

El derecho real de anticresis y el Nuevo Código Civil y Comercial

Fabián A. Guerrero

Este trabajo tiene como objetivo primordial enunciar algunos de los cambios profundos que ha introducido el legislador a través del nuevo Cód. Civ. y Comercial de la Nación en el caso del Derecho real de Anticresis, circunstancia que en otra ocasión intentare retomar, por lo pronto comencemos con un breve pantallazo acerca del anticresis. El Cód. Civ. vigente hasta el 1° de Enero de 2016 define al anticresis como el derecho real concedido al acreedor por el deudor, o un tercero por él, poniéndole en posesión de un inmueble, y autorizándolo a percibir frutos para imputarlos anualmente sobre los intereses del crédito, si son debidos; y en caso de exceder, sobre el capital, o sobre el capital solamente si no se deben intereses, las normas relativas al anticresis están referidas de manera principal al derecho de garantía, y todo lo concerniente a la relación jurídica contractual que da nacimiento al gravamen real, estará gobernado por las normas generales sobre contratos. La doctrina nacional ha señalado que el art. 3240 no hace sino repetir lo establecido en los arts. 1141 y 1142 sobre los contratos reales (Raymundo Salvat). Los tribunales han sostenido que el art. 3240 del C. Civil se refiere al contrato de anticresis y no a la constitución del derecho real. El contrato queda perfeccionado entre las partes con la entrega del inmueble, y que no está sujeto a ninguna otra formalidad, destacando la naturaleza de contrato real, pero no exime la exigencia contenida en el art. 1184 inc. 1° que debe ser hecho en escritura pública los contratos que tuvieren por objeto la constitución de un gravamen sobre inmuebles. Solo puede ser constituido por el propietario con capacidad para disponer del inmueble o por quien tenga derechos a los frutos (art. 3241) porque ser titular del inmueble que va a afectar con este derecho real no es suficiente para que sea válida su constitución. La posibilidad de que se confiere a constituir el anticresis por el usufructuario se halla previsto en forma expresa por el art. 3242 y la legitimación de los representantes voluntarios exige el código que cuenten con facultades para otorgar actos de disposición (art. 3244).

El Derecho real de anticresis se establece por escrito, el acreedor adquiere por este contrato la facultad de percibir los frutos de un inmueble, la cuestión está zanjada por la designación del anticresis como derecho real en el art. 2503, el criterio adoptado en el art. 2329 disponiendo que los frutos naturales de una cosa forman un todo con ella.

Sobre la convencionalidad si bien no existe una norma equivalente al art. 3115 que fija como carácter esencial para que exista el derecho real de hipoteca, las disposiciones de garantía prendaria y anticresis no autorizan a suponer que este recaudo no es igualmente exigido y las normas de convencionalidad cabe citar los arts. 3247 (sobre la falta de pactos y la compensación de los frutos con los intereses), 3251 (fecha en que el deudor debe cancelar su obligación) y 3252 (nulidad de ciertas cláusulas que pudieren haber sido estipuladas).

Existe dependencia del derecho real respecto de la obligación que garantiza (accesoriedad) es ratificada entre otros en el art. 3248 que alude al supuesto de aplicarse los frutos al capital cuando el crédito no lleva intereses y el caso en que el deudor no cancele su obligación al vencimiento convenido (art. 3251) o el 3261 que refiere a la obligación de restituir por el acreedor cuando fuere pagado su crédito.

Sobre la especialidad se menciona la indicación del capital del crédito que se garantiza, los intereses que se hubieren convenido, el importe de la deuda en el art. 3252, para decir de la nulidad de la cláusula que autorice al acreedor a tomar el inmueble por el importe de aquél, estas referencias son indicadoras de la especialidad exigible para el anticresis, la instrumentación en escritura pública, la consignación del monto del gravamen, la registración del título que contiene la garantía e indicación de cuál fue el instrumento publico que otorgaron las partes al cual podrán remitirse los terceros interesados en la cuantía del crédito que pesa sobre el inmueble. Para que el derecho real quede efectivamente constituido, resultan de aplicación los principios generales sobre el modo.

