

# Derecho real de anticresis en el nuevo Código Civil y Comercial

Marcos Alberto Paz Vela

RdN 918

## RESUMEN

El derecho real de anticresis ha sido muy poco utilizado y se ha caracterizado por su tendencia a la desaparición. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con su regulación actual, a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, este derecho real recaerá también sobre cosas registrables individualizadas, circunstancia que le abrirá la posibilidad de una mayor utilización.

Lo mismo que en la prenda, suelen designarse con el mismo nombre al contrato que da origen o sirve de fuente al derecho real de anticresis y al propio derecho real.

Marina MARIANI DE VIDAL<sup>1</sup>

**Sumario:** 1. Legislación vigente. 2. Regulación en el nuevo Código Civil. 3. Galerías Pacífico. Un caso práctico. 4. Conclusiones.

## 1. Legislación vigente

El derecho real de anticresis se encuentra actualmente regulado por el Código Civil (CCIV) en los artículos 3239 al 3261.

### 1.1. Definición

Es un derecho real de garantía, concedido por un deudor (o un tercero por él) a un acreedor, que se ejerce por la posesión de un inmueble, cuyo contenido le permite al acreedor percibir los frutos para imputarlos a una deuda.<sup>2</sup>

1. *Derechos reales*, Buenos Aires, Zavalía, 2004, 7ª ed., t. 3, p. 312.

2. HIGHTON, Elena I. en Bueres, Alberto J. (dir.) y Highton, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, t. 5C, p. 636.

### 1.2. *Elementos*

- Un inmueble.
- Su entrega al acreedor.
- La autorización para percibir sus frutos, que se imputarán al pago de un crédito.

### 1.3. *Legitimación*

Para otorgar este derecho, el constituyente debe ser capaz para disponer de sus bienes. Los representantes de los incapaces necesitarán autorización judicial. Puede ser constituido por el propietario que tenga capacidad para disponer del inmueble o por quien tenga derecho a los frutos.

Es un acto de disposición y, al mismo tiempo, aunque su objeto es el inmueble, se trata de una desmembración del dominio; se refiere a los frutos de la cosa y, para configurarla, la titularidad debe ser del propietario<sup>3</sup> (titular del dominio perfecto o de quien tenga derecho a los frutos con dominio real p. ej., el usufructuario).

En el caso de que quien constituye el derecho real de anticresis sea un usufructuario, hay que considerar que éste tiene el derecho de uso y goce del inmueble y la constitución de anticresis implica una cesión del ejercicio del derecho del que es titular, por lo que su vigencia no puede ser mayor al tiempo que durará su usufructo. Fallecido el usufructuario, los propietarios tienen un derecho indiscutible para obtener su posesión:

Ese derecho no puede quedar en suspenso por el hecho de que el usufructuario haya cedido la posesión al constituir un derecho real de anticresis y que a la fecha del deceso el acreedor anticresista no haya conseguido el pago íntegro de su crédito; el art. 3245, que autoriza al acreedor a retener el inmueble recibido en anticresis, está supeditado a la subsistencia del usufructo y se extingue con él.<sup>4</sup>

### 1.4. *El objeto*

Es un inmueble y se trata de una desmembración del dominio. El objeto de la garantía está constituido por los frutos y productos del inmueble, pero no por el inmueble mismo.

### 1.5. *Caracteres del contrato*

El contrato es de carácter real. Debe hacerse tradición del inmueble al acreedor; caso contrario, no se perfecciona (art. 1141 CCIV):

3. Ídem, p. 644.

4. Ídem, p. 645 (C.C. 1ª Cap. Fed., 23/12/1936).

Para que exista anticresis se requiere, como condición esencial, que el deudor confiera al acreedor la posesión del inmueble, no simplemente la intervención, ocupación o tenencia de determinados bienes...<sup>5</sup>

Mariani de Vidal lo caracteriza como un “contrato real (arts. 1142 y 3240 Cód. Civil), unilateral (art. 1138 Cód. Civil) y oneroso (art. 1139 Cód. Civil) que sirve de fuente al derecho real de anticresis”.<sup>6</sup>

### 1.6. *La forma*

El contrato no está sujeto a ninguna formalidad aparte de la entrega del inmueble,<sup>7</sup> pero cabe destacar que en el inciso 8 del artículo 1184 del Código Civil, que enumera los contratos que deben instrumentarse en escritura pública, se ubican las transacciones sobre inmuebles, además de la inscripción en el registro correspondiente (art. 2505 CCIV). Si bien para las partes el contrato se perfecciona con la entrega del inmueble y la confesión de cualquiera de ellas puede servir como medio de prueba, se requiere de la escritura pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad para su oponibilidad a terceros.

