

DERECHO REAL DE ANTICRESIS – REVISIÓN DE LA FIGURA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL¹

REAL RIGHT OF ANTICHRESIS - REVIEW OF THE FIGURE IN THE CIVIL AND COMMERCIAL CODE

Por *Ronald Alfredo Marmissolle Guarisco* y *Ana María Palomanes*^(*)

Resumen: La ponencia la abordamos teniendo en cuenta la evolución del derecho real de anticresis en su concepción inicial, la recepción en el código civil y las modificaciones producidas en el reciente código civil y comercial; tratando las cuestiones referidas a: objeto de la anticresis; la llamada anticresis compensatoria o de riesgo; la cuestión atinente al privilegio en el Código Civil y La ley de Concursos y su armonización; el derecho de retención en la anticresis; los gastos útiles; la denominada anticresis tacita y los plazos de la anticresis.

Palabras claves: Derechos Reales - Garantía Real - Anticresis.

Abstract: We approach the presentation taking into account the evolution of the real right of antichresis in its initial conception, its reception in the civil code and the modifications produced in the recent civil and commercial code; dealing with the issues related to: object of antichresis; the so-called compensatory or risk antichresis; the issue regarding privilege in the Civil Code and the Bankruptcy Law and its harmonization; the right of retention in antichresis; useful expenses; the so-called tacit antichresis and the terms of antichresis.

Keywords: Real Rights - Real Guarantee - Antichresis.



Artículo publicado bajo Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar. © Universidad Católica de Córdoba

[https://doi.org/10.22529/rdr.2023\(5\)03](https://doi.org/10.22529/rdr.2023(5)03)

¹ Artículo recibido el 10 de Septiembre de 2023 y aprobado para su publicación el 5 de Octubre de 2022.

^(*) Ronald Alfredo Marmissolle Guarico. Profesor Adjunto por Concurso de Derecho Civil en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor Asistente por Concurso en Derecho Privado V (Derechos Reales) en la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor Titular Interino de Derecho Privado VI (Derechos Reales) en la Universidad Católica de Córdoba. Correo electrónico: marmissolle@hotmail.com

Ana María Palomanes. Profesora titular Derechos Reales Universidad Blas Pascal y Derecho Privado VI Universidad Católica de Córdoba. Profesora titular Derecho Registral II Universidad Católica de Córdoba. Correo electrónico: anapalomanes@gmail.com

DERECHO REAL DE ANTICRESIS – REVISIÓN DE LA FIGURA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

I. INTRODUCCIÓN:

El derecho real de anticresis, si bien ha sido poco frecuente su utilización como garantía real, estuvo legislado en el código civil (ley 340 sancionada en el año 1869 y vigente desde 1° de enero 1871 al 31 de julio de 2015) y ha sido mantenido en el código civil y comercial (ley 26.994 modificada ley 27.077), sin embargo, ha variado su tratamiento.

La fuente del art. 3239 del código civil derogado es el código de Napoleón de 1804 y en la nota se advierte una importante diferencia a como había sido concebido en Roma: “Cód. francés, art. 2080. En el Derecho romano, el fin característico de la anticresis era la compensación hasta la debida concurrencia de los intereses y de los frutos. Toda vez que el crédito no producía interés, y que el inmueble empeñado producía frutos que eran percibidos por el acreedor para extinguir el principal, no era anticresis, sino un contrato de prenda que no tenía nombre particular”.

Se distinguía, en el código civil derogado, el derecho real de anticresis (art. 3239) del contrato de anticresis (art. 3240).

El proyecto de 1998, como antecedente inmediato del código civil y comercial, mantiene la anticresis como derecho real de garantía.

“[...] La anticresis da solución a este interés recíproco (...) aunque tiene muy poca aplicación práctica, sin embargo, la tiene y ello parece justificar el mantenimiento de una institución que satisface ciertas situaciones que no por poco frecuentes son menos dignas de protección por el legislador³”.

Fue en las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Lomas de Zamora 2007) donde se postuló al derecho real de anticresis como una garantía valiosa en sí misma y como complemento de otras como la hipoteca y la prenda. Así también se declaró de lege ferenda: “Se recomienda que se otorgue privilegio al acreedor anticresista y que se extienda la garantía a cosas muebles registrables” y “Se recomienda que se incluyan normas generales comunes a los derechos reales de garantía y que se eliminen sus manifestaciones tácitas (así, la prenda tácita y la anticresis tácita)”.

³ BORDA, G. A. “Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales”, 5ta. edición, actualizada por Delfina M. Borda, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, T° II, núm. 1385, citado en ALTERINI, J. H. (dir.) – ALTERINI, I. E. (coord.), “Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, 1a. ed., T. X, p. 546.

DERECHO REAL DE ANTICRESIS – REVISIÓN DE LA FIGURA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

También se ratificó, a los efectos de acreditar la especialidad en cuanto al crédito, la determinación precisa del crédito garantizado con la individualización de los elementos esenciales⁴.

II. OBJETO DE LA ANTICRESIS:

El objeto de la anticresis está señalado en el mismo concepto y comprende inmuebles y cosas muebles registrables individualizadas⁵.

La incorporación de los muebles registrables amplía la posibilidad de constitución sobre automotores, camiones, máquinas viales y agrícolas autopropulsadas⁶, tractores, buques, artefactos navales y aeronaves, siendo éstos de alto valor económico y susceptibles de producir frutos a través de su explotación.

En el supuesto de buques mayores y aeronaves la legislación especial sólo admite la constitución de hipoteca como garantía real y, para los llamados buques menores, prenda con registro.

El Proyecto de 1998, en sus fundamentos, destaca respecto de la anticresis: “...supera las imprecisiones (...) incluso respecto a su constitución, que no subsisten en el Proyecto al ser aplicables las disposiciones generales sobre adquisición, transmisión y extinción de los derechos reales. El objeto no solo alcanza a los inmuebles, sino que se

⁴ VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (1979) Universidad Nacional de Buenos Aires. Recomendación no 5: Las cláusulas de estabilización y el principio de especialidad en la hipoteca. (Comisión no 4).

