



## El Derecho real de anticresis, un derecho real poco atractivo para garantizar créditos ¿Podría en Argentina cambiar su destino de ineficacia?

Por Ana Ingrid MAVRICH<sup>1</sup>

### Abstract:

Según el artículo 2212 del Código Civil y Comercial de la Nación<sup>2</sup> argentina: “La anticresis es el derecho real de garantía que recae sobre cosas registrables individualizadas, cuya posesión se entrega al acreedor o a un tercero designado por las partes, a quien se autoriza a percibir los frutos para imputarlos a una deuda.” Este derecho real es un derecho real de garantía al que la doctrina ha etiquetado y singulariza por su “no uso”. Desde su propia tipificación legal surgen elementos (que exceden este trabajo) que lo tornan ineficaz en Argentina. Los inversores argentinos no lo cuentan como instrumento para garantizar sus acreencias, pues requeriría unidades de explotación a cargo de los acreedores anticresistas o “terceros poseedores”, equipos multidisciplinarios para calcular intereses propios de otros derechos reales de garantía, analizar el mercado de los frutos naturales o civiles para concretar el fin de este derecho secundario: que el acreedor anticresista cobre su crédito, organizar la administración, etc. y por sobre todo contar con estabilidad económica y jurídica ¿Qué acreedor apuesta a tanto contando con la hipoteca y la prenda, o incluso los fideicomisos de garantía?

Aunque en la Revista del Notariado, el escribano Paz Vela nos relata un caso muy interesante de anticresis referido a la afectación con derecho real de anticresis de las Galerías Pacífico para garantizar el crédito para su construcción<sup>3</sup>, lo cierto es que, **el derecho real de anticresis es un derecho real de garantía al que la doctrina ha etiquetado por su “no uso”** (Dodda y ots (2015) Alterini (2018), Iturbide (2017), etc., Alterini cita a Reina Tartiere quien sostiene que “la recepción positiva de la anticresis no fue un factor suficiente como para encumbrarla en la modernidad...”, sin embargo, dado que el derecho real de anticresis forma parte del elenco de los derechos reales del Código Civil y Comercial de la Nación, y fue el tema elegido para ser abordado en la Comisión de Derechos Reales en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil aún pendientes<sup>4</sup>, se escribe sobre esta garantía real en miras a reflexionar sobre si es posible que, con su nueva configuración “revitalizada”, goce de mejor destino y prestigio del que ha tenido en el pasado.

La Anticresis es un derecho real accesorio y de garantía que, según refiere Alegre de Miquel (2013 y 2017): “...los griegos (...) reciben de los Egipcios y su denominación significa “goce o uso contrario”<sup>5</sup>, queriendo reflejar que

el acreedor disfruta de una finca de su deudor mientras éste goza del dinero del acreedor...” Los romanos lo adoptaron y fue luego receptado en las legislaciones continentales romanistas europeas y latinoamericanas. En Argentina, el gran codificador Dalmacio Velez Sarfield, autor del Código Civil Argentino, lo incorporó en los artículos 3239 a 3261 del cuerpo legal derogado<sup>6</sup>, y por su parte, el CCCN (vigente en la República Argentina desde el 01 de agosto de 2015) lo enumera en el elenco de los derechos reales en el artículo 1887 inc. n; y lo regula de modo especial dentro del Título 13 de Derechos reales de garantía, Capítulo 2 en los artículos 2212 a 2218.

La definición normativa del derecho real de anticresis se encuentra en el artículo 2212 del CCCN, el cual reza: “La anticresis es el derecho real de garantía que recae sobre cosas registrables individualizadas<sup>7</sup>, cuya posesión se entrega al acreedor o a un tercero designado por las partes, a quien se autoriza a percibir los frutos para imputarlos a una deuda.” Según el art. 2214, hay un plazo máximo para este derecho real: de diez años si la cosa es inmueble y cinco años si la cosa es mueble registrable. Límite temporal criticado por Alterini (2018:881) que sostiene que sería una decisión legislativa contraria a la finalidad del derecho real y que va en contra de la intención del legislador de “revitalizar” la garantía.