El artículo 3240 del Código Civil establece que “el contrato de anticresis sólo queda perfeccionado entre las partes por la entrega real del inmueble, y no está sujeto a ninguna otra formalidad”. El Codificador agregó en la nota de este artículo que

Puede ser probado, cualquiera que sea la importancia del crédito, por la confesión del deudor o del acreedor. Cuando se habla de la necesidad de escritura para la anticresis, es únicamente para la prueba del contrato, y no para su validez. El Cód francés, art. 2085, dice “La anticresis no se establece sino por escritura”, pero Berlier, en la exposición de los motivos, explica el pensamiento del artículo diciendo “que se refería a la prueba y no a la validez del contrato”.

Claramente se debe interpretar que, si bien para las partes la validez del contrato no está sujeta a otra formalidad que la entrega del inmueble, para su oponibilidad a terceros se requiere la solemnidad de la escritura pública y su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad.

5. Ídem, p. 641 (C.C. 1ª Cap. Fed., 1/12/1944 [*La Ley*, t. 36, p. 762]).

6. MARIANI DE VIDAL, Marina, ob. cit. (cfr. nota 1), p. 312.

7. HIGHTON, Elena I., ob. cit. (cfr. nota 2), p. 641.

### 1.7. *Derechos del acreedor*

Constituido el derecho de anticresis, el acreedor tomará la posesión del inmueble, lo usará y lo explotará como si fuera usufructuario, pudiendo además recibir los cánones locativos de una locación. Está autorizado a retener el inmueble hasta hacerse el cobro de su crédito, por lo que deberá rendir cuentas al deudor sobre la evolución del pago de la deuda. Deberá administrar el bien de acuerdo con su naturaleza, corriendo el riesgo de ser demandado y condenado en caso de actuar en forma negligente o por falta de conocimiento.

Si, vencido el plazo estipulado para el pago, el acreedor no llegare a cobrar su crédito, podrá exigirle judicialmente al deudor la venta del inmueble (art. 3251 CCIV<sup>8</sup>), pero no podrá de forma alguna tomar la propiedad por el importe de la deuda (art. 3252 CCIV<sup>9</sup>). Esta exigencia de hacer vender el inmueble en forma judicial no le da privilegio de prenda sobre el precio de venta (art. 3255 CCIV). El inicio del proceso de ejecución del crédito y la solicitud de la venta en forma judicial significan la renuncia del derecho de retención.

La garantía de la anticresis es la posesión del bien y el cobro del crédito con su producido, pero no le permite al acreedor anticresista el cobro privilegiado. Por ello, será un acreedor quirografario más sobre el producido de la venta.

El acreedor anticresista, mientras tenga vigente su derecho, puede hacerlo valer frente a otros acreedores privilegiados (art. 3254 CCIV), pero, una vez que inicia la ejecución de su crédito y exige la venta del inmueble en forma judicial, renuncia a su derecho de retención o la renuncia a la posesión. Por tal motivo, una vez vendido el inmueble, primero cobrarán quienes sean acreedores privilegiados, y quien era acreedor anticresista cobrará junto con los demás acreedores quirografarios.<sup>10</sup>

### 1.8. *Extinción*

Una vez que el acreedor se haya hecho de su crédito, deberá devolver el inmueble al propietario o al titular del derecho. No se prevé un plazo máximo de duración.

8. Art. 3251 CCIV. "No pagando el deudor el crédito al tiempo convenido, el acreedor puede pedir judicialmente que se haga la venta del inmueble. Es de ningún valor toda convención que le atribuya el derecho de hacer vender por sí el inmueble que tiene en anticresis".

9. Art. 3252 CCIV. "Es de ningún valor toda cláusula que autorice al acreedor a tomar la propiedad del inmueble por el importe de la deuda, si ésta no se pagare a su vencimiento; como también toda cláusula que lo hiciera propietario del inmueble por el precio que fijen peritos elegidos por las partes o de oficio".