1º) El carácter de especialidad de la hipoteca en lo que respecta al crédito no se limita al deber de expresarla en una suma de dinero cierta y determinada, o en su caso, manifestar el "valor estimativo" en el acto de constitución del gravamen, sino que requiere la constancia de la causa (origen o fuente), entidad (objeto de la prestación) y magnitud (medida del objeto) de la obligación garantizada.

⁵ Art. 2212 CCyC. Concepto. 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.

⁶ Art. 5 Dto. Ley 6582/1958⁶ BORDA, G. A. “Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales”, 5ta. edición, actualizada por Delfina M. Borda, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, Tº II, núm. 1385, citado en ALTERINI, J. H. (dir.) – ALTERINI, I. E. (coord.), “Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, 1a. ed., T. X, p. 546.

⁶ VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (1979) Universidad Nacional de Buenos Aires. Recomendación no 5: Las cláusulas de estabilización y el principio de especialidad en la hipoteca. (Comisión no 4).

1º) El carácter de especialidad de la hipoteca en lo que respecta al crédito no se limita al deber de expresarla en una suma de dinero cierta y determinada, o en su caso, manifestar el "valor estimativo" en: A los efectos del presente Registro serán considerados automotores los siguientes vehículos: automóviles, camiones, inclusive los llamados tractores para semirremolque, camionetas, rurales, jeeps, furgones de reparto, ómnibus, micrómnibus y colectivos, sus respectivos remolques y acoplados, todos ellos aun cuando no estuvieran carrozados, las maquinarias agrícolas incluidas tractores, cosechadoras, grúas, maquinarias viales y todas aquellas que se autopropulsen. El Poder Ejecutivo podrá disponer, por vía de reglamentación, la inclusión de otros vehículos automotores en el régimen establecido.

DERECHO REAL DE ANTICRESIS – REVISIÓN DE LA FIGURA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

extiende a las cosas muebles registrables individualizadas, pues de otro modo con relación a esas cosas no existiría una garantía real para el supuesto de su desplazamiento".

La prenda, con desplazamiento, reconoce como objeto cosas muebles no registrables y créditos instrumentados (art. 2219 CCyC), sin embargo, en el caso de generar frutos o intereses el bien prendado el acreedor debe percibirlos e imputarlos al pago de gastos intereses y luego al capital; aunque es válido el pacto en contrario (art. 2225⁷ CCyC).

La anticresis regulada en el Código Civil y Comercial tiene recepción en supuestos en los cuales no sería procedente la hipoteca o la prenda.

En las conclusiones de la comisión de derechos reales se expresó: De lege lata 1- **Cosas o bienes (derechos) registrables.** Pueden ser objeto del derecho real de anticresis las cosas inmuebles, las cosas muebles registrables (art. 2212, CCyCN), las partes materiales de las cosas registrables y también los derechos registrables en los casos en que la ley lo admite (art.1883, CCyCN). En todos los casos, el objeto (cosa -o su parte material- o derecho registrable) debe estar perfectamente individualizado. Es la cosa o el derecho registrable y no los frutos que estos producen, el objeto del derecho real. (unanimidad) 2- **La parte material de un inmueble como objeto del derecho real de anticresis.** La parte material de un inmueble puede ser objeto de anticresis (art.1883, CCyCN; arg.arts.2130 y 2142 -anticresis constituida por un/a usufructuario/a de parte material- y arts.2116 y 2206 CCyCN -anticresis constituida por el/la superficiario/a de parte material). Ello, en tanto el inmueble sea divisible y la parte material pueda configurar una parcela independiente a fin de que, en su caso, el objeto de la garantía pueda ser ejecutado (arts.228 y 2374, CCyCN). (unanimidad). 3- **Acciones.** Las acciones de sociedades no pueden ser objeto de anticresis (arg. arts.1815 CCyCN y 226 LGS).

De lege ferenda 1- Se recomienda que en una futura reforma legislativa se amplíe el objeto del derecho real de anticresis a bienes inmateriales registrables individualizados. 2- Se recomienda que en una futura reforma legislativa se amplíe el objeto del derecho real de anticresis a universalidades cuando éstas configuren una unidad económica. (unanimidad). **Contenido.** El derecho del acreedor/a anticresista se

⁷ Art. 2225 CCyC. Frutos. Si el bien prendado genera frutos o intereses el acreedor debe percibirlos e imputarlos al pago de la deuda, primero a gastos e intereses y luego al capital. Es válido el pacto en contrario.

DERECHO REAL DE ANTICRESIS – REVISIÓN DE LA FIGURA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

concreta a través del uso y goce del objeto gravado y, en su caso, a través de su ejecución, a fin de satisfacer el crédito con el producido de la enajenación. La facultad del titular anticresista de percibir los frutos que produce el objeto no solo es un derecho sino también un deber. (unanimidad)

III. ANTICRESIS COMPENSATORIA O DE RIESGO:

El Código Civil, trataba la denominada anticresis compensatoria o de riesgo, por contraposición a la anticresis propiamente dicha, a la cual se le nombraba típica.

Todo ello surgía de la letra del art 3246⁸. Se llamaba típica a aquella que autorizaba al titular del derecho real a percibir los frutos del inmueble, con el cargo de imputar su valor sobre lo que le es debido, y dar cuenta al deudor. Esta figura se caracterizaba por el deber que tenía el acreedor de rendirle cuentas a su deudor, quizás haya sido una de las cuestiones que desalentaron por tantos años al no uso de la figura.

Sin embargo, la norma, seguía diciendo que las partes podían convenir, en que los frutos se compensen con los intereses, sea en su totalidad, o hasta determinada concurrencia. A esta situación fáctica la doctrina le llamo anticresis compensatoria⁹ o de riesgo¹⁰.

La doctrina¹¹, refiere a la situación planteada, pero diciendo que el art. 2215¹², no brinda esa posibilidad, pero tampoco se opone expresamente a ella; por tanto, la compensatoria o de riesgo, estaría permitida.

