

Formalidades de la anticresis

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

Concordancias:
C.C. arts. 143, 144

JHOEL CHIPANA CATALÁN

El artículo 1092 del Código Civil regula la formalidad del contrato de anticresis y le impone una solemnidad. Ello significa que, si es que no se cumple con ella, el contrato es nulo de pleno derecho, en virtud del inciso 6 del artículo 219 del Código.

Sin embargo, esta formalidad ha sido duramente criticada por cierto sector de la doctrina, ya que, en posición que comparto, no tiene utilidad alguna imponerle una forma solemne a un acto que requiere la entrega en posesión del bien para que surta sus efectos. En otras palabras, la funcionalidad de la anticresis reside, precisamente, en la desposesión del bien por parte del deudor a favor del acreedor.

Así las cosas, con razón se ha señalado que "establecer la formalidad de la escritura pública resulta excesiva, en especial tratándose de un derecho que se constituye con la entrega del bien y que por su naturaleza no permite la constitución de sucesivos derechos de las mismas características. En esta medida, habría bastado con establecer que el contrato constase de un documento de fecha cierta, (...) pues de esta manera se determinaría sin lugar a dudas la fecha en que se celebró el contrato de constitución de la garantía, para efectos no de preferencia entre acreedores anticréticos, sino tal vez para el posible conflicto con otro tipo de acreedores, como es el caso del acreedor hipotecario"⁽¹⁾.

El tema de la formalidad tiene, sin duda, relación con una serie de figuras jurídicas. Así, la jurisprudencia nacional ha establecido una serie de posiciones en torno a ello y, a continuación, me permito sistematizar algunos pronunciamientos sobre cómo la forma de la anticresis afecta a algunas instituciones jurídicas:

- a) **Con relación a la figura del precario:** una sentencia ha señalado que "aunque no se haya elevado a escritura pública un contrato de anticresis, este es título para oponer en un proceso de desalojo. [La] anticresis para su validez requiere que haya sido elevado a escritura pública, bajo sanción de nulidad del acto jurídico; (...) debe tenerse presente que en el proceso de desalojo por ocupante precario no se discute sobre la validez o no de dicho título, bastando que la parte demandada acredite tener título vigente que justifique la posesión que ejerce sobre el bien materia de controversia; por lo tanto, para dilucidar la controversia no resulta de aplicación el artículo 1092 del Código Civil, relativo a las formalidades de la anticresis; igual suerte corre el artículo 2014 del Código Civil, a las formalidades de la anticresis; igual suerte corre el artículo 2014 del Código Civil, en tanto que en autos no se está discutiendo el principio de buena fe pública registral ni la calidad de tercero registral a que se refiere la citada norma material"⁽²⁾.
- b) **En torno a la figura de la resolución contractual:** se tiene que "el contrato de anticresis tiene que constar en escritura pública, bajo sanción de nulidad, como establece el

(1) Cfr. GARCÍA MONTÚFAR, Juan. "Formalidades" (de la anticresis). En: AA.VV. *Código Civil comentado*. Tomo V, 3ª edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 577.

(2) Casación N° 1074-2004-La Libertad.

artículo 1092 del Código Civil, por lo que si solo constara la minuta con firmas legalizadas de los contratantes, la que no fue elevada a escritura pública como ordena la ley, afectaría el acto de nulidad absoluta, reputándose inexistente, por lo que la resolución del contrato anticrético demandado resultaría improcedente, porque esta deja sin efecto un contrato válido, tal como prescribe el artículo 1371 del Código Civil y no un acto nulo *ipso jure*, por no reunir la forma prescrita por la ley y tratarse de un acto jurídico *ad solemnitatem*⁽³⁾.

