

ALGO SOBRE CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS

Por Miguel Moreno Jaramillo

CAPITULO XIII

De la anticresis

Prescribe el código civil, en su artículo 2458, que la **anticresis** es un contrato por el que se entrega al acreedor una finca raíz para que se pague con sus frutos, y añade, en su artículo 2460, que dicho contrato se perfecciona por la tradición del inmueble.

Antes de analizar estas normas y de hacer la clasificación de la anticresis, traigo unos principios sobre **interpretación de leyes claras** y otros sobre el modo de adquirir el dominio llamado **tradición**.

SECCION PRIMERA

Cuando el sentido de la ley sea claro, preceptúa el artículo 27 de nuestro código civil, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Figura esta regla en dos de los proyectos elaborados por don Andrés Bello, el de 1853 y el **inédito**, distinguida en el primero con el número 17 y en el segundo con el número 19. Como fuente de ella cita don Andrés el código de la Luisiana. El chileno lo trae bajo el número 19.

En el proyecto **inédito** se lee esta nota puesta por su autor a ese artículo:

“Nos inclinamos a creer que muchas cuestiones no se suscitarían o llegarían con más facilidad a una solución satisfactoria, si por una i otra parte se siguiesen unas mismas reglas de interpretación legal. Pero, mientras unos adhieren estrictamente al texto i tratan de licenciosa la inteligencia de sus antagonistas, otros creen que lo sublime de la hermenéutica legal es internarse en la mente del legislador i asistir a sus consejos. Por este medio, según conciben, se toman por guía, no las palabras de la ley, sino su intención, su idea. Pero lo que sucede las más veces es que el intérprete sustituye a la idea del legislador la suya propia. I de aquí tantas i tan encontradas opiniones sobre la inteligencia de los textos más

claros. Nosotros creemos que lo más seguro es atenerse a la letra; que no debemos ampliarla o restringirla, sino cuando de ella resulten evidentes absurdos o contradicciones; i que todo otro sistema de interpretación abre ancha puerta a la arbitrariedad, i destruye el imperio de la lei". (Bello, "Araucano", N° 632). (Subrayo).

Hemos visto cómo no obstante preconizar don Andrés Bello el sistema textualista y atacar el de la libre interpretación, dice que la letra debe ampliarse o restringirse cuando de ella resulten evidentes absurdos o contradicciones.

Champeau y Uribe, en su "Tratado de Derecho Civil Colombiano", número 127, dicen:

"No hay regla de interpretación más justa y más generalmente aceptada que la del inciso 1° del

"Art. 27. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal á pretexto de consultar su espíritu".

"Con todo, esta regla no es tan absoluta que no admita excepciones. Hay casos, efectivamente, en los cuales es cierto que el legislador no dijo lo que quería decir: cometió un error, y aunque el sentido del texto legal sea claro, es imposible aceptar ese sentido, porque se sabe, sin que haya lugar a duda, que otra fue la idea del legislador. En tal caso, no cabe aplicar el artículo 27". (Subrayo).

Y agregan en el número 128:

"Es necesario, no sólo que el texto de la ley sea claro en cuanto al sentido gramatical, sino también que sea ciertamente la expresión de la voluntad del legislador, es decir, que no haya error en la redacción".

Rodríguez Piñeres, en su "Curso Elemental de Derecho Civil Colombiano", tomo I, número 130, dice refiriéndose a lo mismo:

"En esta regla se basa principalmente la responsabilidad de los juzgadores, puesto que si ellos tuvieran potestad amplia para hacer decir a las leyes cosa diversa de lo expresado literalmente en ellas, se convertirían en legisladores irresponsables y desaparecería la seguridad social, desde el punto de vista de la correcta administración de justicia".

"Empero, no obstante el modo perentorio como la ley sienta este principio, y los fundamentos en que se apoya, es forzoso obedecerlo con ciertas restricciones".

Y continúa bajo el número 131:

"...En efecto, casos hay en que el legislador, falible como todos los hombres, ha podido sufrir un error y decir precisamente

algo diverso de lo que quiso expresar, y en hipótesis tal, razón será no darle aplicación al texto erróneo, en el sentido que indique su tenor literal...”

Son harto pocos los textos legales para cuya inteligencia sea necesario apartarse de su tenor literal.