En la esencia de la figura, Vélez explicaba que, en el Derecho romano, el fin característico de la anticresis era la compensación hasta la debida concurrencia de los intereses y de los frutos¹³.

Ante el silencio nos parece que:

⁸ Artículo 3246 del Código Civil: “El acreedor está autorizado a percibir los frutos del inmueble, con el cargo de imputar su valor sobre lo que le es debido, y dar cuenta al deudor. *Las partes pueden, sin embargo, convenir en que los frutos se compensen con los intereses, sea en su totalidad, o hasta determinada concurrencia.*”

⁹ Aran, Beatriz en “Derechos Reales”, Sexta Edición, renovada y ampliada, pag 881, tomo 2, Editorial Hamurabi, Bs. As. 2003.

¹⁰ Así Vélez Sarsfield en la nota al art. 3246 expresaba: “...Por otra parte, en el contrato de compensación de los frutos con los intereses, *hay mucho de aleatorio para el acreedor*, pues no es segura la producción de los frutos. En unos años pueden ser estos mayores que los intereses, y en otros menores o no haber frutos. Véase TROPLONG, “Anticresis”, núm. 567. DURANTON, t. 18, núm. 556...”.

¹¹ Alterini, Jorge H. director general. “Código Civil y Comercial Comentado – Tratado Exegético”, comenario al art. 2215, pag. 556 Tomo X. Editorial La Ley. Bs. As. 2015

¹² Artículo 2215 del Código Civil y Comercial: Derechos del acreedor. “El acreedor adquiere el derecho de usar la cosa dada en anticresis y percibir sus frutos, los cuales se imputan primero a gastos e intereses y luego al capital, de lo que se debe dar cuenta al deudor”

¹³ Ver nota al art. 3239 del CC.

DERECHO REAL DE ANTICRESIS – REVISIÓN DE LA FIGURA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

De lege ferenda, el art. 2215 admite la posibilidad de convenir, en que los frutos se compensen con los intereses, sea en su totalidad, o hasta determinada concurrencia; admitiendo de esta forma la anticresis compensatoria o de riesgo.

De lege lata que: en una futura reforma se incorpore expresamente la posibilidad, por tanto, el artículo citado podría quedar redactado de la siguiente forma: “El acreedor adquiere el derecho de usar la cosa dada en anticresis y percibir sus frutos, los cuales se imputan primero a gastos e intereses y luego al capital, de lo que se debe dar cuenta al deudor. *Las partes podrán convenir, en que los frutos se compensen con los intereses, sea en su totalidad, o hasta determinada concurrencia*”.

En las conclusiones de la comisión de derechos reales se expresó: **Concepto de anticresis compensatoria.** Se entiende por anticresis compensatoria aquella en la cual, en el contrato de anticresis, constituyente y acreedor/a pactan la compensación total o parcial de los frutos que produzca el objeto con el crédito adeudado (ya con los intereses, ya con el capital y en todo o en parte), estableciéndose un negocio aleatorio. (unanimidad).

Factibilidad de la anticresis compensatoria como derecho real de garantía.

Despacho a- En el ordenamiento jurídico vigente, es factible la constitución de anticresis compensatoria como derecho real de garantía, ya que el orden de imputación de los frutos que fija el art. 2215 del CCyCN constituye solamente una regla supletoria y no imperativa, en la que no se encuentra comprometida la estructura del derecho real. La solución inserta en el citado precepto solo replica la directriz captada por el art. 903 del CCyCN y, al no ser de orden público, puede ser dejada sin efecto por convención de partes. Esta interpretación encuentra también apoyo en lo que prevé el art. 2225 del CCyCN para la prenda anticrética de cosas, ya que el ordenamiento luciría inconsistente y falta de coherencia sistémica, si previese una solución disímil para sendos derechos reales de garantía que se ejercen por la posesión, sin una razón objetiva que la justifique o mínimamente la fundamente. (unanimidad).

Despacho b- La anticresis compensatoria está prohibida como derecho real, ya que la regla de imputación de los frutos que establece el art.2215 del CCyCN es de orden público y está vedada la modificación de la estructura legal del derecho real (art.1884, CCyCN). No se trata de una previsión supletoria (Alterini Francisco, Rojas Torres, Mavrich y Franchini).

DERECHO REAL DE ANTICRESIS – REVISIÓN DE LA FIGURA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

IV. PRIVILEGIO EN EL CÓDIGO CIVIL – LA LEY DE CONCURSOS

En la normativa del Código Civil, el derecho real de anticresis carecía de privilegio, no obstante, y es justo reconocerlo, ostentaba lo que podría denominarse una legítima causa de preferencia. El acreedor podía hacer valer sus derechos constituidos por la anticresis, contra los terceros adquirentes del inmueble, como contra los acreedores quirografarios y contra los hipotecarios posteriores al establecimiento de la anticresis, tal cual surgía de la letra del art. 3254¹⁴ del CC.

En tal sentido, se podría decir que todo privilegio¹⁵ entraña una preferencia; pero no toda de preferencia constituye un privilegio, pues este tiene caracteres insoslayables, como su origen legal, la accesoriedad, excepcionalidad, interpretación restrictiva, la inseparabilidad, la indivisibilidad y la objetividad¹⁶. Ello puede notarse en el régimen civil y comercial vigente, pues el nuevo Código regula en la parte general de las obligaciones la prioridad del primer embargante¹⁷, en tanto los privilegios los desarrolla en el libro sexto y no incluye esta figura¹⁸.

Respecto del privilegio, la normativa preveía que, sobre el precio, si se solicitaba la venta del inmueble no tenía el privilegio que, si gozaba el derecho real de prenda, conforme rezaba el art. 3255¹⁹; el que, por otra parte, carecía de nota alguna. No se explicaba la razón de tal decisión, pues los restantes derechos reales de garantía si lo tenían²⁰.