I. Estipulaciones prohibidas [arriba] -

No puede autorizarse al acreedor a tomar la propiedad por el importe de la deuda si no se pagare a su vencimiento (art. 3252), tampoco el acreedor puede convertirse en propietario por el precio que se fije por medio de peritos, pero si se admite que el deudor pueda vender al acreedor el inmueble afectado antes o después del vencimiento de la deuda (art. 3253).

Pero si el deudor, después de haber constituido el inmueble en anticresis, contrajere nueva deuda con el mismo acreedor, se observará lo dispuesto respecto de la cosa dada en prenda. El acreedor podrá retener el inmueble que se le entregó hasta que se cancele la nueva obligación, percibiendo los frutos que aquél produce (ANTICRESIS TACITA art. 3261 ultima parte).

II. Relaciones del acreedor con el inmueble dado en anticresis [arriba] -

Como poseedor legítimo el acreedor anticresista puede intentar las acciones posesorias y policiales que le corresponden a aquel que haya sido turbado en su posesión o desposeído del inmueble de que se trate (arts. 3944, 2469, 2487, 2490 Ccs.) y facultado para ejercer la acción reivindicatoria en caso de despojo, y la negatoria en el supuesto de turbación (Arts. 2758, 2772 y 2800 Cód. Civil).

La facultad de percibir los frutos que produzca el inmueble afectado por la garantía surge del art. 3239 y admite el art. 3249 dos posibilidades de percibirlos, haciéndolo el acreedor por sí, o que lo dé en arrendamiento.

El derecho retención del art. 3245 es hasta el pago íntegro de su crédito principal y accesorio, el deudor no podrá pedir la restitución del inmueble dado en anticresis sino después de la extinción total de la deuda (3257 primera parte), la indivisibilidad de este derecho la establece la segunda parte del art. 3245 y la consecuencia de la restitución del inmueble dado en garantía al deudor produce la extinción del derecho de retención (arts. 3257 segunda parte y 3943).

La falta de cumplimiento en tiempo por parte del deudor sobre la obligación garantizada por el anticresis, el acreedor puede pedir judicialmente que se haga la venta del inmueble, mediante la subasta que se ordenará conforme las normas del código ritual, disponiendo en el art. 3251 decretando asimismo la nulidad de cualquier pacto que faculte al acreedor a vender por sí el inmueble gravado.

El art. 3254 le concede al acreedor una prerrogativa que le permite oponer sus derechos respecto de terceros que adquieran el inmueble, contra los acreedores quirografarios del deudor y los hipotecarios cuyo derecho real sea de fecha posterior a la de anticresis.

Respecto de terceros adquirentes, la enajenación quedará perfeccionada desde que sea el acreedor anticresista notificado del acto jurídico de transferencia del dominio.

Respecto de los acreedores quirografarios, se indica que su crédito será tomado en cuenta desde que se hubiere embargado el inmueble sometido al gravamen.

En relación a los acreedores hipotecarios el agregado del art. 3946 de la Ley N° 17.711 hace alusión al derecho de retención que prevalece sobre los privilegios especiales, inclusive el hipotecario si ha comenzado a ser ejercido antes de nacer los créditos privilegiados.

Antes dijimos que la consecuencia de la registración obligatoria del derecho real de anticresis para su oponibilidad a terceros interesados, el emplazamiento registral del gravamen le otorga a su titular un privilegio especial sobre el inmueble que prevalece sobre todo otro emplazado posteriormente, salvo los que por ley pueden tener preeminencia respecto al acreedor anticresista.

III. Deberes del acreedor anticresista [arriba] -

El acreedor está obligado a cuidar el inmueble y proveer a su conservación, el acreedor se verá obligado a hacer gastos cuyo reintegro podrá solicitarle al deudor. Este deber es contrapartida de la facultad de percibir los frutos que le confiere la constitución del anticresis (art. 3258).

Los gastos de conservación del inmueble pueden ser descontados por el acreedor del valor de los frutos. Si estos son insuficientes puede cobrárselos al deudor, salvo que no se haya convenido que los frutos en su totalidad se compensen con los intereses.