Generalmente se trata de artículos que aislados parecen claros pero que al estudiarlos como piezas de una estructura resultan contradictorios, o sin sentido, por falta de correspondencia y armonía con el conjunto.

La labor consiste en averiguar si el legislador, tomando una cosa por otra, dijo lo que no quiso decir, o, en otros términos, si aun cuando el sentido de la ley sea claro, hay que desatenderlo en busca de su verdadero sentido.

Consideremos el artículo 2460, ya citado:

“Art. 2460. - El contrato de anticresis se perfecciona por la **tradición del inmueble**”. (Subrayo).

Si se lee este artículo aisladamente aparece claro. Como parte integrante del título sobre la anticresis, resulta con un sentido en contradicción con la estructura del mismo título, puesto que el acreedor no adquiere derecho de dominio sobre la cosa entregada.

Dicho artículo 2460, por no guardar correspondencia ni armonía con el estatuto legal sobre anticresis, rompe su contextura. Para que encaje en la anticresis es necesario que el intérprete lea “entrega” donde dice “tradición”, es decir, que prescinda del **sentido claro** de una palabra en busca de su **verdadero sentido**.

Ese error de confundir **tradición** con **entrega** puede ser consecuencia de haber usado mal el legislador aquella palabra al definir el contrato real (art. 1.500), pues hay contratos reales que se perfeccionan con la simple entrega, como el depósito (art. 2.237) y la prenda (art. 2.411). Ningún legista ignora que no toda entrega es tradición y que no es científico confundir los títulos de mera tenencia con los títulos traslaticios de dominio o títulos de enajenación. El mismo error aparece en el artículo 2.200, sobre comodato.

Leyendo y entendiendo y aplicando el artículo 2.460 en la forma dicha, ampliamos su letra, la extendemos, puesto que sustituimos la especie con el género —a causa de que toda tradición es entrega (real o figurada) pero no toda entrega es tradición—; mas no por ello nos hacemos reos de fraudulencia, porque nuestro ánimo es evitar que de la letra resulte un evidente absurdo.

No se puede obrar sino con mucho tiento en la rectificación de los textos legales, pues de otra manera el intérprete se alzaría legislador.

SECCION SEGUNDA

La **tradición** es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo. Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales (art. 740). (*)

Se efectúa la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos, libro número primero. Es una tradición **figurada** (arts. 756 y 2.641).

De la misma manera figurada se efectúa la tradición de los derechos de usufructo o de uso constituídos en bienes raíces y de los de habitación, hipoteca o censo (arts. 756 del C. C. y 106 de la ley 153 de 1887).

La tradición de una cosa corporal mueble puede ser **real** o **figurada**.

Es **real**, cuando la cosa **corporal mueble** pasa materialmente de manos del tradente a manos del adquirente concurriendo la capacidad, facultad e intención que exige el código civil en su artículo 740.

El código no reglamenta dicha tradición **real**, la más obvia de todas, porque está muy a las claras contenida en el texto que define la tradición. Cuando es **figurada** sí la reglamenta en sus artículos 754 y 755.

Es **figurada**, cuando la cosa corporal mueble no pasa materialmente de una mano a otra, sino que una de las partes la tradita significando a la otra que le transfiere el dominio, y figurando esta transferencia por uno de los **medios** siguientes:

a). - Por **permisión**, permitiéndole la aprehensión material de una cosa presente. En esta forma no es necesario que el tradente tome materialmente la cosa corporal mueble y se la entregue al adquirente, como es de ordinaria ocurrencia. (Art. 754, ordinal 1º).

b). - Por **permisión** y **separación**, cuando con permiso del dueño de un predio se toman en él piedras, frutos pendientes u otras

(*) - Por no conocer un verbo sacado del sustantivo **tradición**, que exprese en forma directa la función del tradente, me he permitido hacer uso, hablando y escribiendo, de la palabra **traditar**. Me fundo en la nota que mi colega Alvaro Copete Lizarralde puso en su tesis de grado, "La Extradición". Allí hace constar que según el ilustrado académico Eduardo Guzmán Esponda, **extraditar** parece que ha de ser el verbo nuevo sacado del sustantivo **extradición**. Me he reducido a trasladar a la tradición el concepto del distinguido académico sobre la **extradición**, prescindiendo naturalmente de la sílaba **ex**. No sé si la Academia habrá recibido ya como verbos las palabras **traditar** y **extraditar**. N. del A.