Zulma Dodda y otras (2018: 630) resaltan que: “Es un derecho real que confiere el uso y goce de la cosa registrable ajena, por lo que constituye, sin lugar a duda, una desmembración del dominio... Da origen a un dominio imperfecto, regulado en el artículo 1964” Así, por un lado se encuentra el titular del dominio de la cosa sometida a la anticresis, y por otro el acreedor anticresista, el primero ostenta la nuda propiedad (conserva la titularidad y el derecho de disponer jurídicamente de la cosa); pero, sus facultades de disfrute (uso y goce) están en cabeza del titular de la anticresis, quien tiene el derecho de explotar la cosa ajena para imputar sus frutos al pago de una deuda. Si revisamos cuáles son las relaciones de poder según la letra del CCCN, ambos serían poseedores<sup>8</sup>.

Sin embargo, cualquiera sea la cosa registrable objeto del derecho real de garantía (un inmueble o un mueble registrable), lo cierto es que el acreedor anticresista, no se limitará a recibir los pagos de las cuotas hasta cubrir la garantía (como ocurre en la prenda y en la hipoteca) sino que, **para cobrar su crédito, el acreedor asume el derecho de cobrarse con los frutos.**

<sup>1</sup> Profesora de Derecho II (Privado) y de Derecho Notarial y Registral II de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Aconcagua, Profesora de Derechos Reales y de Introducción al derecho de la Universidad de Mendoza y de Derecho Privado I de la carrera de Contador Público de la FCE de la UNCuyo.

<sup>2</sup> En adelante CCCN

<sup>3</sup> Que instrumentó el escribano Natalio Echegaray

<sup>4</sup> En un principio se iban a realizar en Mendoza en el 2021 y fue postergado hasta el 2022 en la espera de terminar con las restricciones para encuentros sociales por el aislamiento social obligatorio.

<sup>5</sup> “conragoche” y también “gozar y gozar” ALTERINI (pág. 872) de la obra citada.

<sup>6</sup> En adelante CCA.

<sup>7</sup> Incluir a todas las cosas registrables, permitiendo que las cosas muebles registrables sean objeto de esta garantía real (a través de su desplazamiento) es la gran novedad legislativa que integra el régimen de la anticresis en el CCCN, adopta así el Proyecto de 1998 -fuente remota-, y el anteproyecto federal finalmente positivizado (con reformas introducidas por el PEN en algunos institutos).

<sup>8</sup> ¿Cómo se explicaría que vínculo hay con el derecho del que se es titular? ¿Cómo entender a la posesión en sí misma cuando por definición sólo se ejerce sobre cosas? Gestión para ¿Cómo se explicaría entonces que el propietario siga siendo poseedor? ¿No deberán revisarse las viejas respuestas doctrinarias y revitalizarse, a pesar de la omisión legislativa de reconocer a la cuasiposesión? En esa revitalización ¿no sería pertinente hacer la diferenciación que hacía la doctrina clásica y mayoritaria en el sentido de que en los derechos reales que importaban goce de la cosa deben distinguirse relaciones de hecho respecto de la cosa y respecto del derecho desmembrado del que se es titular? Sobre la cosa se es tenedor (porque reconozco en otro el derecho real y sobre el derecho real de disfrutar la cosa sería cuasiposeedor porque el objeto es un derecho y no una cosa (sólo este tipo de bienes pueden ser objetos de la posesión) llamar posesión especial no salva la contradicción normativa. Tema que la autora investiga en orden a varias inconsistencias normativas del CCCN relativas a las relaciones de poder.



