTICOS Y ANÁLISIS DEL CONOCIMIENTO DEL CONTRATO DE ANTICRESIS ESTUDIANTES DE LA UNIVERSISDAD DEL EL SALVADOR.



En este grafico vemos el desconocimiento, que existe sobre el contrato de anticresis, el cual se ve representado por un 81% de los estudiantes de la carrera de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, y solo un 19 % conoce dicho contrato.



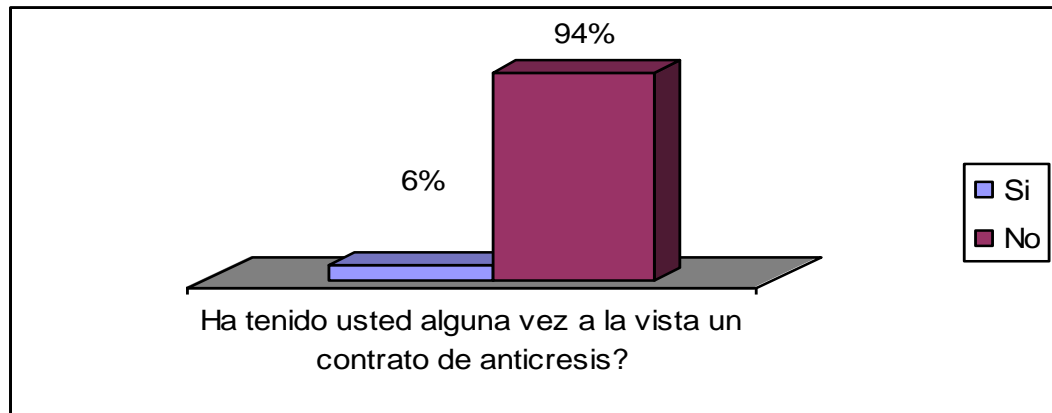
En este grafico vemos como el 44% de los encuestados conoce de las ventajas que nos brinda el contrato de anticresis y que un 56 % desconoce de los referidos beneficios.



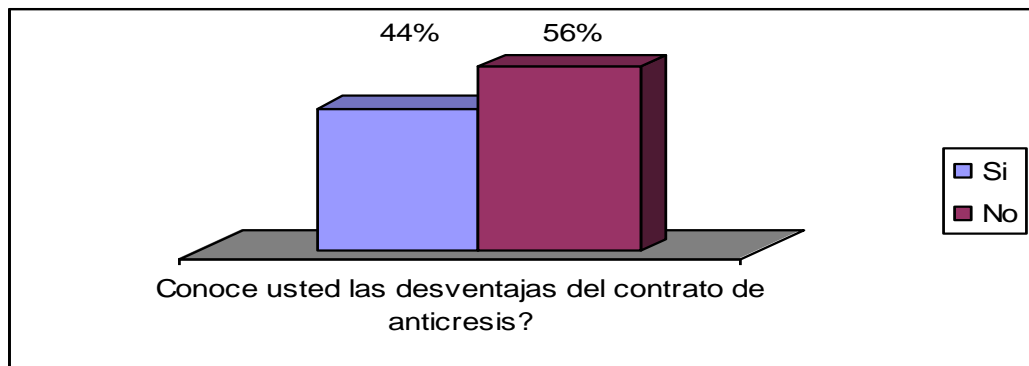
En este grafico de barras se ve reflejado por un 88 % de los encuestados, como el contrato de anticresis, no es estudiado de forma clara y un 13% lo



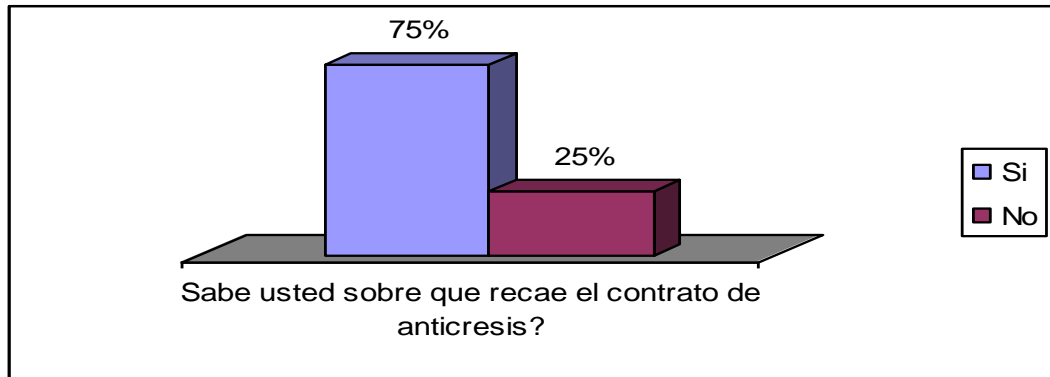
estudio de forma extensa o precisa.



El 94 % de personas consultadas no ha tenido a la vista el contrato de anticresis y solo un 6 % de la muestra a podido tener a su vista dicho contrato.



En este grafico se puede determinar que un 56% de los consultados, No conoce el contrato de anticresis y un 44% por conoce las ventajas del contrato de anticresis.



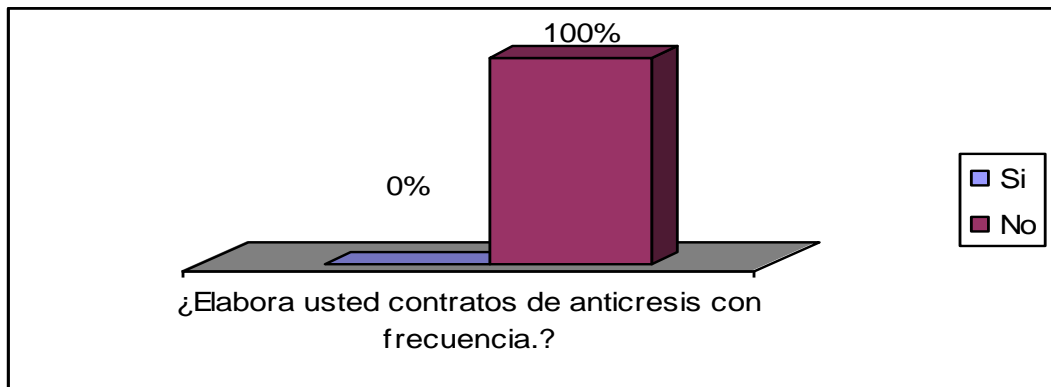
El 75% por ciento de la muestra nos refleja que si conocen el objeto o en que recae el contrato de la anticresis, y un 25% no conoce en que recae dicho contrato.



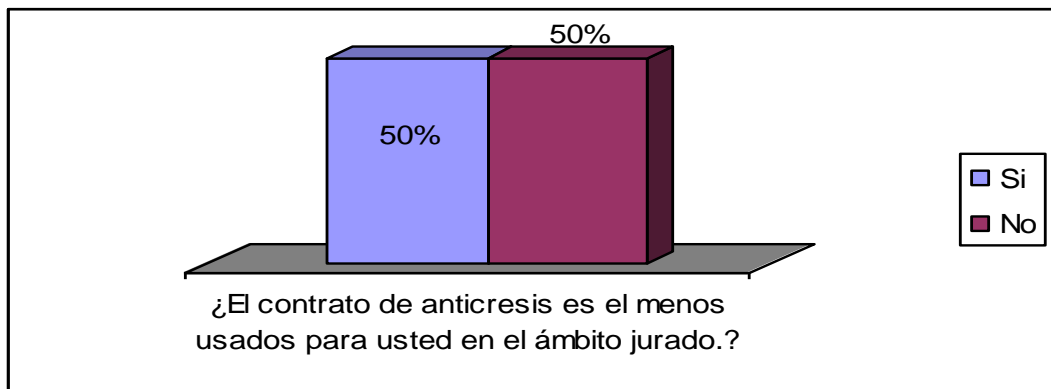
El 6% de nuestros encuestados conoce que el contrato de anticresis necesita o debe de ser inscrito y un 94% desconoce totalmente si es inscribible dicho contrato.