Gozando el derecho real de anticresis del derecho de retención y, habiéndose modificado el Código de Vélez por ley 17.711 en la cual se le otorgaba al retenedor un

¹⁴ Artículo 3254 del Código Civil: “El acreedor puede hacer valer sus derechos constituidos por la anticresis, contra los terceros adquirentes del inmueble, como contra los acreedores quirografarios y contra los hipotecarios posteriores al establecimiento del anticresis”

¹⁵ Según el art. 2573 del CCCN, privilegio es la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro. Otro tanto decía el art. 3875 del C.C. al expresar que el derecho dado por la ley a un acreedor para ser pagado con preferencia a otro, se llama en este código privilegio.

¹⁶ Entre otros, tal cual señala la doctrina. Ossola Federico A. en “Derecho Civil y Comercial – Obligaciones”, pag. 875 y siguientes. Editorial Abeledo – Perrot, Bs. As. 2016.

¹⁷ Libro Tercero, Título I, Capítulo 3 “Garantía común de los acreedores”, art. 745.

¹⁸ Artículos, 2573, 2579, 2580 y 2582, y concordantes.

¹⁹ Artículo 3255 del Código Civil: “Pero si él solicitare la venta del inmueble, no tiene el privilegio de prenda sobre el precio de la venta”.

²⁰ Art. 3224 del Código Civil: “No cumpliendo el deudor con el pago de la deuda al tiempo convenido, el acreedor, para ser pagado de su crédito con el privilegio que la ley le acuerda sobre el precio de la cosa, puede pedir que se haga la venta de la prenda en remate público con citación del deudor. Si la prenda no pasa del valor de doscientos pesos, el juez puede ordenar la venta privada de ella. El acreedor puede adquirir la prenda por la compra que haga en el remate, o por la venta privada, o por su adjudicación”.

Art. 3234 del Código Civil: “La indivisibilidad de la prenda no priva a los demás acreedores de la facultad de hacerla vender, sin estar obligados a satisfacer antes la deuda. El derecho del acreedor se limita a ejercer su privilegio sobre el precio de la cosa”

DERECHO REAL DE ANTICRESIS – REVISIÓN DE LA FIGURA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

privilegio, por vía indirecta, el mismo podía ser considerado como privilegiado, por el juego de los artículos 3245²¹ y 3946²².

A los efectos de armonizar el régimen jurídico de los privilegios, al dictarse la ley de Concursos 19.551 en su art 265 inciso 7mo. se le adjudica privilegio especial, con el resto de las garantías reales del C.C., en caso de ejecución falencial, con lo cual el ajuste queda a medio camino, pues si la ejecución era individual no lo tenía (salvo el camino oblicuo de la retención); pero si la misma era colectiva, si se le concedía a tenor de lo antedicho.

Pero con posterioridad se dicta la nueva de ley de Quiebras 24.522²³ la que, al tratar los privilegios especiales en su art. 241²⁴ inc. 4to., omite referir al derecho real de anticresis, es de destacar que, respecto de las garantías reales reguladas por la normativa civil, quedaban en pie la hipoteca y la prenda.

De esta manera el derecho real en cuestión, carecía de preferencia tanto en las ejecuciones individuales cuanto, a las colectivas, salvo que se utilizare la figura de la retención; no obstante, cabe aclarar que la preferencia surgía de la misma y no del derecho real, sin embargo, en tal caso existía prioridad al fin.

Así las cosas, con fecha 01 de agosto de 2015, comienza regir el nuevo Código Civil y Comercial, derogando el Código Civil de Vélez, tal como se sabe. En el citado cuerpo legal, se puede apreciar que tienen privilegio especial sobre los bienes que en cada caso se indica los créditos garantizados con hipoteca, anticresis, prenda con o sin desplazamiento, warrant y los correspondientes a debentures y obligaciones negociables con garantía especial o flotante (art. 2582, inciso e).

Agrega además en su art. 2583 que los privilegios especiales se extienden exclusivamente al capital del crédito, sin embargo, abarca los intereses correspondientes

²¹ Art. 3245 del Código Civil: “El acreedor está autorizado a retener el inmueble que le ha sido entregado en anticresis, hasta el pago íntegro de su crédito principal y accesorio. El derecho de retención del acreedor es indivisible, como el que resulta de la prenda”.

²² Art. 3946 del Código Civil (Modificado por ley 17.711): “El derecho de retención no impide el ejercicio de los privilegios generales”.

* “El derecho de retención prevalece sobre los privilegios especiales, inclusive el hipotecario, si ha comenzado a ejercerse desde antes de nacer los créditos privilegiados”.

* “El derecho de retención o la garantía otorgada en sustitución, subsiste en caso de concurso o quiebra”.

²³ B.O. 09-08-1995.

²⁴ Art. 241 de la ley 24.552: “Tiene privilegio especial sobre el producido de los bienes que en cada caso se indica: ... inc. 4) Los créditos garantizados con hipoteca, prenda, warrant y los correspondientes debentures y obligaciones negociables con garantía especial o flotante”.

DERECHO REAL DE ANTICRESIS – REVISIÓN DE LA FIGURA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

a los dos años anteriores a la ejecución y los que corran durante el juicio, correspondientes a los créditos mencionados en el inciso “e” del artículo 2582; vale decir las garantías reales allí citadas, entre ellas como ya se dijo, el derecho real de anticresis.

Se produce entonces la situación inversa a la acontecida durante la vigencia del Código Civil, recordamos que en esa época el derecho real de anticresis carecía de privilegio en la normativa general, y si se lo concedía la ley especial (Ley de Concursos 19551, art. inc.). En la actualidad es la normativa genérica la que le concede tal prerrogativa, negándosele la norma específica (ley 24.522 art. 241 inc, 4to.).

De allí entonces que se propone de lege ferenda, la adición al catálogo de la ley de concursos vigente, el privilegio a favor titular del derecho real en cuestión, a los fines de armonizar la legislación civil y comercial, de manera que, tanto en las ejecuciones individuales como en la colectivas, pueda hacer valer tal prerrogativa. Todo ello a los fines hacerlo más efectivo y con ello, lograr una mayor utilización de la figura, que es, en definitiva, el fin que se persigue. Se debe tener presente que en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil que se celebraran en Mendoza en el corriente año, el tema asignado en la Comisión de Derechos Reales es derecho real de anticresis y, el que nos incentiva a presentar esta ponencia en presente Encuentro de Derecho Romano.

