

julio | septiembre 2020

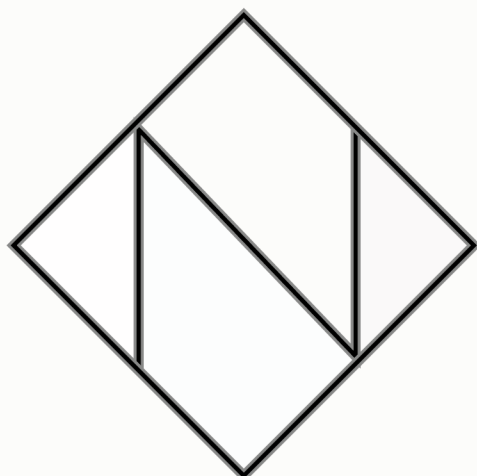
941

REVISTA DEL
NOTARIADO

Director: Diego Maximiliano Martí

julio I septiembre 2020

941



REVISTA DEL
NOTARIADO

Director: Diego Maximiliano Martí

Órgano del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires
Fundada el 15 de noviembre de 1897

ISSN 2451-537X

Las opiniones vertidas en los artículos de la *Revista del Notariado* son de responsabilidad exclusiva de sus autores y su publicación no es vinculante ni constituye opinión oficial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

Propietario: Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires

Director: Diego Maximiliano Martí

Comité editorial: Maritel Mariela Brandi Taiana, Arnaldo Adrián Dárdano, Alfonso Gutiérrez Zaldivar, Martín Jaime Giralt Font, María Marta Luisa Herrera, Alberto María Miguens, Mariana Claudia Massone, Pilar María Rodríguez Acquarone

Coordinación editorial: Departamento de Comunicaciones

Secretario de redacción: Agustín Rodríguez

Corrección y edición: Agustín Rodríguez

Av. Callao 1542 (C1024AA0) - 1^{er} piso

Buenos Aires - República Argentina

+54-11-4809-7072

revistadelnotariado@colegio-escribanos.org.ar

<http://www.revista-notariado.org.ar>

<http://www.colegio-escribanos.org.ar>

Nº de Registro DNDA: 5353496

ISSN: 2362-6186

Diseño de tapa: Florencia Cardoso

Diseño de interior: Carlos Almar

Todos los derechos reservados.

Consejo Directivo

Ejercicio 2019-2021

Presidente	Carlos Ignacio Allende
Vicepresidente	Santiago Joaquín Enrique Pano
Secretaria	Rita Josefina Menéndez
Secretario	Hernán Mario Ferretti
Prosecretario	Ricardo Jorge Blanco Lara
Prosecretaria	María T. Acquarone de Rodríguez
Tesorera	María Eugenia Diez
Protesorero	Mauro Riatti
Vocales titulares	Álvaro D. Ramírez Arandigoyen María Valeria Seibane Irene Recalde de Ricardes Federico José Leyría José María Lorenzo Virginia Carolina Olexyn Horacio Francisco Ballestrín Nélida C. Rosato de De Pascale María Florencia Rodríguez Amat Ricardo Carlos Alberto Blanco
Vocales suplentes	Mariano Alejandro Lozano Diego Mariano Mage Ernesto Felipe Vales Angélica G. E. Vitale Virginia Beatriz Putignano Horacio Egidio Domingo Gigli
Presidente honorario	José María Fernández Ferrari † (Resolución Asamblea Extraordinaria del 27/6/2019)
Decano	R. Gastón Courtial † (Resolución Asamblea Extraordinaria del 26/9/2013)

Editorial | 7

Doctrina

"Revitalización de la anticresis bajo la reforma del Código Civil y Comercial"
por Liliana Abreut de Begher | **9**

"Anticresis y tiempo compartido. Análisis comparativo e integrador"
por José Luis Caliri | **25**

"Anticresis"
por Claudio M. Kiper | **63**

"La lucha contra el derecho líquido. La función preventiva notarial en el ámbito de la contratación hipotecaria"
por Federico W. Risso | **101**

"Volver del futuro. El problema del otorgante"
por Alberto M. Miguens | **123**

Jurisprudencia comentada

"Un espaldarazo para la vigencia del arancel"
por María Celeste Gerarduzzi | **143**

Estimados lectores:

En este número, condensamos cinco trabajos doctrinarios y un comentario de jurisprudencia, que, como resulta habitual en la modalidad de publicación actual, ya han sido puestos a disposición en la web de la *Revista*.

Probablemente haya llamado la atención de muchos de ustedes la temática de tres de los artículos publicados, por lo poco habitual de su tratamiento. Me refiero al derecho real de anticresis, abordado por los Dres. José Luis Caliri, Claudio Marcelo Kiper y Liliana Abreut de Begher. Ello se debió a la elección precisamente de ese tema para la Comisión de Derechos Reales de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil desarrolladas en Mendoza del 22 al 24 de septiembre de 2022.

Así, en *Anticresis y tiempo compartido. Análisis comparativo e integrador*, **Caliri** analiza el derecho real como garantía económicamente eficiente para funcionar en sistemas de tiempo compartido, abordando en paralelo cuestiones referidas a la finalidad y al objeto de ambas tipicidades reales.

Por su parte, **Kiper**, en *Anticresis*, analiza de modo sistemático el nuevo régimen que asigna el Código Civil y Comercial al derecho real, examinando temas tales como si asiste al acreedor el derecho de retención, si es factible garantizar créditos indeterminados, la diferencia entre el plazo de duración y el de caducidad de la inscripción, si se pueden constituir anticresis sucesivas y la posibilidad de gravar una parte material de la cosa, entre otras cuestiones.

En *Revitalización de la anticresis bajo la reforma del Código Civil y Comercial*, **Abreut** aborda la legitimación para ser titulares del derecho real de anticresis a los titulares de conjuntos inmobiliarios, el gravamen sobre parte material del bien, la coexistencia de hipoteca y anticresis sobre el mismo inmueble, el vínculo con el usufructo y con la superficie, y las diferencias entre el plazo de duración de la anticresis y la caducidad de su inscripción.

Alberto María Miguens, en *Volver del futuro. El problema del otorgante*, efectúa una pormenorizada crítica de la redacción del Código Civil y Comercial, por ausencia u omisión de vocabulario técnico preciso, con relación a los requisitos de la escritura pública, poniendo de relieve que la vaguedad y ambigüedad terminológica de la ley hace a la dificultad de su interpretación, lo que deriva inexorablemente en falta de seguridad jurídica.

En *La lucha contra el derecho líquido. La función preventiva notarial en el ámbito de la contratación hipotecaria*, **Federico Walter Risso** analiza el devenir de las crisis generadas en relación a los préstamos hipotecarios en



los últimos años, en el mundo y en nuestro país, proponiendo repensar de qué manera mejorar el ejercicio de la función notarial para poder aportar al equilibrio necesario, a efectos de proteger el centro del sistema: el ser humano.

Por su parte, **María Celeste Gerarduzzi**, en *Un espaldarazo para la vigencia del arancel*, analiza un fallo de la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en que se da preeminencia al Decreto 1208/87 por sobre las regulaciones de la ley 27423, sobre honorarios profesionales de abogados, procuradores y auxiliares de la justicia.

DIEGO MAXIMILIANO MARTÍ

Revitalización de la anticresis bajo la reforma del Código Civil y Comercial

Liliana Abreut de Begher

RESUMEN

Entre los sujetos legitimados para ser titulares del derecho real de anticresis se encuentran los titulares de conjuntos inmobiliarios. El objeto sobre el que recae el derecho puede ser la totalidad o parte material del bien en determinados casos. Pueden coexistir el derecho de hipoteca y anticresis sobre el mismo inmueble. La anticresis permite que el usufructo pueda ser dado en garantía, al igual que el derecho de superficie. El plazo de duración de la anticresis y la caducidad de su registración: diferencias y crítica.

PALABRAS CLAVE

Anticresis; legitimados para su constitución; objeto del derecho; usufructo en garantía; superficie en garantía; registración y caducidad de la anticresis.

Recibido: 30/6/2022

Aceptado: 30/6/2022

Publicado online: 21/7/2022

Sumario: 1. Derecho real de garantía: la anticresis. 2. Legitimados para la constitución del derecho de anticresis. 3. Objeto. 4. Coexistencia de una hipoteca y una anticresis sobre el mismo bien. 5. Usufructo en garantía y superficie en garantía. 6. Plazo máximo de duración del derecho real. 7. Bibliografía.

1. Derecho real de garantía: la anticresis

§ a. El patrimonio de una persona es la garantía común de sus acreedores.

La expresión *garantía* se refiere a la responsabilidad que asume una persona para responder por las obligaciones contraídas con los bienes que componen su patrimonio. En rigor, el deudor es responsable cuando incumple una obligación, mientras que la garantía emana de sus bienes, es



decir, de su patrimonio. De este modo, la garantía confiere efectividad a la responsabilidad.¹

En sentido estricto, la garantía es una norma del derecho o un precepto de autonomía privada que viene a añadirle al crédito algo que este no tiene por sí mismo, de forma tal que esa adición o yuxtaposición refuerza al acreedor la seguridad de que ha de ver realizado su derecho, ampliándose su poder jurídico, de modo tal que aparece un nuevo derecho jurídico o una facultad.²

Las garantías pueden ser catalogadas, entre otras clasificaciones, según su fuente, el derecho al que dan origen, su objeto, su finalidad y su nivel de abstracción.³ Dentro de las garantías reales –entendidas como aquellas en las cuales se le concede al acreedor un poder jurídico que recae sobre cosas concretas y determinadas–, tenemos las garantías reales en sentido estricto, como son los derechos reales de garantía: la hipoteca, la prenda y la anticresis.

En las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Lomas de Zamora, 2007), se postuló que “la anticresis constituye una garantía real valiosa en sí misma y como complemento de otras como la hipoteca o la prenda”.⁴

La anticresis es un derecho real sobre cosa ajena, accesorio y en función de garantía, y su fuente es siempre contractual. Es un derecho real que se ejerce por la posesión, donde sus caracteres esenciales son la convencionalidad y la especialidad, y su carácter natural, la indivisibilidad.

La mayor utilización de la hipoteca y otras garantías reales, como derechos de garantía, hizo que la anticresis fuera un derecho poco utilizado en la época moderna, sobre todo porque la tradición de la cosa priva de fuente de crédito al deudor.

En el derecho contemporáneo, existió una cierta orientación a eliminar el derecho de anticresis,⁵ pero lo cierto es que, con la reforma legislativa del Código Civil y Comercial (CCyC), por el contrario, se buscó revitalizarlo.

1. BUERES, Alberto J. y MAYO, Jorge A., “Lineamientos generales sobre las garantías de la obligación en el derecho privado”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N.º 2, 1996, pp. 15-16.

2. Díez PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, t. 2, Madrid, Thomson-Civitas, 1996 (5ª ed.), pp. 396-397.

3. ITURBIDE, Gabriela, *Fideicomiso de garantía*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, p. 39.

4. AA. VV., (conclusiones de las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil [Lomas de Zamora, 2007]). (N. del E.): ver [aquí](#), p. 7; última consulta: 12/7/2022.

5. Esta institución fue eliminada de los códigos alemán, suizo, mejicano y portugués; y mantenida entre otros por España, Italia, Francia, Brasil, Bolivia, Perú, Colombia, Venezuela, etc. Ver interesante estudio sobre la anticresis en el mundo en ALEGRE DE MIQUEL, Jorge, *La anticresis: función y finalidad en el Código civil español y en el código civil de Cataluña* (online), Barcelona, s. e.,

Se ha dicho que este instituto tiene en su contra que obstaculiza la circulación de bienes y entorpece la explotación económica, ya que el poseedor solo busca el mejor provecho de la tierra que se le ha entregado, cuya consecuencia es que, en épocas de crisis, los inmuebles afectados se encuentren en lamentable estado.⁶ No compartimos esta postura, por cuanto entendemos que todo lo que tiende a facilitar los negocios jurídicos y a multiplicar los medios de liberación para los deudores resulta útil a la sociedad.

§ b. Se trata de un derecho de naturaleza real, accesorio, destinado a hacer efectivo el cumplimiento de una obligación principal de carácter personal. Es un derecho real que se ejerce por la posesión, por lo que se le aplica la teoría del título suficiente y modo suficiente para la adquisición del derecho real (cfr. arts. 750 y 1892 CCyC).⁷

El artículo 3239 del Código de Vélez (CC) establecía que la anticresis era:

... el derecho real concedido al acreedor por el deudor, o un tercero por él, poniéndole en posesión de un inmueble, y autorizándolo a percibir los 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.

En la nota a la norma precitada, Vélez Sarsfield indicaba que era un derecho real y que no podía entenderse que era un derecho personal por la sola circunstancia de que el acreedor podía disponer de los frutos (*ius fruendi*), al decir que tanto los frutos como el terreno forman una sola cosa y que, en función del derecho real de garantía, hay una desmembración del derecho de propiedad.⁸

Si bien el acreedor anticresista tiene el derecho de poseer, de usar y de gozar de la cosa ajena, su finalidad está orientada a asegurar el cumplimiento de una obligación principal: el crédito garantizado. El acreedor

2013 (tesis doctoral ante la Universitat Ramon Llull), en https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/126533/TESL_JORGE_ALEGRE_DE_MIQUEL.pdf, última consulta: 30/6/2022.

6. BOULANGER, Jean y RIPERT, Georges, *Tratado de derecho civil. Según el tratado de Planiol*, t. 7, Buenos Aires, La Ley, 1987 (supervisado por J. J. Llambías, traducido por D. García Daireaux), pp. 46-48; GARRIDO CORDOBERA, Lidia, *Anticresis. Un instituto vigente*, Buenos Aires, Universidad, 1986, p. 23).

7. (N. del E.): los hipervínculos a textos normativos fueron incorporados por la *Revista del Notariado* y dirigen a fuentes oficiales –en caso de excepción, se hará la aclaración que corresponda–; la fecha de última consulta es 12/7/2022.

8. (N. del E.): ver la nota al art. 3239 CC [aquí](#) (p. 194) (fuente: VÉLEZ SANSFIELD, Dalmacio, *Notas del Código Civil de la República Argentina* [online], Buenos Aires, Pablo E. Coni Editor, 1872); última consulta: 8/7/2022.

anticresista, como titular de un derecho real, goza del *ius persecuendi* y *ius preferendi* (art. 1886 CCyC) y, por lo tanto, puede servirse de las acciones posesorias y reales. La propiedad del inmueble gravado puede corresponder al deudor o a una persona distinta, lo que permite diferenciar los supuestos del constituyente del gravamen deudor de la obligación, del constituyente del gravamen no deudor de esta (tercero), al igual que acontece con la hipoteca y la prenda.

El CCyC, en términos casi idénticos al Código derogado, dispone en el artículo 2212 que

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.

Según la nueva legislación, el derecho real de anticresis puede ahora recaer sobre cosas registrables, lo que importa ampliar su objeto, ya que incluye no solo los inmuebles, como disponía el Código velezano, sino también los muebles registrables.

El contrato de anticresis solo queda perfecto entre las partes por la entrega de la cosa (v. gr.: por tradición posesoria, cfr. arts. 750 y 1892 CCyC); sin embargo, como se trata de cosas registrables, el negocio jurídico debe formalizarse por escritura pública cuando la legislación específica lo indique. En el caso de los inmuebles, el derecho debe ser formalizado por escritura pública (art. 1017). Cabe recordar que el derecho real de garantía nace extrarregistralmente, por cuanto la inscripción registral permite la oponibilidad del derecho constituido frente a terceros interesados, salvo disposición legal en contrario (p. ej.: automotores).

El CCyC mantiene la tradición posesoria como el modo para la adquisición derivada de los derechos reales que se ejercen por la posesión, salvo en los casos legamente previstos. Y, cuando tengamos superposición de derechos reales sobre cosa total o parcialmente ajena, se puede recurrir a la figura de la *traditio brevi manu*.⁹

9. ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., (opinión sobre el art. 1892), en Alterini, J. H. (dir. gral.), *Código civil y comercial comentado. Tratado exegético*, t. 9, Buenos Aires, La Ley, 2015 (1ª ed.), p. 76. Los autores explican: "El Proyecto de 1998, en su art. 1826, se hizo cargo de un supuesto generalmente silenciado [...] el modo en la adquisición derivada por actos entre vivos de derechos reales sobre cosa total o parcialmente ajena en los supuestos de estar gravada con derechos reales como el usufructo, el uso, la habitación, la prenda, la anticresis, pues allí el modo suficiente se concretaba a través de la notificación de la identidad del nuevo titular al titular del derecho real sobre cosa ajena, como una suerte de expansión de la *traditio brevi manu* en su modalidad conocida como tradición como indicación". Este supuesto no fue recogido en el CCyC. (N. del E.): ver Proyecto de 1998 [aquí](#); última consulta: 13/7/2022.

Es un derecho real transmisible, tanto entre vivos como *mortis causa*, por lo que los derechos del causante –en su calidad de acreedor anticresista– se transmiten a sus herederos (cfr. arts. 398 y 1906).¹⁰

No es posible adquirir la anticresis por usucapión, por no ser un derecho principal (arts. 2565 y 1889).

Al ser el acreedor anticresista un poseedor de la cosa anticrética, goza de las acciones posesorias (arts. 2238, 2241 y 2242) y de las reales tales como la reivindicatoria frente a un despojo (art. 2248), la negatoria contra cualquiera que le impida el derecho de poseer o se arrogue una servidumbre inexistente o para reducir la existente a su verdadero límite (art. 2262), y la confesoria cuando se le impida el ejercicio de una servidumbre activa (art. 2264).

2. Legitimados para la constitución del derecho de anticresis

El legislador expresamente indica quiénes son los titulares de derechos reales legitimados para constituir el derecho de anticresis. Conforme a la normativa vigente, se encuentran legitimados para constituir este derecho real los titulares de derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal, superficie y usufructo.

Si bien el artículo 2213 no incluye expresamente los conjuntos inmobiliarios dentro de los titulares legitimados, entendemos que, por ser un derecho de propiedad horizontal especial (art. 2075), puede interpretarse válidamente que su titular puede también constituirlo, sin que ello violente la estructura legal del derecho en análisis (art. 1884).

Es cierto que existe una diferencia en cuanto a los legitimados para constituir el derecho de hipoteca respecto de la anticresis: en el primer supuesto, se encuentran enumerados expresamente los titulares de conjuntos inmobiliarios (art. 2206); no obstante, entendemos que los titulares de conjuntos inmobiliarios propiamente dichos (libro IV, título VI, capítulo 1) pueden constituir el derecho de anticresis, por ser en esencia un supuesto especial de propiedad horizontal. En las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2017), se hizo una interpretación en este mismo sentido, cuando se analizaron los sujetos legitimados para constituir el usufructo (art. 2131), entre los que se incluyó a los titulares de conjuntos inmobiliarios, en tanto, si bien la norma no lo decía sacramentalmente, no

10. En contra: ARRAGA PENIDO, Mario, *Derechos reales de garantía*, Buenos Aires, Astrea, 2019, p. 258; quien sostiene que la anticresis no es transmisible por acto entre vivos, sino únicamente por causa de muerte, aunque agrega que el acreedor anticresista puede ejecutar el bien gravado en subasta pública (art. 2198 CCyC [antes, art. 3251 CC]).

dejaban de ser una propiedad horizontal especial según reza el artículo 2075.¹¹

Consideramos que no pueden entenderse legitimados a constituir el derecho de anticresis los titulares de derechos reales de tiempo compartido y cementerios privados, por no ser una propiedad horizontal especial, como acontece con los conjuntos inmobiliarios propiamente dichos (art. 2075). En estos casos, las normas de cada uno de esos derechos remiten a la teoría general de los derechos reales, y no a propiedad horizontal (arts. 2101 y 2112).

3. Objeto

§ a. Dispone el CCyC que el derecho real de garantía recae sobre cosas registrables individualizadas, cuya posesión se entrega al acreedor. La ampliación del objeto para este derecho real conlleva implicancias que antes no existían, dado que permite tener por objeto tanto los inmuebles como los muebles registrables (aeronaves, buques, automotores, cosechadoras, etc.).

Resulta claro que es un derecho real que recae sobre la cosa afectada a la garantía, pero nos preguntamos si es posible la constitución del derecho de anticresis tanto sobre una parte material de ella –en vez de su totalidad– como también sobre una parte indivisa. Al respecto, se debe marcar que no se encuentra prevista expresamente (dentro del título XII, capítulo 3) la constitución del derecho de anticresis sobre una parte material de la cosa o sobre una parte indivisa, tal como se fija para otros derechos reales sobre cosa ajena, por lo que debemos desentrañar la respuesta de acuerdo con una interpretación armónica del articulado del cuerpo legal.

El artículo 1883, dentro de la teoría general de los derechos reales, fija que “el derecho real se ejerce sobre la totalidad o una parte material de la cosa que constituye su objeto, por el todo o por una parte indivisa”.

En la regulación de los derechos reales sobre cosa ajena, observamos que en el derecho de superficie se prevé que puede recaer sobre todo el inmueble o una parte material determinada (art. 2116 CCC). En el usufructo se estableció que puede recaer sobre la totalidad o parte material de una cosa, o una parte indivisa (art. 2130). En idéntico sentido se indicó para el uso, ya sea que puede recaer sobre toda la cosa, parte material o parte indivisa (art. 2154); mientras que para el derecho de habitación se prevé que puede recaer sobre todo o parte de un inmueble (art. 2158). A su vez, el objeto de la

11. AA. VV., (conclusiones de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil [Bahía Blanca, 2015]). (N. del E.): ver [aquí](#); última consulta: 12/7/2022.

servidumbre también puede ser todo el inmueble o una parte material (art. 2162).

En la teoría general de los derechos reales de garantía, en el artículo 2188, únicamente se establece: “Especialidad en cuanto al objeto: Cosas y derechos pueden constituir el objeto de los derechos reales de garantía. El objeto debe ser actual y estar individualizado adecuadamente en el contrato constitutivo”. Nada se indica respecto de que pueda recaer sobre todo o parte material del bien, sino que solo se establece que pueden ser cosas y derechos. Ahora bien, en el capítulo 2 de “Hipoteca”, se especifica que es un derecho real que “recae sobre uno o más inmuebles individualizados que continúan en poder del constituyente” (art. 2205). Y, en referencia a la especialidad en cuanto al objeto, se establece que también se puede gravar una parte indivisa (art. 2207, “Hipoteca sobre parte indivisa”). En todos los casos, deberá determinarse el inmueble en cuanto a ubicación, medidas, perimetrales, superficie, colindantes, datos de registración y nomenclatura catastral, para su debida individualización (art. 2209).

§ b. En el desarrollo de la regulación de la anticresis no se observan normas equivalentes tal como existen para la hipoteca. Nada dice sobre la constitución de una anticresis sobre parte material o parte indivisa, pues el artículo 2212 dispone que “recae sobre cosas registrables individualizadas, cuya posesión se entrega al acreedor o a un tercero designado por las partes, a quien se le autoriza a percibir los frutos para imputarlos a una deuda”. Pareciera ello mostrar que este derecho únicamente podría recaer sobre la totalidad material de una cosa, y que no sería posible su constitución sobre una parte material o sobre partes indivisas. No obstante, si tenemos en cuenta que uno de los sujetos legitimados para constituir este derecho es el titular del derecho real de condominio (art. 2213), ello nos lleva a una conclusión diferente. Por ello, consideramos que el artículo 2213 debe ser armonizado con los artículos 1986, 1987, 1988, 1989 y 1990.

Como primera conclusión, podemos decir que resulta posible la constitución del derecho real de anticresis en un condominio.

En segundo término, entendemos que no resulta necesario que el resto de los condóminos presten su conformidad con ese negocio jurídico, en tanto no existe norma alguna que prevea ese requisito (art. 1990 “Disposición de la cosa en el condominio”, art. 2213 “Legitimación”, y art. 1989 “Facultades con relación a la parte indivisa”).¹² Interpretar lo contrario haría caer en letra

12. COSSARI, Nelson G. A., (comentario al art. 2213), en Alterini, J. H. (dir. gral.), *Código civil y comercial comentado. Tratado exegético*, t. 10, Buenos Aires, La Ley, 2016 (2ª ed.), p. 593.

muerta la facultad del condómino de constituir anticresis sobre su parte indivisa.

Algunos juristas entienden que es posible la constitución de la anticresis sobre una parte indivisa si existe la decisión unánime de los restantes condóminos, por cuanto sostienen que nadie puede obligar a los otros condóminos a compartir el uso de la cosa con un extraño.¹³ No compartimos esta postura, por cuanto el condómino tiene la disposición jurídica de la cosa (en los términos del art. 1989),¹⁴ sin perjuicio de lo que se decida sobre su administración (art. 1993).

§ c. Pero la conclusión precedente nos lleva a otros interrogantes. Aceptada la posibilidad de la constitución de la anticresis sobre una parte indivisa, sin necesidad de la conformidad del resto de los condóminos, se presenta otra cuestión: en el supuesto de existir un convenio de uso y goce excluyente sobre una parte material del bien (art. 1987), ¿sería factible que se constituya la anticresis únicamente sobre la parte indivisa y relacionada con esa parte material? Y también, en el caso de los titulares de dominio, propiedad horizontal, superficie o usufructo, ¿podrían constituir anticresis sobre una parte material del bien, en vez de hacerlo sobre la totalidad de la cosa?

Vemos que las respuestas afirmativas a los interrogantes podrían ser vistas como contrapuestas con el contenido del artículo 2212, que solo menciona como objeto del derecho de anticresis las “cosas registrables individualizadas”, sin mencionar la posibilidad de que sea sobre una parte material o indivisa, tal como acontece para otros derechos reales –con la excepción del condominio–. Consideramos que, cuando se grava con anticresis un dominio o una propiedad horizontal, el derecho real de garantía recae sobre la totalidad del bien, no siendo posible sobre una parte material o sobre una parte indivisa, salvo que en la propiedad horizontal existan condóminos, lo que hará que recaiga sobre la cuota parte. Sin embargo, al confrontar el artículo 2212 con el contenido del artículo 2213, que otorga la posibilidad de constituir anticresis a los titulares de los derechos reales de superficie y usufructo, la solución se avizora diferente.

13. CAUSSE, Federico y PETTIS, Christian, *Derechos reales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, (colección “Incidencias del código civil y comercial”, dirigida por A. J. Bueres, v. 8), p. 236; ARRAGA PENIDO, Mario, ob. cit. (nota 10), p. 239; ABELLA, Adriana N. y MARIANI DE VIDAL, Marina, *Derechos reales en el código civil y comercial*, t. 2, Buenos Aires, Zavallia, 2016, p. 213.

14. Art. 1989 CCyC: “*Facultades con relación a la parte indivisa*. Cada condómino puede enajenar y gravar la cosa en la medida de su parte indivisa sin el asentimiento de los restantes condóminos. Los acreedores pueden embargarla y ejecutarla sin esperar el resultado de la partición, que les es inoponible. La renuncia del condómino a su parte acrece a los otros condóminos”.

Tanto para el derecho de superficie como para el caso del usufructo, ambos derechos sobre cosa ajena, se fija en sus respectivos títulos que pueden constituirse sobre todo o parte material de las cosas, o sobre parte indivisa (arts. 2116 y 2130). Siguiendo esa línea, de ello se concluye que es posible constituir el derecho de anticresis sobre parte material o sobre parte indivisa si de esa forma le corresponde al legitimado como titular del derecho real principal (art. 2213).

La posesión de los superficiarios, usufructuarios y anticresistas es diferente, y podrían incluso superponerse. A su vez, el condómino puede constituir el derecho de anticresis sobre su parte indivisa, y, en el caso de existir un convenio de uso y goce excluyente sobre una parte material (art. 1987), el objeto del derecho real de garantía será igual que el objeto del derecho principal (art. 399).

Siguiendo el razonamiento de los párrafos precedentes, consideramos que el titular de dominio y el de propiedad horizontal no pueden constituir sobre parte material o parte indivisa el derecho real de garantía, salvo que exista un condominio en el caso de la propiedad horizontal. Asimismo, razonamos que los titulares de superficie y usufructo pueden constituir el derecho de anticresis sobre la totalidad del bien (si es una superficie total o usufructo total), o sobre una parte material del bien (si es una superficie parcial o usufructo parcial), o sobre una parte indivisa (únicamente para el usufructo sobre parte indivisa) si de ese modo fue constituido el derecho real principal (cfr. arts. 2114 y 2130).

4. Coexistencia de una hipoteca y una anticresis sobre el mismo bien

Dos son las diferencias más relevantes entre el derecho real de hipoteca y el de anticresis. En el primero, el objeto son solo los inmuebles, mientras que, en el segundo, lo son las cosas registrables, sean muebles o inmuebles. Por otro lado, la hipoteca es un derecho real de garantía que no se ejerce por la posesión, a diferencia de la anticresis, que sí se ejerce por la posesión del bien. Ambos son derechos reales de garantía, accesorios de una obligación principal, pero, en la anticresis, el modo suficiente es la tradición posesoria, mientras que, en el otro, la posesión no existe.

De conformidad con lo expuesto, nos preguntamos si esa diferencia podría habilitar al titular de la cosa legitimado para constituir anticresis a constituir también una hipoteca sobre la misma cosa. O sea, nos planteamos la posibilidad de la coexistencia de diferentes derechos reales de garantía sobre una misma cosa: la hipoteca y la anticresis.

Cabe recordar que se encuentran legitimados para constituir el derecho real de hipoteca el titular dominial, el condómino, el de propiedad horizontal, el de conjuntos inmobiliarios y el de superficie (art. 2206). En la comparación con los sujetos legitimados para la constitución de la anticresis, se observa que no se incluye al usufructuario y al titular de conjuntos inmobiliarios – aspecto ya explicado *supra* y que se entiende incluido por ser una propiedad horizontal especial (art. 2075)–.