## 4.2 GRAFICOS ESTADISTICOS Y ANÁLISIS DEL CONOCIMIENTO DEL CONTRATO DE ANTICRESIS DE LA COMUNIDAD JURIDICA.

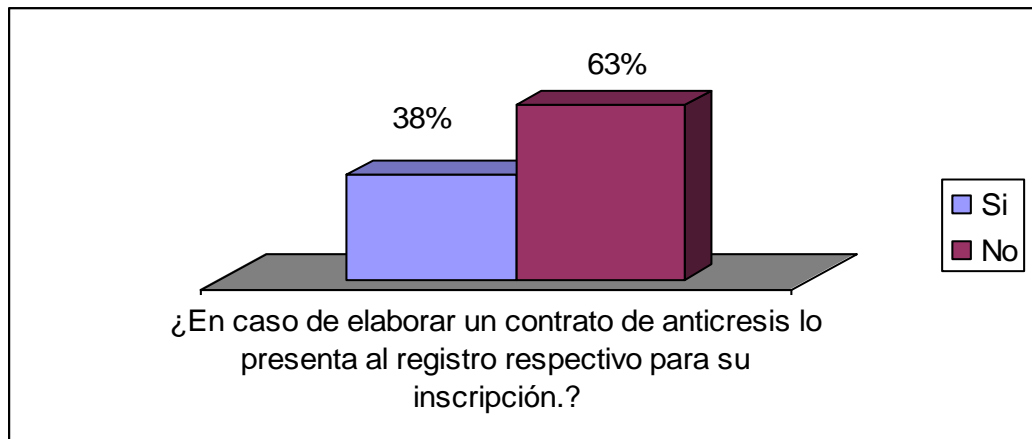
Nº Preguntas	CONTRATO DE ANTICRESIS DE LA COMUNIDAD JURÍDICA	Porcentaje de Respuestas					
		SI	%	NO	%	TOTAL	
						Sujetos	%
1	¿Elabora usted contratos de anticresis con frecuencia?	0	0.00%	8	100.00%	8	100%
2	¿El contrato de anticresis es el menos usado para usted en el ámbito jurado?	4	50.00%	4	50.00%	8	100%
3	¿En caso de elaborar un contrato de anticresis lo presenta al registro respectivo para su inscripción?	3	37.50%	5	62.50%	8	100%
4	¿Cree usted que se utilizan otros contratos para amparar una obligación y no así el contrato de anticresis?	0	0.00%	8	100.00%	8	100%
5	¿Está usted de acuerdo que en el ámbito jurídico de existe decadencia del contrato de anticresis?	7	87.50%	1	12.50%	8	100%



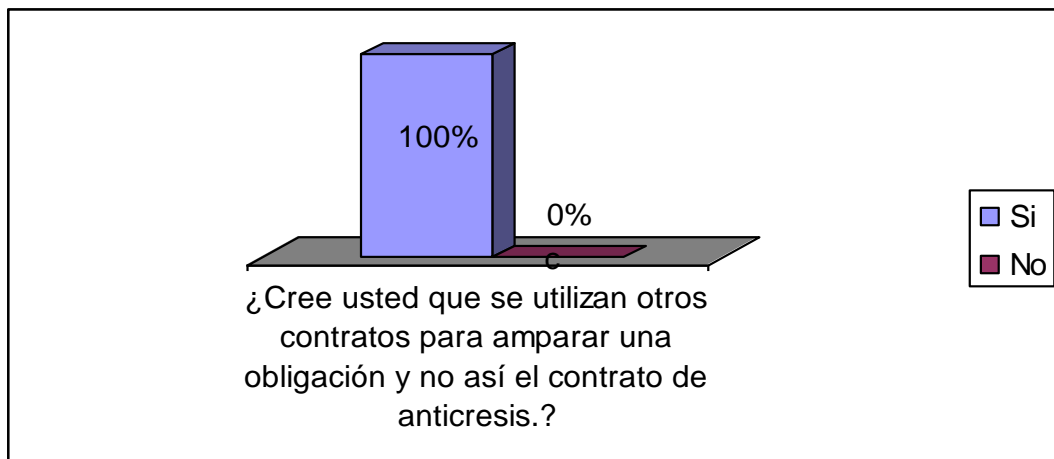
El 100% de de las personas consultadas no elabora contratos de anticresis frecuentemente, esto quiere decir que no es frecuente su elaboración.



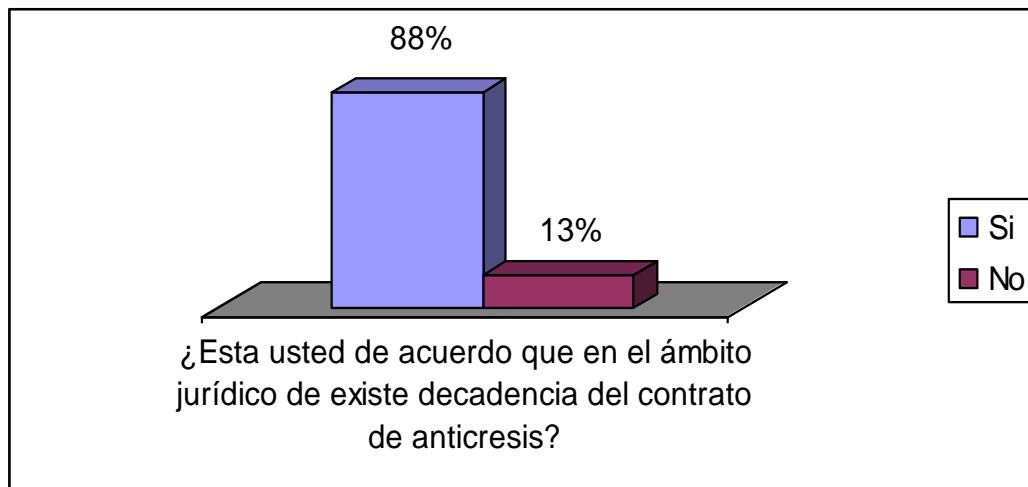
En esta pregunta el 50% dijo que el contrato de la anticresis es el menos usado y el otro 50% opina que hay otros contratos también menos usados en el ámbito jurídico contractual.



Para las personas que elaboran contratos de anticresis el 38 % sabe que dicho instrumento debe de ser inscrito, y el 63% no sabe si debe de ser inscrito.



El 100% de nuestra encuesta reflejo que para amparar una obligación se utilizan otros contratos y no el de anticresis.



El 88% de las personas encuestadas están de acuerdo que en el ámbito jurídico hay una decadencia del contrato de anticresis, y el 13 % no está de acuerdo con ello.