- c) **En relación al contrato principal:** una casación ha establecido que “no obstante que la anticresis sea nula de pleno derecho por omisión de forma, subsistirá el contrato de préstamo que garantiza y el interés convenido si es el permitido por la ley, porque la nulidad de lo accesorio no acarrea de nulidad de lo principal⁽⁴⁾. En esa misma línea, se ha indicado que “cuando la ley sanciona con nulidad la omisión de formalidades expresas, aquella nulidad formal afecta únicamente al acto sujeto a ello, pero no a los demás que pudieran conformar el acto jurídico. La nulidad de otorgamiento de garantía anticrética no afecta el mutuo contenido en la minuta, pues este subsiste como un acto jurídico independiente⁽⁵⁾.”
- d) **Sobre las tratativas:** una casación se ha pronunciado señalando que “el contrato de anticresis requiere una formalidad *ad solemnitatem*: no bastan las declaraciones contenidas en un supuesto ‘contrato de mutuo anticrético’. El artículo 1092 del Código Civil establece que el contrato de anticresis debe constar por escritura pública bajo sanción de nulidad, expresando la renta del inmueble y el interés que se pacte, elementos que no reúne el título de la demandada (...). El documento privado (...) presentado (contrato de mutuo anticrético) no puede ser considerado un contrato de anticresis (...) al faltarle la forma *ad solemnitatem*, por ello, en sentido jurídico, lo en él previsto se ubicó dentro de la etapa de tratativas o etapa precontractual⁽⁶⁾.”
- e) **Con relación a la posesión:** una sentencia ha establecido que “un contrato privado de anticresis que no tiene la forma prevista por la ley (forma *ad solemnitatem*) origina una posesión ilegítima, debiendo discutirse la validez del título en una vía distinta a la sumarísima⁽⁷⁾.”
- f) **En torno a la forma *ad probationem* o *ad solemnitatem*:** una sentencia ha dejado establecido que “no existe contrato de anticresis imperfecto (como lo sostiene la impugnada) de acuerdo a lo previsto por el artículo 1092 del Código Civil, pues debe otorgarse por escritura pública bajo sanción de nulidad, por tanto, los jueces superiores no pueden tener en cuenta este documento como prueba de una relación anticrética⁽⁸⁾.”
- g) **Con relación a la vía procedimental para solicitar la nulidad por falta de forma:** se tiene la casación que ha establecido que “con las pruebas actuadas en este proceso ha quedado en claro que el demandado ostenta una acreencia anticrética, en mérito a un contrato de mutuo anticrético imperfecto que no ha sido elevado a escritura pública, pero queda claro que no es inquilino y por tanto la relación contractual de arrendamiento

(3) Expediente N° 1413-90-La Libertad.

(4) Casación N° 2009-2002-Juliaca.

(5) Casación N° 72-99-Arequipa.

(6) Casación N° 3332-2016-Lima.

(7) Casación N° 603-2012-Apurímac.

4 (8) Casación N° 5114-2010-Cusco.

no está acreditada instrumentalmente, por lo que se dan las condiciones señaladas en el inciso noveno del artículo 688 del Código Procesal Civil. (...) De las pruebas actuales se ha acreditado que el contrato de alquiler ha fenecido puesto que vencía el 31 de octubre del año 2005 y el contrato de anticresis imperfecto vencía el día 31 de mayo del año 2008. Y la parte demandante no niega la existencia de dicho contrato de anticresis, sólo señala que es nulo por no haber sido elevado a escritura pública. Por tanto, existiría una deuda en favor del demandado. Por otra parte, la demandante ha formulado tachas contra los contratos de 'anticresis' presentados por el demandado, señalando que son nulos porque no están elevados a escritura pública, en aplicación del artículo 1092 del Código Civil, pero debe tenerse en cuenta que esta nulidad debe ser formulada vía acción, y los derechos del demandado mantienen su vigencia⁽⁹⁾.