Esa comparación nos da una convergencia que hace que los titulares de dominio, condominio, propiedad horizontal y superficie se encuentren legitimados a gravar el bien tanto con el derecho real de hipoteca como con el de anticresis. Entendemos que podrían hacerlo con ambos derechos simultáneamente, o sucesivamente, si ello no menoscaba la calidad del derecho del acreedor.

Consideramos que nada impediría que, gravado un bien con anticresis, luego se constituya una hipoteca para garantizar otra deuda, sabiendo el acreedor de la existencia de ese gravamen real (art. 2195); o en su caso, a la inversa, que, existiendo una hipoteca, el acreedor hipotecario preste conformidad con la constitución de una anticresis a favor de otro acreedor. Igualmente, ante la existencia de una superficie parcial, el superficiario podría gravar el bien con el derecho de anticresis, mientras que el titular dominial lo podría hacer con una hipoteca. Técnicamente, también sería posible la existencia de superficies parciales sobre el mismo bien, donde una sea gravada con hipoteca y otra con anticresis. Incluso, podría suceder que, constituido un derecho de superficie parcial sobre un inmueble, el superficiario lo grave con un usufructo y el usufructuario garantice una obligación con el derecho real de anticresis sobre la misma cosa, mientras el nudo propietario contrae otra obligación que puede garantizar con el derecho real de hipoteca.

Observamos un abanico de posibilidades que permiten razonar que los derechos de garantía de hipoteca y anticresis pueden coexistir sobre un mismo bien. Tal posibilidad no resulta óbice para que las partes convengan restricciones jurídicas sobre estas situaciones.

La pauta principal orientativa se deriva del artículo 2195:

El constituyente de la garantía conserva todas las facultades inherentes a su derecho, pero no puede realizar ningún acto que disminuya el valor de la garantía. Si esto ocurre, el acreedor puede requerir la privación del plazo de la obligación, o bien puede estimar el valor de la disminución y exigir su depósito o que se otorgue garantía suficiente.

En otro aspecto, consideramos que no es posible constituir en forma sucesiva más de un derecho real de anticresis sobre la misma cosa, por

cuanto es un derecho real que se ejerce por la posesión, y por el que se otorga el *ius fruendi*.¹⁵ Únicamente sería aceptable en el supuesto de que resultara ser una ampliación de la garantía por un crédito otorgado por las mismas partes sobre el mismo bien. Esto marca una diferencia con la hipoteca, que permite la constitución de hipotecas sucesivas sobre el mismo bien a favor de diferentes personas.

5. Usufructo en garantía y superficie en garantía

Los derechos reales de usufructo y superficie tienen una nueva estructura legal bajo la actual legislación, que se aparta del [Código Civil](#) y de la [Ley 25509](#) –que solo regulaba la superficie forestal–. La facultad que tiene el usufructuario de constituir un derecho real de anticresis para garantizar una obligación (art. 2213) abre un abanico de posibilidades que bajo el Código Civil no existían.

El punto de partida de esta nueva realidad del derecho se debe a que el usufructo, bajo el CCyC, es un derecho real transmisible por acto entre vivos –no *mortis causa* (art. 2140)–, lo que permite que sea ejecutable por sus acreedores (art. 2144). Esta característica permite que este derecho sea embargado y ejecutado por deudas, más aún frente a la existencia de una garantía real como la anticresis. De este modo, observamos que el titular de un derecho real de usufructo, que tiene el *ius utendi* y *ius fruendi*, puede garantizar el cumplimiento de una obligación que contraiga con su derecho a los frutos sobre la cosa (*ius fruendi*). Esta nueva forma de garantía es una novedad en nuestra legislación, por lo que hablamos de la constitución de un usufructo en garantía a través del derecho real de anticresis.

Frente al nudo propietario, el usufructuario continúa siendo personalmente obligado por la conservación y el mantenimiento de la cosa, de modo que el acreedor anticresista no puede ejercer frente a él el derecho de retención¹⁶ ni alegar el hecho de no haberse satisfecho la totalidad de la obligación garantizada para no entregar la cosa gravada. Del mismo modo, un superficiario puede constituir un derecho real de hipoteca sobre la cosa y, a la vez, técnicamente, también podría gravarlo con un derecho de anticresis, según preceptúa el artículo 2120. El límite es lo que las partes acuerden

15. ABREUT DE BEGHER, Liliana, *Derechos reales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2019 (3ª ed.), p. 469.

16. BONO, Gustavo A. y PUERTA DE CHACÓN, Alicia, "Necesaria revitalización de la 'anticresis'. Proyecto de código civil y comercial de la nación de 2012" (online), SJA, 17/10/2012, en <https://informacionlegal.com.ar/>, AR/DOC/9513/2012, última consulta: 30/6/2022.

conforme lo dispone el artículo 2195, en el sentido de que no pueden realizar ningún acto que disminuya el valor de la garantía.

Se sobreentiende que, una vez que se haya constituido una hipoteca, se deberá contar con la conformidad de ese acreedor para la constitución de un derecho de anticresis, dado que ello puede impactar en el patrimonio del constituyente de la garantía.

6. Plazo máximo de duración del derecho real

§ a. Cuando el legislador desarrolla la teoría general de los derechos reales de garantía, no indica un plazo máximo de duración de ellos; nada dice respecto de la hipoteca y la prenda en los capítulos 2 y 4, título XII del libro IV, pero, por el contrario, lo fija para la anticresis en el capítulo 3.

El plazo máximo de duración del derecho de anticresis fue establecido en un máximo de diez años para inmuebles y de cinco años para muebles registrables (art. 2214). Estos plazos son de máxima, por lo que se pueden pactar garantías por un plazo menor, o en su caso, las prórrogas que no superen el máximo legal.

Entendemos que el plazo de duración máximo de la garantía real anticrética es exiguo y atenta contra la finalidad que se quiso obtener con la modificación legislativa. En el caso del usufructuario constituyente de anticresis, vemos que el plazo de duración de la garantía se encuentra limitado en su existencia temporal al plazo máximo de constitución del usufructo, sea vitalicio o sujeto a una condición o plazo resolutorio de plazo menor, o no mayor a los cincuenta años si es constituido a favor de una persona jurídica (art. 2152). En todos los casos, la anticresis no puede superar el máximo legal, aun cuando derecho real de disfrute pueda tener un plazo de duración mayor.

Es posible que ese límite temporal de diez años de duración de la anticresis tenga alguna relación con la extinción del derecho de disfrute por el no uso, pero no tiene justificación alguna cuando los constituyentes son los titulares de dominio, condominio, propiedad horizontal, superficie y conjuntos inmobiliarios. Tampoco se observa alguna relación con el artículo 2189, que se refiere a los derechos reales de garantía abiertos.

Si un superficiario constituye un derecho real de anticresis, el límite temporal será de diez años, por recaer sobre inmuebles, aun cuando el derecho principal pueda ser constituido por cincuenta o setenta años, en tanto sea para forestar o construir, lo cual disminuye notoriamente la bondad del derecho de anticresis frente a la hipoteca, que no tiene ese límite.

Se ha dicho que el plazo máximo de duración de la anticresis “se funda en la amortización del valor de la cosa y el posible plazo de financiamiento”,¹⁷ pero lo central es que la constitución de una garantía real se justifica frente a obligaciones muy onerosas que garanticen el cumplimiento de la prestación principal, por lo que se advierte la inconveniencia de la existencia de un límite temporal tan exiguo para este derecho como el fijado por el artículo 2214.¹⁸

Así como analizamos los supuestos del usufructo y la superficie gravados con el derecho real de anticresis, vemos también que, en los casos del dominio, condominio, propiedad horizontal y conjuntos inmobiliarios, por ser derechos reales perpetuos, no se encuentra justificativo alguno para la existencia de un límite temporal del derecho de garantía en análisis, o, por lo menos, que sea tan exiguo.

Debemos marcar que este aspecto es diferente a lo que sucede con la hipoteca, que no tiene plazo máximo de duración del derecho de garantía.

Se ha entendido que la justificación del plazo máximo está dada porque existe una desmembración del derecho real sobre la cosa y no es conveniente que sea *sine die*. La existencia del límite exiguo no tiene correspondencia con los plazos máximos establecidos para otros derechos reales sobre cosa ajena.¹⁹

El límite máximo temporal de existencia del derecho es diferente a la registración del derecho, que difiere en los casos de la hipoteca (art. 2210 [reformado por [Ley 27271](#)])²⁰ y de la anticresis (art. 2214 y 2218).

No resulta clara la posibilidad de volver a constituir la anticresis, antes de su vencimiento originario, por un nuevo período que contenga otro plazo máximo de duración, porque entendemos que ello conspiraría contra la normativa del artículo 2218 y vulneraría la estructura legal del derecho (art. 1884).²¹

17. Ibidem.

18. COSSARI, Nelson G. A., (comentario al art. 2214), en Alterini, J. H. (dir. gral.), *Código civil y comercial comentado. Tratado exegético*, t. 10, Buenos Aires, La Ley, 2016 (2ª ed.), pp. 596-597. El antecedente del límite temporal lo vemos en el art. 1962 del *Código Civil italiano de 1942* (LOVERA, Marco, *El contrato de anticresis. Una garantía adicional que permite la amortización de la deuda*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1993 [3ª ed.], p. 15).

19. COSSARI, Nelson G. A., (comentario al art. 2214), en Alterini, J. H. (dir. gral.), *Código civil y comercial comentado. Tratado exegético*, t. 10, Buenos Aires, La Ley, 2015 (1ª ed.), p. 554.

20. Art. 2210 CCyC: “Duración de la inscripción: Los efectos del registro de la hipoteca se conservan por el término de treinta y cinco (35) años, si antes no se renueva”.

21. A favor de la posibilidad de volver a constituir la garantía por otro período máximo antes de su vencimiento: GURFINKEL DE WENDY, Lilian, *Derechos reales*, t. 2, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, p. 1198.

§ b. Cabe puntualizar que la extinción del derecho real es diferente a la caducidad de la inscripción en el registro.²²

El plazo máximo de constitución de este derecho de garantía hace que, en general, siempre se encuentre protegido por la oponibilidad derivada de su inscripción, que es por un plazo muchísimo más amplio (art. 2218),²³ y por el hecho de que el crédito garantizado con anticresis es privilegiado (art. 2582 inc. e)],²⁴ a diferencia de lo que acontecía bajo el código velezano.

En el caso de que haya transcurrido el plazo de duración máximo del derecho de anticresis y la deuda subsista, el acreedor podrá ejecutar la deuda que será privilegiada, contando a su favor con los efectos del registro del derecho real de garantía, que se mantienen por un plazo que duplica la duración del derecho de anticresis.

Antes de la caducidad de la inscripción en el registro, debe solicitarse la reinscripción, la que se realizará sin intervención del deudor ni de orden judicial, siendo usual la inclusión expresa de esa facultad para el acreedor en la escritura respectiva. De haberse iniciado un juicio, se solicitará al juez su reinscripción mediante un oficio al organismo correspondiente, siempre que el plazo no se encuentre vencido y sin necesidad de escuchar al deudor; en caso contrario, frente a la expiración del plazo, deberá ser escuchado el deudor anticresista. En definitiva, la reinscripción, luego de transcurridos los veinte o diez años –según se trate de inmuebles o muebles–, importa una nueva toma de razón y no retrotrae sus efectos a la originaria.

22. KIPER, Claudio, *Tratado de derechos reales*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2016, p. 238.

23. Art. 2218 CCyC: "*Duración de la inscripción*. Los efectos del registro de la anticresis se conservan por el término de veinte años para inmuebles y de diez años para muebles registrables, si antes no se renueva".

24. Art. 2582 CCyC: "*Enumeración*. Tienen privilegio especial sobre los bienes que en cada caso se indica: a) los gastos hechos para la construcción, mejora o conservación de una cosa, sobre ésta. Se incluye el crédito por expensas comunes en la propiedad horizontal; b) los créditos por remuneraciones debidas al trabajador por seis meses y los provenientes de indemnizaciones por accidentes de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondo de desempleo, sobre las mercaderías, materias primas y maquinarias que, siendo de propiedad del deudor, se encuentren en el establecimiento donde presta sus servicios o que sirven para su explotación. Cuando se trata de dependientes ocupados por el propietario en la edificación, reconstrucción o reparación de inmuebles, el privilegio recae sobre éstos; c) los impuestos, tasas y contribuciones de mejoras que se aplican particularmente a determinados bienes, sobre éstos; d) lo adeudado al retenedor por razón de la cosa retenida, sobre ésta o sobre las sumas depositadas o seguridades constituidas para liberarla; e) 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; f) los privilegios establecidos en la Ley de Navegación, el Código Aeronáutico, la Ley de Entidades Financieras, la Ley de Seguros y el Código de Minería".

7. Bibliografía

- AA. VV., (conclusiones de las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil [Lomas de Zamora, 2007]).
- AA. VV., (conclusiones de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil [Bahía Blanca, 2015]).
- ABELLA, Adriana N. y MARIANI DE VIDAL, Marina, *Derechos reales en el código civil y comercial*, t. 2, Buenos Aires, Zavalía, 2016.
- ABREUT DE BEGHER, Liliana, *Derechos reales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2019 (3ª ed.).
- ALEGRE DE MIQUEL, Jorge, *La anticresis: función y finalidad en el Código civil español y en el código civil de Cataluña* (online), Barcelona, s. e., 2013 (tesis doctoral ante la Universitat Ramon Llull), en https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/126533/TESE_JORGE_ALEGRE_DE_MIQUEL.pdf, última consulta: 30/6/2022.
- ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., (opinión sobre el art. 1892), en ALTERINI, J. H. (dir. gral.), *Código civil y comercial comentado. Tratado exegético*, t. 9, Buenos Aires, La Ley, 2015 (1ª ed.).
- ARRAGA PENIDO, Mario, *Derechos reales de garantía*, Buenos Aires, Astrea, 2019.
- BONO, Gustavo A. y PUERTA DE CHACÓN, Alicia, "Necesaria revitalización de la 'anticresis'. Proyecto de código civil y comercial de la nación de 2012" (online), SJA, 17/10/2012, en <https://informacionlegal.com.ar/>, AR/DOC/9513/2012, última consulta: 30/6/2022.
- BOULANGER, Jean y RIPERT, Georges, *Tratado de derecho civil. Según el tratado de Planiol*, t. 7, Buenos Aires, La Ley, 1987 (supervisado por J. J. Llambias, traducido por D. García Daireaux).
- BUERES, Alberto J. y MAYO, Jorge A., "Lineamientos generales sobre las garantías de la obligación en el derecho privado", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N.º 2, 1996.
- CAUSSE, Federico y PETTIS, Christian, *Derechos reales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, (colección "Incidencias del código civil y comercial", dirigida por A. J. Bueres, v. 8).
- COSSARI, Nelson G. A., (comentario al art. 2213), en ALTERINI, J. H. (dir. gral.), *Código civil y comercial comentado. Tratado exegético*, t. 10, Buenos Aires, La Ley, 2016 (2ª ed.).
- (comentario al art. 2214), en ALTERINI, J. H. (dir. gral.), *Código civil y comercial comentado. Tratado exegético*, t. 10, Buenos Aires, La Ley, 2016 (2ª ed.).
- (comentario al art. 2214), en ALTERINI, J. H. (dir. gral.), *Código civil y comercial comentado. Tratado exegético*, t. 10, Buenos Aires, La Ley, 2015 (1ª ed.).
- DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, t. 2, Madrid, Thomson-Civitas, 1996 (5ª ed.).
- GARRIDO CORDOBERA, Lidia, *Anticresis. Un instituto vigente*, Buenos Aires, Universidad, 1986.
- GURFINKEL DE WENDY, Lilian, *Derechos reales*, t. 2, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016.
- ITURBIDE, Gabriela, *Fideicomiso de garantía*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007.
- KIPER, Claudio, *Tratado de derechos reales*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2016.
- LOVERA, Marco, *El contrato de anticresis. Una garantía adicional que permite la amortización de la deuda*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1993 (3ª ed.).

Anticresis y tiempo compartido

Análisis comparativo e integrador

José Luis Caliri

RESUMEN

Se investiga la anticresis como garantía real económicamente eficiente para funcionar en sistemas de tiempo compartido. Para ello, se analizan en paralelo cuestiones referidas a la finalidad y al objeto de ambas tipicidades reales. Caracterizados los institutos en estudio, se ingresa en el examen de las ventajas económicas que reporta la constitución de anticresis para los diversos actores del sistema de tiempo compartido. Finalmente, se estudia la legitimación del propietario, del emprendedor y del usuario para constituir anticresis conforme nuestro ordenamiento jurídico vigente. Se realizan algunas propuestas de *lege ferenda* sobre: legitimación del usuario de sistemas de tiempo compartido para constituir garantías reales y modificación del objeto del derecho real de anticresis, para optimizar la aplicación de esta figura en el mercado.

PALABRAS CLAVE

Tiempo compartido; anticresis; objeto de los derechos reales; legitimación; análisis comparativo e integrador.

Recibido: 26/12/2021

Aceptado: 7/3/2022

Publicado online: 1/6/2022

Sumario: 1. Introducción. 2. Objeto y finalidad del tiempo compartido y de la anticresis: aciertos y desaciertos del Código Civil y Comercial. 2.1. Objeto del tiempo compartido y de la anticresis. 2.2. Finalidades del tiempo compartido y de la anticresis. 3. Anticresis en sistemas de tiempo compartido. 3.1. El tiempo compartido como sistema. 3.2. Anticresis como garantía real eficiente en sistemas de tiempo compartido. 3.3. La organización del sistema de tiempo compartido como incentivo para la constitución de anticresis. 4. Usuarios de tiempo compartido: ¿legitimados para constituir garantías reales? 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.



1. Introducción

¿Es posible analizar la anticresis en el ámbito de los sistemas de tiempo compartido? A decir verdad, la pregunta puede concitar una cierta perplejidad inicial: ni la anticresis ni el tiempo compartido son, actualmente, derechos reales de utilización masiva en el mercado. No obstante, ambas tipicidades se encuentran enumeradas en el artículo 1887 del Código Civil y Comercial de la Nación (incs. e] y m]])(CCyC).

La doctrina ha denunciado inconvenientes que conspiran contra la aplicación efectiva de sendas titularidades. Enunciaremos seguidamente algunos cuestionamientos, sin pretensión de agotarlos.

De la anticresis, por un lado, se ha dicho que siempre ha sido mirada con desconfianza: en un tiempo, por usuraria; en otro, por perjudicar innecesariamente al deudor; y luego, por anacrónica.¹ En ese sentido, se la ha catalogado como una garantía real desventajosa –frente a otros derechos reales como la hipoteca o la prenda con registro– por los siguientes motivos:

- a) Para el propietario constituyente, el desprendimiento material de su cosa fructífera a manos del acreedor suele ser difícil de aceptar, pues, en todo caso, prefiere conservar el uso y goce de la cosa, administrarla él mismo y pagar la deuda con su producido (sin aumentar los costos del financiamiento y los de la administración que lleva a cabo el anticresista).
- b) Desde el lado del acreedor, tampoco se advierte la utilidad, pues a este le interesa cobrar su crédito cuanto antes y no hacerse cargo de la administración de un bien ajeno –piénsese principalmente en los acreedores institucionales–, por lo cual resulta poco probable que cualquier acreedor requiera una garantía en la que debe correr con todos los riesgos de la explotación económica del inmueble –o mueble registrable–, que no le confiere, por otro lado, certeza de cuándo y en qué medida podrá satisfacer su acreencia.²

Respecto del tiempo compartido (TC), las dificultades se manifiestan desde varias perspectivas:

1. FORNARI, María J., (comentario al art. 3239), en Zannoni, E. A. (dir.) y Kemelmajer de Carlucci, A. (coord.), *Código civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 12, Buenos Aires, Astrea, 2010, p. 840.

2. BONO, Gustavo A. y PUERTA DE CHACÓN, Alicia, "Necesaria revitalización de la 'anticresis'. Proyecto de código civil y comercial de la nación de 2012" (online), SJA, 17/10/2012, en <https://informacionlegal.com.ar/>, AR/DOC/9513/2012, última consulta: 26/12/2021.

- a) Desde el punto de vista de la contratación, se ha observado la figura con recelo, pues es usual que las tratativas precontractuales vengan acompañadas por prácticas abusivas violatorias de los derechos de los consumidores y usuarios,³ abuso que frecuentemente se proyecta también en la configuración –unilateral– del contrato (mediante cláusulas abusivas) y en su desarrollo funcional (colocándose al usuario en situaciones jurídicas abusivas⁴).

3. Para profundizar, puede verse LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos. Parte especial*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2021, pp. 384 y 385: “Es muy frecuente en este campo, la proliferación de las ofertas denominadas ‘agresivas’, porque tienden a disminuir la capacidad de discernimiento del consumidor [...] el consumidor es invitado porque ganó un premio a un sitio donde se le va a entregar el mismo, o es invitado ‘especial’ a un cóctel [...] el ambiente de ‘venta’ desaparece y es sustituido por la fiesta [...] De este modo se trabaja sobre sus emociones para que asista y también para que compre”.

Igualmente, PUERTA DE CHACÓN, Alicia, (comentario al art. 1 Ley 26356 de Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido), en Zannoni, E. A. (dir.) y Kemelmajer de Carlucci, A. (coord.), *Código civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 13, Buenos Aires, Astrea, 2012, p. 458: “Indudablemente, las empresas que comercializan las unidades vacacionales por el STTC ejercen una posición dominante en el mercado frente al potencial adquirente. Desde el ofrecimiento en venta de los períodos de disfrute en unidades vacacionales, mediante el empleo de técnicas publicitarias fuertemente persuasivas; luego con la obtención de la firma del contrato de enajenación, generalmente con cláusulas predispuestas y, finalmente, con la administración unilateral del complejo hotelero y la prestación de los servicios”.

COSSARI, Nelson G. A., “Tiempo compartido. Impacto de la ley 26356 sobre el sistema de derechos reales” (online), *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 26/11/2008 (t. 2008- F), en <https://informacionlegal.com.ar/>, AR/DOC/3223/2008, última consulta: 26/12/2021: “La propia génesis de esta figura lleva a que su promotor quiera despertar el apetito del consumidor para que vea como una real necesidad y una evidente ventaja la contratación bajo el sistema de tiempo compartido [...] El Consejo de la Asociación Internacional de Abogados ha recomendado en 1990 que las legislaciones prohíban presentar al tiempo compartido como una inversión”. No concordamos con esto último: las técnicas de negociación precontractual no califican ni descalifican en sí mismo el derecho de aprovechamiento periódico y por turnos; sería algo así como querer inferir que la compraventa inmobiliaria, el leasing o el fideicomiso (por enumerar algunos ejemplos) son instituciones desprestigiadas porque en uno, algunos o varios supuestos fácticos se vulnera –a través de dichas herramientas contractuales– los derechos del consumidor o aun de terceros acreedores.

4. Para el análisis de las situaciones jurídicas abusivas vinculadas a derechos de tiempo compartido puede verse, entre muchos: LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos. Parte general*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2018, pp. 878-880, quien refiere que la situación jurídica abusiva debe ser examinada en relación con el concepto de “situación”, “contratos conexos” y “cláusula abusiva”; así, señala: “Es habitual que los contratos de consumo sean masivamente celebrados, involucrando a un grupo de consumidores y creando un grupo de contratos conexos [...] La necesidad de que funcionen como sistema hace que el organizador tome una serie de previsiones a fin de aumentar el enlazamiento individual hacia el grupo, buscando que el costo de separarse sea más alto que el de mantenerse dentro de él; busca la cohesión [...] De tal modo, la creación de grupos de consumidores tiene un efecto preciso que es la conformación de un mercado cautivo [...] Hay un cúmulo de derechos usados de modo tal que producen un efecto disfuncional; hay una acción concertada, un diseño estratégico de una situación jurídica [...] que impide o limita la capacidad de elección”.

- b)** Conforme la preceptiva que surge del artículo 2092 CCyC,⁵ para la operatividad del sistema es necesario el dictado de normas reglamentarias de los registros de prestadores y establecimientos afectados a sistemas de TC, pues la inscripción del instrumento de afectación en dichos registros debe ser realizada inexcusablemente de manera previa a todo anuncio, ofrecimiento o promoción comercial; es decir, cualquier sistema cuya finalidad exceda la turística no podría comercializarse, por falta de creación y organización de la publicidad registral específica.⁶

No obstante, y a pesar de algunas críticas provenientes de la doctrina,⁷ el legislador de 2015 ha consagrado la anticresis y el TC como derechos reales. Importa aquí, antes de entrar en el desarrollo específico del tema de este trabajo, rescatar los fundamentos que motivaron al codificador para así proceder. Respecto del TC, puede leerse en los fundamentos: “Existen variadas normas que ofrecen protección al usuario, que por otra parte es consumidor”.⁸ En lo tocante a la anticresis, señalan:

La entrega abreviada sumada al privilegio posibilitará mayor agilidad, ya que permitirá un tiempo para usar la cosa y percibir frutos, y si es insuficiente se ejecuta el objeto.⁹

Y no se equivocaron en su decisión: bien mirado el asunto, tanto el TC como la anticresis ofrecen muy buenas razones para ser tenidos en cuenta por los agentes económicos y los operadores jurídicos al momento de planificar

5. (N. del E.): los hipervínculos a textos normativos fueron incorporados por la *Revista del Notariado* y dirigen a fuentes oficiales –en caso de excepción, se hará la aclaración que corresponda–; la fecha de última consulta es 11/5/2022.

6. Ver ABELLA, Adriana N. y MARIANI DE VIDAL, Marina, *Derechos reales en el código civil y comercial*, t. 1, Buenos Aires, Zavallia, 2016, pp. 349 y 350.

7. Puede verse TRANCHINI, Marcela H., “Consideraciones sobre los conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerios privados en el proyecto de código civil y comercial 2012. ¿Nuevos derechos reales para pocos?” (online), SJA, 17/10/2012, en <https://informacionlegal.com.ar/>, AR/DOC/9499/2012 (última consulta: 26/12/2021), quien –respecto del TC– dice: “Estos fenómenos no ameritan la creación de nuevos derechos reales, no sólo porque no son reclamados como tales por la doctrina mayoritaria y los proyectos legislativos que anteriormente los trataron, sino además por el contexto socioeconómico en el que se desenvuelven [...] se advierte que se crean innecesariamente nuevos derechos reales para quienes pertenecen a sectores de nivel socioeconómico predominantemente alto o medio-alto, pero se omite regular mecanismos de regularización de la situación dominial de quienes poseen inmuebles destinados a su vivienda única”. No compartimos la crítica por lo que diremos en el desarrollo de este trabajo.

8. HIGHTON, Elena I., KEMELMAJER, Aída y LORENZETTI, Ricardo L., “Fundamentos del proyecto de código civil y comercial”, en *Proyecto de código civil y comercial 2012*, Buenos Aires, Zavallia, 2012, p. 801. (N. del E.): ver [aquí](#) (p. 708); última consulta: 11/5/2022.

9. *Ibidem*, p. 804. (N. del E.): ver [aquí](#); p. 710; última consulta: 11/5/2022.

y diseñar interesantes esquemas negociales y ofrecerlos con éxito en el mercado de bienes y servicios.

Por lo demás, para el caso de la anticresis, tanto el Proyecto de 1993 como el de 1998 preveían su inclusión dentro del *numerus clausus* de los derechos reales. En la misma línea se expresaron las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Lomas de Zamora, 2007), donde se concluyó: “Utilidad. La anticresis constituye una garantía real valiosa en sí misma y como complemento de otras como la hipoteca o la prenda”.¹⁰

En definitiva, nuestro propósito es –lo anticipamos– pensar soluciones alternativas para la aplicación de ambos institutos que favorezcan el crédito, la circulación de bienes y servicios, y, sobre todo, que influyan positivamente en la matriz productiva del país.

2. Objeto y finalidad del tiempo compartido y de la anticresis: aciertos y desaciertos del Código Civil y Comercial

2.1. Objeto del tiempo compartido y de la anticresis

Como lo resaltara la doctora Puerta, dentro de los grandes aciertos del CCyC de 2015 merecen destacarse los siguientes:

- a)** El sistema de los derechos reales se inscribe en una tendencia moderada y flexible, que resguarda la tipicidad jurídico-real a fin de no comprometer la seguridad jurídica del tráfico, pero sin excesivo reglamentarismo.
- b)** Se adopta el paradigma del mayor aprovechamiento económico de los bienes posible, al menor costo y con criterio solidarista, lo cual se logra, por ejemplo, a través de la ampliación del objeto de los derechos reales y la importancia de los servicios (prestaciones a cargo de terceros) para que la cosa objeto del derecho real cumpla con su destino.¹¹

En consecuencia, tanto la anticresis como el TC han experimentado cambios en su configuración típica que implican notables avances respecto

10. AA.VV., (conclusiones de las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil [Lomas de Zamora, 2007]), comisión N.º 4 (garantías reales), pt. 6 (anticresis), de *lege lata*, en <https://jndcbahablanca2015.com/wp-content/uploads/2014/01/Ed-anteriores-25-XXI-Jornadas-2007.pdf>, p. 7; última consulta: 26/10/2021.

11. PUERTA DE CHACÓN, Alicia, “Innovaciones en materia de derechos reales” (online), SJA, 16/12/2015, en <https://informacionlegal.com.ar/>, AR/DOC/5486/2015, última consulta: 26/12/2021.

de la regulación anterior.¹² Esas modificaciones atañen principalmente al objeto: se lo ha ampliado a las cosas muebles registrables en la anticresis y a cosas muebles –registrables o no– y aun bienes en el TC.