## CAPITULO 5

### CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

#### 5.1 CONCLUSIONES

En cuanto al Fideicomiso, podemos concluir lo siguientes:

1) En esta tesis, se analiza de una manera general la Institución del **Fideicomiso**, creemos haber explicado los beneficios que es capaz de proporcionar, abarcando innumerables campos de la vida social, económica, familiar, gubernamental, etcétera, así por ejemplo, por medio de un **fideicomiso** se logra la seguridad económica de una familia en caso de ausencia del padre de familia, principal sostén del hogar evitando que estas personas por su inexperiencia o ignorancia pierden todo un capital; De igual manera sustituye la tutela, en caso de ausencia de los progenitores; sirve también como un medio para velar por los intereses de personas incapacitadas y menores de edad; para el sostenimiento de clínicas para deficientes mentales o para la lucha contra el vicio de los enervantes; y como fondos para financiar estudios en el extranjero a personas que reúnan ciertos requisitos preestablecidos.

En el campo gubernamental constituye el **fideicomiso** un instrumento útil para realizar ciertas actividades de proyección social con una mayor eficacia y menor esfuerzo; para un acreedor esta figura le permite obtener en caución de una obligación una garantía real con procedimientos de recuperación más ágiles que los tradicionales como la hipoteca o prenda de igual manera para un empresario constituye un instrumento idóneo para

mejorar las condiciones de vida de sus trabajadores, si en base a un plan de pensiones previamente elaborado es administrado por un Banco Fiduciario, así como estos casos citados podrán existir otros como cuantas ideas se logren concretar, siempre que estén de acuerdo a la Ley.

La principal ventaja que ofrece la figura del **Fideicomiso** es el de contar como fiduciario a una institución capacitada, sujeta a la vigilancia del estado, y que por tratarse de una persona jurídica como lo son los Bancos Fiduciarios, ejercerá su encargo permanentemente con lo cual se evitaría correr el riesgo que en el transcurso del plazo desaparezca, tal como podría suceder en el caso que el fiduciario sea una persona natural.

En cuanto a la hipoteca podemos concluir:

En el presente trabajo se ha hecho un somero recorrido de la evolución sufrida por el derecho aplicable a la hipoteca, a partir de la figura aparecida en el Derecho Romano, hasta llegar a las formas más modernas del Derecho Mercantil de nuestros días, haciendo énfasis en estas últimas, por ser del objetivo esencial de nuestro estudios.

Esta evolución podemos resumirla brevemente así:

l) En cuanto a la naturaleza de los bienes hipotecados se refiere, nació, en el Derecho Romano, pudiendo afectar indistintamente tanto a inmuebles como a muebles; en esa época, la diferencia esencial entre la prenda y la hipoteca estribó en que la primera se entregaba al acreedor, como requisito indispensable para su existencia, en cambio la segunda permanecía en manos del deudor. La facilidad con que los muebles pueden



hacerse desaparecer y el hecho contrario respecto de los muebles, fue la causa de que en el Derecho Civil posterior al romano, los gravámenes aludidos se especializarán en relación con las cosas sobre las cuales recaen; la prenda fue el gravamen de los muebles y la hipoteca el de los inmuebles. Sin embargo, el Derecho Mercantil desde muy antiguo, se apartó de la evolución civil en esta materia, permitiendo la hipoteca de un mueble, la nave; la evolución mercantil en nuestro siglo completo el cuadro con la hipoteca de dos muebles más, la aeronave y la empresa.

Además, la evolución contemporánea a agregado a todas las figuras hipotecarias actuales tanto civiles como mercantiles, un elemento que ha venido a completar la garantía de los acreedores hipotecarios y de los terceros que contratan con cualquiera de las partes, la publicidad registral; este elemento, por el papel que desempeña y por el complemento que significa a la difícil ocultación del bien hipotecado, tiene relación con la naturaleza de este último.

II) En cuanto a la subordinación de la obligación accesoria a la obligación principal garantizada, subordinación que se refiere al nacimiento y a la extinción de las mismas, en el Derecho Romano fue completa, porque el gravamen hipotecario existía en virtud de un “pactus adjectus” o pacto accesorio a la estipulación creadora de la obligación principal; por ello, no podían menos de nacer y extinguirse simultáneamente ambas obligaciones, en la generalidad de los casos, salvo que el pacto accesorio fuera posterior a la estipulación, en cuyo caso la obligación accesoria nacía posteriormente a la otra.

En el Derecho Civil posterior al Romano, la subordinación se relajó, en cuanto al nacimiento de las obligaciones se refiere, desde luego que se

autorizó la hipoteca en respaldo de obligaciones futuras, aunque no desapareció totalmente porque se mantuvo la condición de determinar la obligación principal, por lo menos en cuanto a sus características más importantes; en cuanto a la extinción de las obligaciones, la subordinación se mantuvo inalterable. Las nuevas formas de hipoteca mercantil han roto completamente la subordinación; el primer paso, que no es total como se explicó anteriormente, fue la hipoteca que garantiza las obligaciones nacidas al amparo de un contrato de apertura de crédito; el paso más avanzado es la hipoteca abierta; en ambos casos, la subordinación se ha roto, tanto en lo referente al nacimiento de las obligaciones como la extinción de las mismas.

En cuanto a la anticresis podemos concluir:

l) En cuanto a la naturaleza de los bienes dados en garantía, se establece que nació, en el Derecho Romano, aunque el contrato de anticresis no era autónomo era un contrato accesorio a otro, es decir, de la prenda o de la hipoteca. Pero la prenda para los romanos producía frutos al acreedor, y por medio de un pacto se podía establecer que el acreedor percibiera tales frutos en sustitución de los intereses, esta fue la forma embrionaria del contrato de anticresis. En esta época la cosa dada en garantía podía ser mueble o inmueble. La facilidad con que los muebles pueden hacerse desaparecer y el hecho contrario respecto de los inmuebles, fue la causa de que en el Derecho Romano, la ocultación aludida se especializarán en relación con las cosas sobre las cuales recaen; la prenda fue el gravamen de los muebles y la hipoteca y la anticresis el de los inmuebles.

Un elemento que ha venido a completar la garantía de los acreedores anticreticos y de los terceros que contratan con cualquiera de las partes, la publicidad registral; este elemento, por el papel que desempeña y por el

complemento que significa a la ocultación del bien sobre el cual recae la anticresis.

II) Del contrato estudiado, surge para el constituyente de la garantía, la obligación de abonar al acreedor los gastos y las mejoras en que haya incurrido para la conservación del inmueble, esta obligación está contenida en el artículo 2186 C. C. en relación con los artículos 1723 y 1724 del C. C.

III) Según lo establecido en el artículo 2183 C. C. Nos establece que “la anticresis se perfecciona por la tradición del inmueble”, para lo cual es conveniente hacer las diferencias entre los efectos de una simple entrega y los de la verdadera tradición, como consecuencia natural de lo distinto que son ambos.

IV) Como caracteres jurídicos de la anticresis podemos mencionar:

Es un derecho real, por que se perfecciona con la entrega de la cosa, como lo establece el artículo 2183 C.C. el cual literalmente dice que el contrato de anticresis se perfecciona por la tradición del inmueble, debe entenderse el termino tradición que se refiere a la simple entrega y no de una verdadera tradición.

La entrega de la cosa, ya lo mencionamos anteriormente, es esencial para la constitución del derecho real. Es necesario agregar que conforme con lo que dispone el artículo 2183, lo que transfiere el propietario al acreedor anticresista es la posesión de la cosa.

Este contrato nace de la voluntad de las partes que es expresada en forma contractual, y por tanto no puede ser constituida por mandato legal o por pacto unilateral.

Por otro lado, el hecho de que pueda ejercerse el derecho de retención sobre el inmueble el cual como consecuencia produce un derecho preferente en beneficio del acreedor hasta que se haya cancelado la deuda, este derecho de retención resalta el carácter real de la anticresis.