En las conclusiones de la comisión de derechos reales se expresó: Garantía autosatisfactiva. La anticresis constituye una garantía autosatisfactiva o solutoria. (unanimidad).

Privilegio. De lege ferenda Se recomienda la reforma de la ley concursal para incorporar un privilegio especial al anticresista en el mismo rango que los restantes derechos reales de garantía. (unanimidad).

V. EL DERECHO DE RETENCIÓN EN LA ANTICRESIS:

En el Código Velezano, el derecho de retención conformaba el contenido del derecho real analizado, toda vez que el art. 3245 así lo establecía²⁵. En la actualidad, en el CCCN, no existe una norma similar.

²⁵ Art. 3245 del Código Civil: “El acreedor está autorizado a retener el inmueble que le ha sido entregado en anticresis, hasta el pago íntegro de su crédito principal y accesorio. El derecho de retención del acreedor es indivisible, como el que resulta de la prenda”.

DERECHO REAL DE ANTICRESIS – REVISIÓN DE LA FIGURA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Ello ha traído división en la doctrina, un sector se inclina por la negativa, Mariani de Vidal y Abella²⁶ y también Kiper²⁷; en tanto que por la afirmativa se expiden Jorge Alterini y Nelson Cossari.

Expresan las autoras citadas que el derecho retención del anticresista del código de Vélez no resultaba equiparable al derecho de retención de su art. 3946; sino que constituía el contenido de su derecho real de garantía. Pero que al no otorgar el nuevo Código tal facultad como contenido del derecho de garantía, no podría inferirse por vía del derecho retención propiamente dicho (art. 2587 a 2593), dado que para que este funcione, la cosa debe haber sido entregada al acreedor por un título distinto al que sustenta la retención; y no en garantía de una deuda, porque no concurre el requisito de la existencia de una deuda en razón de la cosa, que es lo que exige el art. 2587 ya citado; y además que al no ser reconocido como contenido del derecho, su titular carecería de tal derecho.

Por la afirmativa, se despachan Alterini²⁸ y Cosari. El primero de los nombrados le asigna a la retención el contenido del derecho real de anticresis a pesar de no decirlo expresamente como hacia Vélez en art. 3245. La regla es que en el caso de retención (art. 2591), el retenedor no puede usar la cosa retenida, excepto pacto en contrario. Sin embargo, ello se no aplicaría al derecho de anticresis, dado este necesita usar la cosa para imputar los frutos a la deuda, además agrega que la figura de la retención no podría cercenarle ese derecho, que es precisamente con el que salda la deuda; en definitiva, asevera que le asiste el derecho de retención al acreedor anticresista.

Siendo el derecho de retención una figura de tanta importancia practica y, ante la división de doctrinaria, que separa a tan significativos autores, nos parece que de lege ferenda, y a los fines de cerrar la polémica suscitada, la normativa debería autorizar el derecho retención expresamente; tal cual lo hacia Vélez Sarsfield en su art. 3.245 ya citado. Todo ello a los fines de aventar cual duda el respecto y así brindar mayor seguridad jurídica.

En las conclusiones de la comisión de derechos reales se expresó: A diferencia de lo que establecía el Código Civil (art. 3245), en el CCyCN el/la acreedor/a anticresista

²⁶ Mariani de Vidal: Marina – Abella, Adriana en “Derechos Reales en el Código Civil y Comercial”, tomo II, pag. 217. Bs. As. 2016.

²⁷ Kiper, Claudio en Tratado de Derechos Reales, Tomo II, pag. 334, citado por Mariani de Vidal y Abella, obra ya referida.

²⁸ Alterini, Jorge H. director general. “Código Civil y Comercial Comentado – Tratado Exegético”, comentario al art. 2215, paginas 559, 560 y 561. Tomo X. Editorial La Ley. Bs. As. 2015.

DERECHO REAL DE ANTICRESIS – REVISIÓN DE LA FIGURA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

carece, como contenido de su derecho real, del derecho de retención del objeto gravado hasta ser desinteresado del crédito que se le adeuda. En consecuencia, solo podrá ejercerlo si concurren las exigencias establecidas en el art. 2587 del CCyCN, es decir, si la deuda es “cierta y exigible” y existe “en razón de la cosa”.

VI. RESPECTO DE LOS GASTOS ÚTILES:

En nuevo Código expresa que el acreedor no puede reclamar los gastos útiles sino hasta la concurrencia del mayor valor²⁹ del objeto³⁰. En similar cuestión Vélez Sarsfield cerraba la situación expresando: “...pero la suma debida por ese mayor valor no puede exceder el importe de lo que el acreedor hubiere gastado”³¹.

Es cierto que, de lege lata, la doctrina al interpretar el 2217 expresa que, “si el mayor valor excede la suma gastada, solo debe restituirse hasta ese importe”; conforme la opinión de Mariani de Vidal y Abella³².

El fundamento de ello radica en el principio del “enriquecimiento sin causa”³³; es decir, aunque el deudor (propietario) se hubiese enriquecido en una suma mayor, la acción no podrá sobrepasar el empobrecimiento del demandante (acreedor anticresista). Hay una doble medida³⁴: por un lado se tiene en cuenta el enriquecimiento del deudor, y no podrá exceder ese monto; pero, al mismo tiempo, tendrá también como medida, el

²⁹ Se trata de evitar el enriquecimiento sin causa; conforme Kiper Claudio, en “Manual de Derechos Reales – Código Civil y Comercial de la Nación”, Editorial Rubinzal Culzoni, Bs. As. 2016, pag. 588

³⁰ Artículo 2217 del Código Civil t Comercial: Gastos. “El titular del objeto gravado debe al acreedor los gastos necesarios para la conservación del objeto, aunque éste no subsista; pero el acreedor está obligado a pagar las contribuciones y las cargas del inmueble.