cosas que forman parte del predio. En esta forma no es necesario que el tradente tome materialmente la cosa corporal, mueble por anticipación, y se la entregue al adquirente. Basta que le dé permiso de tomarla en su predio. **La tradición se verifica en el momento de la separación de estos objetos.** (Art. 755).

c). - Por **indicación o señalamiento**, es decir, **mostrándosela**. Es la forma que los romanos llamaban **longa manu** (de larga mano) y también **oculis et affectu** (por los ojos y la intención), y que según el jurisconsulto Paulus, a quien cita el señor Claro Solar, se aplicaba particularmente cuando la entrega era de cosas que por su peso no podían moverse fácilmente (art. 754, ordinal 2º).

ch). - Por **símbolo**, entregándole las llaves del granero, almacén, cofre o lugar cualquiera en que esté guardada la cosa. El artículo 825 del proyecto de 1853 agregaba: "i mostrándolo". Pero esta agregación no quedó en el código (art. 754, ordinal 3º).

d). - Por **encargo**, encargándose el uno de poner la cosa a disposición del otro en el lugar convenido. El artículo 825 del proyecto de 1853 agregaba: "i cumpliendo el encargo". Esta agregación no quedó en el código (art. 754, ordinal 4º).

e). - Por **cambio de título**, lo cual ocurre de dos modos, mejorándolo o desmejorándolo:

Uno. - Mejorándolo. Por la venta, donación u otro título de enajenación conferido al que tiene la cosa mueble como usufructuario, arrendatario, comodatario, depositario o a cualquier otro título no traslativo de dominio. Esta es la tradición denominada **brevis manu** (de breve mano), porque evita la operación inútil de que el mero tenedor de la cosa la restituya a su dueño para que éste se la tradite luego. Es así como por el cambio de título el mero tenedor conserva la cosa como poseedor, esto es, muda su mera tenencia en posesión. Conserva la cosa ya como dueño porque se le confirió un título de enajenación (art. 754, ordinal 5º).

Dos. - Desmejorándolo. Y, recíprocamente, por el mero contrato en que el dueño se constituye usufructuario, comodatario, arrendatario, etc. Se opera un cambio de título porque el tradente continúa teniendo la cosa pero no ya poseyéndola como dueño. Muda su posesión en mera tenencia. Conserva la cosa como simple tenedor (art. 754, ordinal 5º).

SECCION TERCERA

Qué título es la anticresis? Como por este contrato se entrega al acreedor una finca para que se pague con sus frutos, me parece que tal vez esa entrega le confiere dos títulos: el **traslativo** de su tenencia y el **traslativo** de sus frutos.

El primer título, por ser traslativo y no simplemente traslativo, confiere al acreedor anticresista la tenencia del bien, como ocurre en el comodato y en el depósito, a causa de que los tres contratos se perfeccionan **entregando**. No así en el arrendamiento, apenas **traslativo** de la tenencia, porque sólo después de perfeccionado cumple el arrendador su **obligación de entregar** la cosa arrendada (arts. 1.982, 2.200, 2.237 y 2.460).

El segundo título, meramente traslativo y no traslativo, quizá le sirve al acreedor para hacerse paulatinamente dueño de los frutos valiéndose del medio que he llamado por **permisión y separación** en la letra b) de la **Sección Segunda**. Por el contrato adquiere el derecho de **percibir** los frutos pero no adquiere su dominio sino poco a poco, a medida que los separa, y adquiere ese dominio con la obligación de aplicar esos frutos a pagarse con ellos (arts. 745, 754, 755, 765 y 2.458).

He ensayado una explicación de la manera como se efectúa lo atinente a la percepción y destinación de frutos; pero admito que pueden ser otra u otras las formas de explicar ese fenómeno. Sólo presento a los aficionados un tema de estudio, no una opinión definitiva.

SECCION CUARTA

Unilateral o bilateral? Es unilateral porque no se obliga sino la parte acreedora. A qué se obliga? A conservar la finca, administrarla, percibir sus frutos, imputarlos al pago de la deuda, llevar cuentas, rendirlas y restituir la finca en la oportunidad legal.

Injurídico sería sostener que la anticresis tiene carácter bilateral por fuerza del artículo 2.463 del código civil, porque las obligaciones del deudor anticrético, allí contempladas, serían contingentes, eventuales. Considerar por ello bilateral la anticresis sería tan erróneo como decir que también son bilaterales: el comodato conforme a los artículos 2.217 y 2.218, el mutuo conforme al artículo 2.228 y el depósito conforme al artículo 2.258.