Es un contrato accesorio, se trata de un contrato accesorio a una obligación principal, lo cual trae como consecuencia la condición de derecho de garantía. Por lo cual no puede concebirse su existencia de modo autónomo, sin una obligación principal que garantice. Así como también puede establecerse que el contrato de anticresis seguirá la suerte de la obligación principal.

En el contrato de anticresis si bien es cierto se hace una tradición del inmueble al acreedor, es imprescindible que previamente a esto debe existir una obligación principal antes de constituir tal garantía.

La anticresis desempeña simultáneamente una doble función: la de servir de garantía del pago de una deuda, ya que el acreedor anticresista tiene derecho a retener el inmueble hasta que no se pague la totalidad de la obligación; y la de servir como medio de ejecución directa de la deuda, ya que el acreedor tiene derecho a percibir los frutos e imputarlos al pago de los intereses y del capital. Debemos señalar que, esta última es una característica propia de la anticresis, que la distingue netamente de los demás derechos de garantía.

Puesto que se constituye la anticresis para asegurar el pago de una obligación y de sus intereses, de ahí que la existencia del derecho real dependa de la existencia del crédito que garantiza; por lo cual, si éste es nulo, la anticresis se extingue con retroactividad.

Es un derecho indivisible, por ser un derecho real de garantía y como consecuencia afecta en su totalidad al bien grabado. Esto trae como consecuencia que si mediare un pago parcial de la deuda no se extingue el referido gravamen en forma proporcional, sino que por el contrario este continua vigente en la totalidad del inmueble, artículo 2190 C. C.

Es un derecho convencional, este contrato no puede nacer sino en virtud de la voluntad de las partes y como consecuencia no nace de la Ley. Por lo cual para ser celebrado deberá tenerse capacidad.

Es un derecho inmobiliario, la anticresis solo puede recaer sobre bienes inmuebles, de aquí es donde se desprende su carácter de derecho inmobiliario, ha diferencia de la prenda puede recaer sobre bienes muebles.

Asimismo es indispensable que el bien inmueble este en el campo del derecho privado ya que solo pueden ser entregados en garantía, los inmuebles de los particulares, debido a que los bienes del estado no son susceptibles de gravamen.

Es un derecho Temporal, debido a que se extinguirá con la cancelación de la deuda, así como también se extinguirá en caso de incumplimiento de la obligación principal.

Es un contrato Solemne, pues debe constar en escritura pública, y no puede celebrarse el contrato de anticresis en documento privado. Así como también este contrato podría ser impugnado sino constare con el requisito formal de escritura pública, y esto trae como consecuencia que dicha garantía no exista.

Este contrato de anticresis otorgado en escritura pública deberá ser inscrito en el Registro de la Propiedad Raíz e Hipoteca que corresponda.

v) La anticresis no solamente confiere derechos al acreedor anticresista, sino también le impone obligaciones. Veamos cuáles son: Como sabemos, el acreedor anticrético tiene sobre la cosa un derecho de disfrute, pero este no es ilimitado sino que surgen para las determinadas obligaciones, al respecto el artículo 2186 C. C., dice que el acreedor anticrético está sujeto a las mismas obligaciones que el arrendatario con relación a la conservación de la cosa, con lo que nos remite a los artículo. 1726 C. C., o sea que sus obligaciones: Conservar y custodiar diligentemente la cosa; Como segunda obligación está la de no usar la cosa sino para el fin establecido en el contrato, esta obligación la contiene el artículo 2186 C. C., en relación con el 1726 del mismo Código; El artículo 1728 C. C. que también se relaciona con el artículo 2186 del mismo cuerpo legal, señala como tercera obligación del acreedor anticrético la de hacer las reparaciones locativas, debiendo entender por tales aquellas que según la costumbre del país son de cargo de los arrendatarios, y en general las de aquellas especies de deterioro que ordinariamente se producen por culpa del arrendatario o de sus dependientes, como descalabro de paredes o cercas, albañales y acequias, rotura de cristales, etc.; Finalmente y como última obligación del acreedor anticrético está la de devolver el inmueble dado en anticresis, una

vez extinguida la obligación principal, así se expresa el artículo 2190 C. C.

## 5.2 RECOMENDACIONES.

Después de haber analizado la regulación que en el Salvador ha tenido la figura de la **anticresis**, desde nuestro aun vigente Código Civil de 1881, y que debido al poco conocimiento que en esa época se tenía sobre la institución en nada incluyó para fomentar su aplicación.

Esta situación la podemos encontrar primeramente en el personal de las Instituciones de Crédito autorizadas, quienes no reciben una capacitación adecuada que les permita obtener un conocimiento al menos general del mismo, lo anterior evita un pleno desarrollo de la **Anticresis** en El Salvador, pues son estas personas especialmente las dedicadas a la promoción de operaciones crediticias quienes deben de conocerla para tratar de incentivar y dar a conocer los beneficios y ventajas que es capaz de brindar; en segundo lugar lo encontramos en profesionales del Derecho, quienes por estar en contacto con este tipo de operaciones, están obligados a conocerlo, pero la realidad es diferente y son pocos los que la dominan.

Asimismo, lo encontramos en los estudiantes de Derecho, quienes aún habiendo egresado desconocen los conceptos elementales de la **Anticresis**, situación que creemos se debe a la poca importancia que en las diferentes universidades se le da al tema. En estos términos recomendamos que la administración superior de las Instituciones de crédito se preocupan más para capacitar a su personal en su conocimiento sobre **la Anticresis**, y en el caso de las Universidades, se trate de introducirla como material de estudio, para crear en el estudiante un interés que permita analizarla con mayor

profundidad. Logradas estas dos recomendaciones, estamos seguros que ayudará en gran medida a impulsar el adecuado desarrollo de la **Anticresis** en El Salvador.

Este trabajo es de mucha importancia porque va a servir a esclarecer la necesidad de que a los algunos actos jurídicos, particularmente al Contrato de Anticresis, se siga contemplando en nuestro ordenamiento jurídico, como una de las garantías reales que facilita a los contratantes a resolver sus problemas de dinero y de inmuebles, además de la flexibilidad en cuanto a las formalidades de la ley para la constitución de la anticresis, debido a que en la actualidad se le da poca o ninguna aplicación práctica y es de tener presente que sus ventajas siguen siendo interesantes; de una parte tener dinero al instante sin mayor trámite y sin tener que pagar intereses y de la otra parte acceder a un inmueble de forma inmediata sin tener que pagar renta alguna, y sin intervención de terceros, que siempre buscan estar en contratos para obtener un provecho, no se requiere más garantía que la entrega del inmueble, entrando inmediatamente en posesión del inmueble y la otra parte disponer del dinero sin tener que preocuparse por los interés.



## BIBLIOGRAFIA

### LIBROS

ALESSANDRI, RODRÍGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL. “Curso de Derecho Civil. De Las Obligaciones”. Tomo II. Editorial Nascimento. Chile. 1945.

ALESSANDRI, RODRÍGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL. “Tratado de Derecho Civil, Parte Preliminar y General”. Editorial Jurídica de Chile. Chile. 1992.

ALESSANDRI, RODRÍGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL. “La Prelación de Créditos” Editorial Nascimento . Chile. 1940.

ALESSANDRI, RODRÍGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL. “Tratado de las Cauciones”. Editorial Nascimento. Chile 1943.

BARROS ERRAZURIZ, ALFREDO. “Curso de Derecho Civil. De los Contratos y Demás Fuentes de las Obligaciones”. Volumen III. Cuarta edición corregida y aumentada. Editorial Nascimento. Santiago. Chile. 1932.

BORDA, GUILLERMO A. “Tratado de derecho civil – contratos”. Tomo ii. Abeledo-perrot 1999. buenos aires, Argentina.