¿Qué significa que la acreencia se satisface con los frutos? Significará de modo ineludible abordar cuestiones muy delicadas de la tipicidad del derecho real que son las que responderían sobre si es una garantía real atractiva o quedará como texto normativo muerto:

**1. Derechos del acreedor a los frutos:** Las partes deberán convenir cómo se determinarán los frutos, cómo se imputarán o aplicarán al pago. En realidad, sin antecedentes de casos sobre el asunto; pero aplicando de modo análogo las experiencias de las garantías hipotecarias, es posible que de ser elegido por los acreedores la anticresis será un contrato con cláusulas predispuestas, en las que el deudor anticresista limitará su intervención a expresar su consentimiento firmando el contrato; pero sin posibilidad alguna de discutir las condiciones.

Según el artículo 2215 del CCCN, el anticresista *“cuando reciba las utilidades primero debe imputarla a los gastos e intereses y luego al capital”* dando cuenta al deudor.

## 2. Obligaciones del acreedor como contrapartida a la explotación y percepción de frutos:

### 2.1: Diseño de la administración:

El titular anticresista explotará la cosa registrable para cobrarse con sus frutos. Esa explotación debe realizarse con el límite de conservar la cosa (art. 2216 CCCN), no podrá explotarla de un modo diferente al que antes se hacía ni cambiar su destino. En la administración se aplican las reglas del mandato.

Sin entrar en la problemática de incumplimiento al artículo 2216, lo cierto es que la percepción de los frutos requiere pensar en cómo organizar la administración para la producción y percepción de los frutos, calcular las erogaciones para pagar las cargas, gastos de conservación, mantenimiento y explotación, como así también las correspondientes a las contribuciones de la cosa objeto del derecho real, Contratos laborales, seguros, y otras cuestiones que los profesionales de ciencias económicas conocen muy bien y que los operadores jurídicos procuran prever ¿Podrían limitarse estas obligaciones? En el sistema tipificado por el CCCN, el deudor anticresista está obligado al pago de los gastos necesarios para la conservación de la cosa gravada. Los gastos de mero mantenimiento y suentuarios no podrán ser reclamados (principios del art. 1938). las mejoras útiles las regula el art. 2217: el anticresista puede reclamarlas hasta la concurrencia del mayor valor que dio al objeto del derecho real.

En ese caso ¿qué deudor anticresista se expondría a una garantía de este tipo? ¿Asumirían las partes en tal caso un derecho real de garantía de estructura legal análoga a las prendas civiles; pero que, mientras se ejerce funciona como un usufructo según afirma Paz Vela

### 2.2.: Rendición de cuentas:

Como la cosa que explota el acreedor anticresista es ajena, deberá prever la rendición de cuentas de su gestión, sumada a la administración del pago de la deuda garantizada. El jurista catalán trata en su tesis doctoral las rendiciones de cuenta que generan tanto la administración como la liquidación, profundizando en las complejidades y vicisitudes de este derecho real, pareciera que la sola voluntad legislativa es insuficiente cuando quedan fuera las realidades multidimensionales de un instituto.

### 2.3.: Restitución de la cosa objeto del derecho real de anticresis:

Este tema también plantea interrogantes, algunos resueltos por la normativa del CCCN y otros no, por ejemplo: no está previsto el derecho de retención para el titular anticresista hasta el pago íntegro de su crédito (si lo preveía Vélez Sarsfield en el Código derogado) y la doctrina se divide frente a si fluye o no de otras normas generales del CCCN, su virtualidad para ser ejercido frente a deudas que no provienen de la obligación garantizada, la necesidad o no de tradición al deudor anticresista, posibilidad de renuncia al derecho de anticresis

### 3. La problemática de una producción negativa:

Hasta aquí cuestiones vinculadas a la anticresis desde un panorama estático propio de la especificación de cláusulas en el título causa para constituir este derecho real secundario; pero, ¿y si nos aventurásemos a pensar esta garantía ante una producción negativa? Las causas de la negatividad de la producción, se pueden pensar en un sentido hipotético que podría abarcar: **causas naturales** (en Mendoza se sabe bien de heladas, granizo, sequía o agua en exceso que destruye la cosecha a punto de concretarse e incluso de ciclos en las producciones; además, tenemos experiencia de camiones en filas interminables en las ruta 7 parados por nevadas del lado argentino o del chileno de la Cordillera de los Andes); **pero, también causas humanas:** podría haber productividad negativa por imposibilidad de hacer frente a la explotación por hechos micro o macroeconómicos, por “hechos del príncipe” o de los mercados: la inflación, la deflación, el cambio de políticas económicas que de pronto impiden el ingreso de insumos extranjeros indispensables para producir o cierran la exportación de los que genera la economía local, o limitan venta de combustibles etcétera, etcétera, etcétera.