Particularmente interesante resulta conceptualizar el objeto del derecho de TC o, mejor dicho, derecho de uso y goce periódico por turnos. Se ha expresado que el mismo es complejo pues su estructura lo es: se conforma por la cosa (registrable o no registrable) afectada al sistema, el TC adquirido por cada usuario (bien, en el sentido del art. 16 CCyC) y las prestaciones o servicios que sustentan el sistema y posibilitan el logro de sus fines. Dicha complejidad es reconocida por los fundamentos del CCyC¹³ y resulta apasionante estudiarla porque se pone en crisis el dualismo tradicional en materia de derechos subjetivos patrimoniales.¹⁴

Sin embargo, en relación a la anticresis, a poco que se analiza el artículo 2212 CCyC, tropezamos con una limitación que no se justifica desde el punto de vista teleológico: se dispone que el objeto de la anticresis debe ser “cosas registrables individualizadas”. La norma es disvaliosa porque rara vez es factible realizar una explotación económica sobre cosas registrables consideradas singular o individualmente, sin incluir las cosas muebles no registrables que coadyuvan de modo determinante en la viabilidad del emprendimiento; lo natural es que toda actividad productiva o empresarial se valga de una masa de bienes compuesta por una multiplicidad de cosas de distinta naturaleza unidas por un destino común. Nos planteamos y preguntamos entonces: en el caso de constituirse una anticresis sobre un inmueble rural destinado a la explotación agropecuaria, ¿deberían quedar fuera de la garantía los útiles de labranza en tanto cosas muebles no registrables?, ¿tendremos que excluir de la garantía el mobiliario de la casa del capataz? De acuerdo con una interpretación exegetica de la norma, la respuesta que se impone es que sí, las cosas muebles no registrables

12. Nos referimos a los artículos del [Código Civil derogado](#) y a la [Ley 26356 de Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido de 2008](#), derogada parcialmente por la [Ley 26994](#).

13. HIGHTON, Elena I., KEMELMAJER, Aída y LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit. (nota 8), p. 789.

14. Puede verse PUERTA DE CHACÓN, Alicia, “Tiempo compartido. Un ‘derecho complejo’ en el código civil y comercial de la nación”, SJA, 16/9/2015, en <https://informacionlegal.com.ar/>, AR/DOC/5243/2015, última consulta: 26/12/2021. Enseña la autora: “Cabe destacar que la ley no recepta la estructura de la comunidad de bienes entre los usuarios como se da en la multipropiedad y en el condominio. El derecho del usuario recae singularmente sobre la cosa afectada y se integra con un elemento incorporal: el lapso temporal del periodo de disfrute (semana, quincena, mes)[...] Este elemento es un bien inmaterial propio con valor económico [...] Además existe en la estructura del derecho real un elemento personal, la obligación del emprendedor y del administrador de garantizar al usuario el goce de su derecho. La estructura típica del derecho real se modifica con la existencia del sujeto pasivo determinado, más cuando ese sujeto puede no coincidir con el propietario afectante”.

no podrán formar parte de la garantía, máxime porque se ha eliminado de nuestro CCyC la categoría de cosas inmuebles por accesión moral.¹⁵ Pero no dejamos de advertir que, sin una adecuada reforma de la norma, que contemple la posibilidad de constituir anticresis sobre una masa de bienes, la anticresis –que se ha pretendido revitalizar a través de la ampliación de su objeto– continuará siendo una garantía poco atractiva en el mercado, pues: ¿a quién le interesaría explotar un inmueble urbano con fines turísticos, por ejemplo, si tiene que reacondicionar por completo el mobiliario del mismo con la consecuente inversión que ello supone?, ¿a quién le interesaría tomar en anticresis una flota de camiones si las herramientas necesarias para su mantenimiento no quedan comprendidas en la garantía real? Por de pronto, la solución a este inconveniente es constituir dos garantías reales: la anticresis sobre las cosas registrables y la prenda con desplazamiento, con pacto anticrético, para las cosas muebles no registrables.

El problema presentado se agudiza en el caso de evaluar la posibilidad de constituir anticresis en un sistema de TC, cuyo objeto puede consistir en una masa de bienes muebles e inmuebles unidos por la particular finalidad del sistema en cuestión. No obstante, podríamos imaginar un TC cuyo objeto esté configurado únicamente por cosas registrables (muebles e inmuebles); aun así, las dificultades que suscita la norma en comentario no acaban. El artículo 2214 CCyC agrega otro: el plazo máximo de duración de la anticresis es de diez años para cosas inmuebles y cinco años para cosas muebles registrables. ¿A cuál plazo máximo nos atendremos en el supuesto ejemplificado? Aun en el caso de concurrencia de cosas registrables dentro del objeto del TC, se presenta el problema de aplicación del plazo máximo de la anticresis. Algunos ejemplos servirán para ilustrar la idea: supóngase la afectación a TC de una bodega con los respectivos camiones para el traslado de la uva y el vino, o la afectación a TC de una casilla rodante con un espacio guardacoches. En caso de constituir anticresis sobre el objeto del derecho de TC, ¿cuál de los plazos máximos legales aplicaremos? Claramente el cómputo no podría efectuarse por separado, sino que deberemos considerar las cosas que componen el objeto del TC como una unidad. La solución

15. PUERTA DE CHACÓN, Alicia, (comentario al art. 2316), en Zannoni, E. A. (dir.) y Kemelmajer de Carlucci, A. (coord.), *Código civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 10, Buenos Aires, Astrea, 2009, pp. 86-87, cita a De Castro y Bravo, quien magníficamente señala: “Sea por vía de los inmuebles por destino o de las pertenencias, no debe ignorarse que si la finalidad de estas disposiciones es evitar el desmantelamiento de los edificios de una explotación agrícola o de una industria, la preocupación moderna por evitar el cese de actividad de las empresas debería llevar al desarrollo y fortificación de esta unidad real. Sin embargo, ha ocurrido lo contrario. Se ha preferido destruir esta categoría para aumentar las fuentes de crédito para los propietarios y correlativamente, crear especiales garantías a favor de los prestamistas”.

aceptable sería analizar, en cada caso en particular, cuál es la cosa principal –de las que conforman el objeto del TC– que contribuye en mayor medida al logro de la finalidad del sistema y aplicarle a la garantía ese plazo máximo de duración. A todo evento, de *lege lata*, en el caso de que el objeto afectado a TC esté compuesto por cosas registrables y muebles no registrables, debería adoptarse la misma solución apuntada *supra*: anticresis sobre las cosas registrables y prenda con desplazamiento, con pacto anticrético, para las muebles no registrables.

Empero, reiteramos, es necesario repensar una anticresis adecuada a los tiempos –y sobre todo al tráfico jurídico– modernos, y, para ello, debemos reformular su objeto. No podemos trazar un paralelismo comparativo hipoteca-anticresis-prenda con una visión simplificada de las cosas. Las garantías reales tienen mecanismos de funcionamiento diferentes; mientras la prenda con registro y la hipoteca constituyen reservas de valor ante una eventual ejecución, la anticresis, en cambio, pone el acento en la etapa autosatisfactiva a través de la explotación económica de su objeto y ningún interés puede representar para el mercado una garantía incompleta “objetivamente”, inapta para alcanzar su finalidad específica (que no es, por cierto, la liquidación de la cosa asiento de la garantía).

Por lo antedicho, postulamos, de *lege ferenda*, ampliar el objeto de la anticresis a masas de bienes (comprendidas de cosas registrables y no registrables)¹⁶ unidas por una misma finalidad o destinación, tomando el concepto del derogado artículo 1339 del Código Civil de Vélez Sarsfield. En tal caso, estimamos conveniente que el plazo máximo de duración de la anticresis sea de diez años, sin distinguir la naturaleza de las cosas que componen la masa de bienes.

En otro orden de ideas, cabe preguntarse si el objeto del TC y de la anticresis puede consistir en una parte materialmente determinada de la cosa.

Para el caso del TC, la respuesta fluye sin mayores sobresaltos: es posible. Ello así, si se interpretan armónicamente las normas de los artículos 1883, 2087, 2088 y 2093 inc. a) CCyC y 3 último párrafo de la Ley 26356 de Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido (STTC). Es decir, en tanto la parte materialmente determinada de la cosa mueble o inmueble sea compatible con los fines del sistema (que puede ser cualquiera de los mencionados enunciativamente por el art. 2087 CCyC o algún otro que los emprendedores decidan), el objeto a afectarse puede estar reducido a una parte material

16. Pues si la masa de bienes incluyera solamente cosas muebles no registrables, la garantía idónea sería la prenda con desplazamiento (con o sin pacto anticrético).

de la cosa. De tal modo, sería lícito transpolar los términos de la Ley 26356 y, en vez de aludir al distingo entre “unidad vacacional” y “establecimiento vacacional”,¹⁷ referirse a unidad comercial o industrial y establecimiento comercial o industrial afectado a sistemas de TC, por ejemplo.

Respecto de la anticresis, el tema no aparece tan claro, pues la norma del artículo 2212 CCyC, que define el derecho real en cuestión, menciona como objeto propio de este las “cosas registrables individualizadas”. La lectura aislada del precepto indicaría que la anticresis solo podría recaer sobre la totalidad de la cosa inmueble o mueble registrable, máxime si se tiene en cuenta la eventual etapa liquidatoria de la garantía y considerando que, al regular los restantes derechos reales, el codificador ha hecho expresa mención de la posibilidad de que recaigan sobre partes materiales (así, en la superficie, art. 2116 CCyC, en el usufructo, art. 2130 CCyC, en el uso, art. 2154 CCyC, en la habitación, art. 2158 CCyC, y en la servidumbre, art. 2163 CCyC). Sin embargo, creemos conveniente interpretar el dispositivo del artículo 2212 CCyC conjuntamente con los artículos 1883 y 2194, por lo que nos preguntamos: si en el supuesto de extinción parcial del objeto de la garantía opera la subrogación real sobre el precio, indemnización o cualquier otro concepto sustitutivo, al tiempo que la garantía (en este caso, la anticresis) subsiste sobre la parte material restante, ¿qué razón jurídica atendible habría para impedir la constitución *ab initio* de la garantía real sobre una parte materialmente determinada de la cosa?

Por otro lado, es insoslayable el paralelismo que existe entre el usufructo y la anticresis; amén de que uno sea un derecho sobre cosa ajena de goce y la otra de garantía, ambos derechos son temporarios, se ejercen por la posesión y –esto es lo principal– ambas titularidades autorizan usar la cosa y percibir los frutos naturales, artificiales o civiles¹⁸ con independencia de cualquier prestación a cargo del nudo propietario o del constituyente de la garantía. En este sentido, debemos recordar que el usufructuario está legitimado para constituir anticresis sobre la cosa objeto de su derecho,¹⁹

17. El establecimiento vacacional es el inmueble o parte de él, total o parcialmente afectado a STTC; la unidad vacacional es la unidad inmobiliaria con autonomía e independencia funcional apta para la finalidad del STTC.

18. Aunque aquí se advierte una diferencia: en el usufructo, el principio *salva rerum substantia* es una cláusula estatutaria del tipo (art. 2129 CCyC); en cambio, en la anticresis, las partes pueden convenir dar a la cosa otro destino del que tenía, pues el art. 2216 CCyC admite el pacto en contrario.

19. Señala VÁZQUEZ, Gabriela A., *Derechos reales*, Buenos Aires, La Ley, 2020, p. 866: “El objeto de la anticresis no son los frutos que el acreedor anticresista está autorizado para percibir, sino la cosa (inmueble o mueble registrable) apta para producirlos cuya posesión ejerce”. Cita a Alterini al agregar que “si el derecho recayese sobre los frutos se trataría de un derecho personal, porque aquellos carecen de existencia actual como cosas; son simplemente cosas futuras” (ibidem).

por lo cual, por regla transitiva, la anticresis estaría recayendo sobre una parte materialmente determinada de la cosa registrable. En idéntica situación se hallaría el superficiario cuyo objeto estuviere emplazado en parte material del inmueble: podría constituir anticresis sobre esta. Admitidas tales hipótesis, no vemos óbice para interpretar esas normas de manera analógica.

Esta solución nos parece valiosa desde el punto de vista del constituyente de la anticresis. Supóngase el caso de inmuebles fructíferos de gran extensión: permitiría a las partes del contrato calcular y luego establecer en qué medida y superficie el inmueble sería apto para devengar (conforme una explotación normal y habitual) los frutos y rentas necesarios tales que posibiliten al acreedor amortizar su crédito; al mismo tiempo, el constituyente no se desprendería de la totalidad del mismo, con lo cual podría continuar administrando el inmueble como venía haciéndolo sin comprometer en mayor medida de lo aceptable su patrimonio. De esta forma, se mitigan muchas de las críticas que se le han hecho al instituto de la anticresis en punto a que es desfavorable para el deudor por implicar un inconveniente desplazamiento de la relación de poder sobre la cosa objeto de la garantía.

Forzosamente, en la fase liquidatoria de la anticresis, es decir, una vez vencido el plazo de vigencia de la garantía²⁰ sin que el acreedor haya enjugado con los frutos la totalidad de su crédito, debería subdividirse y fraccionarse el inmueble para proceder a su ejecución separada; ello para respetar el principio de especialidad objetiva de todas las garantías reales (art. 2188 CCyC).

2.2. Finalidades del tiempo compartido y de la anticresis

Otra de las derivaciones del paradigma, implícito en el libro IV CCyC, del mayor aprovechamiento de los bienes al menor costo posible es la extensión de las finalidades de los sistemas de TC, que ya no se circunscriben al mercado turístico, sino que se multiplican en función de la imaginación de los emprendedores: hospedaje, alojamiento, comercio, industria, culturales, académicas, deportivas, etc. Esta posibilidad de organización de un sistema que permite el aprovechamiento periódico y por turnos de manera sucesiva y alternada de bienes de la más variada naturaleza (inmuebles, muebles registrables o no, derechos intelectuales, propiedad industrial, entre otros) abre un amplio y fértil campo para la autonomía de la voluntad. Por

20. Cuyo máximo es de diez años (art. 2214 CCyC).

ello es que, de acuerdo con la postura a que adherimos, y que estimamos mayoritaria, el emprendedor puede optar por conferir a los adquirentes-usuarios de TC tanto un derecho personal como un derecho real, conforme su adecuación al sistema (art. 2088 CCyC).²¹

En este orden de ideas, consideramos implícitamente derogado el artículo 2 Ley 26356²² en tanto el objeto del TC con fines turísticos no puede quedar limitado a los inmuebles. Esta es la solución que mejor armoniza con los preceptos de los artículos 2087 y 2088 CCyC interpretados a la luz de los artículos 1 y 2 CCyC y los fundamentos del anteproyecto, que rezan:

Si se introducen reglas respecto de las fuentes y la interpretación, se debe valorar su coordinación con otros microsistemas. Ello es así porque, sea cual fuere el grado de centralidad que se le reconozca al código, una norma de este tipo tiene un efecto expansivo indudable.²³

Legislado el TC con una laudable impronta multifinalista, cabe indagar cómo resuelve nuestro ordenamiento vigente el problema de la protección del adquirente-usuario del derecho de uso y goce periódico y por turnos; temática que, desde el surgimiento del fenómeno, es la que más ha preocupado a la jurisprudencia y doctrina nacional y extranjera, en razón de ser aquel la parte débil –o vulnerable– de la relación contractual, no solo en lo jurídico sino también en los aspectos técnicos y económicos del sistema de afectación de bienes.

Es claro que la finalidad del sistema²⁴ influirá decisivamente en punto a si se puede encuadrar jurídicamente al adquirente como consumidor o no. A no dudar, si el sistema se instaura con finalidad turística, el usuario-adquirente será, con muchas probabilidades, consumidor y se tornará aplicable toda la normativa tuitiva del derecho del consumo, en base al principio protectorio; esto es: artículo 42 de la [Constitución Nacional](#) (CN), artículos 1092 a 1122 CCyC, y [Ley 24240](#) y sus concordantes. Por otra parte, esa es la solución introducida específicamente para el caso de adquisición de derechos en sistemas de TC a través del artículo 2100 CCyC, que se ocupa no ya del contrato sino de la relación de consumo entre el propietario, el

21. Comparte esta postura HELÚ, Nair, "Tiempo compartido: ámbito propicio para la autonomía de la voluntad" (online), *Doctrina Judicial*, 16/12/2015, en <https://informacionlegal.com.ar/>, AR/DOC/3219/2015, última consulta: 26/12/2021.

22. Norma especial respecto del CCyC, pero anterior a este.

23. HIGHTON, Elena I., KEMELMAJER, Aída y LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit. (nota 8), p. 591. (N. del E.): ver [aquí](#) (p. 528); última consulta: 11/5/2022.

24. La concebimos como la causa-fin supracontractual de la red de contratos coligados que conforman este especial fenómeno de aprovechamiento de los bienes.

emprendedor, el administrador, el comercializador y el adquirente y/o usuario del derecho de uso periódico.

Sin embargo, es difícil pensar que los adquirentes de sistemas de TC con fines industriales, comerciales o empresariales puedan encuadrarse jurídicamente como consumidores, pues es dable pensar que el propósito de quien incorpora a su patrimonio dichos derechos de uso periódico y por turnos –reales o personales– obedece a su consideración como bienes de cambio, es decir, con la finalidad de integrarlos al circuito económico. Así, de modo ejemplificativo, lo más probable es que, si la finalidad del sistema de TC fuese comercial, los adquirentes-usuarios sean intermediarios en la cadena de intercambios; y, si la finalidad fuera industrial, el adquirente de TC quizás sea fabricante o productor –integrante primario– del proceso económico. En ningún caso se darían los requisitos de destino final del bien adquirido ni beneficio privado, familiar o social del mismo (arts. 1092-1093 CCyC).

Resulta oportuno entonces preguntarse: si el adquirente del derecho de uso periódico y por turnos no revistiese en el caso concreto la categoría de consumidor, ¿qué normativa tuitiva amparará su adquisición frente a los eventuales abusos de la parte fuerte de la relación? Claramente, no la del artículo 2100 CCyC, aunque aparezca tan categóricamente redactada. Cobran aquí relevancia los principios del título preliminar (arts. 9 a 12), es decir, buena fe, interdicción del abuso del derecho, interdicción del abuso de la posición dominante en el mercado, fraude a la ley y las normas relativas a los contratos de adhesión a cláusulas generales predispuestas (arts. 984-989). Por su parte, las propias disposiciones del derecho de TC también tienden a la protección del usuario:

- I. El artículo 2093 inciso b), en tanto estatuye la intangibilidad de los derechos de los usuarios una vez inscripto el instrumento de afectación a TC.
- II. El artículo 2097 inciso b), en cuanto establece el deber del administrador del sistema de preservar la igualdad de los derechos de los usuarios (deber que, por otra parte, debe ser controlado en su ejercicio por parte del emprendedor, conforme al art. 2094 inc. a)], regla que se compatibiliza con el deber, impuesto al emprendedor, de garantizar el ejercicio de los derechos de los usuarios en las oportunidades y condiciones comprometidas (art. 2094 inc. c)).
- III. Por medio de un triple sistema de publicidad de los derechos de los usuarios, para lograr su oponibilidad absoluta²⁵ (inscripción de la

25. PUERTA DE CHACÓN, Alicia, (comentario al art. 2101), en Bueres, A. J. (dir.) y Mariani de Vidal, M. (coord.), *Código civil y comercial de la nación y normas complementarias. Análisis doctrinario*

afectación a TC y de los documentos portantes del contrato de TC en el registro que corresponda a la naturaleza de los bienes afectados –inmobiliario, automotor, etc.–, inscripción de la afectación en el registro de prestadores y establecimientos afectados a sistemas de tiempo compartido o de prestadores y establecimientos vacacionales afectados a sistemas de tiempo compartido e inscripción de los contratos de tiempo compartido en el registro de titulares, ello de conformidad con los arts. 2092-2093, 2094 inc. b], y 2101 CCyC, y art. 6 [Ley 26356](#)).

En otro orden de cosas, toca cuestionarnos acerca de la finalidad de la anticresis. Eludiremos ingresar en el debate de si convenía o no su mantenimiento como garantía real dado su desuso en la práctica del tráfico jurídico (pues ya nos pronunciamos por la afirmativa) y nos enfocaremos únicamente en indagar cuál es el contexto negocial en que se torna viable su incorporación como instrumento asegurativo del cumplimiento de obligaciones.

El mejor trabajo que hemos leído hasta el momento vinculado a este tema es el de Puerta y Bono (2021). Los autores enseñan:

... puede verse que la figura de la anticresis no aparece como una herramienta idónea en términos prácticos para cualquier obligación, sino más bien, como una especial tutela para casos que presentan particulares circunstancias. No se trata de límites de orden jurídico, sino de elementos económicos y aún sociales y culturales relativos al uso y disposición de los bienes...²⁶

En consecuencia, acuden gráficamente al término *maridaje* en la búsqueda de aquellos casos que materialmente pueden aparecer como más adecuados o sugeribles para su constitución.

En tal dirección, adoptan los siguientes criterios por los cuales la anticresis podría “maridar” como garantía para acceder a ciertas obligaciones:

- a) El *quantum* de la deuda:** considerando los costos de constitución, la formalidad requerida y, sobre todo, la entrega de la posesión del bien

y *jurisprudencial*, t. 4B, Buenos Aires, Hammurabi, 2017, p. 258, comenta: “La piedra angular es la publicidad y consiguiente oponibilidad a terceros de los derechos [...] Con este razonamiento se opina que [...] la oponibilidad a terceros requiere la publicidad registral del documento que lo constituya como tal. El registro de la propiedad no podrá impedir el acceso registral del documento respectivo en virtud de este dispositivo”. La autora se refiere a la norma sentada en el art. 2101 CCyC.

26. BONO, Gustavo A. y PUERTA DE CHACÓN, Alicia, “Anticresis ¿sí o no?” (online), *La Ley*, 5/7/2021, en <https://informacionlegal.com.ar/>, AR/DOC/1932/2021, última consulta: 26/12/2021.

por parte del constituyente de la garantía al acreedor, se requiere la existencia de un principal de envergadura.

- b)** El tiempo de la deuda: esta garantía apuntaría a los créditos a mediano plazo (ello porque los de corto plazo no justificarían los gastos de constitución de la anticresis, y los de largo plazo encuentran un valladar legal en el plazo máximo de duración de este derecho real de garantía).
- c)** Que existan razones para vincular la deuda al uso y goce de la cosa. Atendiendo a este último criterio, se exponen los autores que venimos citando y agregan:

Esta última variable es la más compleja pero ciertamente proteica, pues rastrea el sentido o interés que puede tener para las partes, sobre todo para el constituyente de la garantía, asumir la privación de la posesión de la cosa [...] asignándola al pago de la obligación asegurada, cuya cuantía también la vuelve significativa frente al patrimonio del deudor [...] Entonces la pregunta es: ¿qué razones puede tener el constituyente –que normalmente será el deudor (pero podría ser un tercero)– para desprenderse del uso y goce de una cosa fructífera en garantía de la deuda?²⁷

Y ensayan algunas respuestas, aunque aclarando que no constituyen una nómina limitante; así, encuentran las siguientes causas-fin subjetivos que pueden justificar el contrato de anticresis: **i.** cuando el titular encuentre una ventaja en desprenderse de la administración de la cosa (por ejemplo, por la complejidad de la tarea o gestión que conlleva, falta de experiencia o bien, razones personales como enfermedad o cambio de actividad); **ii.** cuando la causa de la deuda se vincule a la cosa (por ejemplo, por una inversión hecha por el acreedor o financiada por este).²⁸

Como ya lo anticipáramos en la introducción, en este aporte intentaremos demostrar las potencialidades que tiene la anticresis como garantía real idónea a la que pueden recurrir algunos de los sujetos intervinientes en sistemas de TC.

27. Ibidem.

28. Son los casos que se conocen de constitución de anticresis, donde la realización de mejoras en el inmueble es garantizada con la explotación ulterior hecha por quien recupera la inversión junto a la plusvalía negocial mediante el uso y goce de aquella cosa sobre la que realizó la mejora.

3. Anticresis en sistemas de tiempo compartido

3.1. El tiempo compartido como sistema

Si bien la afectación a TC por parte de los condóminos constituye un medio alternativo y superador de la partición provisional del uso y goce (art. 1987 CCyC),²⁹ no es esta la forma en que normalmente se presenta ese fenómeno negocial. El TC se categoriza jurídica y económicamente como un sistema. Así surge de la terminología utilizada por la Ley 26356, cuyo título es “Sistemas turísticos de tiempo compartido”, expresión que se reitera en casi todos sus dispositivos: artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 35, 38 y 41.³⁰ El CCyC regula el TC en el capítulo 2 del título VI del libro IV, dedicándole dieciséis artículos, de los cuales cinco aluden expresamente al “sistema” de TC: 2092, 2094 inciso d), 2095 inciso d), 2098 y 2102 (no obstante, la organización del TC como sistema o red de contratos sobrevuela implícitamente en toda su normativa).

Según el diccionario de la Real Academia Española, por el sustantivo *sistema* debe entenderse: **a)** “un conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí”; y **b)** “un conjunto de cosas que relacionadas entre sí ordenadamente contribuyen a determinado objeto”.³¹ Ambos significados convienen para conceptualizar nuestro objeto de estudio.

En primer lugar, porque el TC se presenta como un conjunto de contratos conexos, coligados o vinculados entre sí para el logro de una finalidad económico-social supracontractual que excede la causa objetiva de cada contrato individualmente considerado. Y, en segundo lugar, porque el entramado negocial obedece a ciertos principios o normas reguladoras que

29. Puede verse PUERTA DE CHACÓN, Alicia, (comentario al art. 2092), en Bueres, A. J. (dir.) y Mariani de Vidal, M. (coord.), *Código civil y comercial de la nación y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 4B, Buenos Aires, Hammurabi, 2017, p. 244. La autora expone el caso de los condóminos que afectan a tiempo compartido el bien objeto de la comunidad, se adjudican el uso y goce periódico y por turnos y administran los bienes afectados. La solución es más conveniente que el convenio de uso y goce exclusivo y excluyente pues al afectarse a tiempo compartido se introduce una tipicidad real, que goza de las ventajas del *ius persequendi* y el *ius preferendi*, que el convenio de uso y goce no tiene (es derecho personal). En contra, en postura a la que no adherimos, cfr. ABELLA, Adriana N. y MARIANI DE VIDAL, Marina, ob. cit. (nota 6), p. 337: “Y en el caso del condominio, a los fines de la distribución del uso en forma periódica y alternada o del aprovechamiento periódico y por turnos entre ellos, los condóminos tienen en sus manos la figura de la denominada ‘partición provisional’, regulada para las sucesiones en el artículo 2370 [...] pudiendo preverse en ese mismo estatuto lo relativo a los servicios”.

30. Solo se mencionan las disposiciones vigentes desde el 1 de agosto de 2015.

31. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española* (online), en <https://dle.rae.es/sistema>, última consulta: 25/10/2021.

tienden a asegurar su nacimiento, desarrollo y subsistencia. De este modo se concluyó en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 1999):

La conexidad es un fenómeno diverso que comprende el estudio de todas aquellas relaciones en las que los contratos son instrumentos para la realización de una operación económica y que incluye: a) Relaciones de consumo entre grupos de prestadores y grupos de consumidores (contratos de turismo, de tarjetas de crédito, de financiación para el consumo, de leasing, de tiempo compartido). b) Relaciones interempresarias, que incluyen las redes asociativas y las cadenas contractuales, y la tercerización [...] Habrá contratos conexos cuando para la realización de un negocio único se celebra, entre las mismas partes o partes diferentes, una pluralidad de contratos autónomos, vinculados entre sí, a través de una finalidad económica supracontractual. Dicha finalidad puede verificarse jurídicamente, en la causa subjetiva u objetiva, en el consentimiento, en el objeto, o en las bases del negocio [...] El estudio de este tema debe partir de: 1) La distinción entre la estrategia negocial y los contratos que se utilizan para llevarla a cabo; 2) La distinción entre contrato y sistema. El sistema es un grupo de contratos individuales conectados por una operación económica diferente de cada uno de los vínculos individuales. Son elementos del sistema: a) la causa sistemática, que justifica un equilibrio del sistema que permite el funcionamiento de las uniones de contratos; b) las obligaciones y deberes colaterales sistemáticos, en virtud de los cuales los integrantes tienen deberes y obligaciones respecto de los demás miembros o de terceros, que tienen su origen en el sistema.³²

¿Por qué aludimos que la *esencia* del TC se encuentra sustentada en contratos conexos? Porque la causa-fin de la operación económica y jurídica global del TC solo puede ser alcanzada mediante la combinación de varios contratos cuyos sujetos no necesariamente son coincidentes. En tal dirección, interpretado el artículo 1073 CCyC, el origen de la red contractual es legal. Así, podemos distinguir, a título enunciativo, la siguiente pluralidad de contratos: los contratos entre los adquirentes del derecho de uso periódico por turnos (usuarios) y el emprendedor, los contratos que ligan al emprendedor con los prestadores de los servicios que integran el sistema,

32. AA.VV., (conclusiones de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil [Santa Fe, 1999]), comisión N.º 3 (contratos conexos), pt. 1 (dogmática jurídica), en <https://jndcbahablanca2015.com/wp-content/uploads/2014/01/Ed-antiores-21-XVII-Jornadas-1999.pdf>, última consulta: 29/11/2021. Para otras definiciones de conexidad contractual, ver ARMELLA, Cristina N., "Contratos conexos", en Stiglitz, R. S. (dir.), *Contratos en el nuevo código civil y comercial*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 336: "La definición descriptiva que plasma el art. 1073 CCyC se integra con dos elementos configurantes, a saber: la pluralidad contractual y la finalidad económica común" (citando los fundamentos del CCyC); ALBANO, Carlos A., (comentario al art.1073), en Medina, G. y Rivera, J. C. (dirs.), Esper, M. (coord.), *Código civil y comercial de la nación comentado*, t. 3, Buenos Aires, La Ley, 2015, pp. 628-629.

el contrato entre el emprendedor y el administrador del sistema, el contrato entre el emprendedor y el propietario del bien a afectarse al régimen de TC, los contratos entre el emprendedor y los vendedores de derechos de uso periódico, los contratos entre la red de intercambio y los usuarios de TC, el contrato entre el usuario y el revendedor de derechos de uso periódico por turnos, etc. Para el caso de los sistemas turísticos de TC, los sujetos negociales se encuentran enumerados en el artículo 3 de la Ley 26356, al tiempo que el CCyC menciona expresamente a los usuarios, el emprendedor, el propietario, el administrador y el comercializador (aunque, sin dudas, la viabilidad de los sistemas con finalidad comercial, industrial o empresarial requiera de revendedores, prestadores y redes de intercambio). Son de plena aplicación –sobre todo en materia de interpretación y efectos de los contratos– los artículos 1073 a 1075 CCyC, que regulan la conexidad contractual.