Las mejoras útiles tienen como norma de aplicación al art. 3250 estableciendo que el acreedor podrá repetirlos hasta la concurrencia del mayor valor que resultare tener el inmueble.

En relación a las cargas y contribuciones que pesan sobre el inmueble el acreedor debe pagarlas, pero faculta a descontar de los frutos lo que hubiere desembolsado, o a cobrarlos del deudor, (arts. 3259 y 3258).

Para el caso que resultare demasiado gravoso para el acreedor su conservación podrá el acreedor restituir el inmueble al deudor (art. 3257).

Responsabilidades del acreedor anticresista: Responsabilidad por cualquier detrimento que sufra el inmueble por su culpa o negligencia y obligación de efectuar las reparaciones a su costa, si hay abuso de sus facultades puede ser condenado a restituirlo aún antes de ser pagado su crédito.

El acreedor no puede hacer cambios en el inmueble ni alterar el género de la explotación que realizaba el propietario, si resultare que al tiempo de restituirsele no pudiese explotar el inmueble de la manera que antes lo hacía.

Debe responderle al deudor por la pérdida de todos los derechos que tenía el inmueble al momento de constituirse en anticresis, el deber de conservación se le impone al acreedor tiene que ver con aquellas ventajas que aprovechaban al inmueble como servidumbres activas que establecidas en su beneficio por descuido dejaron de existir.

El anticresis se extinguirá por extinción de la obligación que le servía de causa, por confusión, por vencimiento del plazo del usufructo, por restitución (arts. 3253, 3242, 3257, 3261).

Los autores del nuevo Cód. Civ. y Comercial de la Nación expusieron en sus fundamentos que la reforma de éste derecho real abarcaba en primer término que no recae sobre inmuebles sino sobre todas las cosas registrables (es decir que adicionan los muebles), cuya posesión se entrega al acreedor con posibilidad y para percibir los frutos imputándolos a la deuda, incluyendo una garantía con desplazamiento respecto de muebles. Establece un plazo máximo de 10 años para inmuebles y de 5 años para los muebles, de esta manera no dura toda la vida del bien como en la legislación vigente, aunque reconoce que se lo constituye poco en la práctica. Considerando que la entrega abreviada y el privilegio permitirá mayor agilidad, un tiempo para usar la cosa y percibir frutos y si es insuficiente se ejecuta el objeto. Legislado entre los arts. 2212 y 2218 titulado los mismos "concepto, legitimación, plazo máximo, derechos del acreedor, deberes del acreedor, gastos y duración de la inscripción" no cabe duda que el codificador ha ampliado en forma errónea el concepto del anticresis puesto que los muebles registrables se encontraban previstos en la legislación comercial en el derecho real de prenda con registro, desvirtuando claramente a la institución en estudio prevista originariamente únicamente para inmuebles; nada ha dicho en cambio sobre el anticresis tácito, si expresando la eliminación de la prenda tácita. En cuanto a la legitimación nada expresa acerca de la capacidad que deberá tener el constituyente del derecho de garantía. Ha eliminado la posibilidad que presentaba el art. 3253, aunque establece el art. 2198 genéricamente que es nula toda cláusula que permite al titular de un derecho real de garantía adquirir o disponer del bien gravado fuera de las modalidades y condiciones de ejecución previstas por la ley para cada derecho real de garantía; nada

expresa acerca de la oponibilidad del acreedor respecto del acreedor hipotecario que resultara posterior a la constitución del anticresis (art. 3946 Cod. Civil Velez), mas allá de la previsión del art. 2196 titulado inoponibilidad. Estos han sido algunas de las aristas divergentes que resultan salientes en relación al Derecho real de Anticresis reiterando la intención de profundizar en la medida de las posibilidades en posteriores publicaciones estas y otras cuestiones de interés respecto de éste derecho real de garantía en la nueva codificación argentina.

Fuentes: Cód. Civ. de la República Argentina 2009 Ed. Zavalia. Manual de Derechos Reales T. III Papaño, Kiper, Dillon Causse Ed. Depalma. Proyecto de Cód. Civ. y Comercial de la Nación Ed. Del País, 2012. Cód. Civ. y Comercial de la Nación.