CALDERON DE BUITRAGO, Anita. “Las Obligaciones Indivisibles”. Editorial Universitaria, San Salvador, 1971.

CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO. “Diccionario Jurídico Elemental”. Argentina. Editorial Heliasta 1998.

DIEZ-PICAZO, LUIS y GULLON, ANTONIO. "Sistema de Derecho Civil. Derecho de Casas y Derecho Inmobiliario Registral". Volumen III. Editorial, Tecnos, Sexta Edición. España. 1997.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Editorial Driskill S. A., Buenos Aires, Argentina, 1986.

GERSHI, CARLOS ALBERTO. Tomo I y II. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires, Argentina. Año 2000.

GATTI, EDMUNDO Y ALTERINI JORGE H. "DERECHO REAL ELEMENTOS PARA UNA TERORIA GENERAL". Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1999.

KIVERSTEIN H, ABRAHAM. "Síntesis del Derecho Civil. De los Objetos del Derecho. Bienes". Editorial La Ley. Chile. 2000.

LORENZETTI, RICARDO LUIS. TRATADO DE LOS CONTRATOS TOMO III. Culzoni Editores, 2000, Santa Fe, Buenos Aires, Argentina.

MUSTO, NESTOR JORGE. "Derecho Reales". Tomo II. Editorial Astrea de Alfredo y de Palma Ricardo, Buenos Aires, Argentina. 2000

ORTIZ SÁNCHEZ, MÓNICA. "Léxico Jurídico para Estudiante". Editorial Tecnos, 2004, Madrid.

PLANIOL MARCEL, "Tratado Elemental de Derecho Civil". Cárdenas editor y distribuidor, México, 1983.

PACHECO G. MÁXIMO. "Teoría del Derecho". Cuarta Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. Chile. 1997.

RODRÍGUEZ RUIZ, NAPOLEÓN. "Estudios y conferencias sobre el código Civil de 1860"

RIVERA, JULIO CESAR. "Instituciones de Derecho Civil". Tomo II. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1994

### **TESIS**

BRIZUELA ROMERO Y OTROS. "La falta del principio de Oralidad en el Proceso Civil y su Incidencia en la Retardación de Justicia". Universidad de El Salvador. El Salvador. 2003

CÓRDOVA HERNÁNDEZ, RICARDO JOSÉ. "El Fideicomiso en la Legislación Salvadoreña". San Salvador. El Salvador. Universidad Doctor José Matías Delgado. 1991.

GUEVARA PERLA, JORGE ANTONIO. "Consideraciones generales sobre contratos civiles". Universidad de El Salvador. San Salvador, El Salvador. 1975.

### **LEGISLACIÓN**

CODIGO CIVIL: Decreto Ejecutivo de Fecha 23 de agosto de 1859 que incorporó al ordenamiento jurídico los 2435 artículos comprendidos en los 44 títulos de que constaban los cuatro libros del código en mención, ordenándose por Decreto Ejecutivo de fecha 10 de abril de 1860, el día 1 de

mayo del mismo año como fecha oficial para su publicación en cada uno de los pueblos, villas y ciudades de El Salvador, según consta en la Gaceta Oficial número 85, tomo 8, de fecha 14 de abril de 1860.

## ANEXOS

PARTES: Entre el Sr. \_\_\_\_\_ (tipo y N° de documento), estado civil \_\_\_\_\_, domiciliado en \_\_\_\_\_, en adelante EL DEUDOR y el Sr. \_\_\_\_\_ (tipo y N° de documento), estado civil \_\_\_\_\_, domiciliado en \_\_\_\_\_, en adelante EL ACREEDOR, convienen en celebrar este contrato de anticresis sujeto a las siguientes cláusulas:

PRIMERA: OBJETO. El acreedor entregará al deudor la suma de \$ \_\_\_\_\_ (pesos \_\_\_\_\_), en virtud de \_\_\_\_\_(causa de la obligación). El deudor cancelará el crédito adeudado en \_\_\_\_\_ cuotas de \$ \_\_\_\_\_ (pesos \_\_\_\_\_), cada una, correspondiente al capital debido con más un interés mensual del \_\_\_\_\_% sobre cada cuota adeudada. El deudor constituirá en el mismo acto, derecho real de anticresis en favor del acreedor sobre el inmueble sito en \_\_\_\_\_ (descripción detallada). El acreedor recibirá la posesión del inmueble al tiempo de la escrituración del derecho real de anticresis en favor del acreedor.

SEGUNDA: FACULTADES DEL ACREEDOR ANTICRESISTA. El deudor autoriza expresamente al acreedor anticresista a:

- a) retener el inmueble afectado hasta el pago íntegro del capital e intereses que correspondan;
- b) percibir los frutos del inmueble bajo condición de imputar lo producido al pago del valor de los intereses del crédito y en lo que excediera imputarlo al pago del capital;

- c) recoger los frutos cultivando él mismo la tierra o dándola en arrendamiento y habitar la casa existente en ella;
- d) descontar del valor de los frutos los gastos que hiciere para la conservación del inmueble. En caso que los frutos no cubrieren los gastos podrá repetirlos del deudor;
- e) pedir la venta judicial del inmueble en caso que el deudor no pagara el

crédito en el plazo convenido o dejare transcurrir \_\_\_\_ períodos consecutivos o no sin abonar los intereses devengados;

f) hacer valer sus derechos constituidos por la anticresis contra terceros adquirentes del inmueble, contra acreedores quirografarios y contra los hipotecarios que adquieran derechos con posterioridad a la constitución de la anticresis;

g) restituir en cualquier tiempo el inmueble al deudor y perseguir el cobro de su crédito por cualquier otro medio legal.

TERCERA: PLAZO. El plazo de pago para el crédito del deudor en favor del acreedor es de \_\_\_\_\_. El derecho de anticresis se constituirá por el mismo plazo. El deudor podrá cancelar el crédito adeudado ofreciendo en venta el inmueble al acreedor.

CUARTA: OBLIGACIONES DEL ACREEDOR. El acreedor anticresista está \_\_\_\_\_ obligado a:

a) cuidar el inmueble y proveer a su conservación sin introducirle cambio alguno ni alterar el género de la explotación que sólo podrá ser de carácter \_\_\_\_\_;

b) reparar los daños que sufriera el inmueble por su culpa o negligencia y restituirlo, aun antes de ser pagado su crédito si abusare de sus facultades;

c) pagar los impuestos y contribuciones que graven la propiedad, descontando de los frutos el desembolso que hiciere y con derecho de repetirlos del deudor en caso que éstos no fueran suficientes;

d) restituir el inmueble al deudor una vez pagado su crédito e intereses devengados.

QUINTA: ESCRITURACION. Ambas partes concurrirán a firmar la escritura de constitución del anticresis el día \_\_\_\_\_ y en la hora que al efecto el Escribano Sr. \_\_\_\_\_, con oficinas en \_\_\_\_\_, indicará notificando en forma fehaciente al deudor y al acreedor. Los gastos y honorarios por la constitución y la cancelación de la anticresis serán por cuenta del deudor.

SEXTA: ASENTIMIENTO CONYUGAL. El cónyuge del deudor, presente en este acto, presta su conformidad con el derecho de anticresis aquí pactado y compromete su presencia para el acto de la escrituración.

SEXTA: INCUMPLIMIENTO. En caso que cualquiera de las partes debidamente citada no concurriera al acto de la escrituración, quedará constituida en mora en forma automática y sin necesidad de interpelación alguna. En ese caso se hará pasible de una multa diaria de \$\_\_\_\_\_ (pesos \_\_\_\_\_), la que será exigible en forma automática y por vía ejecutiva. La parte cumplidora podrá declarar resuelto el contrato y exigir judicialmente el pago de los daños y perjuicios que correspondan.