El acreedor no puede reclamar los gastos útiles sino hasta la concurrencia del mayor valor del objeto”

³¹ Artículo 3250 del Código Civil: “Si el acreedor hiciera mejoras en el inmueble, deben serle satisfechas por el propietario hasta la concurrencia del mayor valor que resultare tener la finca; pero la suma debida por ese mayor valor no puede exceder el importe de lo que el acreedor hubiere gastado”.

³² Autoras, obra y tomo citado, pagina 219.

³³ Este principio que fue receptado por al Codificador, es reseñado en varias notas del Código Civil. Así Vélez estableció en las notas a los artículos 2567 al 2570 del C.C., al explicar el supuesto del especificante de mala fe, lo siguiente: “...El Derecho romano y el Derecho de las Partidas no daban ninguna indemnización al especificante de mala fe. Nosotros no le concedemos el derecho sino al mayor valor que hubiese adquirido la cosa por su trabajo, por el principio moral que nadie debe enriquecerse con el trabajo ajeno...”.

En la nota al art. 2589 del C.C., puede apreciarse otra vez la opinión de Vélez respecto de este tópico, cuando dice: “...El Cód. francés en el artículo citado se separa de ese falso antecedente de una donación presunta. El código ha querido, dice MARCADE, y ha sabido ser justo. Ha dicho que nadie debe jamás enriquecerse a costa de otro, aunque éste sea un hombre de mala fe...”.

³⁴ Conforme la opinión de Moisset de Espanes Luis, Luis en “Curso de Obligaciones”, Editorial Zavalia, Bs. As. 2004, tomo III, páginas 316 y 317,

DERECHO REAL DE ANTICRESIS – REVISIÓN DE LA FIGURA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

empobrecimiento del actor y aunque el deudor se hubiese enriquecido en una suma mayor³⁵.

No obstante, para impulsar la utilización del derecho real en cuestión, nos parece oportuno que de lege ferenda, se incorpore tal párrafo, quedando redactado el Artículo 2217 del Código Civil y Comercial, de la siguiente forma: Gastos. “El titular del objeto gravado debe al acreedor los gastos necesarios para la conservación del objeto, aunque éste no subsista; pero el acreedor está obligado a pagar las contribuciones y las cargas del inmueble.

El acreedor no puede reclamar los gastos útiles sino hasta la concurrencia del mayor valor del objeto; *pero la suma debida por ese mayor valor no puede exceder el importe de lo que el acreedor hubiere gastado*”.

En las conclusiones de la comisión de derechos reales se expresó: **Contrato de anticresis.** Es preciso que el/la profesional del derecho sea minucioso/a en la redacción del contrato, focalizándose no solamente en la individualización del objeto, el crédito, el inventario o estado del bien, la finalidad de cada contratante, lo relativo a la rendición de cuentas, el régimen de mejoras, etc., sino también en cuestiones tales como las prestaciones y el modo de cumplirlas; la reglamentación de los usos que se otorgan a quien recibe el objeto en garantía para su explotación. El detalle específico variará según la naturaleza del objeto registrable sobre el que se constituye la anticresis (inmueble, automotor, maquinaria, aeronave, buque, equino de pura sangre, etc.). La minuciosidad de las cláusulas contractuales es también necesaria para información de los/as terceros/as interesados/as de buena fe. (unanimidad)

VII. LA ANTICRESIS TÁCITA:

El Código Velezano preveía que, el acreedor que esté íntegramente pagado de su crédito, debe restituir el inmueble al deudor. Pero si el deudor, después de haber constituido el inmueble en anticresis, contrajera nueva deuda con el mismo acreedor, se observará en tal caso lo dispuesto respecto de la cosa dada en prenda³⁶.

³⁵ Dice el autor citado precedentemente al explicar la “medida del enriquecimiento y del empobrecimiento”, que en principio la acción, no puede exceder el monto del enriquecimiento del deudor; pero, por otro lado, tampoco podrá sobrepasar el monto del empobrecimiento del demandante. Tiene pues, una doble medida. Obra y tomo referenciado, pagina 317.

³⁶ Art. 3261 del Código Civil

DERECHO REAL DE ANTICRESIS – REVISIÓN DE LA FIGURA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Tal artículo, remitía a la figura de la “prenda tacita”, la que expresamente decía: “...Si existiere, por parte del deudor, que ha dado la prenda, otra deuda al mismo acreedor contratada posteriormente, que viniese a ser exigible antes del pago de la primera, el acreedor no está obligado a devolver la prenda antes de ser pagado de una y otra deuda, aunque no hubiese estipulación de afectar la cosa al pago de la segunda”³⁷.

La figura, en su momento y con razón, fue denostada, así por ejemplo decía Edmundo Gatti: “...Se considera que, sobre la base de los principios de la buena fe y la equidad, nace una prenda tacita, que solo da un derecho de retención, tan minorado, que hace dudar de la existencia de un verdadero derecho real³⁸. Además, en las XXI Jornadas de Derecho Civil, en el año 2007 la recomendación II expresaba: “... De lege ferenda: Importancia de disposiciones generales acerca de las garantías. Supresión de garantías tácitas. Se recomienda que se incluyan normas generales comunes a los derechos reales de garantía y que se eliminen sus manifestaciones tácitas (así, la prenda tácita y la anticresis tácita).

Pero dados los cambios operados en materia de derechos reales, en donde hay una importante injerencia de los derechos personales, para el caso la hipótesis del derecho real de tiempo compartido³⁹ al que, según el art. 2101 se le aplican las normas de los derechos reales⁴⁰. Además, se pueden aplicar, tanto en este caso como en el derecho real de sepultura, las normas del “Derecho del Consumo”, según rezan lo arts. 2100 y 2111, respectivamente, del CCCN.

Por ello estimamos que, dada la apertura en la política de los derechos reales, la anticresis tacita podría quizás imprimirle a la figura, una dinámica más importante al ser otra opción más para los acreedores. Por ello, propiciamos su incorporación.