Por la eventual producción negativa, no sólo fracasaría el plan de aplicar los frutos al pago del crédito garantizado con la anticresis, sino que habrá nueva deuda Y ¿De quién es esa deuda?

### 4. “Tercer poseedor”:

O el acreedor crea una unidad especializada en este o aquel tipo de explotaciones para los derechos de anticresis que constituya, o podría ser que las partes hubiesen convenido que la explotación de la cosa registrable la realizará un tercero (art. 2212, sgtes y ccs.), esto aliviaría la falta de especialidad del acreedor anticresista; pero, complejizaría aún más la cuestión porque avanzaríamos en la senda de los **contratos conexos**, y hasta podría ocurrir que los terceros tercerizaran algunos aspectos. ¿Y cómo se afrontaría la productividad negativa? Estas preguntas y otras que quizás vengan a la mente de los emprendedores, los contadores, los economistas, los licenciados en Administración, ya advierten sobre el pronóstico de la autora, parece difícil que un acreedor que podría hipotecar o preñar decida afrontar esta maraña de complicaciones.

Cuando se haya optado por un “tercer poseedor” ¿quién rinde cuentas y a quién? ¿quién otorga los finiquitos?

El tema tratado en este punto y la maraña de relaciones jurídicas en juego, muestra que los posibles conflictos exceden al usufructo y al uso pues no debe perderse de vista que la producción es para pagar el crédito anticresista, poder cancelar la garantía es la espada de Damocles con final incierto y complejo.



### 5. Empresas internacionales

A las cuestiones antedichas, podría sumársele como otra situación complejizante que existan y/o se generen problemas vinculadas a la aplicación espacial de las normas, sobre todo si no sólo son elementos extranjeros en la relación jurídica alguna de las partes sino el tercero designado para llevar adelante la explotación, o los efectos del contrato (por ejemplo: en cuanto a la venta de los frutos) deben cumplirse fuera del lugar en el que se sitúa el inmueble o está registrado el mueble.

### 6. Derechos de los consumidores

Los derechos de los consumidores amparados por la ley fundamental y las normas generales del sistema jurídico argentino abren frentes para el anticresista que, en definitiva, es la parte fuerte, y, entiende la autora que podrán ser invocadas por el deudor anticresista y quienes intervengan en muchas de las transacciones (sino en todas) para obtener los frutos.

### Conclusiones: ¿Anticresis en Argentina?

La pretensión de quien escribe, no fue realizar un análisis normativo de la "remozada anticresis" del código que entró en vigencia el 01 de agosto de 2015, sino pensar el derecho real de anticresis desde su posible operatividad, desde el interés que podría presentar este derecho real de garantía para pequeños y grandes inversores (nacionales y extranjeros) que arriesgan su capital.

Y desde esa perspectiva, y a partir de la enunciación de algunas preguntas para el análisis crítico, y la presentación de algunos de los múltiples temas jurídicos involucrados, al menos por ahora, no podría concluirse de otro modo en **pronosticar que el destino de la anticresis será el mismo que tuvo con el Código Civil Argentino: será una norma jurídica ineficaz, o sea norma jurídica sin un mínimo de acatamiento**<sup>9</sup>, seguirá su destino fatal de ser ignorada por los operadores del derecho y rechazada por los grandes empresarios y por los microemprendedores ¿qué acreedor querría compliarse pudiendo garantizar con prenda<sup>10</sup> o hipoteca<sup>11</sup> o fideicomiso de garantía<sup>12</sup>, o estando determinado a salvar sus aspectos negativos sumándola a otra garantía real? En este sentido sería preferible derogarla, como se hizo sin piedad en el Código Civil y Comercial de la Nación con institutos que tuvieron mucha mayor aplicación, por ejemplo la servidumbre que renace o la servidumbre por destino del padre de familia (hoy se diría por destino del titular).