- h) **Sobre la divisibilidad de la anticresis:** se tiene una casación que anota que "la anticresis es un derecho indivisible, pues, al igual que los demás derechos reales de garantía, afecta en su integridad al bien gravado, de tal forma que el acreedor retendrá y explotará el bien hasta que se le cancele la totalidad de la obligación (...). La característica de indivisibilidad la comparte con la prenda, hoy denominada garantía mobiliaria, institución a la cual se remite la anticresis de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1096 del Código Civil (...); así, se tiene establecido que la garantía mobiliaria comprende, salvo pacto en contrario, la deuda principal, los intereses, las comisiones, los gastos, las primas de seguros pagadas por el acreedor garantizado, las costas y los costos procesales, los eventuales gastos de custodia y conservación, las penalidades, la indemnización por daños y perjuicios y cualquier otro concepto acordado por las partes hasta el monto del gravamen establecido en el acto jurídico constitutivo; asimismo, la garantía mobiliaria tendrá la extensión que las partes convengan sobre el bien mueble afectado, y a falta de pacto, la garantía mobiliaria afectará el bien mueble, sus partes integrantes y accesorias existentes al tiempo de la ejecución"⁽¹⁰⁾.
- i) **En torno a la prescripción adquisitiva:** una sentencia ha indicado que "se ha determinado la posesión de mala fe de parte de los demandados por haber interpuesto demanda de prescripción adquisitiva de dominio respecto del bien sublitis, a pesar del conocimiento que tenía que su posesión provenía de los contratos de anticresis, actitud que se encuentra corroborada con las cartas notariales (...) dirigidas por el demandante a los codemandados, comunicándoles la cancelación de la anticresis y consecuentemente la devolución del predio que venían ocupando los citados demandados. (...) En cuanto a lo alegado por los recurrentes, respecto a que el contrato de anticresis de fecha 7 de abril de 1997 fue dejado sin efecto por el contrato de fecha 18 de junio de 2011 y, por lo tanto, la demanda de nulidad de tales actos devendría en un imposible jurídico, ello carece de sustento real pues el segundo contrato de cancelación de anticresis de fecha 18 de junio del 2011, constituye una declaración de la deuda pendiente existente entre ambas partes contratantes, siendo que el pronunciamiento de ambas instancias ha estado dirigido a declarar la nulidad del contrato de anticresis, así como de aquel contrato accesorio que deriva del mismo, por no haberse cumplido en su elaboración con la formalidad *ad solemnitatem* de elevación de escritura pública, conforme lo establece el artículo 1092

(9) Casación N° 5114-2010-Cusco.

(10) Casación N° 162-2010-Cusco.

del Código Civil, siendo concordante con el inciso 6 del artículo 219 del Código Civil e inciso 4 del artículo 140 del Código Civil⁽¹¹⁾.

Por otro lado, importantes son las anotaciones que hacen Bravo y Rospigliosi⁽¹²⁾ con relación a los problemas presentados por la posibilidad de inscripción de la anticresis en los Registros Públicos, ya que en la primera y segunda instancia registral ha ocurrido lo siguiente:

- Que el constituyente no figura como titular registral, por lo que existiría falta de tracto sucesivo.
- Que, pese a existir copropiedad, la anticresis solo es constituida por uno de ellos.
- Que no se indica la renta ni el interés pactado.
- Que la anticresis se constituye solo sobre una parte del predio, sin haberse independizado previamente.
- Que se solicita inscribir anticresis sobre acciones y derechos, equiparándolo a la hipoteca, a fin de evitar que se le solicite la independización.
- Que no se observa la formalidad establecida en el Código Civil, lo cual acarrea que se tache sustantivamente el título presentado.

Por otra parte, los mismos autores señalan que entre las dudas más frecuentes al revisar un título referido a una anticresis, se pueden citar a las siguientes: (i) si no indicar la renta del inmueble o el interés pactado acarrea la nulidad de la anticresis, ya que ello no resulta claro de la redacción del artículo 1092 del Código Civil; (ii) si al celebrarse la anticresis solo sobre una parte del predio resulta necesario que dicha área sea independizada, o si es suficiente que esta área se encuentre plenamente identificada en el título, con lo cual se descarta la posibilidad de que la misma área sea afectada dos veces a favor de diferentes acreedores; y (iii) si se puede pactar la compensación de la renta con los intereses y con el capital.

DOCTRINA

BRAVO JOAQUÍN, Jackeline y ROSPIGLIOSI CASO, Erika. "Una revisión a la figura de la anticresis". En: AA.VV. *Las garantías reales*. Manuel Torres (coordinador). Gaceta Jurídica, Lima, 2014. GARCÍA MONTÚFAR, Juan. "Formalidades" (de la anticresis). En: *Código Civil comentado*. Tomo V, 3ª edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2010.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL REGISTRAL

Requisitos para la inscripción de la anticresis

Para la inscripción de una anticresis ordinaria o típica, el instrumento público deberá expresar el monto de la deuda garantizada, la renta del inmueble y la tasa de interés que se pacte, así como la fecha de vencimiento de la deuda garantizada, lo cual se deberá consignar en el asiento registral respectivo, conforme al artículo 134 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (Res. N° 2215-2016-SUNARP-TR-L).

(11) Casación N° 770-2004-Puno.

(12) BRAVO JOAQUÍN, Jackeline y ROSPIGLIOSI CASO, Erika. "Una revisión a la figura de la anticresis". En: AA.VV. *Las garantías reales*. Manuel Torres (coordinador). Gaceta Jurídica, Lima, 2014, pp. 350 y 351.