10. Art. 3254 CCIV. "El acreedor puede hacer valer sus derechos constituidos por el anticresis contra los terceros adquirentes del inmueble como contra los acreedores quirografarios y contra los hipotecarios posteriores al establecimiento del anticresis". Art. 3255 CCIV. "Pero si él solicitare la venta del inmueble, no tiene el privilegio de prenda sobre el precio de venta".

## 2. Regulación en el nuevo Código Civil

El derecho real de anticresis está regulado dentro de los derechos de garantía, Libro 4, Título XII, Capítulo 3, artículos 2212 al 2218 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN).<sup>11</sup>

### 2.1. Definición

El artículo 2212 del CCCN define la anticresis como

... 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.

La primera diferencia que cabe destacar con el actual Código es respecto del objeto: hasta aquí el objeto era solamente inmuebles; a partir de la vigencia del CCCN (establecida para el 1/8/2015), se podrá gravar con este derecho todo tipo de cosas registrables individualizadas (determinadas), entregando la posesión de ellas al acreedor o a un tercero designado por ambas partes, quien podrá percibir los frutos e imputarlos a una deuda.

### 2.2. Elementos

- Cosas registrables individualizadas.
- Su entrega al acreedor o un tercero designado por ambas partes.
- La autorización para percibir sus frutos, que se imputarán al pago de una deuda.

### 2.3. Legitimación

Pueden constituirlo los titulares de derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal, superficie y usufructo (art. 2213 CCCN). El constituyente debe ser capaz para disponer de sus bienes. Los representantes de los incapaces necesitarán autorización judicial. Quienes tengan su capacidad restringida en los términos del artículo 32 del CCCN y requieran la asistencia de la persona designada por el juez como apoyo, como indica el artículo 43, necesitarán su asistencia en la medida fijada por la resolución judicial.

Puede ser constituido por el propietario que tenga capacidad para disponer de la cosa registrable o por quien tenga derecho a los frutos. Es un acto de disposición y, al mismo tiempo, se trata de una desmembración del dominio.

11. Su normativa se redujo de veintidós artículos a seis.

Un condómino o un usufructuario podrían dar en anticresis su proporción de titularidad sobre una cosa, porque no afecta a los demás titulares mientras la cosa permanezca de su titularidad.

#### 2.4. *El objeto*

Es una cosa registrable y se trata de una desmembración de dominio. El objeto de la garantía está constituido por los frutos y productos de la cosa registrable, pero no la cosa. Ésta deberá ser restituida a su titular al finalizar el derecho, sea por el cumplimiento del plazo o por el cumplimiento de la obligación.

#### 2.5. *Plazo*

Se estipula para este derecho un plazo máximo de diez años para cosas inmuebles y de cinco años para cosas muebles registrables (art. 2214 CCCN). Si el constituyente es el titular de un derecho real de duración menor, la anticresis se acaba con su titularidad.

Si bien el CCCN establece un plazo máximo de duración del derecho de anticresis, según las cosas sean inmuebles o muebles, los efectos de la duración de la inscripción de la anticresis se conservan por veinte años para inmuebles y por diez años para muebles registrables. Por ello, el plazo de constitución podrá renovarse, antes del vencimiento del original, por otros diez o cinco años más, según corresponda a inmuebles o muebles, hasta llegar a los veinte o diez de su registración.

#### 2.6. *Derechos del acreedor*

Cuando el acreedor toma la posesión de la cosa dada en anticresis, adquiere el derecho de usarla, percibir los frutos, imputándolos a gastos e intereses inicialmente y luego al capital. Si se trata de un inmueble, puede habitarla o utilizar la cosa mueble, imputando como fruto el alquiler que otro pagaría.

Se elimina de la actual regulación el derecho de retención más allá del plazo de vigencia del derecho y la facultad de exigir la venta judicial si no llegara a cobrar el crédito. El acreedor asume al constituir el derecho un alea que es, más allá de una adecuada explotación y administración, no cobrar su crédito en el plazo de vigencia del derecho estipulado.

#### 2.7. *Deberes del acreedor*

Debe rendir cuentas al deudor sobre la evolución del crédito y la forma de imputación de los gastos, intereses y capital.

Debe conservar la cosa; no puede modificar el destino ni realizar ningún cambio del que resulte que el deudor, después de pagada la deuda, no pueda explotar la cosa de la manera en que lo hacía antes. No puede de ninguna manera realizar cualquier acto que disminuya el valor de la cosa dada en anticresis.