Si se intenta una actitud más optimista siempre aparece la duda "certa" de que en Argentina (país que no se caracteriza por la previsibilidad económica, ni por la seguridad financiera

ni por la liquidez, un país endeudado en el que tantas empresas han quebrado e inseguro para las producciones) quiera afrontar el riesgo de producir frutos en la cosa ajena para saldar su crédito...ojalá esté equivocada, el tiempo lo dirá.

Así frente a la pregunta del título: El Derecho real de anticresis, un derecho real poco atractivo para garantizar obligaciones ¿Podría en Argentina cambiar su destino de ineficacia? La respuesta es hoy negativa; pero abierta a una investigación en la que se escuchen las voces de expertos e inversores<sup>13</sup>, puede que quizás las afirmaciones de Lidia Garrido Cordobera, citada por Alterini, sobre que "la institución es buena, útil y aplicable...lo que ocurre es que el hombre común no sabe cómo funciona..., y los profesionales del derecho no la suelen recomendar..." sean más acertadas que estas conclusiones y que sus nuevos matices la transformen en apetecible para legos y operadores jurídicos.

### Bibliografía:

ALEGRE DE MIQUEL Jorge (doctorando), LLEBARÍA SAMPER, Sergio (director), *La anticresis: función y finalidad en el Código civil español y en el Código civil de Cataluña. Tesis Doctoral*, Facultad de Derecho, Barcelona, Universitat Ramon Llull, 2013. [https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/126533/TESI\\_JORGE\\_ALEGRE\\_DE\\_MIQUEL.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/126533/TESI_JORGE_ALEGRE_DE_MIQUEL.pdf?sequence=1&isAllowed=y), recuperado el 10 de septiembre de 2020 a las 12 horas.

ALTERINI, Jorge Horacio y otros, *Tratado de los derechos reales, Tomo II Parte especial*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2018

BUERES, Alberto (director) y HIGHTON Elena I. (coordinadora), *Código Civil, Tomo 5*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007.

CLUSELLAS Eduardo Gabriel, *Código Civil y comercial comentado anotado y concordado Tomo 7*, Buenos Aires, Astrea y Fundación Editorial Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, 2015. Arts. comentados por DODDA Zulma Aurora con la colaboración. De MARTÍNEZ DODDA Natalia y GARCÍA Milena.

PAZ VELA, Marcos Alberto, "Derecho real de anticresis en el nuevo Código Civil y Comercial" en *Revista del Notariado* 918 (oct - dic 2014) / Temas: Anticresis Publicado: 8 de junio de 2015, <http://www.revista-notariado.org.ar/index.php/2015/06/derecho-real-de-anticresis-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial/>, recuperado el 10 de septiembre de 2020 a las 18 y 43 horas.

<sup>9</sup> En la humilde opinión de esta autora, y por ahora: "Una golondrina no hace verano" por lo que, los pocos casos referidos por Paz Vela y por Highton, vinculados al derecho público no permiten afirmar su eficacia, tal como defiende la distinguida jurista Lidia Garrido Cordobera. Seguramente contribuirá a una u otra postura el debate científico en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

<sup>10</sup> Artículo 2219 CCCN

<sup>11</sup> Artículo 2205 CCCN, para otro análisis será interesante ahondar la llamada prenda anticrética del art. 2225 del CCCN

<sup>12</sup> Art. 1680 sgtes. y cc. del CCCN, presenta la gran ventaja del patrimonio separado

<sup>13</sup> Se ha proyectado concretar una investigación en un equipo multidisciplinario e incluso interinstitucional, considerando especialmente las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil; pero también orientada a desentrañar algunos aspectos de este derecho real hasta ahora no apreciados por juristas ni empresarios.