De esta manera, el sistema se compondrá –en mayor medida– por contratos innominados (art. 970 CCyC): por ejemplo, los que vinculan al emprendedor con los usuarios³³ y los que vinculan a estos con la red de intercambio; pero podrá integrarse también por contratos de mandato (por ejemplo, los que ligan al emprendedor con el administrador y con los comercializadores, o los celebrados por los usuarios y sus revendedores), contratos de obra y servicios o de trabajo (verbigracia, los que incorporan a los prestadores al sistema), contratos de fideicomiso (por caso, el que conecta al propietario y al emprendedor), contratos de sociedad (cuando se estructura el sistema bajo formas asociativas), contratos de fianza, etc.

De la nómina de contratos efectuada puede inferirse la centralidad que tiene el emprendedor en la planificación, organización, dirección y control del sistema: precisamente, es la figura negocial que establece las reglas y principios que habrán de regir para su funcionamiento –por supuesto, ateniéndose a las normas indisponibles del CCyC y de la Ley 26356–. Para ello, se vale fundamentalmente de dos instrumentos jurídicos: el reglamento de administración y uso del sistema, y la prerredacción de los contratos que celebrará con los otros sujetos negociales (usuarios, prestadores, vendedores). En consecuencia, rigen la materia los artículos 984 a 989 CCyC, independientemente de si el contrato celebrado por el empresario con los usuarios es de consumo o no.

33. La Ley 26356 tipificaba el contrato de tiempo compartido (capítulo 4, especialmente arts. 14-15 y 17), pero su derogación por la ley que sancionó el CCyC volvió a colocarlo dentro de la categoría de los innominados, lo cual nos parece un desafortunado desacierto.

3.2. Anticresis como garantía real eficiente en sistemas de tiempo compartido

Hemos reseñado entonces, una pluralidad de sujetos que participan –a través de una red contractual– en un complejo sistema jurídico. Pero cabe preguntarse, desde el punto de vista lógico y teórico: ¿cuáles de los sujetos que integran el sistema estarían en condiciones de dar la cosa objeto de su titularidad real en anticresis? En principio, consideramos que tanto el propietario afectante como los usuarios de TC ostentan tipicidades reales compatibles con la anticresis.

El propietario afectante puede ser el dueño (perfecto o imperfecto), el conjunto de los condóminos, el titular de propiedad horizontal general y especial y el propietario superficario;³⁴ es decir, titulares de derechos reales sobre cosa total o parcialmente propia, principales y que se ejercen por la posesión, circunstancias que se compadecen con la anticresis (que requiere la entrega de la posesión de la cosa al acreedor o a un tercero). Por otro lado, el usuario de TC, en tanto el sistema le confiera un derecho real, ostenta un derecho real sobre cosa parcialmente propia, principal y que se ejerce por la posesión (arts. 1888, 1889 y 1891 CCyC). Todas esas características del derecho de uso y aprovechamiento periódico y por turnos lo tornan apto para ser objeto de una garantía real con desplazamiento y autosatisfactiva, como lo es la anticresis.

Sin perjuicio de lo que llevamos anotado, creemos que el análisis del tema no debe limitarse a cuestiones de posible legitimación, sino que además requiere adentrarse en aspectos tales como la eficiencia³⁵ económica de la propuesta. Para ello, será conveniente esbozar ciertos modelos negociales sencillos (al menos, identificaremos a los sujetos de los mismos y, si fuera necesario, el objeto).

34. Si bien el art. 2090 CCyC alude únicamente al titular de dominio como legitimado para afectar a TC, consideramos que, por el juego e interpretación armónica de otras normas del CCyC, todo titular de derecho real sobre cosa propia está legitimado en tanto los arts. 2091, 2093, 2100 y 2102 refieren al *propietario* y no al *dueño*, término, el primero, claramente más extenso y comprensivo. Ver CALIRI, José L. y PUERTA DE CHACÓN, Alicia, "Usufructo de bienes afectados a sistemas de tiempo compartido. Sujetos legitimados para constituirlo", en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, N.º 2, marzo 2017. En igual sentido: MOSQUERA, Celia, *Derecho real de superficie y los nuevos derechos reales en el CCCN*, Buenos Aires, Di Lalla, 2017, pp. 149-150.

35. Utilizamos el término *eficiencia* en un sentido económico (eficiencia paretiana): una situación es eficiente cuando no es posible encontrar otra situación en que alguien puede ver mejorada su posición, sin que para ello otra persona vea empeorada la suya; o, en otras palabras, la regla es que nadie empeore su situación, aunque otros o todos mejoren. Ver HUANCA AYAVIRI, Félix, *Introducción al análisis económico del derecho*, Sucre, Ediciones Javieranas, 2003, p. 24.

Veamos entonces las ventajas que dicha garantía real podría proporcionarles a cada uno de los sujetos identificados como integrantes del sistema de TC, sin considerar aún si efectivamente nuestro derecho positivo vigente los legitima para constituir anticresis en garantía de sus obligaciones (abordaremos el tema en el siguiente apartado).

3.2.1. Ventajas o beneficios para los emprendedores

Favorece la celebración de contratos asociativos o de colaboración empresarial con garantía real.

Para el emprendedor, en tanto que es la figura central que desarrolla el sistema de TC, la anticresis puede prestar interesantes servicios en orden a la optimización de los recursos y la maximización de beneficios. Piénsese, por caso, en dos emprendimientos afectados a TC, uno con finalidad comercial y otro con finalidad industrial.³⁶ Podrían ambos emprendedores celebrar contratos asociativos (art. 1446 CCyC³⁷) mediante los cuales establezcan flujos de fondos, aprovechamiento compartido de espacios, sectores o instalaciones de cada sistema, inversiones en beneficio común, etc. Pueden, en dicho supuesto, surgir obligaciones a mediano plazo a cargo de una de las partes, cuyo aseguramiento esté dado por un convenio anticrético. La necesidad de aumentar el rendimiento económico de la empresa común traería como lógica consecuencia –desde el punto de vista teórico– que la explotación que realice el acreedor anticresista sobre las cosas ajenas afectadas al tiempo compartido sea la más rentable posible: hay un interés mutuo en la colaboración interempresaria que conduce a un beneficio recíproco. Por otro lado, las propias disposiciones de la anticresis favorecen este aserto; señala el artículo 2216 CCyC: “El acreedor debe administrar conforme a lo previsto por las reglas del mandato y responde de los daños que ocasiona al deudor”. Obviamente, el asiento de la anticresis

36. Aunque podrían tener la misma finalidad, en cuyo caso la ejemplificación se simplifica.

37. Hacemos mención a este artículo en particular porque creemos que los acuerdos interempresariales que puedan llegar a celebrar los emprendedores de sistemas de tiempo compartido exceden (o no son totalmente compatibles) con los moldes típicos de los negocios en participación, las agrupaciones de colaboración, las uniones transitorias y los consorcios de cooperación, por lo que nos parece más viable para este tipo de negocios la adopción de esquemas asociativos atípicos. Para el concepto de contrato asociativo atípico, y jurisprudencia relacionada, puede verse: FERRERO, Luis F. y JUNYENT BAS, Francisco, (comentario al art. 1446), en Medina, G. y Rivera, J. C. (dirs.), Esper, M. (coord.), *Código civil y comercial de la nación comentado*, t. 4, Buenos Aires, La Ley, 2015, pp. 407-411. Coincidimos con los autores en que, si las partes lo juzgan conveniente, nada impide la inscripción de las modalidades atípicas de estos contratos asociativos en el organismo de aplicación.

en este caso –forzoso es señalarlo– estará constituido por los períodos de uso aún no enajenados (art. 2093 inc. a)],³⁸ pues los derechos de los usuarios no pueden ser alterados o disminuidos por sucesores particulares del emprendedor o del propietario (art. 2093 inc. b)).³⁹

Llama la atención que el CCyC no haya establecido en el capítulo 2 del título VI una norma similar a la del artículo 2084, referido a la posibilidad que tienen los conjuntos inmobiliarios de establecer servidumbres u otros derechos reales con terceros conjuntos, a fin de permitir un mejor aprovechamiento de los espacios e instalaciones comunes. Empero, consideramos que, por aplicación de los artículos 958, 959 y 2091, se puede constituir derechos reales entre sistemas de TC. En tal hipótesis, la anticresis aparece como una garantía real conveniente para el negocio que lleva a cabo el emprendedor; por supuesto, en caso de no coincidir la persona del propietario con la del emprendedor, quien se hallará legitimado para gravar la cosa afectada a TC será el propietario, con el consentimiento del emprendedor, conforme a una interpretación armónica del artículo 2090 CCyC.⁴⁰

Creemos que este esquema negocial esbozado (contratos asociativos entre sistemas de TC garantizados con anticresis) producirá, como externalidad positiva,⁴¹ un aumento del valor de mercado de los derechos de los usuarios, además de tornar más atractivo el ingreso a sistemas de aprovechamiento por turnos de bienes y servicios.

38. Art. 2093 inc. a) CCyC: “sin embargo, el emprendedor puede comercializar los períodos de disfrute no enajenados, con otras modalidades contractuales...”.

39. SAUCEDO, Ricardo J., “Tiempo compartido”, en Gurfinkel de Wendy, L. N., *Derechos reales*, t. 2, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 97, comparte nuestra postura: “Se contempla la facultad del propietario de gravar los bienes afectados con derechos reales de garantía [...] En rigor de verdad, corresponde destacar que podrían constituirse derechos reales de hipoteca o prenda con registro, puesto que la anticresis y la prenda con desplazamiento, por suponer la entrega de la cosa al acreedor impedirían en los hechos, el ejercicio de los derechos de los usuarios sobre los bienes oportunamente adquiridos. A lo sumo, podrían aplicarse dichos gravámenes sobre las unidades aún sin comercializar, y que están en poder efectivo del propietario”.

40. Aunque el art. 2091 se refiere únicamente a la legitimación del propietario para constituir hipoteca u otros gravámenes con posterioridad a la inscripción de la escritura de afectación.

41. Las externalidades son aquellas acciones realizadas por los sujetos económicos que pueden ser positivas o negativas respecto de terceros ajenos a tales decisiones. HUANCA AYAVIRI, Félix, ob. cit. (nota 34), pp. 29-30, las define como “consecuencias positivas o negativas, que resultan de las acciones de los sujetos económicos, que afectan a terceros y que, al no ser asumidas por los mismos sujetos económicos dejan de ser tomadas en cuenta –es decir internalizadas– en las decisiones económicas de los sujetos que emprenden las actividades productivas [...] Una externalidad es positiva cuando el tercero ve incrementados sus beneficios por los actos de otras personas sin que él hubiera intervenido en ella”.

El emprendedor puede disponer del período de uso y ajustarlo a las disponibilidades del sistema o de la red de intercambio.

En la hipótesis que comentaremos, imaginamos un vínculo de asistencia financiera que el emprendedor podría llegar a prestar a los usuarios de TC, quienes, en garantía de la restitución de los adelantos de caja, pueden constituir anticresis sobre su período de uso. Para el emprendedor, dicha perspectiva puede ser interesante, desde que la constitución de anticresis le permitiría manejar varias opciones: **i.** disponer del período que administra como acreedor anticresista mediante otras modalidades comerciales que las circunstancias del mercado le indiquen como más favorables o rentables (por caso, darlo en locación); **ii.** destinar el período que administra a las necesidades de disponibilidad del sistema, por ejemplo, cuando se haya optado por la unidad de medida por puntos o temporal flotante;⁴² y **iii.** destinar el período de disfrute que administra a las necesidades de la red de intercambio.⁴³

La constitución de anticresis por parte del usuario a favor del emprendedor podría traer aparejadas otras ventajas vinculadas con el pago de las cargas y contribuciones de las cosas afectadas a TC, que será analizada *infra*.

3.2.2. Ventajas o beneficios para los usuarios

Pueden tomar crédito de otros usuarios del sistema y estos acceder a mayor tiempo de uso, sin necesidad de adquirir el derecho de TC del deudor, sino amortizar el préstamo con los períodos de uso necesarios que pertenecen al constituyente de la garantía-usuario de TC.

La pregunta que surge es si dichas operaciones con objeto financiero deben estar (o no) permitidas por el reglamento de administración y uso del sistema. Desde nuestra óptica, ello no es necesario, pues los acuerdos de asistencia financiera con garantía real entre los mismos usuarios relativos a sus derechos de TC en nada interfieren en el funcionamiento del sistema,

42. Esta opción requiere dos requisitos fundamentales: primero, que se garantice el ejercicio del derecho de los demás usuarios en la oportunidad y condiciones comprometidas, por lo normado en el art. 2094 inc. c), y además porque, conforme al art. 2093 inc. b), los derechos del resto de los usuarios de TC son intangibles; segundo, que se preserve la igualdad de derechos de los usuarios y se respeten las prioridades temporales de las reservaciones (deber impuesto al administrador en el art. 2097 inc. b)], que el emprendedor debe controlar de acuerdo al art. 2094 inc. a)].

43. Rigen las mismas pautas que las reseñadas en la nota anterior.

no benefician ni perjudican al resto de los usuarios ni a los emprendedores, administradores o prestadores.⁴⁴

La anticresis es, en este caso, la garantía óptima que le posibilita al mutuante asegurar el cobro de su préstamo porque le permite calcular los periodos de disfrute necesarios para autoliquidar su crédito en función del monto efectivamente adelantado al constituyente; y, a su vez, puede ajustar el importe de la asistencia financiera a sus propias necesidades, en cuanto al uso y goce de la cosa objeto del TC, sin necesidad de adquirir un nuevo derecho de aprovechamiento periódico (alternativa que le resultaría, por lógica, más onerosa).

Por otra parte, la organización del TC como comunidad funcional de intereses o red de contratos implica generar fuertes posibilidades de formación y mantenimiento de un mercado financiero que acerque eficientemente la oferta y la demanda de crédito en función de la oferta y la demanda de periodos de goce disponibles. Al importar el desplazamiento de la relación posesoria y la explotación de propia mano de la cosa fructífera, la anticresis resulta el medio apto para poner en contacto a las partes que ofertan o demandan liquidez, o bien requieren ampliar sus tiempos de disfrute. Pensamos que dicha alternativa será muy atractiva en aquellos sistemas que tienen finalidades extrañas a las turísticas, apuntando, sobre todo, a las finalidades comerciales y empresariales.

Permite eludir el sistema crediticio tradicional, aprovechando el sistema operativo del TC.

Casi como una consecuencia de lo referido anteriormente, es de esperar que los costos financieros (tasas de interés, plazos de amortización) de las operaciones crediticias que se generen en el propio sistema de TC sean sensiblemente menores que los que deberían pagar los usuarios en caso de tener que recurrir a los operadores institucionales del crédito. Y el motivo de que esto sea así es evidente: para el emprendedor que quiere obtener disponibilidades de periodos de uso ya enajenados para comercializarlos a través de modalidades más rentables (por caso), para el usuario que desea extender su lapso temporal de disfrute sin tener que adquirir un nuevo derecho de TC, o para la red de intercambio a la cual le es útil contar con el periodo objeto de la anticresis para facilitar el trueque de disponibilidades de tiempos y espacios, la garantía anticrética representa un incentivo que

44. Ello sin perjuicio de la aplicación de las normas de contralor y superintendencia de la autoridad de aplicación en materia cambiaria.

presumiblemente se verá reflejado en el precio del crédito con consecuentes tasas de interés más bajas que las fijadas por las entidades bancarias.

Adecuada distribución de los riesgos y gastos, a través de normas compatibles referidas a mejoras y gastos en el TC y en la anticresis.

Una adecuada distribución contractual de los riesgos y costos de los contratos con garantía anticrética lleva a suponer que –excepto pacto en contrario– los gastos por mantenimiento del sistema, fondo de reserva y cuota por afiliación a la red de intercambio continuarían en cabeza del usuario de TC constituyente de la garantía⁴⁵ (art. 2095 inc. d] y 2217 CCyC), en tanto que, por el juego de los artículos 1939 y 2217 CCyC, la constitución de la garantía real con transmisión de la posesión permitiría hacer recaer los gastos derivados de contribuciones, tasas e impuestos en el acreedor anticresista.

Un aspecto interesante se presenta respecto de los gastos de mero mantenimiento (art. 1934 inc. c] CCyC), es decir, la reparación de los deterioros menores originados por el uso ordinario de la cosa. Conforme la normativa particular de la anticresis, dichos gastos deberían correr por cuenta del acreedor anticresista (arts. 2217, 1938 y 1939 CCyC), por los que no tiene derecho de reembolso por parte del constituyente. Sin embargo, por el juego con el artículo 2095 inciso b),⁴⁶ interpretamos que tales erogaciones son absorbidas por el sistema de TC, con lo cual se produce una traslación del costo desde el poseedor (acreedor anticresista) hacia el sistema.

Respecto de los gastos originados en mejoras necesarias, consideramos que rige la misma solución apuntada en los párrafos anteriores; solo que, para mayor claridad, deberíamos distinguir entre gastos necesarios (cuota por mantenimiento del sistema y fondo de reserva), que corren a cargo del usuario constituyente, y mejoras necesarias (conforme el art. 1934 inc. d]: aquellas reparaciones “cuya realización es indispensable para la conservación de la cosa”), que son afrontadas por el sistema a través de las cuotas de mantenimiento (o sea, indirectamente, son costeadas por la totalidad de los usuarios que conforman el sistema de TC).

Por supuesto, los demás gastos que no respondan estrictamente a las cuotas del sistema (por ejemplo, multas por sanciones impuestas al eventual

⁴⁵. Porque son gastos necesarios, sin los cuales el acreedor anticresista no podría usar y gozar adecuadamente y conforme a su destino la cosa objeto de su garantía.

⁴⁶. Art. 2095: “Son deberes de los usuarios del tiempo compartido: [...] b) responder por los daños a la unidad, al establecimiento, o a sus áreas comunes, ocasionados por ellos, sus acompañantes o las personas que ellos autorizan, **si tales daños no son ocasionados por su uso normal y regular o por el mero transcurso del tiempo...**” (el destacado me pertenece).

ocupante a raíz de infracciones del reglamento de administración y uso) deberán ser soportados por quien tenga el deber de responder a tenor de las normas generales sobre responsabilidad civil.

Como corolario de lo expuesto, apuntamos la correspondencia entre las normas referidas a las facultades materiales del usuario de TC y aquellas que corresponden al acreedor anticresista. El primero deberá ejercer su derecho conforme a su naturaleza y destino, sin alterarlos ni sustituirlos (art. 2095 inc. a)]; en tanto el segundo no puede modificar el destino ni realizar ningún cambio del que resulta que el deudor, después de pagada la deuda, no puede explotar la cosa de la manera que antes lo hacía (art. 2217).⁴⁷

3.2.3. Ventajas para la red de intercambio

Aquí nos situamos en la hipótesis de que sea la red de intercambio quien, para asegurar un crédito cualquiera contra los usuarios de TC, asuma el rol de acreedor anticresista. El interés de la red de intercambio en tomar este tipo de garantía radicaría en aumentar el volumen de espacios, locaciones y tiempos disponibles para proceder a los trueques o intercambios de derechos de aprovechamiento periódico. Cuanta mayor disponibilidad tenga la red de intercambio, mayor eficacia y competitividad en el mercado logrará.

Cabe preguntarse si el plazo máximo de la anticresis (cinco años para las cosas muebles y diez para las inmuebles) es o no adecuado para este tipo de operatoria. Consideramos que no puede darse una respuesta *a priori*, pues dependerá de una serie de variables que las partes deberán ponderar: finalidades del sistema (no es lo mismo un TC con finalidad industrial que otro cuya finalidad sea turística, por ejemplo), la estructuración interna del sistema (unidad de medida temporal fija, flotante o por puntos), la índole de las prestaciones que cada sistema ofrece a los usuarios para el mejor goce de su unidad, etc.

3.2.4. Ventajas para terceros acreedores

Por último, no es para nada despreciable el interés que pueden manifestar terceros ajenos al mercado financiero tradicional en acceder al uso y goce periódico y por turnos a través de un derecho anticrético constituido a su favor por el usuario de TC. Sin necesidad de adquirir el derecho de

⁴⁷ El dispositivo del art. 2217 CCyC es una norma reglamentaria de los derechos reales, que admite el pacto en contrario. Sin embargo, cuando el objeto de la anticresis sean cosas afectadas a sistemas de TC, dicho pacto en contrario no podría ser válidamente acordado, pues la regla del artículo 2095 inc. a) es una norma estatutaria.

aprovechamiento periódico, ni adherirse a la red de intercambio, los terceros acreedores de los usuarios pueden disfrutar, por el período de tiempo estrictamente necesario –calculado en relación a la cuantía y plazos de amortización del crédito garantizado– y a un menor costo, de los beneficios que brinda este sistema coparticipativo de la propiedad.

Resumiremos, finalmente, las posibilidades que pueden darse en punto a la constitución de derechos de anticresis dentro de los sistemas de tiempo compartido: a) usuario que constituye anticresis sobre su objeto a favor de otro usuario del sistema, del emprendedor, de la red de intercambio, o de un tercero; b) emprendedor o propietario afectante que constituye anticresis sobre la cosa afectada a TC a favor de otro emprendedor, de la red de intercambio, o de terceros.

3.3. La organización del sistema de tiempo compartido como incentivo para la constitución de anticresis

En este acápite dirigiremos la mirada hacia aquellas potencialidades de índole jurídica, técnica y económica que se derivan de la propia organización sistemática del TC para maridar con la anticresis.

Existencia en el sistema de sujetos negociales que tienen por función la administración de la cosa fructífera.

Tanto la presencia del emprendedor como la del revendedor posibilitan la constitución de esta garantía real que implica el desplazamiento de la relación posesoria desde el deudor hacia el acreedor o un tercero designado por las partes (art. 2212 CCyC). Es decir, los propios sistemas de TC, por ser tales, cuentan con sujetos específica y profesionalmente capacitados y habilitados para la administración y explotación económica del bien fructífero (en este caso, el derecho de uso y goce periódico). Esto permite transponer uno de los más polémicos aspectos de la anticresis: en su etapa autosatisfactiva, implica que el mismo acreedor sea quien se ocupe de obtener el máximo rédito de la cosa objeto de la garantía para así poder recuperar lo más rápidamente posible su acreencia. Esta situación ha sido denunciada como desventajosa para los operadores (sobre todo institucionales) del crédito, pues es de suponer que no cuentan con el grado de conocimiento suficiente acerca de la actividad empresarial del constituyente del derecho real de garantía o, en el mejor de los casos, la delegación de dicha manda a un tercero encarecería el costo de financiación. Pues bien, en la hipótesis de sistemas de TC, es el **mismo**

sistema quien provee a las partes del negocio crediticio a quienes habrán de explotar –en nombre y por cuenta del acreedor anticresista– el bien afectado para su aprovechamiento por turnos. La tarea podría recaer, como ya lo propusimos, en dos sujetos: el emprendedor y el revendedor.

En primer lugar, mencionamos al emprendedor, quien, conforme al artículo 3 de la Ley 26356, es la persona física (humana) o jurídica propietaria o con justo título de disposición del inmueble que constituye el STTC para comercializar períodos de disfrute y brindar a los usuarios las prestaciones que lo integran, por sí o por intermedio de terceros.⁴⁸ El CCyC no define al emprendedor sino que tan solo establece sus deberes y la naturaleza de su responsabilidad frente a los usuarios por su actividad; no obstante, consideramos que son aplicables –por el principio de la autonomía de la voluntad– los conceptos de la Ley 26356 para todo sistema de TC, cualquiera sea su finalidad.

Cuando el acreedor anticresista es el emprendedor (por ejemplo, porque asistió financieramente a determinado usuario o porque estableció contratos asociativos con terceros), es más que obvia su capacidad y conocimientos técnicos necesarios para explotar la cosa fructífera. Lo mismo sucede cuando eventualmente no coincida la persona del propietario con la del emprendedor y sea el primero quien tenga a su favor un crédito que asegurar mediante anticresis (crédito que podrá estar vinculado con operaciones económicas con determinados usuarios o terceros emprendedores de otros sistemas de TC). En el primer caso, el emprendedor actuará en nombre e interés propio; en el segundo, por cuenta del propietario.

Por otro lado, el otro sujeto mencionado (el revendedor) es la persona física (humana) o jurídica que, por sí o por cuenta y orden de un usuario, intermedia en el mercado secundario para la comercialización de períodos de un STTC. Esta figura negocial favorece a aquellos acreedores anticresistas (otros usuarios o terceros no adquirentes de derechos de TC) que no quieren o no pueden explotar por sí mismos el objeto del TC recibido en anticresis. Es lícito imaginar que quien intermedia en el mercado secundario para la comercialización de tiempo compartido está perfectamente capacitado –por su presumible experiencia en el mercado específico– para asumir la gestión del derecho de anticresis por cuenta del titular de la garantía.

48. Se ha dicho, con toda razón, que “Cabe observar la expresión jurídica que emplea la ley respecto de que se debe contar con ‘justo título’ de disposición del inmueble. El ‘justo título’ tiene una significación específica [...] la que precisamente no se corresponde con el recaudo de la legitimación para disponer sino con la ausencia de la misma por tratarse de un título defectuoso que emana de un incapaz o de un no propietario” (PUERTA DE CHACÓN, Alicia, “Sistemas de tiempo compartido. Insuficiencias de la ley 26356 desde la óptica de los derechos reales” [online], en <https://informacionlegal.com.ar/>, 0003/014778, última consulta: 26/12/2021).

El sistema permite que, cuando se ha gravado el objeto del derecho, el usuario pueda igualmente acceder a los beneficios de la red contractual mediante otro título.

Efectivamente, los sistemas de TC pueden consistir en una afectación parcial de los establecimientos bajo el régimen de aprovechamiento rotativo y cíclico, mientras que el resto de los sectores del inmueble pueden ser comercializados bajo otras modalidades. Asimismo, y aunque la totalidad del establecimiento se encuentre sometida al sistema de TC, el emprendedor puede disponer de los períodos de disfrute no enajenados, con otras modalidades contractuales (art. 2093 inc. a)]. Estas circunstancias indican que el usuario constituyente de anticresis igualmente podría acceder al uso y goce de la **misma cosa** (u otra diferente pero de similares características) a través de un título causal distinto. En conclusión, la especial situación jurídica de los bienes afectados a TC trae aparejada una notable ventaja para el usuario que se ha desprendido de la posesión de la cosa objeto de su derecho: aunque se trate de cosas no fungibles, el impacto de la privación del uso y goce puede ser neutralizado fácilmente en el contexto del sistema.

Finalidad amplia del sistema de TC: admite el objeto de intermediación financiera.

Reza el artículo 2087 CCyC:

Se considera que existe tiempo compartido si uno o más bienes están afectados a su uso periódico y por turnos, para alojamiento, hospedaje, comercio, turismo, industria u otros fines y para brindar las prestaciones compatibles con su destino.

Creemos que las operaciones crediticias, de intermediación y asistencia financiera pueden consistir en un fin del sistema (siempre que se vincule la actividad con los bienes afectados a uso alternado); y, en todo caso, el intercambio de recursos financieros es, a no dudar, una actividad accesorio o complementaria que bien puede considerarse como prestación compatible con el destino del sistema de TC.

La finalidad turística de la Ley 26356 se adapta a la anticresis porque el uso y goce de la unidad vacacional no tiene objeto productivo, no se incorpora a una cadena de valor.

Se ha insistido en que la anticresis es comparativamente menos ventajosa que la hipoteca, pues implica para el constituyente un desprendimiento de la cosa –por definición, fructífera y normalmente incorporada a un proceso

productivo–, lo cual se traduce en una explotación ineficiente por parte del acreedor anticresista, quien, es de suponer, no tendría la experiencia suficiente para hacer rendir al objeto de la garantía los mismos o mayores beneficios que si su administración y gestión continuara en manos del titular del emprendimiento –deudor o constituyente del derecho real de garantía–. En otras palabras, el traspaso de la relación posesoria ocasionaría (en teoría) una disminución del valor llave del fondo de comercio o establecimiento del constituyente.

Ahora bien, y enfocado el asunto desde la finalidad de la Ley 26356 (turística), se advierte que los usuarios de derechos de TC en este tipo de sistema son, generalmente, consumidores, pues su adquisición no suele responder a otra causa-fin que no esté asociada con el beneficio personal o de su grupo familiar o social (para recreo, esparcimiento, enriquecimiento cultural, etc.). Ello equivale a decir que, en el circuito económico, el usuario de TC se ubica como el último eslabón de la cadena, desde que su cosa no se incorpora a un proceso productivo, de intercambio o comercialización de bienes y servicios en el mercado con fines de lucro.