De lege ferenda: Admisión de la figura en similares términos a los utilizados por Vélez: “Si existiere, por parte del deudor, que ha dado la anticresis, otra deuda al mismo acreedor contratada posteriormente, que viniese a ser exigible antes del pago de la

³⁷ Ver art. 3218 del CC.

³⁸ Gatti Edmundo en Código Civil de la Republica Argentina – Normas complementarias y concordancias – Con Prólogo, comentario y apostillas del Profesor Dr. Edmundo Gatti”, comentario al art. 3218, pag. 742- Editorial Lajouane. Bs. As. 2011

³⁹ Dado que ese derecho subjetivo guarda más afinidad con el campo de los derechos creditorios que con los derechos reales.

⁴⁰ Sobre el particular y en función de la locución del art. 2088 en donde expresa: “cualquiera que sea la naturaleza de los derechos”, para Ricardo Javier Saucedo no se descarta la posibilidad de la aplicación del derecho personal. Dicho autor, al comentar el art. 2101 del “Código Civil y Comercial de la Nación – Rivera Julio Cesar, Medina Graciela, pág. 663. Tomo V.

DERECHO REAL DE ANTICRESIS – REVISIÓN DE LA FIGURA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

primera, el acreedor no está obligado a devolver su objeto, antes de ser pagado de una y otra deuda, aunque no hubiese estipulación de afectar la cosa al pago de la segunda”.

En las conclusiones de la comisión de derechos reales se expresó: **Convencionalidad.** Es ponderable que el CCyCN haya suprimido la anticresis tácita, así como la prenda tácita, que eran versiones admitidas por el CC derogado (arts. 3218 y 3261). De ese modo, el ordenamiento jurídico ratifica y fortalece la convencionalidad como carácter esencial de la anticresis. (unanimidad)

VIII. PLAZOS DE LA ANTICRESIS:

Los fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial, resaltan: “Tiene un breve plazo máximo de diez años para inmuebles y cinco para muebles, lo que hace que no dure toda la vida del bien como suele suceder en este momento, aunque es poco lo que se la constituye en la práctica. La entrega abreviada sumada al privilegio, permitirá mayor agilidad, ya que permitirá un tiempo para usar la cosa y percibir frutos y si es insuficiente se ejecuta el objeto”.

La doctrina ha criticado la sujeción de la anticresis a un plazo máximo, lo que no ocurre en el caso de hipoteca y prenda. Puntualizan que las garantías deben ser muchas y no estar perfiladas de manera restrictiva como factor necesario de aceptación⁴¹.

La extensión de los plazos de duración de la inscripción a veinte y diez años, según se trate de inmuebles o muebles registrables respectivamente, y su posibilidad de renovación confirman que los plazos establecidos en el art. 2214 Cód. Civ. y Com. se aplica sólo a la anticresis abierta⁴².

En igual sentido “[...] Si la tendencia doctrinaria es inferir que el plazo de diez años, previsto en el art. 2189, solo rige para los derechos reales de garantía abiertas, no es constructivo que proliferen las limitaciones temporales fijadas por la ley. La modalidad negocial y el juego de la autonomía de la voluntad deberían haber sido los mentores de los plazos en la anticresis...”⁴³

⁴¹ ALTERINI, J. – ALTERINI, I. ALTERINI, M. “Tratado de los Derechos Reales”, Ed. La ley, Buenos Aires, 2018, 1a. ed., Tomo II, ps. 881-882, citado en VAZQUEZ, G. “Derechos Reales”, Ed. La ley, Buenos Aires, 2020, 1a. ed., ps. 866-867.

⁴² VAZQUEZ, G. “Derechos Reales”, Ed. La ley, Buenos Aires, 2020, 1a. ed., ps. 868-869.

⁴³ ALTERINI, J. H. (dir.) – ALTERINI, I. E. (coord.), “Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, 1a. ed. T. X, p. 555.

DERECHO REAL DE ANTICRESIS – REVISIÓN DE LA FIGURA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Como lo hemos esbozado antes la anticresis es un derecho real accesorio y el titular tiene sobre la cosa un derecho de disfrute, sobre la materialidad, e importa necesariamente una desmembración del dominio por cuánto concede el uso y la percepción de los frutos como derecho; con obligación de imputar éstos a gastos, intereses y capital.

La naturaleza de esta garantía real requiere la existencia de un plazo por cuanto no habría extinción del crédito por prescripción liberatoria ante la inacción del acreedor que, por sí o a través de otro, tiene la cosa en su poder y percibe los frutos con el deber de imputarlos a la deuda.

Por otra parte, no es atractivo para quien pretende cuidar la propiedad y entregar los frutos dejar en manos del acreedor, sin plazo cierto y determinado, esa fuente de recursos y premiar al acreedor que no tendrá urgencia alguna en obtener los frutos necesarios para cubrir el crédito.

Proponemos la modificación de los plazos establecidos en el art. 2214 del Cód. Civil y Comercial acorde a la vigencia de la inscripción registral de diez años para muebles registrables y de veinte años para inmuebles.

En las conclusiones de la comisión de derechos reales se expresó: **Plazos.** 1- Despacho a- Los plazos máximos de duración establecidos por el art. 2214 del CCyCN se aplican a toda especie de anticresis. (unanimidad). Despacho b- Los plazos máximos de duración establecidos por el art. 2214 del CCyCN solamente se aplican a la anticresis constituida en seguridad de créditos indeterminados. 2- Efectos del vencimiento del plazo en relación al privilegio del acreedor/a anticresista. Fenecido el plazo establecido por el art.2214 del CCyCN subsiste el privilegio del acreedor/a anticresista respecto del crédito garantizado con el derecho real. De lege ferenda 1-Conveniencia del plazo máximo legal. Despacho a) - Se recomienda mantener que la anticresis esté sujeta a plazos máximos legales. (unanimidad) Despacho b) - Se recomienda suprimir los plazos máximos en la anticresis, sin perjuicio de su fijación contractual. 2- Ampliación. Se recomienda ampliar los plazos de duración de la anticresis establecidos por el art. 2214 del CCyCN por ser exiguos, a fin que pueda abarcar un universo mayor de situaciones económicas susceptibles de ser garantizadas. (unanimidad).