SECCION QUINTA

Gratuito u oneroso? De la anticresis está descartada la noción de pura liberalidad. A ninguna de las dos partes la induce al contrato un motivo de beneficencia. Negocian para utilidad de ambas, gravándose cada una a beneficio de la otra. Con razón **anticresis** significa en griego **contra goce**, porque el acreedor goza de un inmueble a trueco del goce que al deudor le depara el capital debido (art. 1.497).

Es la anticresis un medio de pagar. ¡Cuántas veces una anticresis, por la dación en sustitución que implica, salvará económicamente a un deudor en la dificultad o ante la imposibilidad de hacer la prestación “de lo que debe” sujetándose al “tenor de la obligación!” Y ¡cuántas habrá sido para el acreedor el medio de hacer efectiva una deuda de difícil o imposible cobro en la cosa inicialmente pactada! Nadie negará que la anticresis autoriza al deudor para pagar por partes lo que sin esa convención debería tal vez pagar de un golpe.

Cuanto al acreedor, abundan sus provechos, tales como percibir los frutos de la finca y aplicarlos al pago de la deuda, derecho de retención con carácter indivisible, etc., etc. (arts. 2.458, 2.461 y 2.467).

SECCION SEXTA

Principal o accesorio? Tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no puede subsistir sin ella (art. 1.499). Luego es accesorio la anticresis. Dicho contrato afianza, afirma, garantiza el cumplimiento de la obligación principal, si bien no en forma perfecta, pero es innegable que los derechos enumerados al final de la **Sección Quinta** producen beneficio de aseguramiento en cabeza del acreedor.

SECCION SEPTIMA

Consensual, solemne, real? Se perfecciona por la entrega del inmueble. Luego es real. Téngase en cuenta el cambio del vocablo “tradición” por el vocablo “entrega” en la lectura, exégesis y aplicación de los artículos 1.500 y 2.460 del código civil, porque el primer vocablo expresa especie y el segundo género. Toda tradición es entrega real o figurada, pero no toda entrega es tradición. Ejemplos de contratos reales por **tradición**: mutuo y constitución de renta vitalicia. Ejemplos de contratos reales por **entrega**: depósito y comodato.

SECCION OCTAVA

Desinente o permanente? Enseña don Andrés Bello, como lo hice notar en otro lugar de la presente obrecilla, que hay verbos **desinentes** y verbos **permanentes**. Los primeros son aquellos en que el atributo, por el hecho de haber llegado a su perfección, **expira**, como nacer. Los segundos son aquellos en que el atributo **subsiste durando**, como vivir. Yo me he atrevido a pensar que también los contratos pueden clasificarse en desinentes y permanentes. La compraventa tendría el carácter de desinente, porque luego que Pedro

le vende su casa a Juan, deja de vendérsela. El arrendamiento tendría el carácter de permanente, porque sin embargo de haberse perfeccionado, sigue durando.

Si no estoy equivocado en la anterior clasificación, la anticresis tiene el carácter de contrato permanente.

SECCION NOVENA

De encima y por encima recordemos algunas particularidades de la anticresis:

A. - No es garantía personal como la cláusula penal (art. 1.592) ni como la fianza (art. 2.361), sino real como la prenda (art. 2.409) o como la hipoteca (art. 2.432).

B. - Es contrato real y garantía real pero no engendra derecho real (arts. 665, 1.500, 2.458, 2.461 y 2.464).

C. - La fianza y la hipoteca pueden nacer juntamente con la obligación principal, o antes que ella, o después que ella (arts. 2.361, 2.365, 2.434 y 2.438). La anticresis no puede anteceder a la obligación a que accede porque supone la existencia de un deudor y de un acreedor. Es un medio convencional de extinguir una deuda preexistente. No hay deudor anticrético ni acreedor anticresista sino sobre la base de una obligación anterior que va a pagarse (art. 2.458).

CH. - El derecho de retención concedido al acreedor anticresista (2.467) es más amplio que el concedido al arrendatario (1.995), al comodatario (2.218) y al depositario (2.258).

C o n c l u s i ó n :

El contrato de anticresis puede clasificarse así:

Unilateral,
Oneroso,
Accesorio,
Real,
Permanente.