De lo anterior se deduce que quien acepte la constitución a su favor de una anticresis sobre muebles o inmuebles que forman parte de un STTC, autoliquidará su crédito por medio del uso privado de la unidad vacacional, imputando como fruto el alquiler que otro pagaría.

4. Usuarios de tiempo compartido: ¿legitimados para constituir garantías reales?

A no dudar, el propietario afectante puede, posteriormente a la inscripción del instrumento de sometimiento al sistema de TC, constituir anticresis sobre los períodos aún no comercializados: es la solución que se desprende de la interpretación finalista de los artículos 2091, tercer párrafo, y 2093, inciso a), del CCyC.⁴⁹ Sin embargo –y a pesar de las ventajas reseñadas en el capítulo anterior–, la legitimación de los usuarios de TC para gravar las cosas objeto de su derecho con garantías reales no aparece tan nítida. Algunos

49. KIPER, Claudio M., *Tratado de derechos reales*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2017, p. 331, observa: “Otra desarmonía, ya señalada respecto de la hipoteca, es que el titular de un bien (mueble o inmueble) que lo afecte al sistema de tiempo compartido puede gravarlo, en tanto no altere el destino ni perjudique a los usuarios del sistema [...] Sin embargo, no lo prevé así el artículo 2213”. No creemos acertada la crítica: el propietario afectante sí está comprendido en la nómina de los sujetos legitimados para constituir anticresis en tanto es dueño (perfecto o no), condómino, titular de propiedad horizontal o propietario superficiario.

autores se decantan por conferirle legitimación al usuario incluso para la constitución de anticresis; otros, en cambio, se la niegan.⁵⁰

El tema es complejo, desde que se piensa que todo lo atingente a la legitimación forma parte de la estructura legal de los derechos reales (art. 1884 CCyC) y, por tanto, las normas que la regulan son estatutarias, de orden público e inderogables por la autonomía privada. Por nuestra parte, estamos inclinados a reconocerle legitimación al usuario de TC para constituir garantías reales, entre ellas la anticresis. Para ello, nos valemos de los siguientes argumentos.

El derecho del usuario se clasifica como derecho real sobre objeto propio, principal, que se ejerce por la posesión y transmisible (arts. 1888, 1889, 1891 y 1906 CCyC)

Nos preguntamos: si el uso y goce periódico y por turnos es un derecho real sobre objeto propio y transmisible (art. 2095 inc. c)], ¿qué razón jurídica atendible habría para negarle a quien es “propietario” constituir una garantía real? Y es que la disponibilidad jurídica es de la **esencia** de los derechos reales sobre cosa propia (dominio, condominio, propiedad horizontal general y especial, sepultura, propiedad superficiaria). Gravar el objeto del derecho es una manifestación del poder de disposición jurídico; por consiguiente, ¿qué clase de derecho real sobre cosa **propia** ostentaría quien no puede gravarla? Hay que establecer una distinción muy clara en este aspecto: puede haber derechos reales sobre cosa total o parcialmente propia cuyas tipicidades establezcan, dentro de las facultades de disposición material del titular, limitaciones o prohibiciones y sin que por ello dejen de ser tales, conforme al artículo 1888 CCyC (caso de la propiedad horizontal, donde no se puede disponer materialmente de las cosas o sectores comunes; caso de la sepultura, en el que las facultades materiales son acotadas, por ejemplo); pero aun en estos supuestos, nunca se ve cercenada la facultad de disposición jurídica del titular. Ello es lo que ocurre con el TC. El usuario claramente tiene facultades de disposición material más

50. A favor de la legitimación del usuario de tiempo compartido para constituir anticresis: SAUCEDO, Ricardo J., ob. cit. (nota 39), p. 469, quien opina que la enumeración del art. 2213 CCyC no tiene carácter taxativo. En contra de la posibilidad de legitimar al usuario de TC como constituyente de anticresis: FRANCHINI, María F., “Los derechos reales de garantía en el ámbito de conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerios privados” (online), *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, julio 2016, en <https://informacionlegal.com.ar/>, AR/DOC/2074/2016, última consulta: 26/12/2021; quien manifiesta: “A pesar de la amplia expresión del art. 2101 cuando indica la aplicabilidad de las normas sobre derechos reales, no se advierte la posibilidad de constituir derechos reales de garantía”. Igualmente, no le reconocen legitimación al usuario de TC para constituir anticresis ABELLA, Adriana N. y MARIANI DE VIDAL, Marina, ob. cit. (nota 6), t. 2, p. 214.

o menos reducidas **conforme a la finalidad del sistema**: asumimos que no serán las mismas facultades materiales reconocidas a los usuarios de derechos de aprovechamiento alternado en sistemas de TC con finalidad empresarial o industrial que las facultades materiales conferidas a los usuarios de STTC. El elenco de dichos poderes estará especificado en el reglamento de administración y uso. Lo que no se discute es que el usuario tiene las más amplias facultades de disposición jurídica; y si puede disponer jurídicamente, puede gravar: va de suyo, puede constituir anticresis.

Sintetizando: resultaría un contrasentido afirmar que el usuario de TC puede enajenar por cualquier título su derecho mas no lo puede gravar con derechos reales de garantía que son compatibles con su objeto y naturaleza. Esa interpretación es la que mejor se corresponde con una armoniosa conjunción de los preceptos de los artículos 1888, 1906 y 2095, inciso c), del CCyC.

Cierto es que gran parte de la doctrina autoral ha cuestionado seriamente que el TC sea un derecho real sobre cosa total o parcialmente propia, caracterizándolo como derecho real sobre objeto ajeno.⁵¹ Sin embargo, nosotros sostenemos enfáticamente, sin distorsionar la letra ni el espíritu de la ley: el derecho del usuario de TC lo es sobre cosa parcialmente propia,⁵² y dicha circunstancia legitima a su titular a transmitirlo y, por ende, gravarlo con garantías reales.

51. Ver: ALTERINI, Jorge H. y otros, *Tratado de los derechos reales*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2018, p. 692, quienes definen el TC como “el derecho real sobre objeto ajeno, que otorga las facultades de usar y gozar sucesiva o alternadamente por períodos determinados, sin alterar la sustancia, y de disponer jurídicamente de ese derecho, conforme a la ley y al reglamento de tiempo compartido”; ABELLA, Adriana N. y MARIANI DE VIDAL, Marina, ob. cit. (nota 6), t. 1, p. 338, quienes escriben: “La caracterización del TC como derecho real sobre cosa propia, que se consagra en el artículo 1888, no resulta adecuada a nuestro entender [...] Resultaría más acertado caracterizar al TC como un derecho real autónomo de aprovechamiento o uso periódico y por turnos que recae sobre cosa ajena”; COSSARI, Nelson G. A., (comentario al art. 1886), en Alterini, J. H. (dir. gral.) y Alterini, I. E. (coord.), *Código civil y comercial comentado. Tratado exegético*, t. 9, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 60; KIPER, Claudio M., ob. cit. (nota 49), t. 1, p. 794. No compartimos las opiniones de tan distinguidos juristas.

52. La solución no variaba en el Proyecto de 1998, que incluía el TC dentro de las propiedades especiales y en su art. 2030 rezaba: “Tiempo compartido. La asignación de usos y goces sucesivos o alternados por períodos determinados, sobre un conjunto de cosas, puede sujetarse al régimen de los derechos personales o del condominio con indivisión forzosa sin límite de tiempo. En este caso el condominio con indivisión forzosa se constituye por el otorgamiento en escritura pública del reglamento de condominio y administración y su inscripción en el registro inmobiliario. El reglamento puede instituir una administración con el carácter de mandatario irrevocable. El reglamento de condominio y administración se integra al título de asignación del uso y goce”. Al remitir a las normas sobre condominio con indivisión forzosa, se estaba categorizando el TC como derecho real sobre cosa parcialmente propia. (N. del E.): ver Proyecto de 1998 [aquí](#); última consulta: 13/5/2022.

Se dirá: el usufructo es sin dudas un derecho real sobre cosa ajena y, sin embargo, es transmisible (art. 2142 CCyC). Pero, precisamente, por ser un derecho real sobre cosa ajena, las facultades de disposición jurídica de su titular están expresa y taxativamente señaladas por la ley: puede gravar la cosa únicamente con servidumbre, anticresis, uso y habitación; al no estar comprendida dentro de la ley la facultad de hipotecar, la misma le ha sido negada al usufructuario.⁵³

La remisión del artículo 2101 CCyC

Si bien autores de gran prestigio en la doctrina nacional han criticado este dispositivo por considerarlo vago, vacío (por su amplitud), carente de sentido, sobreabundante y de difícil interpretación,⁵⁴ estimamos que dicha remisión refuerza la idea de que al TC se le aplican las disposiciones comunes sobre derechos reales, con lo cual queda dicho que se aplican todas aquellas preceptivas que se derivan de su naturaleza de derecho real sobre objeto propio, principal, transmisible, que se ejerce por la posesión y que recae sobre cosas registrables o no –y aun bienes–.

Pese a todas las consideraciones efectuadas, coincidimos con Abella y Mariani de Vidal⁵⁵ en el sentido de que es de lamentar que el CCyC no haya otorgado **expresamente** al usuario de TC la posibilidad de constituir derechos reales de garantía, por lo cual proponemos, de *lege ferenda*, para evitar toda duda y discusión sobre el particular, incluir a los usuarios de TC como sujetos legitimados para la constitución no solo de anticresis (modificación del art. 2213), sino también de hipoteca y prenda (con o sin desplazamiento según sea el objeto).

5. Conclusiones

- 1) Tanto la anticresis como el tiempo compartido han experimentado cambios en su configuración típica que implican notables avances respecto de la regulación anterior. Esas modificaciones atañen principalmente al objeto: se lo ha ampliado a las cosas muebles

53. Ver AA.VV., (conclusiones de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil [Bahía Blanca, 2015]), comisión N.º 5 (derechos reales: usufructo), pt. IV.3.A.1, en <https://jndcbahiaablanca2015.com/?cat=9>, p. 5; última consulta: 2/12/2021.

54. Entre otros: TRANCHINI, Marcela H., ob. cit. (nota 7), p. 71; ALTERINI, Jorge H., "Primeras consideraciones sobre los derechos reales en el proyecto de código", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t, 2012-E, p. 898.

55. ABELLA, Adriana N. y MARIANI DE VIDAL, Marina, ob. cit. (nota 6), t. 1, p. 348.

registrables en la anticresis y a cosas muebles –registrables o no– y aun bienes en el tiempo compartido.

- 2) Sin embargo, en relación a la anticresis, a poco que se analiza el artículo 2212 del Código Civil y Comercial, tropezamos con una limitación, que no se justifica desde el punto de vista teleológico: se dispone que el objeto de la anticresis debe ser “cosas registrables individualizadas”. La norma es disvaliosa porque rara vez es factible realizar una explotación económica sobre cosas registrables consideradas singular o individualmente sin incluir las cosas muebles no registrables que coadyuvan de modo determinante en la viabilidad del emprendimiento; lo natural es que toda actividad productiva o empresarial se valga de una masa de bienes compuesta por una multiplicidad de cosas de distinta naturaleza unidas por un destino común.
- 3) Por lo antedicho, postulamos de *lege ferenda*, ampliar el objeto de la anticresis a masas de bienes (comprensivas de cosas registrables y no registrables) unidas por una misma finalidad o destino, tomando el concepto del derogado artículo 1339 del Código de Vélez Sarsfield. En tal caso, estimamos conveniente que el plazo máximo de duración de la anticresis sea de diez años, sin distinguir la naturaleza de las cosas que componen la masa de bienes.
- 4) La lectura aislada del precepto del artículo 2212 del Código Civil y Comercial indicaría que la anticresis solo podría recaer sobre la totalidad de la cosa inmueble o mueble registrable, máxime si se tiene en cuenta la eventual etapa liquidatoria de la garantía y considerando que, al regular los restantes derechos reales, el codificador ha hecho expresa mención a la posibilidad de que recaigan sobre partes materiales (así, en la superficie, art. 2116; en el usufructo, art. 2130; en el uso, art. 2154; en la habitación, art. 2158; y en la servidumbre, art. 2163). Sin embargo, creemos conveniente interpretar el dispositivo del artículo 2212 conjuntamente con los artículos 1883 y 2194, por lo cual admitimos que el objeto de la anticresis sea constituido por una parte materialmente determinada de la cosa registrable.
- 5) Esta solución nos parece valiosa desde el punto de vista del constituyente de la anticresis. Supóngase el caso de inmuebles fructíferos de gran extensión: permitiría a las partes del contrato calcular y luego establecer en qué medida y superficie el inmueble sería apto para devengar (conforme una explotación normal y habitual) los frutos y rentas necesarios tales que le posibiliten al acreedor amortizar su crédito; al mismo tiempo, el constituyente no se desprendería de la totalidad del mismo, con lo cual podría continuar

administrando el inmueble como venía haciéndolo sin comprometer en mayor medida de lo aceptable su patrimonio.

- 6) Otra de las derivaciones del paradigma, implícito en el libro IV del Código Civil y Comercial, del mayor aprovechamiento de los bienes al menor costo posible es la extensión de las finalidades de los sistemas de tiempo compartido, que ya no se circunscriben al mercado turístico, sino que se multiplican en función de la imaginación de los emprendedores: hospedaje, alojamiento, comercio, industria, culturales, académicas, deportivas, etc.
- 7) Es claro que la finalidad del sistema influirá decisivamente en punto a si se puede encuadrar jurídicamente al adquirente como consumidor o no. A no dudar, si el sistema se instaura con finalidad turística, el usuario –adquirente será, con muchas probabilidades, consumidor, y se tornará aplicable toda la normativa tuitiva del derecho del consumo, en base al principio protectorio; esto es: artículo 42 de la Constitución Nacional, artículos 1092 a 1122 del Código Civil y Comercial, y Ley 24240 y sus concordantes.
- 8) Sin embargo, es difícil pensar que los adquirentes de sistemas de tiempo compartido con fines industriales, comerciales o empresariales puedan encuadrarse jurídicamente como consumidores, pues es dable pensar que el propósito de quien incorpora a su patrimonio dichos derechos de uso periódico y por turnos –reales o personales– obedece a su consideración como bienes de cambio, es decir, con la finalidad de integrarlos al circuito económico.
- 9) Cobran aquí relevancia los principios del título preliminar del Código Civil y Comercial (arts. 9-12), es decir, buena fe, interdicción del abuso del derecho, interdicción del abuso de la posición dominante en el mercado, fraude a la ley y las normas relativas a los contratos de adhesión a cláusulas generales predispuestas (arts. 984-989 CCyC). Por su parte, las propias disposiciones del derecho de tiempo compartido también tienden a la protección del usuario: **i.** el artículo 2093 inciso b), en tanto estatuye la intangibilidad de los derechos de los usuarios una vez inscripto el instrumento de afectación a tiempo compartido; **ii.** el artículo 2097 inciso b), en cuanto establece el deber del administrador del sistema de preservar la igualdad de los derechos de los usuarios (deber que por otra parte debe ser controlado en su ejercicio por parte del emprendedor, conforme art. 2094 inc. a)], regla que se compatibiliza con el deber impuesto al emprendedor de garantizar el ejercicio de los derechos de los usuarios en las oportunidades y condiciones comprometidas (art.

2094 inc. c)]; **iii.** por medio de un triple sistema de publicidad de los derechos de los usuarios, para lograr su oponibilidad absoluta (inscripción de la afectación a TC y de los documentos portantes del contrato de TC en el registro que corresponda a la naturaleza de los bienes afectados –inmobiliario, automotor, etc.–, inscripción de la afectación en el registro de prestadores y establecimientos afectados a sistemas de tiempo compartido o de prestadores y establecimientos vacacionales afectados a sistemas de tiempo compartido e inscripción de los contratos de tiempo compartido en el registro de titulares, ello de conformidad con los arts. 2092, 2093, 2094 inc. b y 2101 CCyC, y 6 Ley 26356).

- 10)** El sistema de tiempo compartido consiste en una pluralidad de sujetos que participan –a través de una red contractual– en un complejo sistema jurídico. Pero cabe preguntarse, desde el punto de vista lógico y teórico: ¿cuáles de los sujetos que integran el sistema estarían en condiciones de dar la cosa objeto de su titularidad real en anticresis? En principio, consideramos que tanto el propietario afectante como los usuarios de tiempo compartido ostentan tipicidades reales compatibles con la anticresis.
- 11)** El análisis del tema planteado no debe limitarse a cuestiones de posible legitimación, sino que además requiere adentrarse en aspectos tales como la eficiencia económica de la propuesta.
- 12)** Ventajas o beneficios para los emprendedores: **i.** se favorece la celebración de contratos asociativos o de colaboración empresarial con garantía real; **ii.** los emprendedores pueden disponer del período de uso y ajustarlo a las disponibilidades del sistema o de la red de intercambio.
- 13)** Ventajas o beneficios para los usuarios: **i.** pueden tomar crédito de otros usuarios del sistema, y estos, acceder a mayor tiempo de uso, sin necesidad de adquirir el derecho de tiempo compartido del deudor, sino amortizar el préstamo con los períodos de uso necesarios que pertenecen al constituyente de la garantía-usuario de tiempo compartido; **ii.** la constitución de anticresis les permite eludir el sistema crediticio tradicional, aprovechando el sistema operativo del tiempo compartido; **iii.** una adecuada distribución contractual de los riesgos y gastos, a través de normas compatibles referidas a mejoras y gastos en el tiempo compartido y en la anticresis, optimiza el funcionamiento de la garantía real.
- 14)** Ventajas para la red de intercambio: el interés de la red de intercambio en tomar este tipo de garantía radicaría en aumentar el volumen

de espacios, locaciones y tiempos disponibles para proceder a los trueques o intercambios de derechos de aprovechamiento periódico. Cuanta mayor disponibilidad tenga la red de intercambio, mayor eficacia y competitividad en el mercado logrará.

- 15)** Ventajas para terceros acreedores: sin necesidad de adquirir el derecho de aprovechamiento periódico, ni adherirse a la red de intercambio, los terceros acreedores de los usuarios pueden disfrutar, por el período de tiempo estrictamente necesario –calculado en relación a la cuantía y plazos de amortización del crédito garantizado– y a un menor costo, a los beneficios que brinda este sistema coparticipativo de la propiedad.
- 16)** La organización del tiempo compartido como sistema constituye un incentivo para la constitución de anticresis porque: **i.** existen en el sistema de tiempo compartido sujetos negociales que tienen por función la administración profesional de la cosa fructífera; **ii.** el sistema permite que, cuando se ha gravado el objeto del derecho, el usuario pueda igualmente acceder a los beneficios de la red mediante otro título; **iii.** la finalidad amplia del sistema de tiempo compartido: admite el objeto de intermediación financiera; **iv.** la finalidad turística de la Ley 26356 se adapta a la anticresis porque el uso y goce de la unidad vacacional no tiene objeto productivo, no se incorpora a una cadena de valor.
- 17)** El propietario afectante puede, posteriormente a la inscripción del instrumento de sometimiento al sistema de tiempo compartido, constituir anticresis sobre los períodos aún no comercializados: es la solución que se desprende de la interpretación finalista de los artículos 2091 tercer párrafo y 2093 inciso a) del Código Civil y Comercial.
- 18)** Estamos inclinados a reconocerle legitimación al usuario de tiempo compartido para constituir garantías reales, entre ellas la anticresis, pues el derecho del usuario se clasifica como derecho real sobre objeto propio, principal, que se ejerce por la posesión y transmisible. Sintetizando: resultaría un contrasentido afirmar que el usuario de tiempo compartido puede enajenar por cualquier título su derecho mas no lo puede gravar con derechos reales de garantía que son compatibles con su objeto y naturaleza. Esa interpretación es la que mejor se corresponde con una armoniosa conjunción de los preceptos de los artículos 1888, 1906 y 2095 inciso c) del Código Civil y Comercial. La remisión del artículo 2101 a las disposiciones comunes de los derechos reales refuerza esa interpretación.

19) Es de lamentar que el Código Civil y Comercial no le haya otorgado expresamente al usuario de tiempo compartido la posibilidad de constituir derechos reales de garantía, por lo cual proponemos, de *lege ferenda*, para disipar toda duda y discusión sobre el particular, incluir a los usuarios de tiempo compartido como sujetos legitimados para la constitución no solo de anticresis (modificación del art. 2213), sino también de hipoteca y prenda (con o sin desplazamiento según sea el objeto).

6. Bibliografía

- AA.VV., (conclusiones de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil [Santa Fe, 1999]), en <https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2014/01/Ed-antiores-21-XVII-Jornadas-1999.pdf>, última consulta: 29/11/2021.
- AA.VV., (conclusiones de las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil [Lomas de Zamora, 2007]), en <https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2014/01/Ed-antiores-25-XXI-Jornadas-2007.pdf>; última consulta: 26/10/2021.
- AA.VV., (conclusiones de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil [Bahía Blanca, 2015]), en <https://jndcbahiablanca2015.com/?cat=9>; última consulta: 2/12/2021.
- ABELLA, Adriana N. y MARIANI DE VIDAL, Marina, *Derechos reales en el código civil y comercial*, t. 1 y 2, Buenos Aires, Zavallia, 2016.
- ALBANO, Carlos A., (comentario al art.1073), en Medina, G. y Rivera, J. C. (dirs.), Esper, M. (coord.), *Código civil y comercial de la nación comentado*, t. 3, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- ALTERINI, Jorge H., "Primeras consideraciones sobre los derechos reales en el proyecto de código", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2012-E.
- ALTERINI, Jorge H. y otros, *Tratado de los derechos reales*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2018.
- ARMELLA, Cristina N., "Contratos conexos", en Stiglitz, R. S. (dir.), *Contratos en el nuevo código civil y comercial*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- BONO, Gustavo A. y PUERTA DE CHACÓN, Alicia, "Necesaria revitalización de la 'anticresis'. Proyecto de código civil y comercial de la nación de 2012" (online), *SJA*, 17/10/2012, en <https://informacionlegal.com.ar/>, AR/DOC/9513/2012, última consulta: 26/12/2021.
- "Anticresis ¿sí o no?" (online), *La Ley*, 5/7/2021, en <https://informacionlegal.com.ar/>, AR/DOC/1932/2021, última consulta: 26/12/2021.
- CALIRI, José L. y PUERTA DE CHACÓN, Alicia, "Usufructo de bienes afectados a sistemas de tiempo compartido. Sujetos legitimados para constituirlo", en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, N.º 2, marzo 2017.
- COSSARI, Nelson G. A., (comentario al art. 1886), en Alterini, J. H. (dir. gral.) y Alterini, I. E. (coord.), *Código civil y comercial comentado. Tratado exegético*, t. 9, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- "Tiempo compartido. Impacto de la ley 26356 sobre el sistema de derechos reales" (online), *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 26/11/2008 (t. 2008-F), en <https://informacionlegal.com.ar/>, AR/DOC/3223/2008, última consulta: 26/12/2021.
- FERRERO, Luis F. y JUNYENT BAS, Francisco, (comentario al art. 1446), en Medina, G. y Rivera, J. C. (dirs.), Esper, M. (coord.), *Código civil y comercial de la nación comentado*, t. 4, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- FORNARI, María J., (comentario al art. 3239), en Zannoni, E. A. (dir.) y Kemelmajer de Carlucci, A. (coord.), *Código civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 12, Buenos Aires, Astrea, 2010.

- FRANCHINI, María F., "Los derechos reales de garantía en el ámbito de conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerios privados" (online), *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, julio 2016, en <https://informacionlegal.com.ar/>, AR/DOC/2074/2016, última consulta: 26/12/2021.
- HELÚ, Nair, "Tiempo compartido: ámbito propicio para la autonomía de la voluntad" (online), *Doctrina Judicial*, 16/12/2015, en <https://informacionlegal.com.ar/>, AR/DOC/3219/2015, última consulta: 26/12/2021.
- HIGHTON, Elena I., KEMELMAJER, Aída y LORENZETTI, Ricardo L., "Fundamentos del proyecto de código civil y comercial", en *Proyecto de código civil y comercial 2012*, Buenos Aires, Zavallia, 2012.
- HUANCA AYAVIRI, Félix, *Introducción al análisis económico del derecho*, Sucre, Ediciones Javieranas, 2003.
- KIPER, Claudio M., *Tratado de derechos reales*, t. 1 y 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2017.
- LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos. Parte general*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2018.
- *Tratado de los contratos. Parte especial*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2021.
- MOSQUERA, Celia, *Derecho real de superficie y los nuevos derechos reales en el CCCN*, Buenos Aires, Di Lalla, 2017.
- PUERTA DE CHACÓN, Alicia, (comentario al art. 1 Ley 26356 de Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido), en Zannoni, E. A. (dir.) y Kemelmajer de Carlucci, A. (coord.), *Código civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 13, Buenos Aires, Astrea, 2012.
- (comentario al art. 2316), en Zannoni, E. A. (dir.) y Kemelmajer de Carlucci, A. (coord.), *Código civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 10, Buenos Aires, Astrea, 2009.
- "Tiempo compartido. Un 'derecho complejo' en el código civil y comercial de la nación", *SJA*, 16/9/2015, en <https://informacionlegal.com.ar/>, AR/DOC/5243/2015, última consulta: 26/12/2021.
- (comentario al art. 2092), en Bueres, A. J. (dir.) y Mariani de Vidal, M. (coord.), *Código civil y comercial de la nación y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 4B, Buenos Aires, Hammurabi, 2017.
- (comentario al art. 2101), en Bueres, A. J. (dir.) y Mariani de Vidal, M. (coord.), *Código civil y comercial de la nación y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 4B, Buenos Aires, Hammurabi, 2017.
- "Innovaciones en materia de derechos reales" (online), *SJA*, 16/12/2015, en <https://informacionlegal.com.ar/>, AR/DOC/5486/2015, última consulta: 26/12/2021.
- "Sistemas de tiempo compartido. Insuficiencias de la ley 26356 desde la óptica de los derechos reales" (online), *Jurisprudencia Argentina*, en <https://informacionlegal.com.ar/>, 0003/014778, última consulta: 26/12/2021.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española* (online), en <https://dle.rae.es/sistema>, última consulta: 25/10/2021.
- SAUCEDO, Ricardo J., "Tiempo compartido", en Gurfinkel de Wendy, L. N., *Derechos reales*, t. 2, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015.
- TRANCHINI, Marcela H., "Consideraciones sobre los conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerios privados en el proyecto de código civil y comercial 2012. ¿Nuevos derechos reales para pocos?" (online), *SJA*, 17/10/2012, en <https://informacionlegal.com.ar/>, AR/DOC/9499/2012 (última consulta: 26/12/2021).
- VÁZQUEZ, Gabriela A., *Derechos reales*, Buenos Aires, La Ley, 2020.

Anticresis

Claudio M. Kiper

RESUMEN

Se analiza de modo sistemático el nuevo régimen que asigna el Código Civil y Comercial al derecho de anticresis, poco utilizado hasta el momento en la práctica y en el tráfico jurídico. Se examinan temas controvertidos, tales como si asiste al acreedor el derecho de retención, si es factible garantizar créditos indeterminados, la diferencia entre el plazo de duración y el de caducidad de la inscripción, si se pueden constituir anticresis sucesivas, la posibilidad de gravar una parte material de la cosa, acciones; entre otras cuestiones.

PALABRAS CLAVE

Derechos reales de garantía; anticresis; créditos garantizables; duración; efectos; derecho de retención.

Recibido: 20/6/2022

Aceptado: 20/6/2022

Publicado online: 6/7/2022

Sumario: 1. Concepto. Definición legal. 1.1. Antecedentes históricos. 1.2. Panorama. 1.3. Definición legal. 1.4. Objeto. 1.5. Posesión. 1.6. Créditos garantizables. 1.7. Constitución. Promesa. 1.8. Constitución por un tercero. 2. Legitimación. 3. Plazo máximo. 4. Derechos del acreedor. 4.1. Uso y goce. 4.2. Derecho a arrendar la cosa. 4.3. Derecho a ejecutar. 4.4. Privilegio. 4.5. ¿Derecho de retención? 4.6. Juicio ejecutivo. 4.7. Acciones. 4.8. ¿Afectación al régimen de vivienda? 5. Deberes del acreedor. 5.1. Conservar la cosa. 5.2. No alterar el destino. 5.3. Rendir cuentas. 5.4. Responsabilidad. 5.5. Pago de contribuciones y cargas. 5.6. Percibir los frutos e imputarlos. 5.7. Restituir la cosa. 6. Gastos. 6.1. Mejoras necesarias. 6.2. Mejoras útiles. 7. Duración de la inscripción. 8. Anticresis sucesivas. 9. Extinción. 10. Utilidad de la anticresis. 11. Bibliografía.



1. Concepto. Definición legal

1.1. Antecedentes históricos

La anticresis existía en el derecho romano, que parece haberla tomado del derecho griego: consistía en una estipulación en virtud de la cual, en el contrato de *pignus*, las partes podían convenir que el acreedor, a cambio del uso de su capital, es decir, como compensación de los intereses, tenía el derecho de percibir los frutos de la cosa empeñada; pero la anticresis podía ser también celebrada sin que existiese contrato de *pignus*. Etimológicamente, la palabra *anticresis* deriva del griego *antichresis*, de *anti*, contra, y *chresis*, uso; significaría, pues, contra uso, lo cual está perfectamente de acuerdo con la idea esencial de este derecho, pues el deudor usa el capital y el acreedor percibe los frutos de la cosa dada en anticresis. Para algunos autores, proviene del derecho caldeo, y para otros del egipcio.