IX. CONCLUSIÓN:

DERECHO REAL DE ANTICRESIS – REVISIÓN DE LA FIGURA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Se propone:

- a) **Sobre el objeto de la anticresis:** 1) De lege lata: La anticresis recae sobre cosas registrables individualizadas, art. 2212 CCyC. 2) De lege ferenda: Como derecho real de garantía que implica obtención de frutos, se propone ampliar el objeto a una parte material del inmueble de conformidad a lo dispuesto en el art. 1883 CCyC.
- b) **Sobre anticresis compensatoria:** 1) De lege lata: Ha de entenderse posible la constitución de la anticresis compensatoria o de riesgo, pese a no estar expresamente regulada. 2) De lege ferenda: que: en una futura reforma se incorpore expresamente la posibilidad, mediante un aditamento al art. 2215 del CCC. en el cual se consigne que: *“Las partes podrán convenir, en que los frutos se compensen con los intereses, sea en su totalidad, o hasta determinada concurrencia”*
- c) **Sobre privilegio del derecho real de anticresis en la Ley de Concursos:** 1) Se propone de lege ferenda: la adición al catálogo de la ley de concursos vigente, el privilegio a favor titular del derecho real en cuestión, a los fines de armonizar la legislación civil y comercial, de manera que tanto en las ejecuciones individuales como en la colectivas se pueda hacer valer tal prerrogativa.
- d) **Sobre el derecho de retención en la anticresis:** 1) De lege lata: Ha de interpretarse que al no otorgar el nuevo Código tal facultad como contenido del derecho de garantía, no podría inferirse por vía del derecho retención propiamente dicho (art. 2587 a 2593); dado que su funcionamiento requiere que la cosa deba haber sido entregada al acreedor por un título distinto al que sustenta la retención. 2) De lege ferenda: A los fines de cerrar la polémica suscitada, la normativa debería autorizar el derecho retención expresamente, tal cual lo hacía Vélez Sarsfield en su art. 3.245. Todo ello a los fines de aventar cual duda el respecto y así brindar mayor seguridad jurídica.
- e) **Respecto de los gastos útiles:** 1) De lege lata: Ha de interpretarse que, si el mayor valor excede la suma gastada, solo debe restituirse hasta ese importe, a pesar que el art. 2217 hace silencio al respecto, conforme doctrina citada en el presente. 2) De lege ferenda, se incorpore al art. 2217 del CCC el siguiente párrafo: *“pero la suma debida por ese mayor valor no puede exceder el importe de lo que el acreedor hubiere gastado”*.

DERECHO REAL DE ANTICRESIS – REVISIÓN DE LA FIGURA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

- f) **Respecto de la anticresis tácita:** Si bien es cierto que en vigencia del Código Civil, se sugirió la “supresión de garantías tácitas”; en función de los cambios operados en materia de derechos reales (aparición del derecho real de tiempo compartido, por ejemplo), en donde hay una importante injerencia de los derechos personales, estimamos, dada la apertura en la política de los derechos reales que la anticresis tácita, quizás podría imprimirle a la figura del anticresis un dinámica más importante al ser otra opción más a favor del acreedor; por ello propiciamos su incorporación. De manera que: De lege ferenda: Admisión de la figura en similares términos a los utilizados por Vélez.
- g) **Respecto de los plazos:** De lege lata: El plazo de la anticresis no puede exceder de diez años para cosas inmuebles y de cinco años para cosas muebles. Si el constituyente es el titular de un derecho real de duración menor, la anticresis, se acaba con su titularidad (art. 2214 CCyC). De lege ferenda: Se amplíen los plazos a veinte años para inmuebles y diez años para muebles registrables, de manera de equipararlo al término de duración de la inscripción registral (art. 2218 CCyC).

X. BIBLIOGRAFÍA:

- ALLENDE, Guillermo L. “*Panorama de los Derechos Reales*”, Ed. La ley, Buenos Aires, 1967.
- AREAN, Beatriz en “*Derechos Reales*”, Sexta Edición, renovada y ampliada, Editorial Hammurabi, Bs. As. 2003.
- ALTERINI, Jorge H. director general. “*Código Civil y Comercial Comentado – Tratado Exegético*”, Tomo X. Editorial La Ley. Bs. As. 2015.
- GATTI, Edmundo en “*Código Civil de la República Argentina – Normas complementarias y concordancias – Con Prólogo, comentario y apostillas del Profesor Dr. Edmundo Gatti*”, Editorial Lajouane. Bs. As. 2011.
- GATTI, Edmundo. ALTERINI, Jorge H., “*El Derecho Real-Elementos para una teoría general*”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, reimpresión.
- KIPER Claudio, en “*Manual de Derechos Reales – Código Civil y Comercial de la Nación*”, Editorial Rubinzal Culzoni, Bs. As. 2016.
- KIPER, Claudio, “*Tratado de Derechos Reales*”, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, 2a. edición.

DERECHO REAL DE ANTICRESIS – REVISIÓN DE LA FIGURA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

MARIANI DE VIDAL: Marina – ABELLA, Adriana en “*Derechos Reales en el Código Civil y Comercial*”, Bs. As. 2016.

MOISSET DE ESPANES Luis, en “*Curso de Obligaciones*”, Editorial Zavalia, Bs. As. 2004.

OSSOLA Federico A. en “*Derecho Civil y Comercial – Obligaciones*”, Editorial Abeledo – Perrot, Bs. As. 2016.

RIVERA, Julio Cesar y MEDINA, Graciela – Directores. “*Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*”. Editorial La Ley, Bs. As. 2014.

SAUCEDO, Ricardo Javier, comentario al art. 2101 del “*Código Civil y Comercial de la Nación*” de Rivera Julio Cesar, Medina Graciela. Tomo V. Editorial La Ley, Bs. As. 2014.

VÁZQUEZ, Gabriela A. “*Derechos Reales*”, Editorial La ley, Buenos Aires, 2020, 1a. ed.