Debe administrar conforme a las reglas del mandato, y responde por los daños que ocasione al deudor.

El incumplimiento de sus deberes extingue la garantía y lo obliga a restituir la cosa a su titular legitimado.

## 2.8. *Forma*

El CCCN nada advierte en los artículos 2212 al 2218 en cuanto a la forma, por lo que hay que remitirse a lo establecido en la parte general de los contratos (Título II, Capítulo 7). El artículo 1015 del CCCN establece que “sólo son formales los contratos a los cuales la ley les impone una forma determinada”. A su vez, el artículo 1017 dispone que “deben ser otorgados por escritura pública: a) los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles”.

Entonces, al suprimirse del CCCN el texto del artículo 3240 del Código Civil (ver punto 1.6.), a efectos de la oponibilidad a terceros respecto de las cosas muebles registrables se requerirá la inscripción en el Registro correspondiente; en el caso de inmuebles, la escritura pública y su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad.

## 2.9. *Gastos*

El titular del objeto gravado debe al acreedor los gastos necesarios para la conservación, aunque éste no subsista, pero el acreedor está obligado a pagar las contribuciones y cargas del inmueble.

## 3. **Galerías Pacífico. Un caso práctico**

El inmueble ubicado sobre las calles Florida, Viamonte y San Martín y la avenida Córdoba en la Ciudad de Buenos Aires fue remodelado y reciclado por la empresa Galerías Pacífico SA. De acuerdo con un plan acordado por las partes, el Estado Nacional Argentino entregó la posesión del inmueble (propiedad de Ferrocarriles Argentinos) a Galerías Pacífico SA para que ésta mantuviera la explotación por un plazo cierto determinado. Como contraprestación, Galerías Pacífico SA debía invertir el dinero necesario para la ejecución de las obras de remodelación, reciclado y restauración de la cúpula del edificio, y pagar además un canon mensual.

En principio, el 26 de enero de 1990, las partes firmaron un contrato por instrumento privado, en el que manifestaron que la adjudicación y posesión real y jurídica

del inmueble había sido válidamente acordada y que se habían iniciado las primeras obras. El 24 de abril de 1990, se firmó la escritura pública, autorizada por el escribano general del Gobierno de la Nación, Natalio Pedro Etchegaray. La empresa Ferrocarriles Argentinos constituyó derecho real de anticresis a favor de Galerías Pacífico SA, imputando globalmente la totalidad de los frutos civiles y rentas que produjera la explotación de los sectores afectados al contrato en calidad de contraprestación de las inversiones que la empresa Galerías Pacífico SA realizara para la ejecución de las obras. El derecho abarcó la totalidad de la superficie del inmueble.

Del acto instrumentado surge claramente que las partes convinieron previamente cuáles serían sus respectivos derechos y obligaciones, lo comenzaron a ejecutar, luego plasmaron su voluntad en un contrato privado entre las partes y, finalmente, cumplieron con la solemnidad de la escritura pública, que se inscribió en el Registro de la Propiedad Inmueble.

#### 4. Conclusiones

- El derecho real de anticresis ha sido una figura poco utilizada en general (se conocen muy pocos casos); sólo el Estado ha hecho algún uso de él. Los particulares no lo han tomado en consideración al analizar ciertos negocios, preferiendo optar por otros más tradicionales, tales como el fideicomiso de garantía o el usufructo, que por ser mucho más conocidos, les dan a los requirentes una mayor seguridad.
- El derecho real de anticresis otorga al acreedor una garantía de cobro de su inversión. Éste recibe la posesión del inmueble para explotarlo durante el plazo determinado o hasta el recupero del capital e intereses.
- Los herederos del acreedor anticresista pueden continuar con el derecho hasta recuperar la inversión y, si bien son responsables por la administración del bien, tienen herramientas tales como la locación o la cesión del derecho, que les dará la posibilidad de recuperar la inversión sin perjudicar al propietario del inmueble.
- El acreedor anticresista se comporta como si fuera el propietario, sin necesidad de rendir cuentas a nadie, pero con la obligación de cuidar la cosa, conservarla y ejecutar las reparaciones necesarias para mantener el bien, para que al finalizar su derecho el nudo propietario recupere la cosa en idéntica calidad, salvo los deterioros producidos por el buen uso y el paso del tiempo.