SEPTIMA: DOMICILIOS. El deudor constituye domicilio en \_\_\_\_\_ y el acreedor en \_\_\_\_\_, para todos los efectos derivados del presente contrato.

Ambas partes acuerdan someterse a la competencia ordinaria de los tribunales de \_\_\_\_\_ para todos los efectos judiciales derivados del presente contrato y renuncian expresamente a cualquier otro fuero y jurisdicción que pudiera corresponderles.

A los \_\_\_\_ días del mes de \_\_\_\_\_ de 200\_, en prueba de conformidad, se firman dos ejemplares de un mismo tenor.

**Bolivia**

**SEÑOR NOTARIO DE FE PÚBLICA.**

Entre los registros de escrituras tenga a bien incorporar el presente contrato de anticrético de un inmueble, al tenor de las siguientes cláusulas.-

**PRIMERA.- (LAS PARTES).**- Son partes suscribientes:

**1.1.-** Los esposos señores: \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_, mayores de edad, vecinos de esta, hábiles por derecho, portadores de las Cédulas de Identidad Números: \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_, en adelante denominados simplemente como los **PROPIETARIOS.-**

**1.2.-** El(la) señor(a): \_\_\_\_\_, mayor de edad, vecino(a) de esta, hábil por derecho, con Cédula de Identidad Número: \_\_\_\_\_, de ocupación \_\_\_\_\_(profesión), estado civil \_\_\_\_\_, en adelante y para efectos del presente contrato se denominará el(la) **ANTICRESISTA.-**

**SEGUNDA.- (ANTECEDENTES, INMUEBLE).**- Dirá usted señor Notario que los PROPIETARIOS, son legítimos dueños de un inmueble, casa, ubicada en \_\_\_\_\_, de esta ciudad de \_\_\_\_\_, que les corresponde a título de \_\_\_\_\_(compra-venta, anticipote legítima, etc.), a sus anteriores propietarios \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_, según se evidencia de la escritura No. \_\_\_\_/\_\_\_\_, de fecha \_\_\_\_\_, extendido ante el Notario \_\_\_\_\_, e inscrito convenientemente en Derechos Reales de esta Capital, a fojas \_\_\_\_\_, partida \_\_\_\_\_, del Libro \_\_\_\_\_ de Propiedad de \_\_\_\_\_, en fecha \_\_\_\_\_.-

**TERCERA.- (OBJETO, CAPITAL ANTICRÉTICO).**- Al presente los PROPIETARIOS, de libre y espontánea voluntad, otorgan en calidad de **CONTRATO ANTICRÉTICO** la integridad del inmueble referido



precedentemente, en favor del(de la) ANTICRESISTA, inmueble que consta de lo siguiente:

- a) \_\_\_\_\_ Dormitorios.-
- b) \_\_\_\_\_ Living Comedor.-
- c) \_\_\_\_\_ Cocinas.-
- d) \_\_\_\_\_ Baños.-
- e) \_\_\_\_\_(Etc.).-

Dicho inmueble es otorgado de forma independiente y por el capital anticrético libremente convenido de \_\_\_\_\_ 00/100 DÓLARES AMERICANOS.- (\$us. \_\_\_\_\_.-) que los PROPIETARIOS, declaran recibir a la fecha en su integridad en la indicada moneda extranjera de curso legal, corriente y a su entera satisfacción al momento de suscribir la presente minuta.-

**C U A R T A.- (DURACIÓN DEL CONTRATO, ESTADO, DEVOLUCIÓN DEL INMUEBLE y CAPITAL.-)** El Plazo de duración del presente contrato en anticrético será de \_\_\_\_\_ Forzoso y \_\_\_\_\_ voluntario(s), que se computarán a partir de fecha \_\_\_\_\_.- La parte que no desee dar curso al año voluntario participará a la otra con por lo menos \_\_\_\_\_ MES de anticipación.- Al vencimiento del término ambas partes se constituirán en mora, sin necesidad de requerimiento judicial o extrajudicial alguno, debiendo los PROPIETARIOS, devolver el capital anticrético en su integridad al(a) ANTICRESISTA; por su parte el(la) ANTICRESISTA, se obliga a devolver y entregar la dependencia que actualmente se encuentra en perfecto estado de conservación y habitabilidad, en favor de los PROPIETARIOS al cumplimiento del término fijado, y en las mismas condiciones en las que recibió, responsabilizándose por los deterioros que se produjeren por culpa, descuido y/o negligencia, exceptuándose los que se produjeren por el uso habitual y/o transcurso del tiempo.-

Los PROPIETARIOS, dan por recibido el capital anticrético descrito el momento de firmar éste documento, garantizando el traslado, y la quieta y pacífica posesión material y efectiva del(de la) ANTICRESISTA, mientras dure el contrato anticrético, en el inmueble objeto del presente.- -

**Q U I N T A.- (CONSUMO DE LUZ, AGUA).**- Se hace constar que por los consumos de energía eléctrica y agua potable, el(la) anticresista pagará íntegramente dichos servicios, por cuanto recuérdese el contrato anticrético es por el inmueble íntegro e independiente.-

**S E P T I M A.- (DESTINO DEL INMUEBLE).**- El inmueble objeto del presente contrato es para vivienda del(de la) ANTICRESISTA, no pudiendo darle otro uso, ni poder sub-alquilar a terceras personas, sin el previo consentimiento expreso de los PROPIETARIOS, bajo alternativa de resolución del contrato.- - -

**O C T A V A.- (GASTOS DEL CONTRATO U OTROS).**- Los gastos de la confección del presente contrato, su protocolización, o reconocimiento, y su posterior cancelación sumados a pagos impositivos por el presente contrato si los hubiera, serán pagados a partes iguales por las partes.-

**N O V E N A.- (ACEPTACIÓN).**- Las partes, expresan su plena aceptación y conformidad con el tenor íntegro de la presente minuta, en su constancia firman al pie del mismo. En caso de que la presente minuta no fuere elevada a rango de escritura pública, con el solo reconocimiento de firmas de las partes ante autoridad llamada por, ley, surtirá efectos como documento privado.- Usted señor Notario se servirá agregar las demás cláusulas de seguridad y estilo.-

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2.\_\_\_\_\_-

Firmas

Firmas.

Colombia

## CONTRATO DE ANTICRESIS

En la ciudad de ..... departamento de ..... a los ..... días del mes de ..... del año ....., entre los firmantes ..... y ....., personas mayores y vecinos de ..... identificados con las cédulas de ciudadanía números ..... y ..... expedidas en ..... y respectivamente, acordamos celebrar un contrato de anticresis sometido a las siguientes cláusulas: Primera. .... da en anticresis a ..... el siguiente bien ..... (describir el bien según su nomenclatura, ubicación, linderos, extensión, etc.) que este recibe en el acto. Segunda. .... se obliga a restituir el bien descrito a ..... en el plazo de ..... años contado desde el .....de ..... Tercera. La entrega del bien mencionado se hace para cubrir y garantizar la deuda que entre ..... y .....se contrajo el día ..... del mes de ..... del año por la suma de .....más los intereses del .....por ciento mensual, a partir de la fecha, según se hace constar en el documento suscrito por las partes aquí contratantes. Cuarta. ....autoriza expresamente a .....a) Retener el bien afectado hasta el pago íntegro del crédito e intereses acrecidos. b) Percibir los frutos del bien bajo condición de imputar su valor sobre los intereses del crédito y en lo excediera sobre el capital. c) Descontar del valor de los frutos los gastos que hiciera para la conservación del bien. d) Pedir la venta judicial en caso de que el deudor no pagase el crédito en el plazo convenido o dejare transcurrir ..... períodos sin abonar los intereses devengados. e) Hacer valer sus derechos constituidos por la anticresis contra terceros adquirentes del bien contra