En Roma, encontramos sus orígenes en el edicto “*rebus creditis*”, que otorgaba una *actio pignoratitia*, con fórmula *in factum concepta*, dirigida en contra del acreedor que retenía en forma indebida un objeto que le fue entregado en garantía del cumplimiento de una obligación. Así nació el pacto de anticresis, es decir, un convenio que daba al acreedor la facultad de apropiarse de los frutos producidos por la cosa y de los que se veía privado el propietario deudor (de allí el nombre de anticresis), el cual fue objeto de un pormenorizado tratamiento casuístico, que quedó precisamente reflejado en *el Corpus Iuris Civilis* de Justiniano. En un principio, en el derecho romano, no pasaba de ser un pacto ligado a la prenda, sin tener la consideración de contrato independiente. Además, señalan diversos autores que los frutos no se imputaban a la deuda de intereses, sino que se compensaban con ellos, de modo que el vínculo era un tanto aleatorio;¹ aunque, para otros autores, esto aceptaba matices si las partes preveían algo diferente.²

1. Véase un estudio de los antecedentes romanos en CASADO GÓMEZ, Santiago, *Pasado y presente de la anticresis* (online), Madrid, s. e., 2021, <https://eprints.ucm.es/id/eprint/68256/1/TFM%20EPRINT.pdf>; última consulta: 20/6/2022. También puede consultarse MANRESA Y NAVARRO, José, “De la anticresis”, en *Comentarios al código civil español*, t. 12, Madrid, Revista de Legislación, 1911 (2ª ed.), pp. 523 y ss.

2. El art. 3246 *Código Civil* autorizaba esta modalidad. El *Código Civil y Comercial* no la menciona, como sí lo hace el art. 2225 para la prenda, por lo que surge la duda acerca de su viabilidad. (N. del E.): Los hipervínculos a textos normativos fueron incorporados por la *Revista del Notariado* y dirigen a fuentes oficiales –en caso de excepción, se hará la aclaración que corresponda–; la fecha de última consulta es 6/7/2022.

En el derecho germánico medieval, se elaboró una figura singular aplicable a inmuebles denominada prenda de disfrute, que suponía la cesión en prenda por el deudor de un inmueble y, con ello, la atribución al acreedor de los rendimientos económicos del inmueble pignorado.

Durante las edades media y moderna, la prohibición del préstamo a interés³ llevaba como consecuencia la de la anticresis, pero este contrato se realizaba bajo la forma de venta con pacto de retroventa: el precio de venta correspondía al importe del préstamo; los alquileres que se estipulaban eran el valor del interés. Pero, una vez que la prohibición de estipular un interés por el préstamo de dinero desapareció, la anticresis fue aceptada como un contrato perfectamente legítimo en la generalidad de las legislaciones antiguas y modernas.⁴

1.2. Panorama

El [Código Civil de Vélez](#) dedicaba varias normas a la anticresis, pero no tuvo casi aplicación.⁵ Las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Lomas de

3. En el derecho canónico se condenó la anticresis por considerarla un pacto usurario, puesto que, para este derecho, los intereses no debían existir. El mismo criterio prohibitivo fue sustentado por la ley de las *Partidas* (ley 2, tít. XIII, partida v), pero, abolida la tasa del interés en la legislación española (14/3/1856), la figura se siguió utilizando, enmascarándose en otros tipos de figuras como la compraventa con pacto de retroventa (COLOTTO, Gustavo, *Anticresis*, Lejister.com, 12-11-2021, Cita: IJ-MMLXXIII-770). (N. del E.): Ver la partida Vª [aquí](#), p. 837; fuente: *Las siete partidas del sabio rey don Alonso el nono* (online), t. 2, Madrid, Oficina de Benito Cano, 1789 (glosadas por Gregorio López); última consulta: 4/7/2022.

Los franceses llegaron a decir que la figura no es propia de un pueblo civilizado, que obstaculiza la circulación de los bienes, entorpece la explotación económica e insta al abandono de los inmuebles. Sin embargo, fue recogida en los arts. 2071 y ss. del *Code Civil de français* de 1804, capítulo "Du Nantissement". La relevancia de este texto jurídico reside en que, por primera vez, se contempló la anticresis como institución autónoma y no como accesorio, puesto que adquiría la consideración de contrato propio (arts. 2085 y ss. *Code Civil*). (N. del E.): Ver [aquí](#), pp. 409 y ss.; fuente: *Code Civil des français* (online), París, Imprimerie de la République, 1804; última consulta: 4/7/2022).

4. SALVAT, Raymundo, *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, t. 4, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1964, § 2673.

5. Se conoce entre los pocos antecedentes el contrato celebrado en Ferrocarriles Argentinos y Galerías Pacífico SA el 26 de enero de 1990. El inmueble ubicado entre las calles Florida, Viamonte, San Martín y la Av. 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 esta 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,

Zamora, 2007) declararon, *de lege lata*, que “la anticresis constituye una garantía real valiosa en sí misma y como complemento de otras como la hipoteca o la prenda” y, *de lege ferenda*, que: “se recomienda que se otorgue privilegio al acreedor anticresista y que se extienda la garantía a cosas muebles registrables”.⁶

El nuevo **Código Civil y Comercial** intenta resucitarlo;⁷ el tiempo dirá si lo logra. Creo que puede ser una herramienta interesante para albergar distintas situaciones que puedan presentarse. Así, por ejemplo: alguien tiene un terreno y precisa dinero para alguna inversión; no tiene liquidez; puede otorgar al acreedor la posesión del inmueble para que este último lo explote y se cobre la deuda; finalmente, recupera el terreno sin haber puesto dinero de su bolsillo. O puede tratarse de un auto que el acreedor explote como taxi; o de animales que den frutos. En suma, todo dependerá de la imaginación y las necesidades de cada uno; también, de la inventiva de los operadores jurídicos, que suelen asesorar a los interesados.

No se me escapa que, en un país como Argentina, con tasas de inflación inusuales y donde escasea el crédito, todos los derechos reales de garantía encuentran serias dificultades para desarrollarse. No solo la anticresis. Ahora bien, soy un entusiasta defensor del fideicomiso de garantía. Aquí el deudor se desprende de la propiedad en favor del fiduciario. ¿Por qué no la anticresis? Basta pensar que, en el primero, hay que transferir la propiedad, mientras que, en el segundo, solo la posesión.

Es cierto que, en la hipoteca, el deudor conserva tanto la propiedad como la posesión, pero, desde el punto de vista del acreedor, si el deudor no cumple, se ve obligado a ejecutar la garantía, con todo lo que eso implica –años de litigio, venta del inmueble a un valor inferior en una subasta pública,

se firmó la escritura pública, autorizada por el escribano general del gobierno de la Nación. 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.

6. AA. VV., (conclusiones de las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil [Lomas de Zamora, 2007]). (N. del E.): Ver [aquí](#), p. 7; última consulta: 4/7/2022.

7. Se menciona en los fundamentos del anteproyecto del código que “la entrega abreviada sumada al privilegio posibilitará mayor agilidad, ya que permitirá un tiempo para usar la cosa y percibir los frutos, y si es insuficiente se ejecuta el objeto”. Los autores que colaboraron en el anteproyecto pretendían eliminar la anticresis como derecho real autónomo y que fuera una variante o especie cuando se concretara un pacto anticrético (ver BONO, Gustavo y PUERTA DE CHACÓN, Alicia, “Anticresis ¿sí o no?”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 5/7/2021). El Código optó mantenerla como derecho real. (N. del E.): Ver los fundamentos [aquí](#), p. 710; fuente: *Proyecto de código civil y comercial de la nación* (online), Buenos Aires, Infojus, 2012; última consulta: 4/7/2022.

gastos, etc.–. En la anticresis, si los frutos son suficientes para compensar el crédito, el acreedor no precisará de una ejecución judicial.

Se ha criticado este derecho real con la afirmación de que al acreedor anticresista le importa sacarle provecho al inmueble en lugar de mantenerlo adecuadamente. Sin embargo, se puede contestar que el acreedor tiene la obligación de mantenerlo en buen estado, no alterar su destino, y que, si no actúa con diligencia, será responsable del daño que causa.

En suma, no puedo alentar su uso, pero tampoco desmerecerlo. Deben ser los interesados quienes deben evaluar si, para el negocio que quieren concretar, les sirve o no.⁸

1.3. Definición legal

La anticresis, junto a la hipoteca y a la prenda, es uno de los tres derechos reales de garantía que regula el Código Civil y Comercial. Este cuerpo trae una novedad, inexistente en el anterior Código Civil, que consiste en establecer una parte general para todos los derechos reales (título I del libro cuarto) y, además, una parte general para los derechos reales de garantía (título XII, cap. 1, libro cuarto). Esto significa que a la anticresis, en la medida en que sean compatibles, le serán aplicables las normas comunes a los derechos reales en general y a los de garantía, y luego las normas especiales que le correspondan (cap. 3, arts. 2212–2218).

Cabe destacar que se le aplican los clásicos caracteres de los derechos reales de garantía: convencionalidad,⁹ especialidad, accesoriedad, indivisibilidad. El artículo 2212 establece que

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.¹⁰

Desde hace tiempo, se observa que la anticresis es un contrato raramente celebrado porque ella implica la desposesión del deudor, y, por consiguiente, el crédito de este queda agotado con la primera operación de garantía que

8. Ya antes de la reforma de 2015, se han mostrado partidarios de su utilización, entre otros: BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil. Derechos reales*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2008, § 1385; y GARRIDO CORDOBERA, Lidia, *Anticresis. Un instituto vigente*, Buenos Aires, Universidad, 1986, p. 24.

9. Desaparece la anticresis tácita que permitía el antiguo art. 3261 *Código Civil*.

10. Esta norma reconoce como antecedente el art. 2128 del Proyecto de 1998, aunque lo completa en la parte que dispone “a quien se autoriza a percibir los frutos para imputarlos a una deuda”. (N. del E.): Ver Proyecto de 1998 [aquí](#); última consulta: 4/7/2022.

realiza a base del inmueble dado en anticresis: las ventajas de la hipoteca son infinitamente superiores y de ahí que, a medida que la legislación hipotecaria se perfecciona, la anticresis va paulatinamente desapareciendo de la vida práctica del derecho. Siempre se la ha mirado con desconfianza: en un tiempo, por usuraria, en otro, por perjudicar innecesariamente al deudor y, luego, por anacrónica.

Se trata de un derecho real de garantía, pero también de disfrute, ya que permite percibir los frutos para que el acreedor satisfaga su crédito. El Código Civil y Comercial ha pretendido resucitarla. Contiene una primera novedad en cuanto a su objeto, pues el derecho no solo se constituye sobre inmuebles sino también sobre cosas muebles registrables, lo que revela la preocupación del codificador por dar a esta garantía real una mayor amplitud, para extender su aplicación a otros objetos que sean fructíferos. Se apuesta a una revitalización de esa garantía, de muy limitada difusión en la actualidad, acaso por el anquilosado y contradictorio régimen del Código derogado.

Podría confundirse esta extensión del objeto de la anticresis a las cosas muebles registrables con la prenda anticrética (art. 2225), pero hay diferencias, ya que la prenda solo puede recaer sobre cosas muebles no registrables y créditos instrumentados (art. 2219).

Comparando la anticresis con la hipoteca y la prenda, se puede señalar las siguientes diferencias:

- 1)** En cuanto al objeto: La anticresis recae sobre cosas inmuebles y muebles registrables. La hipoteca, sobre cosas inmuebles. La prenda, sobre cosas muebles no registrables y créditos instrumentados. En este último caso, puede presentarse la llamada prenda anticrética (art. 2225).
- 2)** En cuanto a la posesión de la cosa: En la anticresis, como en la prenda, ella pasa al acreedor o a un tercero. En la hipoteca, queda en poder del constituyente (también la prenda con registro).
- 3)** En cuanto a los frutos: La percepción de ellos por el acreedor es de la esencia del derecho, en tanto que, en la hipoteca, no existe tal cosa y, en la prenda, es la excepción.
- 4)** La anticresis tiene un plazo máximo de duración y también es menor el plazo de caducidad de la inscripción que el de la hipoteca. En la prenda que regula el Código Civil y Comercial no hay registro. Cabe advertir que la prenda con registro se rige por su ley especial.
- 5)** El usufructuario puede constituir anticresis, pero no hipoteca ni prenda. Esta última solo puede ser constituida por el dueño o por los

condóminos. A su vez, no puede el acreedor anticresista constituir anticresis (subanticresis).

- 6) En caso de ejecución, el acreedor prendario, bajo ciertas condiciones, puede adjudicarse la cosa prendada (art. 2229).
- 7) Las facultades de uso y goce son regla en la anticresis y excepción en la prenda.
- 8) El acreedor anticresista puede dar la cosa en arrendamiento. En la prenda, tal facultad debe ser consentida por el constituyente. No existe en la hipoteca esta alternativa para el acreedor.
- 9) Aunque por aplicación del artículo 2189 pueda entenderse aplicable a este caso el nacimiento posterior del crédito, parece necesario que el crédito esté individualizado *ab initio*, so pena de impedir que se concrete la imputación de los frutos que se perciben.
- 10) En la hipoteca y en la prenda se activan los derechos de preferencia y de persecución en caso de incumplimiento, ya que el acreedor debe ejecutar. En cambio, en la anticresis, el acreedor desde el inicio comienza a ejercer sus facultades. Se trata de una garantía en esencia autoliquidable.

Dejando de lado las diferencias, cabe remarcar similitudes, ya que los tres son derechos reales de garantía y deben cumplir los recaudos previstos por el Código para tales derechos (v. gr.: especialidad, indivisibilidad, accesoriedad, subrogación, etc.).

Se diferencia del usufructo en el hecho de que, mientras este último concede a su titular el disfrute de la cosa sin alterar la sustancia, la anticresis impone un deber concreto de servirse de los frutos para imputarlos al pago de una deuda. El usufructuario tiene el uso y el goce de la cosa y puede dar a los frutos el destino que desee, mientras que el acreedor anticresista tiene el deber de hacer redituable la cosa objeto del derecho real de garantía.

En cuanto al fideicomiso de garantía, cabe señalar que, en la anticresis, se entrega la posesión, mientras que, en aquel, se transmite el dominio. El acreedor anticresista tiene vedado adquirir el dominio de la cosa (art. 2198). El fiduciario puede disponer o gravar la cosa, lo que no puede hacer el anticresista. El dominio fiduciario puede ser constituido también por actos de última voluntad; la anticresis solo es convencional. El plazo máximo de duración es diferente.¹¹

11. KIPER, Claudio y LISOPRAWski, Silvio, *Tratado de fideicomiso*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, pp. 190-191.

1.4. Objeto

Pueden ser objeto de este derecho “cosas registrables individualizadas” (art. 2212). Quedan descartadas las cosas muebles no registrables y aquellas que no estén individualizadas (v. gr.: cosas inciertas, fungibles). La exigencia de estar individualizadas es, en verdad, superflua, ya que el Código estableció en la parte general que debe satisfacerse la especialidad en cuanto al objeto (art. 2188); recaudo que se extiende a todos los derechos reales.¹²

Quedan comprendidos en la garantía los accesorios, en los términos previstos por el artículo 2192. Interesantes reflexiones formula Caliri para sostener que la anticresis tendría más éxito si se extendiera también a los bienes unidos por accesión moral. Es que dicho autor propugna la armonización entre los bienes que pueden ser objeto del tiempo compartido y este derecho real, y que se amplíe el objeto de la anticresis a masas de bienes (comprendivas de cosas registrables y no registrables).¹³ Pienso que la situación no es tan determinante. Una vez constituida la anticresis, las partes bien pueden hacer un inventario de los accesorios que aportará uno u otro. Se trata, en definitiva, de un negocio y del ejercicio de la voluntad contractual.

Queda claro que el objeto es la cosa, no los frutos que produce.¹⁴ Dado que una parte materialmente determinada de una cosa ajena puede ser objeto de un derecho real (art. 1883), pienso que cabe admitir esta posibilidad.¹⁵ El artículo 2194 menciona la posibilidad de garantía sobre una parte material en caso de destrucción parcial. En tal caso, discutirá la doctrina si es menester, o no, la confección de un plano de mensura por profesional habilitado, para su inscripción.

En la hipótesis de aceptarse la constitución de anticresis sobre una parte material, no se me escapa que pueden surgir obstáculos en caso de ser necesaria la ejecución. Pero lo cierto es que el deudor responde con todos sus bienes, lo que implica que el acreedor anticresista podrá subastar toda

12. ALBRIEU, Oscar, “Acerca de la anticresis, la griega que está sola y espera”, en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, agosto 2021.

13. CALIRI, José L., “Anticresis y tiempo compartido. Análisis comparativo e integrador” (online), *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N.º 941 (julio-septiembre 2020), 1/6/2022, en <https://www.revista-notariado.org.ar/index.php/2022/06/anticresis-y-tiempo-compartido-analisis-comparativo-e-integrador/>; última consulta: 20/6/2022.

14. VÁZQUEZ, Gabriela, *Derechos reales*, Buenos Aires, La Ley, 2020, p. 86.

15. De acuerdo: URBANEJA, Marcelo, (comentario al art. 2212), en Clusellas, G. (coord.), *Código civil y comercial de la nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 9, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, pp. 193-194.

la cosa y habrá que establecer el alcance de su privilegio, si es que hay otros acreedores.

Creo que nada impide que puedan ser más de uno los objetos sobre los cuales se constituya este derecho real. Incluso, podría ser un inmueble y una cosa mueble registrable al mismo tiempo. Regirán las normas sobre indivisibilidad.

Se afirma que puede recaer sobre acciones de sociedades anónimas o bien cuotas de sociedad de responsabilidad limitada, cuya naturaleza es la de “cosa mueble”, consignada en un derecho cartular o escritural, debidamente registrada –según resulte en la esfera de la cotización de acciones o bien en una sociedad cerrada (art. 213 [Ley 19550](#))–, y, a consecuencia de la registración, resulta individualizada a nombre de un titular (persona física o jurídica).¹⁶

Cabe deducir que debe tratarse de cosas fructíferas, pues, de lo contrario, no le reportarían utilidad al acreedor y no habría tampoco forma de que perciba su crédito. Señalan Bono y Puerta de Chacón que

... por lo habitual la mayoría de las cosas son susceptibles de dar frutos civiles en tanto sean susceptibles de generar una renta mediante su arrendamiento o contratación similar que otorgue un derecho de uso (y en su caso goce) de la cosa. Y si bien es claro que la potencialidad de un arrendamiento depende de que la cosa en sí tenga interés para que los terceros paguen por su uso, las cosas registrables son, por naturaleza, de existencia duradera y susceptibles de un uso sostenido y perdurable; y entonces, prácticamente, lucen todas como susceptibles de producir una renta por la contratación onerosa de su uso (y en lo que aquí interesa, también el goce), e incluso la privación de dichas utilidades genera, en el derecho de daños, un daño emergente o

16. GAGLIARDO, Mariano, “Anticresis de acciones en el proyecto de reforma”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 19/4/2013 (t. 2013-B), recuerda que el art. 413 del Código de Comercio de Colombia dispone: “La anticresis de acciones se perfeccionará como la prenda y el usufructo y sólo conferirá al acreedor el derecho de percibir las utilidades que correspondan a dichas acciones a título de dividendo”.

En contra, COLOTTO, Gustavo, ob. cit. (nota 3), quien dice que “el objeto del presente derecho de garantía se circunscribe exclusivamente a las cosas que sean productoras de frutos o que tengan la potencialidad de hacerlo, requiriéndose además el carácter registral a los fines de la correspondiente inscripción y oponibilidad del derecho real. No entrarían dentro de dicha categoría las acciones o cuotas sociales, por cuanto no se tratarían de cosas sino de un conjunto de derechos con posibilidad de ser subsumidos dentro de la denominada prenda de créditos regidas por el art. 2232 y s.s. del CCCN”.

También se oponen Alterini y otros, pues dicen que solo las cosas registrables pueden ser objeto de la anticresis, y que la acción y la cuota no son cosas sino un conjunto de derechos (ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, María E., *Tratado de los derechos reales*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2018, p. 879).

un lucro cesante por razón de la privación –según el caso–, ambos rubros indemnizables.¹⁷

En esta línea, en relación con los inmuebles, expresan Díez Picazo y Gullón que el poder del poseedor no está limitado a percibir únicamente frutos naturales o industriales sino todos; de ahí que un inmueble arrendado sea fructífero, ya que las rentas son frutos civiles que el acreedor anticrético hará suyos.¹⁸ Más aún, el artículo 2216 equipara al uso que haga el acreedor con el alquiler que otro pagaría. En definitiva, todo dependerá de la utilidad que crea el acreedor que puede reportar la cosa entregada.

Se comprenden tanto los frutos naturales e industriales como los civiles. Cierta doctrina (Salvat, Borda, Garrido-Andorno), al enfocar la prenda anticrética, se encarga en distinguir la suerte que debieran correr los frutos conservables y los perecederos. Respecto de los primeros, el acreedor se encuentra obligado a mantenerlos, no pudiendo en principio disponer de ellos. En cuanto a los perecederos, el acreedor está obligado a su cuidado y –en tanto sea preferible a su deterioro– a venderlos conforme su naturaleza. Ello en tanto se encuentra obligado por el deber genérico de conservación de la cosa ínsito a la calidad asumida en el contrato. Finalmente, la imputación de frutos o intereses se regla en el sentido prescripto por las normas generales sobre el pago.¹⁹

1.5. Posesión

A diferencia de la hipoteca, la anticresis es un derecho real que se ejerce por la posesión. Por ende, el constituyente de la garantía deberá hacer tradición para que el acreedor adquiera el derecho real. Claro que, si la inscripción registral es constitutiva (v. gr.: automotores, caballos de pura sangre), el derecho real nacerá cuando se concrete, pero ello no releva de la entrega de la posesión.

Es de la esencia de este derecho real la entrega de la posesión a fin de que el acreedor pueda ejercer sus facultades, especialmente la de percibir los frutos. También es factible que la cosa sea entregada a un tercero designado por las partes.²⁰

17. BONO, Gustavo y PUERTA DE CHACÓN, Alicia, ob. cit. (nota 7).

18. DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, v. 3, Madrid, Tecnos, 1997 (6ª ed.), p. 589.

19. LOIZA, Fabián (comentario a los arts. 3231 y 3232), en Kiper, C. (dir.), *Código civil comentado. Derechos reales*, t. 3, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 575.

20. El [Código Civil español](#) permite pactar la supresión del desplazamiento posesorio (art. 1885).

No se me escapa que pueden surgir dudas cuando se trata de cosas muebles cuya registración es constitutiva. Así, por ejemplo, si se grava con anticresis un automotor, y ello se inscribe en el registro, ello es suficiente para la adquisición del derecho real, como sucede con la prenda con registro. Ahora bien, lo cierto es que el Código establece en la parte general que el derecho de anticresis se ejerce por la posesión (art. 1891) y, cuando el artículo 2212 define este derecho real, dice "cuya posesión se entrega al acreedor a un tercero designado por las partes". Buscando armonizar todas las normas, me animo a decir que el derecho real nacerá con la inscripción, si esta es constitutiva, pero que el constituyente estará obligado a entregar la posesión para que el acreedor pueda ejercer sus facultades.

El tercero que posee para el acreedor, en verdad, es un tenedor.

1.6. Créditos garantizables

Resulta de aplicación el artículo 2187, de modo que, por regla, cualquier crédito puede ser garantizado con este derecho real. Si bien parece adecuarse mejor a obligaciones de dar sumas de dinero, lo cierto es que nada impide su uso en garantía de obligaciones de dar cosas, o bien de hacer o no hacer.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el acreedor percibe frutos para imputarlos a intereses, gastos y capital, es muy poco probable su utilización para garantizar créditos futuros, eventuales, indeterminados o sujetos a condición suspensiva.²¹ Es que, si el crédito no nació y el acreedor percibe frutos, ello se asemejaría a una prenda, pues el acreedor los recibiría en prenda a la espera de que la obligación futura resultara líquida y exigible.

Es curioso que el artículo 2212 aluda al aseguramiento de "una deuda", lo que puede llevar a interpretar que una anticresis no puede tutelar varias deudas del mismo acreedor. Sin embargo, entiendo que no cabe hacer una exégesis puramente literal y que, si las partes lo consideran, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, la hipótesis no debe ser descartada. Sí, como dije, es necesario que los créditos sean actuales y determinados, porque de otra manera no sería factible la imputación de los frutos. Cabe desechar

21. De acuerdo: BONO, Gustavo y PUERTA DE CHACÓN, Alicia, ob. cit. (nota 7), quienes dicen que se requiere la existencia de un crédito líquido, exigible (conforme el plazo de amortización) y determinado en sus elementos esenciales: sujetos, objeto y causa, pues es consustancial de la anticresis que el acreedor ejerza el derecho real y perciba los frutos, sea por sí o por otro, con la obligación de aplicarlos al pago de la deuda, lo que igualmente sucede en el supuesto de que el acreedor ejerza el derecho de usar la cosa o habitar el inmueble anticrético (art. 2215), caso en que también es considerado como fruto el alquiler que otro pagaría por ello (art. 2216).

la apertura prevista en el artículo 2189, que tanta doctrina y jurisprudencia generó, cuando se trata de la hipoteca abierta.

Más adelante expondré que, en mi opinión, son admisibles también las anticresis sucesivas.

1.7. Constitución. Promesa

Si tiene por objeto una cosa inmueble, la convención debe efectuarse en escritura pública (art. 1017, inc. a)], además de su inscripción en el registro para su oponibilidad, mientras que, si se trata de una cosa mueble registrable, corresponderá hacerlo por el instrumento respectivo requerido por la normativa específica,²² además de su inscripción a los fines de su constitución u oponibilidad del derecho, según el tipo de registro de que se trate. Si no se cumpliera dicha formalidad, el contrato vale como promesa de otorgarlo (arts. 969 y su correlativo 1018).

Dispone el artículo 285 que

El acto que no se otorga en la forma exigida por la ley no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, pero vale como acto en el que las partes se han obligado a cumplir con la expresada formalidad, excepto que ella se exija bajo sanción de nulidad.

Por su parte, el artículo 995, referente a la promesa de contrato, establece que

Las partes pueden pactar la obligación de celebrar un contrato futuro. El futuro contrato no puede ser de aquellos para los cuales se exige una forma bajo sanción de nulidad. Es aplicable el régimen de las obligaciones de hacer.

En el caso de inmuebles, la anticresis que constara en instrumento privado valdría como una promesa de tal, que permitiría exigir el otorgamiento de la escritura pública y, aun, obtener que esta fuera suscripta por el juez en nombre y a costa del obligado.

Cabe agregar que el artículo 512 del [Código Procesal Civil y Comercial](#) de la Nación se refiere a la sentencia que condenare al otorgamiento de la escritura pública, concepto que no se limita a la compraventa, sino que puede abarcar otros supuestos.

²². Si se trata de naves o aeronaves, en ciertos casos los contratos pueden ser realizados por escritura pública o por instrumento privado autenticado (art. 501 [Ley 20094](#), art. 53 [Cód. Aeronáutico](#), respectivamente).

1.8. Constitución por un tercero

Este derecho real puede ser constituido por el deudor o por un tercero no deudor legitimado. En este último caso, responde solo con el bien gravado (art. 2199).

2. Legitimación

Dispone el artículo 2213 que “pueden constituir anticresis los titulares de los derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal, superficie y usufructo”. Cabe advertir que cualquiera de estos legitimados puede ser el deudor, o un tercero.

En el caso del dueño, se dice que no puede ser objeto de abdicación un inmueble inscripto con un gravamen en el registro de la propiedad, pues del artículo 944 se desprende la admisión de la renuncia de derechos solamente en interés particular de las personas. Los gravámenes reales deberán estar previamente cancelados; de lo contrario, al traspasarse el inmueble al dominio privado del Estado nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se afectarían intereses públicos en perjuicio de terceros, tornando eventualmente ilusorias las garantías reales de los acreedores hipotecarios y anticresistas, embargantes e inhibientes o de medidas cautelares anotadas.²³

Si se trata de un dominio revocable, su extinción provocará la del derecho de anticresis (arts. 1967 y 1969). En cambio, si fue constituido por un dueño fiduciario, en principio su extinción no se proyecta al acreedor anticresista (arts. 1688 *in fine* y 1705). En la hipótesis del dominio fiduciario, el Código permite que se pacte la prohibición de enajenar (art. 1688), lo que podría incluir la veda de establecer el derecho de anticresis.

A diferencia del derecho de hipoteca, se excluye al titular de un conjunto inmobiliario y se incluye al usufructuario.

La inclusión del usufructuario es lógica, ya que él tiene derecho a los frutos. Esto es coherente con la posibilidad que tiene el usufructuario de ceder su derecho por actos entre vivos (arts. 2129 y 2140), y con la posibilidad de ejecutar este derecho real que tienen sus acreedores (art. 2144). La anticresis solo puede existir en tal caso mientras dure el usufructo; si este derecho se extingue, el derecho de anticresis queda también extinguido,

23. ÁRRAGA PENIDO, Mario, “Abdicación del dominio o condominio de un inmueble”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 29/12/2016 (t. 2017-A-698).

aun antes del vencimiento del plazo por el cual fue constituido (arg. art. 2153, primer párrafo) o del plazo máximo fijado por el artículo 2214.

Lo mismo sucede si la anticresis es constituida por el superficiario (arts. 2120 y 2125): debe extinguirse al concluir dicho derecho real por vencimiento del plazo.²⁴ El derecho de construir, plantar o forestar, o la propiedad superficiaria, pueden ser objeto de derechos reales de garantía (art. 2120). La utilización del plural hace suponer que puede gravarse, además de hipoteca, con anticresis (ver art. 2213). El primer supuesto podría ser un caso de derecho real sobre un derecho.²⁵ Cuando ya la propiedad superficiaria existe, hay una suerte de subrogación legal. Si la propiedad superficiaria se destruye, esto sin duda afectará a los acreedores. Ahora bien, si luego se reconstruye, los derechos reales de garantía se extenderán nuevamente a lo incorporado.

En el caso de la anticresis, cuesta imaginar que ese derecho real recaiga sobre un derecho que aún no fue ejercido, teniendo en cuenta que el acreedor anticresista recibe la posesión y percibe frutos que puede imputar al pago de la deuda. No obstante, no se lo puede descartar, ya que es posible que el superficiario precise financiación.²⁶ En cambio, se torna más viable sobre lo ya construido, plantado o forestado.

Se pregunta Iturbide si, al haberse constituido derecho de superficie y/o de usufructo sobre un inmueble, el nudo propietario conserva la facultad de constituir anticresis. Se inclina por la negativa porque tanto la superficie

24. Si se produce la extinción del derecho del superficiario antes del vencimiento del plazo legal o contractual, los derechos reales constituidos sobre la superficie continúan vigentes –como si no hubiese habido extinción– hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie (art. 2125).

25. Según el art. 1883 un bien puede ser objeto del derecho real cuando ello surja de la ley. A su vez, el art. 2188 expresa que también los derechos pueden ser objeto de los derechos reales de garantía.

26. De una primera lectura se podría inferir que lo que se puede gravar con derecho real de garantía es la propiedad de las plantaciones o construcciones existentes (más las que se vayan agregando en el futuro), lo que parece razonable porque, en tal caso, existiría la cosa sobre la que recaería el gravamen. Pero esta sería una afirmación poco conducente, en orden a los objetivos de la ley, porque cuando el derecho del superficiario tiene por finalidad forestar o hacer silvicultura, o emprender una construcción importante, se le negaría la posibilidad de obtener los recursos necesarios para emprender la explotación. Y en esto no existe contradicción alguna con el régimen general de los derechos reales, en cuanto se trataría de la constitución de un gravamen sobre un derecho y no sobre una cosa, habida cuenta de que es la propia regulación legal la que lo admite. Por esto, cabe adherir al criterio amplio de interpretación, en el sentido de que el superficiario puede constituir derecho real de garantía en cualquiera de las modalidades que la superficie puede asumir (ver KIPER, Claudio, *Derecho real de superficie*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2021, pp. 109-114). En contra: SÁENZ, Pedro, "Derechos reales de garantía constituidos por el superficiario" (online), *Revista Jurídica de San Luis*, San Luis, Facultad de Derecho Tomás Moro, N.º 3, abril 2018, en https://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=e930418262d309d7fa8306ea3edfcdea&hash_t=e4332d3c853429b9a5e9f422351dab0c, última consulta: 20/6/2022; y COLOTTO, Gustavo, ob. cit. (nota 3).

como el usufructo se ejercen por la posesión, de modo que lo único que podría hacer el nudo propietario es disponer jurídicamente del bien, pero no gravarlo con un derecho real que se ejerce por la posesión. Una posesión excluiría la otra porque no se trataría en tal caso de coposeedores en virtud de un mismo derecho real o de distintos derechos reales que aceptan la posesión conjunta.²⁷ Cabría hacer la salvedad de que el derecho de cada uno recaiga sobre partes materiales distintas. En tal caso, el dueño puede gravar con anticresis la parte material no gravada con otros derechos reales.

Si se trata de propiedad horizontal, es claro que pueden ser gravadas las unidades funcionales. Colotto considera que también podrían hacerlo los copropietarios sobre las partes comunes no indispensables (art. 2042), que, atento a su carácter de prescindibles por oposición a las que no lo son, previstas por el artículo 2041, pueden ser gravadas.²⁸ Me cuesta aceptar esta idea, ya que, si el acreedor no percibe su crédito, debe ejecutar, y no es posible ejecutar partes comunes si al mismo tiempo no se agreden las partes privativas, dado su carácter accesorio e inseparable. Esto, sean o no indispensables. Así, por ejemplo, pienso que no podría el acreedor anticresista ejecutar la piscina; menos aún la azotea, un patio, etc.

No queda claro el motivo por el cual no se menciona al titular de un conjunto inmobiliario (v. gr.: club de campo). Este derecho se rige por las reglas previstas para el de propiedad horizontal, y lo cierto es que, según el artículo 2213, el titular de este último derecho real se encuentra legitimado para gravar la cosa con anticresis. La distinción no se muestra justificada. Cabe interpretar que la alusión a la propiedad horizontal incluye esta subespecie. Hubiera sido preferible la atribución expresa, como hace el artículo 2206 cuando alude a los legitimados para constituir hipoteca, ya que menciona tanto la propiedad horizontal como los conjuntos inmobiliarios.

Otra desarmonía es que el titular de un bien (mueble o inmueble) que lo afecte al sistema de tiempo compartido puede gravarlo, en tanto no altere el destino ni perjudique a los usuarios del sistema (arts. 2091 y 2093). Sin embargo, no lo prevé así el artículo 2213. Armonizando estas normas, considero que el o los titulares de la cosa afectada a tiempo compartido están legitimados para gravarla con anticresis.

Caliri considera que el gravamen sobre el tiempo compartido reporta ventajas para los emprendedores, tales como que favorece la celebración de contratos asociativos o de colaboración empresarial con garantía

27. ITURBIDE, Gabriela, "Breve panorama sobre la regulación actual del derecho real de anticresis", en *Temas de Derecho Civil, Persona y Patrimonio*, Buenos Aires, Erreius, N.º10 (octubre 2020), pp. 903-918.

28. COLOTTO, Gustavo, ob. cit. (nota 3).

real; que el emprendedor puede disponer del período de uso y ajustarlo a las disponibilidades del sistema o de la red de intercambio. Asimismo, encuentra ventajas o beneficios para los usuarios, tales como obtener crédito de manera no tradicional, prever una adecuada distribución de los riesgos y gastos. Agrega que habría ventajas para la red de intercambio y para los acreedores. Destaca la existencia en el sistema de sujetos que tienen por función la administración profesional de la cosa fructífera.²⁹

Surge la duda con los usuarios del tiempo compartido. El artículo 2213 no los menciona. El Código, al regular el tiempo compartido, trata el tema de manera deficiente, pues el artículo 2101 se limita a decir que al adquirente “se le aplican las normas sobre derechos reales”, sin decir cuáles.³⁰ Si bien es difícil que los emprendedores se sometan a las normas de los derechos reales, al ser optativo (ver art. 2088 y conchs.), si ello ocurre pienso que podría aceptarse la legitimación de aquellos. Claro que se trata de una conclusión teórica que no creo se concrete en la práctica. Máxime si se recuerda la poca aplicación que ha tenido la anticresis hasta el momento.

En el caso del condominio, si se trata de toda la cosa o de una parte material de ella, la constitución deberá ser otorgada por todos (art. 1990). No obstante, cabe admitir que uno o más condóminos graven su parte indivisa. En tal caso, la partición le sería inoponible al acreedor anticresista (art. 1989). En este último caso, Saucedo entiende que el resto de los comuneros debe aceptar a este acreedor coposeedor.³¹ Esto es replicado con razón por Cossari, quien sostiene que tal exigencia no resulta de norma alguna. Si se le exigiese el consentimiento de los restantes condóminos para gravar su parte indivisa, su derecho se vería frustrado.³²

29. CALIRI, José, ob. cit. (nota 13).

30. A favor de la legitimación del usuario de tiempo compartido para constituir anticresis: CALIRI, José, ob. cit. (nota 13); y SAUCEDO, Ricardo J., “Tiempo compartido”, en Gurfinkel de Wendy, L. N., *Derechos reales*, t. 2, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 469. En contra: FRANCHINI, María, “Los derechos reales de garantía en el ámbito de conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerios privados” (online), *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, julio 2016, en <https://informacionlegal.com.ar/>, AR/DOC/2074/2016; última consulta: 20/6/2022.

31. SAUCEDO, Ricardo, (comentario al art. 2213), en Medina, G. y Rivera, J. C. (dirs.), Esper, M. (coord.), *Código civil y comercial de la nación comentado*, t. 5, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 867. Szmuch tampoco considera admisible la anticresis de parte indivisa (SZMUCH, Mario, [comentario a los arts. 2219-2237] [online], en Caramelo, G., Herrera, M. y Picasso, S. [dirs.], *Código civil y comercial de la nación comentado*, t. 5, Buenos Aires, Infojus, 2015, pp. 331-353, en http://www.bibliotecadigital.gob.ar/files/original/20/1635/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_V.pdf, última consulta: 20/6/2022).

32. COSSARI, Nelson, (comentario al art. 2213), en Alterini, J. H. (dir.), *Código civil y comercial comentado. Tratado exegético*, t. 10, Buenos Aires, La Ley, 2016 (2ª ed.), p. 593.

El titular de un inmueble (o los condóminos) que lo afecte a cementerio privado no puede gravarlo con anticresis. El artículo 2104 dice claramente que el cementerio no puede “ser gravado con derechos reales de garantía”. En cuanto a la parcela destinada a sepultura en los cementerios privados, teniendo en cuenta su particular naturaleza y que el artículo 2110 prevé su inembargabilidad, no parece factible que aquella sea gravada con este derecho real de garantía. A la vez, cuesta visualizar su carácter fructífero. Lo cierto es que, si la anticresis no ha sido usada siquiera en inmuebles no afectados a ninguna de estas especies de derecho real, menos chance creo que puede presentarse en una parcela de un cementerio privado.³³

Por último, de acuerdo con el texto del artículo 2213, cabe concluir que el acreedor anticresista no puede gravar la cosa con anticresis en favor de un acreedor suyo (subanticresis). Sí, claro, puede ceder su crédito, y, en tal caso, lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

3. Plazo máximo

Este derecho real dura lo que las partes pacten en su contrato, pero con un límite, ya que el Código ha fijado un plazo máximo de duración de la anticresis. Procura no prolongar excesivamente la desmembración del derecho real, pues, como todo gravamen, entorpece el tráfico y la circulación de los bienes afectados. En efecto, según el artículo 2214:

El tiempo de la anticresis no puede exceder de diez años para cosas inmuebles y de cinco años para cosas muebles registrables. Si el constituyente es el titular de un derecho real de duración menor, la anticresis, se acaba con su titularidad.

Para algunos, el plazo máximo debió ser más extenso y, para otros, no debió fijarse ninguno (Alterini, Cossari). El plazo comienza a correr desde la adquisición del derecho real. Si se pactara un plazo superior, cabe entender que no se anula el contrato, sino que se lo reduce al máximo previsto en la ley.

Cumplido el plazo máximo, en caso de que la deuda subsista, el acreedor puede ejecutar el bien y percibir su crédito con privilegio. Si el crédito fue totalmente satisfecho, podría visualizarse la anticresis como una garantía autoliquidable, al no ser necesaria la ejecución.

33. Para Cossari (COSSARI, Nelson, ob. cit. [nota 32], p. 594), podría admitirse la anticresis para garantizar créditos provenientes del saldo de precio de compra y de construcción de sepulcros. Advierto que este autor se refiere de manera indistinta al cementerio privado y a la parcela, cuando son derechos diferentes.

El plazo fijado por el artículo 2214 es el tope máximo. Puede establecerse uno menor y también puede durar menos si dura menos el derecho del constituyente. Así, por ejemplo, si es constituido por un usufructuario y este muere, se extingue el usufructo y, por ende, la anticresis otorgada, aun cuando no hubiera transcurrido el término pactado ni el máximo fijado por la ley.

También la anticresis se extingue antes del plazo previsto en el caso de que el derecho del constituyente sea subastado (art. 2203) o si el acreedor anticresista incurre en el incumplimiento de sus deberes que lo obligan a restituir la cosa (art. 2216, último párr.). En el primer caso, dado que todos los acreedores ejercen su derecho sobre el precio, el anticresista deberá presentarse en el juicio iniciado por otro acreedor y hacer valer su derecho.

En opinión particular, sostiene Albrieu:

En caso de ejecución (o de venta) de la cosa gravada, el anticresista cuenta con el *jus preferendi*, para hacer valer su derecho frente a otros titulares de derechos reales. Si la cosa es vendida, embargada, prendada o hipotecada con posterioridad a la constitución de su derecho, este, adecuadamente inscripto, es oponible a cualquiera de ellos, por lo que seguirá percibiendo los frutos hasta la extinción de su derecho real. Quien resulte adquirente deberá respetar su posesión y el ejercicio de sus derechos de usar y gozar la cosa.³⁴

Esta idea no es compatible con el texto del artículo 2203, según el cual “los derechos reales de garantía se extinguen por efecto de la subasta pública del bien gravado”. Además, nadie pagaría un precio razonable por una cosa cuyo uso y goce debe permanecer en poder de un acreedor para que la explote durante un tiempo.

Teniendo en cuenta los plazos máximos fijados por el Código, la anticresis no será idónea para garantizar una obligación de largo plazo (v. gr.: un crédito que deba satisfacerse en un tiempo superior a los diez años si se entrega un inmueble, o en uno superior a cinco años si la garantía es una cosa mueble).³⁵

Algunos autores interpretan que estos plazos máximos solo rigen para la anticresis (abierta) de créditos indeterminados y no para la anticresis (cerrada) de créditos determinados, para las cuales las partes pueden fijar libremente plazos de mayor extensión.³⁶ Por mi parte, coincido con Bono y

34. ALBRIEU, Oscar, ob. cit. (nota 12).

35. Advierten Bono y Puerta de Chacón que, aunque no está prohibido, cabe descartar la hipótesis de una obligación pura y simple (BONO, Gustavo y PUERTA DE CHACÓN, Alicia, ob. cit. [nota 7]).

36. ALTERINI, Jorge y ALTERINI, Ignacio, (comentario al art. 2214), en Alterini, J. H. (dir.), *Código civil y comercial comentado. Tratado exegético*, t. 10, Buenos Aires, La Ley, 2016 (2ª ed.), p. 597; id., “Pluralidad de regímenes para los derechos reales de garantía de créditos determinados (‘cerrados’) e indeterminados (‘abiertos’)”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 5/10/2015 (t. 2015-E-1006).

Puerta de Chacón en tanto aprecian inviable la anticresis abierta de créditos indeterminados y porque consideran que, además, la letra del artículo 2214 es concluyente respecto de la fijación numérica de los plazos máximos de duración.³⁷

Ciertamente, es difícil imaginar que un deudor entregue la posesión de una cosa registrable en garantía de obligaciones aún no nacidas o todavía no determinadas. A la vez, el acreedor percibiría frutos, pero no tendría, *prima facie*, forma de imputarlos a los intereses y/o al capital.³⁸

4. Derechos del acreedor

4.1. Uso y goce

El derecho más importante que asiste al titular de la anticresis es el que explica el artículo 2215:

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.

En primer lugar, el acreedor puede “usar” la cosa; en segundo lugar, “percibir sus frutos” (gozar) e imputarlos en la forma que prevé la norma. El acreedor tiene el derecho de percibir los frutos pero con cargo, es decir, con la obligación de imputarlos a lo que le es debido, es decir, a los gastos e intereses, primero, y, luego, al capital, en la forma que la ley determina. Si el que posee la cosa es un tercero distinto del acreedor, será aquel quien tenga derecho a usar la cosa y a percibir los frutos. En rigor, señala la doctrina que dicho tercero es un tenedor, ya que posee para otro.

Los gastos no son las mejoras útiles que están a cargo del acreedor (art. 2217), ni los que deban realizarse por su culpa.

Si la deuda no lleva intereses ni gastos, los frutos se tomarán en deducción del principal. El capital, por consiguiente, queda disminuido en la medida del valor de los frutos percibidos por el acreedor.

37. BONO, Gustavo y PUERTA DE CHACÓN, Alicia, ob. cit. (nota 7).

38. En contra: ALBRIEU, Oscar, ob. cit. (nota 12). Sostiene este autor que “En tales casos, el acreedor anticresista debe recoger los frutos naturales (y, de ser necesario según su naturaleza, venderlos) y percibir los frutos civiles. El producido debe mantenerlo en su poder hasta que se resuelva la situación, ya sea aplicarlos al pago de intereses cuando comiencen a correr o devolverlos al constituyente si no se da tal extremo”.

Es una modalidad de ejecución directa de la obligación por el acreedor, pues él mismo va cobrando, *per se*, su propio crédito, a medida que los ingresos de la cosa lo hacen posible; por lo demás, tal prerrogativa no solamente alcanza los frutos, pues, fenecido el plazo de anticresis, si aquellos no hubieren alcanzado para extinguir la obligación, el acreedor puede ejecutar el inmueble o cualquier otro bien del deudor, debiendo siempre rendir cuentas.

Puede ocasionar inconveniente el modo de establecer el valor de los frutos para luego imputarlos a intereses o capital. Es conveniente que las partes establezcan un procedimiento sencillo. También pueden convenir que los frutos compensen directamente todo o parte de la suma adeudada por el sistema que elijan, asignándole un carácter aleatorio.

Surge la duda en la doctrina acerca de si está permitida la llamada "anticresis compensatoria", esto es, que en lugar de imputar los frutos a intereses, gastos, y luego al capital, directamente las partes convengan que unos se compensarán con otros. De tal forma, el convenio se torna un tanto aleatorio, pues uno de los dos puede resultar beneficiado. Para algunos, esta modalidad no es factible, pues es de orden público lo dispuesto en el artículo 2215 en cuanto a la imputación de los frutos, máxime al no haberse previsto una excepción o pacto en contrario, como sí lo hace el artículo 2225 para la prenda.³⁹ Para otros, sería válida la cláusula, en tanto no haya abuso, pues entienden que, al no ser la norma de orden público, cabe admitir lo previsto por las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad.⁴⁰ Me inclino por esta postura. No creo que la situación sea aleatoria, como lo describe la doctrina, pues cabe suponer que las partes han calculado anticipadamente el valor de dichos frutos. Ello siempre y cuando no se encubra una situación de usura. Lo cierto es que tal convención tampoco está prohibida.

39. ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, María E., ob. cit. (nota 14), p. 885.

40. Árraga Penido expone que el álea juega a favor o en contra del acreedor; se supone que antes de contratar habrá hecho o debió hacer un análisis económico del costo beneficio del negocio jurídico en razón de que nada podrá pretender si la cosa no genera frutos o da muy pocos por la circunstancia que fuere, quedando liberado de su obligación de rendir cuentas, y el deudor no podrá exigírselas al serle indiferente, dada la falta de explotación de la cosa. Sin embargo, el acreedor mantiene su obligación de hacerse cargo de los gastos ordinarios (ÁRRAGA PENIDO, Mario, *Derechos reales de garantía*, Buenos Aires, Astrea, 2019).

Bono y Puerta de Chacón reputan perfectamente válida la convención que fije un tope mínimo y un tope máximo (o uno solo de ellos) a ese rango de aleatoriedad en relación a los frutos, de manera que tanto el acreedor como el deudor estén protegidos frente a un exagerado defecto o exceso en la generación de frutos; de manera que, si los frutos son magros por causas no imputables al acreedor, el deudor deberá la diferencia hasta el tope mínimo acordado, y si los frutos resultan superiores al tope máximo, se imputarán al capital o aún se entregarán al propietario (sea o no deudor), según lo que se acuerde al efecto (BONO, Gustavo y PUERTA DE CHACÓN, Alicia, ob. cit. [nota 7]).

Otra variante posible es que no todos los frutos sean imputados al crédito. El artículo 3246 del [Código Civil](#) expresaba: “las partes pueden, sin embargo, convenir en que los frutos se compensen con los intereses, sea en su totalidad o hasta determinada concurrencia”. El Código Civil y Comercial nada dice sobre el punto, pero entiendo que no está prohibido. De tal forma, podrían pactar las partes que un porcentaje de los frutos sea imputado a intereses, gastos y capital, y que otro porcentaje sea destinado a otra modalidad, como que le sean de utilidad al deudor, o a obras de beneficencia, o lo que los interesados deseen en ejercicio de la autonomía de la voluntad. Esta hipótesis es avalada por Bono y Puerta de Chacón, quienes citan en su apoyo el texto del artículo 2189, según el cual “el monto de la garantía debe estimarse en dinero y puede no coincidir con el monto del capital del crédito”. Es lo que llaman anticresis de “máximo” y que, afirman, podría facilitar la constitución de una segunda anticresis sobre la misma cosa.⁴¹

4.2. Derecho a arrendar la cosa

Dispone el artículo 2216 que

El acreedor anticresista debe conservar la cosa. Puede percibir los frutos y explotarla él mismo, o darla en arrendamiento; puede habitar el inmueble o utilizar la cosa mueble imputando como fruto el alquiler que otro pagaría.

El Código le da la opción de servirse él mismo de la cosa o de darla en arrendamiento. Si la habita o usa el propio acreedor, los frutos civiles equivalen al “alquiler que otro pagaría”. Si cede el uso, los frutos estarán representados por el monto que pague el arrendatario.

4.3. Derecho a ejecutar

Si la cosa no fue fructífera o los frutos no fueron suficientes para cubrir gastos, intereses y capital, una vez vencido el plazo, el acreedor puede ejecutarla para percibir su crédito (art. 2203). Es el derecho que tiene todo acreedor: si el deudor no cumple la obligación, si no paga la suma adeudada, el acreedor procede al embargo y venta de sus bienes para cubrirse con su precio. En este caso, con privilegio (art. 2582, inc. e)].

41. BONO, Gustavo y PUERTA DE CHACÓN, Alicia, ob. cit. (nota 7).

En este aspecto, el acreedor anticrético tiene la misma facultad de la que gozan el acreedor hipotecario y el prendario: el *ius distrahendi*.⁴² No debe estar en peor situación. Es frecuente clasificar los derechos reales de garantía como derechos de realización de valor. En esta línea, se sostiene:

En cuanto a la vinculación, destinación o afectación del bien a la satisfacción del derecho de crédito, puede afirmarse que es la esencia y razón por la que nos hallamos ante un derecho real. Como es sabido y reconocido, el acreedor en estos casos va a disponer de un poder directo, que representa una ventaja para él en cuanto titular del derecho real de garantía, puesto que, esencialmente, consiste en la facultad de promover la venta en pública subasta...⁴³

El Código no prevé la posibilidad de acudir a formas de ejecución distintas a la prevista por el Código Procesal, como lo hace cuanto trata la hipoteca (art. 2211), y la prenda (art. 2229). Tampoco autoriza al acreedor a quedarse con la cosa en pago, como sí prevé, bajo ciertas condiciones, en el derecho de prenda (art. 2229). El pacto comisorio está absolutamente vedado (ver art. 2198), lo cual es de orden público. De pactarse, será nula la cláusula, pero no todo el contrato. Se trata de impedir que el acreedor se aproveche de su deudor y encubra préstamos usurarios, aunque no siempre es así; en ocasiones, los riesgos de la operación los soporta el acreedor en mayor medida que el deudor.

Cabe suponer que el legislador tuvo el objeto de evitar que el deudor, urgido por la necesidad, se vea obligado a aceptar todas las imposiciones del acreedor. Si se dejara en completa libertad a las partes contratantes, es claro que el acreedor exigiría siempre una estipulación en virtud de la cual la cosa gravada pasara a su dominio por el solo hecho de no cumplirse la obligación al vencimiento del plazo. Esta situación iría en perjuicio evidente del deudor porque el acreedor adquiriría la propiedad de la cosa gravada por un valor que no correspondería a su verdadero precio, puesto que generalmente el valor real de la garantía es muy superior a la cantidad a que asciende el crédito. Estas consideraciones han hecho que el legislador tome medidas para proteger al deudor.⁴⁴

42. Hay quien entiende que la facultad de realizar el valor no es una característica del derecho de anticresis (ver ALEGRE DE MIQUEL, Jorge, *La anticresis: función y finalidad en el Código civil español y en el Código civil de Cataluña* [online], Barcelona, s. e., 2013, en https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/126533/TESI_JORGE_ALEGRE_DE_MIQUEL.pdf, última consulta: 20/6/2022).

43. GINÉS CASTELLET, Nuria, "El concepto de derecho real de garantía y sus principios rectores", en De Reina Tartiére, G. (coord.), *Derechos reales. Principios elementos y tendencias*, Buenos Aires, Heliasta, 2008, p. 428.

44. Algunos autores cuestionan esta tesis, ya que si –por hipótesis– el deudor fue coaccionado, o su voluntad estuvo viciada, debería caer todo el contrato y no solo esa cláusula.

También, de esta forma, se protege a otros acreedores que tienen derecho al valor residual de la cosa y que podrían verse sumamente perjudicados si la cosa quedara en el dominio del acreedor anticresista.

Otro motivo es que el Código rechaza la adjudicación privada como forma de eludir la ejecución forzosa. Sin embargo, no se podría cuestionar la adjudicación o dación en pago que, sobre la misma cosa que fuera ofrecida en garantía, puedan convenir acreedor y deudor, después de vencida y no satisfecha la obligación principal. En tal hipótesis, es perfectamente lícito dicho negocio jurídico. Las partes no ejecutan la garantía, sino que convienen un modo de pago admitido en la ley, como es la dación de una cosa en pago. Ambas modalidades, *pro soluto* o *pro solvendo*, resultan lícitas (arts. 942-943). Debería ser un pacto posterior al contrato de anticresis y, en todo caso, sin que perjudique a terceros.

Dispone el artículo 2197:

Si el bien gravado es subastado por un tercero antes del cumplimiento del plazo, el titular de la garantía tiene derecho a dar por caduco el plazo, y a cobrar con la preferencia correspondiente.

4.4. Privilegio

El artículo 2582 determina en seis incisos qué créditos gozarán de privilegio especial, en una enumeración que armoniza con la [Ley de Concursos y Quiebras 24522](#) (art. 241), criterio que obedece al propósito declarado en los fundamentos de “encaminarse a la anhelada unificación” del régimen de los privilegios.⁴⁵ El inciso e) de dicho artículo, por su parte, enumera, entre los privilegios especiales:

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.

Es decir, los créditos con garantías reales.⁴⁶ Y regula estos créditos en lo relativo a su extensión (art. 2583, incs. b) y c]) y rango (art. 2586, primer párr. y, especialmente, incs. c], e] y f])).⁴⁷

45. (N. del E.): Ver los fundamentos [aquí](#), p. 725; fuente: *Proyecto de código civil y comercial de la nación* (online), Buenos Aires, Infojus, 2012; última consulta: 4/7/2022.

46. En el [Código de Vélez](#), el acreedor anticresista carecía de privilegio (art. 3255).

47. En el derecho español, se le atribuye también privilegio, a pesar de que el art. 1925 del [Código Civil](#) no lo enumera entre los créditos preferentes. Se lo equipara al acreedor hipotecario.

En postura aislada, Albrieu considera que el acreedor anticresista carece de privilegio. Dice que los privilegios son de interpretación restrictiva y que el artículo 2582 no lo prevé, pero lo cierto es que el referido inciso e) menciona la anticresis en forma expresa. Este autor tampoco admite la posibilidad de que el acreedor anticresista ejecute su crédito.⁴⁸ Este privilegio solo le asistirá en supuestos de ejecuciones individuales porque la Ley de Concursos no lo reconoce como tal, de modo que el anticresista no contará con privilegio alguno en los concursos (art. 239 [Ley 24522](#)),⁴⁹ lo cual le quita fuerza y seguridad a este derecho real.

Colotto, siguiendo a Guardiola y a Urbaneja, entiende que, mientras no exista reforma legislativa, puede hacerse uso de las normas que regulan el privilegio del acreedor hipotecario en la Ley 24522 (art. 241 inc. 4)] con la extensión del artículo 242 y la prelación fijada por el artículo 243 inciso 1, por su remisión con el artículo 2586 incisos c), e) y f) del Código Civil y Comercial.⁵⁰ La intención es loable, pero no surge esa posibilidad del texto legal.

4.5. ¿Derecho de retención?

Extinguida la anticresis, cesa el derecho de poseer del acreedor, cuya relación de poder se convierte en tenencia, y consecuentemente debe restituir la cosa que está en su poder. El artículo 3245 del [Código de Vélez](#) le otorgaba el derecho de retención al acreedor anticresista en forma expresa, hasta el pago íntegro de su crédito. El Código actual, al tratar este derecho real, nada dice sobre el punto.

El derecho de retención tiene interés si la anticresis se encuentra ya vencida, por vencimiento natural del plazo por el que se constituyó, pero no fue satisfecha totalmente la deuda principal o lo fue pero existen otras deudas pendientes de ser liquidadas. Dice el artículo 2587:

Todo acreedor de una obligación cierta y exigible puede conservar en su poder la cosa que debe restituir al deudor, hasta el pago de lo que éste le adeude en

48. ALBRIEU, Oscar, ob. cit. (nota 12).

49. MARIANI DE VIDAL, Marina, "Sobre los privilegios especiales en el código civil y comercial", en La Ley, Buenos Aires, La Ley, 23/2/2015 (t. 2015-A-984).

Dice la Ley de Concursos y Quiebras que "existiendo concurso, sólo gozarán de privilegio los enumerados en este capítulo, y conforme a sus disposiciones" (art. 239); y menciona que tienen privilegio especial (art. 241) "los créditos garantizados con hipoteca, prenda, warrant y los correspondientes a debentures y obligaciones negociables con garantía especial o flotante" (inc. 4), sin mencionar a la anticresis.

50. COLOTTO, Gustavo, ob. cit. (nota 3).

razón de la cosa. Tiene esa facultad sólo quien obtiene la detentación de la cosa por medios que no sean ilícitos. Carece de ella quien la recibe en virtud de una relación contractual a título gratuito, excepto que sea en el interés del otro contratante.