acreedores del mismo que adquieran derechos posteriores a este acto. f) Para restituir el bien en cualquier tiempo aunque no hubiera cobrado su crédito y perseguir el pago del mismo por los medios legales. Quinta. El acreedor a su vez se obliga. a) Cuidar el bien y proveer a su conservación sin introducirle cambio alguno, ni alterar el género de explotación, que solo podrá ser carácter ..... b) Reparar los perjuicios que sufre el bien por su culpa o negligencia y a restituirlo aún antes de ser pagado el crédito, si abusare de sus facultades. c) Pagar los impuestos y contribuciones que gravan la propiedad, descontando de los frutos el desembolso que hiciera. d) Responder de los perjuicios que ocasione el deudor, si no conservara los derechos que tiene la propiedad. e) Restituir el bien al deudor una vez que esté íntegramente pagado su crédito e intereses devengados.

Leída y aprobada, es firmada por los contratantes.

## CONTRATO DE ANTICRESIS

A los \_\_\_\_\_ días de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_, en la ciudad de \_\_\_\_\_, entre el señor \_\_\_\_\_ identificado con la cédula n. \_\_\_\_\_ y con domicilio en la ciudad de \_\_\_\_\_ y de otra parte el señor \_\_\_\_\_ quien se identifica con la cédula n. \_\_\_\_\_ y con domicilio en la ciudad de \_\_\_\_\_, celebran por medio de este instrumento un **Contrato de Anticresis** sobre el siguiente bien y en las condiciones como a continuación se describen:

**Primera.** El señor \_\_\_\_\_ tiene actualmente una deuda por valor de \$ \_\_\_\_\_ a favor del señor \_\_\_\_\_ por concepto de \_\_\_\_\_ (*Detallar las causas de la deuda: préstamo, un daño, una indemnización por x motivo, etc.*)

**Segunda.** El Señor \_\_\_\_\_ entrega en calidad de anticresis al señor \_\_\_\_\_ el siguiente bien (*mueble o inmueble*) \_\_\_\_\_ (*detallar sus características, número de matrícula inmobiliaria, linderos, o placas, número de motor, etc.*).

**Tercera.** El señor \_\_\_\_\_ restituirá el bien objeto de esta Anticresis el día \_\_\_\_\_, tiempo durante el cual lo usará, gozará y explotará civil y comercialmente para con dicho uso, goce y explotación, se pague la acreencia y sus intereses descritos en el punto Primero de este contrato.

**Cuarta. Estado del bien.** En este mismo momento en que se suscribe este contrato de Anticresis, el acreedor, el señor \_\_\_\_\_ manifiesta recibir

el bien en las siguientes condiciones: \_\_\_\_\_ (*detallar si está en perfecto estado o tiene determinadas fallas, etc.*)

**Quinta. Obligaciones del acreedor.** El acreedor se obliga frente al deudor y a su bien objeto de esta Anticresis a: Cuidar y conservar el bien objeto de esta Anticresis durante el tiempo acordado, tiempo durante el cual deberá hacerle el mantenimiento adecuado, a no alterar su aspecto, cualidades y características, siendo responsable por los perjuicios que le cause al bien, por culpa leve y grave; a devolver el bien el día acordado, fecha en la que se considerará pagado el crédito que originó esta Anticresis; pagar los impuestos que genere el bien durante el tiempo de su uso y goce.

**Parágrafo uno:** Si el Acreedor es responsable de la pérdida total o de la inutilización del bien, se fija como valor del bien en \$ \_\_\_\_\_.

**Parágrafo dos:** Si el Acreedor-tenedor, da un uso ilícito al bien objeto de esta Anticresis o le da un uso que conlleve a un daño irreparable, el deudor podrá solicitar inmediatamente la devolución de su bien y se considerará pagada la totalidad de la deuda que originó esta Anticresis.

**Sexta. Cláusula compromisoria.- Tribunal de Arbitramento.** En caso de conflicto entre las partes de este contrato de Anticresis relativa a este contrato, su ejecución y liquidación, deberá agotarse una diligencia de conciliación ante cualquier entidad autorizada para efectuarla, si esta fracasa, se llevará las diferencias ante un Tribunal de Arbitramento del domicilio del Deudor o en el lugar donde se encuentre el bien, el cual será pagado por partes iguales.

En \_\_\_\_\_ (*Ciudad*), a los \_\_\_\_ días del mes de \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

El Acreedor  
c.c.

El Deudor  
c.c.

**SEÑOR NOTARIO:**

En el Protocolo de escrituras públicas a su cargo, sírvase Insertar una de contrato de anticresis, de acuerdo a las cláusulas siguientes:

**PRIMERA.- OTORGANTES:** Intervienen en la celebración de este contrato por una parte, los cónyuges señores PEDRO MARIANO SOL CHIMBO y JULIA MARÍA LUNA GUAMO, a quienes más adelante se los llamará simplemente «deudores anticréticos»: y, por otra parte, el señor JUAN JOSÉ LOJA LAPO a quien más adelante se lo llamara simplemente acreedor anticrético. Los comparecientes declaran ser ecuatorianos, casados entre si los dos primeros y divorciado el último, mayores de edad y domiciliados en esta ciudad.

**SEGUNDA.- ANTECEDENTES:** a) Los deudores anticréticos son dueños de una casa de habitación, signada con el número quince guión veintiuno, de la calle Dieciocho de Noviembre, de la parroquia El Sagrario, del Cantón y Provincia de Loja; la misma que fue adquirida mediante escritura pública celebrada en la Notaría Cuarta del Cantón Loja, el cinco de enero de mil novecientos noventa, que se encuentra legalmente Inscrita en el Registro de la Propiedad del Cantón Loja, con el número veinticinco, el seis de los mismos mes y año.

**TERCERA.- OBJETO:** Con los antecedentes anotados, por medio de este Instrumento, los deudores anticréticos. Libre y voluntariamente, tienen a bien constituir en anticresis, a favor de los acreedores anticréticos, el Inmueble de su propiedad descrito en la cláusula anterior; para que éste lo use y goce, bajo su absoluta responsabilidad, durante el tiempo de duración de este contrato. Por su parte, el acreedor anticrético entrega a los deudores

anticréticos, en esta fecha y al momento de suscribir esta escritura, la cantidad de dos mil dólares, en moneda de curso legal, a fin de que estos últimos utilicen ese dinero, en la forma que tengan a bien, y con la obligación de restituirlo al vencimiento del plazo que se estipula más adelante. Los deudores anticréticos declaran haber recibido dicha cantidad de dinero, y el acreedor anticrético declara que, en esta fecha, recibe el inmueble.

CUARTA.- DECLARACIONES: Los contratantes hacen las declaraciones siguientes: a) Que el acreedor anticrético no pagará pensión alguna o canon de arrendamiento por el Inmueble que recibe: y, a su vez. Los deudores anticréticos no pagarán Interés alguno por el dinero que reciben. Por tanto, la renta que deberían percibir los deudores anticréticos por el Inmueble que entregan, se entiende compensada con los intereses que no reconocen al acreedor anticrético.

QUINTA.- DURACIÓN: El tiempo de duración de este contrato de anticrético, es de dos años, contados a partir de la fecha de Inscripción de este instrumento en el Registro de la Propiedad.

SEXTA.- NOTIFICACIÓN: Las partes convienen en que la una dé notificación a la otra, de su voluntad de dar por concluida esta relación, con noventa días de anticipación por lo menos a la fecha de vencimiento. Si ello no ocurriere, se entenderá prorrogado el contrato en los mismos términos y plazo.

SÉPTIMA.- GARANTÍA: En garantía del dinero entregado por el acreedor anticrético, éste acepta de los deudores anticréticos una letra de cambio por la cantidad de dos mil dólares, sin que ello signifique, de modo alguno, que éstos adquieren otra obligación.

OCTAVA.- PAGOS: El pago del consumo de luz eléctrica y agua potable será de cuenta del acreedor anticrético, así como las planillas del servicio telefónico correspondiente al Nro. 000000, instalado en la casa de habitación materia de este contrato.



NOVENA.- DESTINO DEL LOCAL: La casa de habitación materia de este contrato, será destinada única y exclusivamente para vivienda del acreedor anticrético.

DÉCIMA.- PROHIBICIONES: Se prohíbe al acreedor anticrético dar en arrendamiento o ceder a cualquier otro título, el uso y habitación de la casa que recibe.

UNDÉCIMA.- OBLIGACIONES: El acreedor anticrético se obliga a mantener y devolver la casa de habitación, en las mismas condiciones y estado que hoy la recibe; es decir, en perfectas condiciones; y además, a entregar la letra de cambio antes relacionada. De su parte, los deudores anticréticos se obligan, una vez concluido este contrato, a restituir al acreedor anticrético la cantidad de dinero que hoy reciben, en moneda de curso legal

DUODÉCIMA.- VENTA DEL INMUEBLE: En caso de venta del inmueble antes de la terminación de este contrato, los deudores anticréticos restituirán al acreedor anticrético el dinero que hoy reciben, y además, le reconocerán los intereses legales contabilizados desde esta fecha hasta el día en que devuelvan el dinero; y, el acreedor anticrético se compromete a entregar la casa de habitación el día en que reciba el dinero e intereses indicados.

DECIMATERCERA.- COMPETENCIA Y TRAMITE: Para todo lo relacionado con este contrato, las partes se someten a los jueces competentes de la ciudad de Loja, quedando a elección del actor el trámite que deberá darse.

Hasta aquí la minuta. Usted señor Notario se servirá Insertar las cláusulas de estilo para su validez.

Atentamente,

(f) El Abogado

En la ciudad de ..... departamento de ..... a los ..... días del mes de ..... del año ....., entre los firmantes ..... y ....., personas mayores y vecinos de ..... identificados con las cédulas de ciudadanía números ..... y ..... expedidas en ..... y respectivamente, acordamos celebrar un contrato de anticresis sometido a las siguientes cláusulas: **Primera.** ..... da en anticresis a ..... el siguiente bien ..... (describir el bien según su nomenclatura, ubicación, linderos, extensión, etc.) que este recibe en el acto. **Segunda.** ..... se obliga a restituir el bien descrito a ..... en el plazo de ..... años contado desde el .....de ..... **Tercera.** La entrega del bien mencionado se hace para cubrir y garantizar la deuda que entre ..... y .....se contrajo el día ..... del mes de ..... del año por la suma de .....más los intereses del .....por ciento mensual, a partir de la fecha, según se hace constar en el documento suscrito por las partes aquí contratantes. **Cuarta.** .....autoriza expresamente a .....a) Retener el bien afectado hasta el pago íntegro del crédito e intereses acrecidos. b) Percibir los frutos del bien bajo condición de imputar su valor sobre los intereses del crédito y en lo excediera sobre el capital. c) Descontar del valor de los frutos los gastos que hiciere para la conservación del bien. d) Pedir la venta judicial en caso de que el deudor no pagase el crédito en el plazo convenido o dejare transcurrir ..... períodos sin abonar los intereses devengados. e) Hacer valer sus derechos constituidos por la anticresis contra terceros adquirentes del bien contra acreedores del mismo que adquieran derechos posteriores a este acto. f) Para restituir el bien en cualquier tiempo aunque no hubiera cobrado su crédito y perseguir el pago del mismo por los medios legales. **Quinta.** El acreedor a su vez se obliga. a) Cuidar el bien y proveer a su conservación sin introducirle cambio alguno, ni alterar el género de

explotación, que solo podrá ser carácter ..... b) Reparar los perjuicios que sufre el bien por su culpa o negligencia y a restituirlo aún antes de ser pagado el crédito, si abusare de sus facultades. c) Pagar los impuestos y contribuciones que graven la propiedad, descontando de los frutos el desembolso que hiciera. d) Responder de los perjuicios que ocasione el deudor, si no conservara los derechos que tiene la propiedad. e) Restituir el bien al deudor una vez que esté íntegramente pagado su crédito e intereses devengados.

Leída y aprobada, es firmada por los contratantes.

### **Contrato de Anticresis**

Yo, \_\_\_\_\_, venezolano, mayor de edad, de profesión \_\_\_\_\_, con cédula de identidad número \_\_\_\_\_, domiciliado en la ciudad de \_\_\_\_\_, del Estado \_\_\_\_\_, por el presente documento declaro que soy deudor de \_\_\_\_\_, venezolano, mayor de edad, de profesión \_\_\_\_\_, con cédula de identidad número \_\_\_\_\_, domiciliado en la ciudad de \_\_\_\_\_, del Estado \_\_\_\_\_, por concepto de \_\_\_\_\_. Ahora bien, para imputar y amortizar el pago de dicha obligación, doy en anticresis a \_\_\_\_\_, el inmueble constituido por una casa ubicada en \_\_\_\_\_, de la ciudad de \_\_\_\_\_, jurisdicción del Municipio \_\_\_\_\_ del Estado \_\_\_\_\_. El referido inmueble tiene un rea de \_\_\_\_\_ metros cuadrados con \_\_\_\_\_ decímetros cuadrados (\_\_\_\_mt<sup>2</sup>) y sus linderos son los siguientes: Norte, \_\_\_\_\_; Sur, \_\_\_\_\_; Este, \_\_\_\_\_ y Oeste: \_\_\_\_\_. La anticresis que se constituye por el presente instrumento, solamente le otorga derecho a \_\_\_\_\_, a disponer de la renta del citado inmueble para cubrir con la misma los gastos de administración del referido inmueble, así como el pago de intereses causados o que se causaren sobre la deuda u obligación contraída y para ser incluso imputados al capital. El acreedor no se obliga a cancelar contribuciones ni impuestos que graven el inmueble que doy en anticresis pero si se obliga a efectuar las reparaciones y mantenimiento que requiera el inmueble y de no hacerlo deberá indemnizar el perjuicio que sobrevenga causado por su incumplimiento, teniendo el derecho de reembolso de estos gastos con privilegio sobre los frutos obtenidos. Este contrato tendrá vigencia

hasta que la obligación asumida sea cancelada en su totalidad. El inmueble dado en anticresis es de mi propiedad, según se evidencia del documento protocolizado en la Oficina Subalterna de Registro de \_\_\_\_\_, en fecha \_\_\_\_\_ (\_\_\_\_) de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_, bajo el número \_\_\_\_\_, Tomo \_\_\_\_\_, Protocolo \_\_\_\_\_, y está libre de todo gravámen. Y yo, \_\_\_\_\_, antes identificado, declaro que estoy de acuerdo con todo lo expresado en este documento. En \_\_\_\_\_ a los \_\_\_\_\_ (\_\_\_\_) días del mes de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.