Esta norma, se dice, no incluye al acreedor anticresista, pues no concurre el requisito de la existencia de una deuda “en razón de la cosa”.⁵¹ Ello implica que debe mediar una relación de causa a efecto entre el crédito de quien ejerce la retención y la cosa que retiene. Al ser así, sólo podría admitirse la retención respecto de los gastos necesarios de conservación y los gastos útiles hasta la concurrencia de su mayor valor, aunque la hipótesis es de laboratorio, teniendo en cuenta que el acreedor, al percibir frutos, los imputará primero a intereses y gastos y luego al capital. Normalmente, el saldo será el capital. Fuera de los gastos, la solución es dudosa, aunque es razonable pensar que las partes pacten que el acreedor tendrá derecho a conservar la cosa en su poder hasta el pago íntegro del crédito o bien hasta su ejecución.

En contra de esta idea, sostiene Cossari que, si bien no existe una norma específica como en el Código derogado, este derecho fluye del artículo 2587, puesto que se le adeuda en razón de la cosa.⁵² De admitirse esta posibilidad, la suerte de los frutos que se devenguen a partir de la extinción del derecho real de garantía encuentra respuesta en el artículo 2590 inciso c). Siguiendo este enfoque, no es descabellado entender que, mientras la obligación principal no sea satisfecha, subsiste la anticresis y la sujeción del fundo al pago del mencionado crédito, y ese derecho de retención no es una nueva facultad del acreedor anticrético para su mayor seguridad, sino que es la consecuencia lógica y el efecto propio de este derecho real de garantía. Esto es, no se trata del derecho de retención previsto en el artículo 2587 sino de un efecto propio de la anticresis. Pero, insisto, es dudosa esta tesis, máxime si se tiene presente que el Código Civil y Comercial no reprodujo esta solución, que estaba expresamente prevista en el Código Civil derogado.

4.6. Juicio ejecutivo

El [Código Procesal Civil y Comercial de la Nación](#) regula, entre las ejecuciones especiales, la ejecución hipotecaria y la prendaria. Nada prevé para la anticresis. De tal forma, considero que resulta de aplicación lo dispuesto

51. MARIANI DE VIDAL, Marina, ob. cit. (nota 49).

52. COSSARI, Nelson, ob. cit. (nota 32), pp. 602-603.

para el juicio ejecutivo en los artículos 520 y siguientes. A similar conclusión se debe arribar interpretando los códigos procesales provinciales. El contrato de anticresis que satisfaga los recaudos exigidos por el artículo 523 del Código Procesal será título ejecutivo.

Puede suscitarse el problema de determinar con exactitud el monto de la deuda líquida, pues, si los frutos fueron imputados a intereses y gastos, y luego al capital, habrá que establecer cuál es el saldo impago. Será de mucha utilidad la rendición de cuentas a la que está obligado el acreedor (art. 2215). Es preciso que el saldo de la deuda sea líquido y exigible.

Bono y Puerta de Chacón invocan el procedimiento previsto en la cuenta corriente para la preparación extrajudicial del título ejecutivo, con la intervención del contador y del notario (art. 1440).⁵³ Creo que sería conveniente, para evitar discusiones, que las partes pacten la necesidad de una certificación contable que establezca la deuda líquida y exigible. De no ser así, habría que asignarle tal carácter a la rendición de cuentas hecha en debida forma.

4.7. Acciones

En caso de que la posesión del acreedor sufra alguna lesión, está facultado para iniciar las acciones posesorias y reales correspondientes. Incluso, cabe entender que está legitimado para promover la acción de deslinde (art. 2267). En cuanto a esta última, cabe advertir que la sentencia que se dicte no será oponible al propietario, salvo que se lo cite al juicio, a instancia de cualquiera de las partes. También pueden ser citados otros poseedores legítimos, si los hay.

4.8. ¿Afectación al régimen de vivienda?

Dispone el artículo 2216 que "el acreedor anticresista debe conservar la cosa [...] puede habitar el inmueble". Por su parte, el artículo 245 dice: "*Legitimados*. La afectación puede ser solicitada por el titular registral; si el inmueble está en condominio, deben solicitarla todos los cotitulares conjuntamente". Solo menciona al "titular registral", en alusión al dueño, y a los condóminos. No contempla, entre otros, al acreedor anticresista.

Ahora bien, en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015), se concluyó, por unanimidad, que

53. BONO, Gustavo y PUERTA DE CHACÓN, Alicia, ob. cit. (nota 7).

El usufructuario puede afectar el inmueble objeto de su derecho al régimen de vivienda previsto por los arts. 244 y ss. del CCyC, si concurren los requisitos exigidos por dichas normas. En tal caso, la afectación al régimen de vivienda durará solo mientras exista el usufructo, salvo que el dominio se consolide en cabeza del usufructuario.⁵⁴

Comparto dicha conclusión, y me surge el interrogante sobre si es posible sentar igual conclusión respecto del acreedor anticresista, teniendo en cuenta que el artículo 2216 le otorga la facultad de “habitar el inmueble”. Si bien admito que el tema es dudoso, ya que se trata de un acreedor, pienso que, si se cumplen los recaudos exigidos por el Código, no se puede desechar su legitimación. Así, por ejemplo, no se puede descartar que el acreedor acepte de su deudor un inmueble para vivir con su familia en compensación total o parcial de su crédito.

5. Deberes del acreedor

5.1. Conservar la cosa

Este es el primer deber que le impone el artículo 2216. Es lógico que, si el deudor entregó una cosa en garantía, cuando el crédito sea satisfecho la debe recibir en buen estado, en lo posible en una situación similar a como la entregó. Si el acreedor no la conserva en buen estado, será responsable.

El acreedor anticresista, o el tercero designado por las partes, estará obligado a mantener el estado de la cosa, realizando los gastos necesarios, a cuyo efecto deberá imputar primero los frutos.

5.2. No alterar el destino

Dice el artículo 2216, segundo párrafo, que

Excepto pacto en contrario, no puede modificar el destino ni realizar ningún cambio del que resulta que el deudor, después de pagada la deuda, no puede explotar la cosa de la manera que antes lo hacía.

Esta obligación se vincula con la examinada anteriormente, relativa a la conservación de la cosa. El acreedor anticresista, si bien tiene el uso y goce, es un administrador de cosas ajenas y, por consiguiente, no está autorizado,

54. AA. VV., (conclusiones de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil [Bahía Blanca, 2015]). (N. del E.): Ver [aquí](#), p. 4; última consulta: 5/7/2022.

sin una cláusula expresa, para introducir innovaciones fundamentales en el destino y género de explotación de la cosa. El legislador ha pensado que la voluntad de las partes era mantener el destino y género de explotación que antes tenía; por ejemplo, el anticresista no podría dedicar a la ganadería un campo que estaba destinado a la agricultura; ni dedicar a otra clase de agricultura un campo que estaba plantado con viñas.⁵⁵

El “pacto en contrario” que admite la norma solo podría emanar de un dueño, condóminos, o titulares del derecho de propiedad horizontal; en este último caso, obviamente, en tanto no se contraría el reglamento de propiedad horizontal, que obliga también al anticresista. No puede hacerlo el usufructuario. En cuanto al superficiario, ello dependerá de lo que haya convenido con el propietario del suelo.

5.3. Rendir cuentas

Esta obligación está prevista en el artículo 2215, que se titula “derechos del acreedor”. La mención al deber de “dar cuenta al deudor” debió ser expresada en el artículo que sigue, dedicado a sus “deberes”. El Código se refiere al “acreedor”, de modo que, si es un tercero quien posee la cosa para él, no se libera de cumplir con esta obligación, pues es el responsable de todos los actos de administración y gestión.

Esta rendición de cuentas, lógica para quien administra una cosa ajena, será el resultado de la imputación efectuada por el acreedor. La imputación presupone informar en forma detallada y clara la utilidad que extrajo de la cosa, el valor asignado a los frutos y la forma en que dicho monto es imputado a los efectos de pagar el crédito.

El artículo 2215 no explica la manera en que ello debe ser cumplido, aunque el artículo que sigue, en el tercer párrafo, remite a las reglas del mandato. Por tal motivo, serán aplicables los artículos 858, 859 y 860, entre otros.

Por lo demás, son las partes quienes, en el acto constitutivo, deben establecer la forma y oportunidad en que las cuentas habrán de ser rendidas, y, en caso de silencio, al tratarse de un negocio de ejecución continuada, lo deberá hacer al concluir cada uno de los períodos o al final de cada año calendario (art. 861, inc. b]).

Expresan Bono y Puerta de Chacón que es importante que el acreedor logre la aceptación de las cuentas y, en su caso, la conformación del saldo

55. De acuerdo: SALVAT, Raymundo, ob. cit. (nota 4), § 2698-c, p. 367.

deudor. Resulta de importancia el procedimiento previsto en la cuenta corriente para la preparación extrajudicial del título ejecutivo, con la intervención del contador y del notario (art. 1440). Caso contrario, el saldo de la deuda no será líquido ni exigible, y el acreedor deberá reclamar la parte no satisfecha por la vía del proceso ordinario.⁵⁶

El artículo 2215 dice que el acreedor debe “dar cuenta al deudor”. Ahora bien, si el constituyente no es el deudor, pienso que tiene también derecho a ser informado de la marcha del negocio. Su interés es indudable, ya que, si los frutos son insuficientes, la cosa puede ser subastada, y, si el acreedor no administró con diligencia, puede ser responsable del perjuicio que le cause.

5.4. Responsabilidad

También dispone el artículo 2216 que

El acreedor debe administrar conforme a lo previsto por las reglas del mandato y responde de los daños que ocasiona al deudor. El incumplimiento de estos deberes extingue la garantía y obliga al acreedor a restituir la cosa al titular actual legitimado.

Como ya se dijo, el Código equipara al acreedor anticresista, en definitiva, un administrador de bienes ajenos, a la situación de un mandatario. Cabe aclarar que el acreedor mencionado es un titular de un derecho real, con todo lo que ello implica, con poderes sobre la cosa. La equiparación con el mandatario (titular de un derecho personal) es al solo efecto de valorar su conducta en el cuidado de los bienes y de fijar su responsabilidad. Fuera de ello, hay bastante distancia entre una figura y otra.

Pues bien, el anticresista debe emplear los procedimientos y cuidados exigidos por la naturaleza de la explotación a que la cosa inmueble esté destinada: si no lo hace, incurre en responsabilidad. Esto se aplica a también al tercero que tuviere la posesión de la cosa, si lo hubiere. La doctrina invoca, para determinar la responsabilidad, el artículo 1935, que hace responsable al poseedor ilegítimo de mala fe respecto de los frutos que por su culpa dejó de percibir. Claro que es un poseedor legítimo. Lo cierto es que, por aplicación de los principios generales, deberá indemnizar todos los perjuicios que cause por su negligencia.

La responsabilidad del acreedor es subjetiva. Si se tratara de un tercero que actúa por delegación del acreedor, se trata de una responsabilidad objetiva (ya sea que se considere responsabilidad del principal por el hecho

56. BONO, Gustavo y PUERTA DE CHACÓN, Alicia, ob. cit. (nota 7).

del dependiente o por la actuación de los auxiliares, según lo previsto por los arts. 732 y 1753).⁵⁷ Si no cumple con este deber, además de responder por los daños causados, la garantía se extingue y está obligado a restituir la cosa a quien sea su dueño. Si no hay acuerdo entre las partes, deberá recurrirse a la instancia judicial, que compruebe tanto el incumplimiento como la responsabilidad del anticresista o del tercero.

También se deberá restituir la cosa una vez satisfecha la deuda, pues su extinción acarrea por vía refleja la extinción de la garantía, según la regla de accesoriedad (art. 2186).

5.5. Pago de contribuciones y cargas

Establece el artículo 2217 que “el acreedor está obligado a pagar las contribuciones y las cargas del inmueble”.⁵⁸ Entran en la categoría de contribuciones y cargas todos los impuestos que gravan la propiedad, como la contribución territorial, impuestos municipales, agua, etc. Se trata de una consecuencia de su carácter de poseedor (ver art. 1939). Frente a los titulares de dichos créditos, el propietario no deja de ser un legitimado pasivo en caso de ser reclamadas. También está obligado a pagar expensas si se trata de una unidad sujeta a propiedad horizontal (art. 2050).

Sin perjuicio de los textos legales, nada impide que las partes pacten algo diferente, lo que valdrá entre ellas como derecho personal.

El artículo 2217 se refiere a un “inmueble”, pero la misma solución hay que aplicar respecto de impuestos y contribuciones que graven cosas muebles objeto de la anticresis (v. gr.: impuesto a la patente de un automóvil).

5.6. Percibir los frutos e imputarlos

Ya he señalado que el acreedor tiene derecho a percibir los frutos y a imputarlos al pago de intereses, gastos y capital. Claro que también se trata de una obligación, pues, si no lo hiciera, no estaría administrando adecuadamente, y el contrato se desnaturalizaría. Tampoco la rendición de cuentas sería debidamente satisfecha.

57. ITURBIDE, Gabriela, ob. cit. (nota 27).

58. Según el art. 1882 del [Código civil español](#), el acreedor puede deducir de los frutos que perciba lo invertido en cargas y contribuciones de la finca. El art. 2217 de [nuestro Código](#) impone la solución contraria.

5.7. Restituir la cosa

Una vez que se extinga el crédito garantizado o, en su caso, el derecho real de garantía, la cosa debe ser restituida a su titular.

Bien advierte Salvat que, aun antes de extinguida la deuda, el acreedor tiene la facultad, si lo desea, de restituir la cosa. Dice este autor que la anticresis ha sido constituida con el fin de darle una garantía del pago de su crédito, pero si, en lugar de esta ventaja, el acreedor se encuentra con una administración onerosa que solo le representa gastos, molestias y responsabilidades, el derecho de restituir el inmueble en cualquier tiempo debe serle reconocido: se trata, por lo demás, de una simple aplicación del principio que permite la renuncia de los derechos establecidos en interés privado; solo excepcionalmente podría el acreedor anticresista ser privado de él, en el caso de que, al constituir la anticresis, hubiese renunciado expresamente a esa facultad. Producida la restitución del inmueble, el derecho de anticresis queda extinguido: la garantía que este derecho comportaba desaparece, pero el crédito subsiste en el carácter de quirografario.⁵⁹

Si el acreedor no restituye, deberá el propietario demandar la restitución, lo que podrá concretar a través de una acción real o personal. En la hipótesis de que el acreedor convertido en tenedor *intervierta* el título, podría adquirir el derecho real por la usucapión larga.

6. Gastos

6.1. Mejoras necesarias

Dice el artículo 2217 que “el titular del objeto gravado debe al acreedor los gastos necesarios para la conservación del objeto, aunque éste no subsista”. Esto se explica porque el acreedor posee una cosa ajena para percibir su crédito, de modo que los gastos de conservación, esto es, aquellos necesarios para que la cosa se mantenga en buen estado, le corresponden a su propietario en tanto no se hayan generado por culpa del anticresista; se trata de gastos indispensables que haría el constituyente si la cosa estuviera en su poder. Se procura evitar el enriquecimiento sin causa. Así, por ejemplo, si se entregó un automóvil para ser explotado como taxi, este objeto necesita reparaciones, mantenimiento, etc.

59. SALVAT, Raymundo, ob. cit. (nota 4), § 2722, p. 451.

Esto es así aunque el objeto gravado “no subsista”. Cabe entender que, a pesar de los esfuerzos del acreedor por conservarlo, el objeto no pudo subsistir. No aclara la norma si la desaparición debe ser total o si puede ser parcial. Así ocurriría, por ejemplo, si en el inmueble hay una casa que es destruida por un tornado; a pesar de ello, el acreedor mantendría su derecho a los gastos de conservación realizados con anterioridad al siniestro.

Si el acreedor afronta tales gastos, podrán ser imputados a los frutos percibidos. Si esto fuera insuficiente, dicha suma deberá ser reintegrada por el deudor.

Cabe destacar que tales erogaciones gozan del privilegio establecido en el artículo 2582, incisos a) y e).

6.2. Mejoras útiles

En cambio, “el acreedor no puede reclamar los gastos útiles sino hasta la concurrencia del mayor valor del objeto” (art. 2217). Estas mejoras, que no son indispensables para mantener la cosa en buen estado, si el acreedor las realiza, son a su cargo, ya que las hizo en su propio provecho. No obstante, si de ellas resultara un mayor valor para la cosa, ese plus sí podría reclamarlo (véase art. 1938). Se trata de evitar un enriquecimiento sin causa. Si la posesión la tiene un tercero, será este quien tenga derecho al reclamo.

En opinión de Bono y de Puerta de Chacón, podría acordarse el retiro de tales mejoras si resulta viable sin desmedro para la cosa (v. gr.: silos, artefactos, apliques hidráulicos en vehículos utilitarios, etc.); y lo propio ocurre con la mecánica de autorización y eventual retiro de las mejoras suntuarias (arg. art. 1938).

7. Duración de la inscripción

No hay que confundir la extinción del derecho real con la caducidad de la inscripción en el registro. Son independientes. Puede subsistir el derecho real, pero perderse la oponibilidad derivada de la inscripción si no se renueva previamente. Dispone el artículo 2218 que “los efectos del registro de la anticresis se conservan por el término de veinte años para inmuebles y de diez años para muebles registrables, si antes no se renueva”.

Es que son cosas distintas el crédito y el derecho real accesorio. Si se extingue el primero, por regla, se extingue el segundo, pero no al revés, ya que puede extinguirse el derecho real y subsistir la obligación garantizada, que es lo principal.

Es llamativo que se haya establecido un plazo de caducidad registral superior al previsto para la duración del derecho previsto por el artículo 2214. En opinión de Bono y Puerta de Chacón, mientras dure el plazo de inscripción, el acreedor podrá hacer valer el privilegio que le ha sido concedido por la ley frente a terceros interesados de buena fe (art. 1893 y conchs.). Luego, podrá reclamar y ejecutar su crédito como un acreedor común.⁶⁰ En la misma línea, afirma Cossari que el artículo 2218 tiene sentido cuando, transcurrido el plazo máximo para el derecho real, la deuda se encuentra insatisfecha, en cuyo caso la garantía podría permanecer incluso por más tiempo del señalado, si la inscripción es renovada.⁶¹

Creo que, siguiendo este razonamiento, en verdad, la anticresis no se extingue al vencimiento del plazo, sino que subsiste –al menos el privilegio– mientras la deuda no esté saldada. De ahí la conveniencia de que se mantenga la publicidad registral. Me apoyo en el texto del artículo 2189, que, si bien limita a diez años el plazo máximo para la hipoteca sobre créditos indeterminados, dispone que “la garantía subsiste no obstante el vencimiento del plazo en seguridad de los créditos nacidos durante su vigencia”. Aquí, entonces, puede seguirse el mismo criterio: el crédito que resulte impago durante el plazo de duración de la anticresis gozará de privilegio. Ahora bien, en cuanto a los accesorios que se devenguen con posterioridad, habrá que acudir a lo previsto en los artículos 2193, 2583 y concordantes, ya que aquí no hay máximo. No obstante, para evitar planteos, sería conveniente que el acreedor inicie la ejecución antes de que se cumpla el plazo máximo, y que trabee una medida cautelar para que su situación sea oponible a terceros interesados de buena fe.

Por último, se podría interpretar, como modo de armonización, que el plazo de constitución (diez o cinco años) 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.⁶² Esta idea parece contrariar el espíritu del legislador, que ha sido evitar la desmembración por un largo período.

Puede presentarse la situación de que la anticresis sobre un inmueble haya sido constituida por diez años por un dueño revocable. Si antes se extingue su dominio, concluye la anticresis con efecto retroactivo, aun

60. BONO, Gustavo y PUERTA DE CHACÓN, Alicia, ob. cit. (nota 7).

61. COSSARI, Nelson, ob. cit. (nota 32), p. 609. También, SAUCEDO, Ricardo, ob. cit. (nota 31), p. 876.

62. PAZ VELA, Marcos, “Derecho real de anticresis en el nuevo Código Civil y Comercial” (online), *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N.º 918 (oct-dic 2014), 8/6/2015, en <https://www.revista-notariado.org.ar/index.php/2015/06/derecho-real-de-anticresis-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial/>, última consulta: 20/6/2022.

cuando siga inscrita en el registro. En este caso, la publicidad registral no puede resucitar un derecho ya concluido.

8. Anticresis sucesivas

Al conformar la prenda, el constituyente entregó la cosa, se desprendió de la posesión en favor del acreedor o de un tercero. Si bien se desprendió de la posesión, ello no le impide de manera definitiva constituir una segunda prenda a favor de otro acreedor, en tanto se cumpla cierto requisito. Dice el artículo 2223 del Código que

Puede constituirse una nueva prenda sobre el bien empeñado, a favor de otro acreedor, si el acreedor en cuyo poder se encuentra consiente en poseerlo para ambos o si es entregada en custodia a un tercero en interés común.

No hay una norma similar para la anticresis, por lo que puede suscitarse el interrogante sobre su viabilidad. Lo cierto es que no se advierten motivos de peso para oponerse a esta variante, ya que, si es factible para la prenda, bien puede serlo para la anticresis.⁶³ Claro que habrá que prever contractualmente quién ejercerá la posesión, o si será compartida, y especialmente la forma en la que serán imputados los frutos. Cabe afirmar que el primer acreedor tendrá preferencia (*ius preferendi*) si es que no pactan algo diferente.

Para que sea posible la segunda anticresis, el acreedor que ya adquirió el derecho real de garantía debe prestar su conformidad, ya sea para poseer “para ambos”, esto es, continuar poseyendo, pero ahora en la calidad de poseedor a nombre propio y en nombre de otro (tenedor), o bien acepta desprenderse de la cosa y que se entregue a un tercero, quien la cuidará en interés común, es decir, de los dos acreedores. Difícilmente el primer acreedor que detenta la cosa preste su consentimiento, dado que ello lo obliga a cumplir las obligaciones de depositario ante el nuevo acreedor.

Si bien el Código no lo dice al tratar el derecho de prenda, podría el segundo acreedor ser quien posea la cosa en nombre suyo y del primer acreedor.⁶⁴ Claro que es difícil imaginar que el primero acepte esta situación, por los riesgos que implica.

63. De acuerdo: ITURBIDE, Gabriela, ob. cit. (nota 27), pp. 903-918.

64. Para Bono y Puerta de Chacón, la cosa debe permanecer en manos del primer acreedor anticresista, o podrá ser dada a un tercero designado por las partes (BONO, Gustavo y PUERTA DE CHACÓN, Alicia, ob. cit. [nota 7]).

Si la cosa ya estaba en poder de un tercero, el constituyente puede gravarla nuevamente, ya que eso no perjudica al primer acreedor, quien tiene prioridad por haber nacido su derecho con antelación. Lo que no puede el constituyente es disminuir el valor de la garantía.

9. Extinción

Cabe considerar los siguientes modos:

a) Los generales de los derechos personales y reales: destrucción total, abandono, consolidación de los derechos reales sobre cosa ajena; extinción del dominio (art. 1907 del Código, según [Decreto 62/2019](#)). Expropiación.

Por aplicación del Decreto 62/2019, puede extinguirse el derecho del acreedor anticresista que haya cometido alguno de los delitos mencionados en ese régimen, o bien el correspondiente al constituyente de la garantía. En este último caso, la suerte del acreedor anticresista dependerá de su buena fe.⁶⁵

b) Los generales de los derechos de garantía: es decir, la extinción del principal (art. 2186), subasta (art. 2203).

Cabe aquí hacer una referencia especial a la prescripción liberatoria del crédito. Advierte Highton que, como el acreedor percibe frutos y los imputa al pago de la deuda, a la vez que le rinde cuentas al deudor, todo esto implica un reconocimiento de la obligación por parte del deudor que interrumpe la prescripción. Concluye, con cita de Salvat y de autores franceses clásicos, que la obligación garantizada con anticresis es imprescriptible.⁶⁶

Este razonamiento es compatible a medias, ya que, una vez extinguida la anticresis, el acreedor obligado a restituir se convierte en tenedor. Si hay algún saldo impago, como se dijo anteriormente, debe instar la ejecución. Aquí sí corre el plazo de prescripción de la obligación. Además, que la prescripción esté interrumpida no

⁶⁵. Ver KIPER, Claudio, "Algunos problemas que suscita el decreto sobre extinción del dominio" (online), *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N.º 935 (enero-marzo 2019), 8/11/2019, en <https://www.revista-notariado.org.ar/index.php/2019/11/algunos-problemas-que-suscita-el-decreto-sobre-extincion-del-dominio/>, última consulta: 20/6/2022.

⁶⁶. HIGHTON, Elena, (comentario al art. 3261), en Bueres, A. J. (dir.) y Highton, E. I. (coord.), *Código civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 5, Buenos Aires, Hammurabi, 1997, p. 1536.

significa que el crédito sea imprescriptible. Cuando cesa la causa de interrupción, se reinicia el cómputo. Cabe hacer la salvedad de que se admita el derecho de retención por parte del acreedor –tema controvertido–, en cuyo caso continuará interrumpida la prescripción (art. 2592, inc. e)].

c) Los especiales de la anticresis: incumplimiento de los deberes de no alterar la sustancia, o los derivados del mandato (explotación deficiente), que obligan a la restitución de la cosa. Vencimiento del plazo. Renuncia.

d) Extinción del derecho del constituyente con efecto retroactivo (v. *gr.*: dominio revocable sobre inmuebles).

10. Utilidad de la anticresis

Tal como concluyen Bono y Puerta de Chacón,⁶⁷ la figura de la anticresis no aparece como una herramienta idónea, en términos prácticos, para cualquier obligación sino, más bien, como una especial tutela para casos que presentan particulares circunstancias. No se trata de límites de orden jurídico sino de elementos económicos, y aun sociales y culturales, relativos al uso y disposición de los bienes, pues cabe reconocer que, aun con la actualización que le insufló la nueva regulación en el Código Civil y Comercial, no es una garantía de uso habitual ni extendido en la práctica.

Adhiero a dichas palabras. Habrá que difundir la figura, bastante ignorada por la mayor parte de los operadores jurídicos, para que la transmitan o aconsejen a otros a los que pueda serles útil. Dependerá de la conveniencia y de la imaginación. Quizás, para algunos acreedores, pueda ser la forma de garantizar su crédito.

Creo que a veces algunas herramientas no se usan por desconocimiento. Así, por ejemplo, ocurrió durante mucho tiempo con el fideicomiso y, ahora, con la superficie, a la que le auguro un potencial enorme. Es un círculo vicioso, ya que las personas prefieren acudir a lo que conocen antes de arriesgarse con nuevas modalidades.

Obviamente, en una economía torturada por la inflación y la escasez de crédito, menos chances tienen los derechos reales de garantía. El tiempo dará su veredicto.

67. BONO, Gustavo y PUERTA DE CHACÓN, Alicia, ob. cit. (nota 7).

11. Bibliografía

- AA. VV., (conclusiones de las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil [Lomas de Zamora, 2007]).
- AA. VV., (conclusiones de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil [Bahía Blanca, 2015]).
- ALBRIEU, Oscar, "Acerca de la anticresis, la griega que está sola y espera", en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, agosto 2021.
- ALEGRE DE MIQUEL, Jorge, *La anticresis: función y finalidad en el Código civil español y en el Código civil de Cataluña* (online), Barcelona, s. e., 2013, en https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/126533/TESI_JORGE_ALEGRE_DE_MIQUEL.pdf, última consulta: 20/6/2022.
- ALTERINI, Jorge y ALTERINI, Ignacio, "Pluralidad de regímenes para los derechos reales de garantía de créditos determinados ('cerrados') e indeterminados ('abiertos')", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 5/10/2015 (t. 2015-E-1006).
- (comentario al art. 2214), en Alterini, J. H. (dir.), *Código civil y comercial comentado. Tratado exegético*, t. 10, Buenos Aires, La Ley, 2016 (2ª ed.).
- ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, María E., *Tratado de los derechos reales*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2018.
- ÁRRAGA PENIDO, Mario, "Abdicación del dominio o condominio de un inmueble", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 29/12/2016 (t. 2017-A-698).
- *Derechos reales de garantía*, Buenos Aires, Astrea, 2019.
- BONO, Gustavo y PUERTA DE CHACÓN, Alicia, "Anticresis ¿sí o no?", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 5/7/2021.
- BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil. Derechos reales*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2008.
- CALIRI, José L., "Anticresis y tiempo compartido. Análisis comparativo e integrador" (online), *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N.º 941 (julio-septiembre 2020), 1/6/2022, en <https://www.revista-notariado.org.ar/index.php/2022/06/anticresis-y-tiempo-compartido-analisis-comparativo-e-integrador/>; última consulta: 20/6/2022.
- CASADO GÓMEZ, Santiago, *Pasado y presente de la anticresis* (online), Madrid, s. e., 2021, <https://eprints.ucm.es/id/eprint/68256/1/TFM%20EPRINT.pdf>; última consulta: 20/6/2022.
- COLOTTO, Gustavo, *Anticresis*, Lejister.com, 12-11-2021, Cita: IJ-MMLXXIII-770.
- COSSARI, Nelson, (comentario al art. 2213), en Alterini, J. H. (dir.), *Código civil y comercial comentado. Tratado exegético*, t. 10, Buenos Aires, La Ley, 2016 (2ª ed.).
- DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, v. 3, Madrid, Tecnos, 1997 (6ª ed.).
- FRANCHINI, María, "Los derechos reales de garantía en el ámbito de conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerios privados" (online), *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, julio 2016, en <https://informacionlegal.com.ar/>, AR/DOC/2074/2016; última consulta: 20/6/2022.
- GAGLIARDO, Mariano, "Anticresis de acciones en el proyecto de reforma", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 19/4/2013 (t. 2013-B).
- GARRIDO CORDOBERA, Lidia, *Anticresis. Un instituto vigente*, Buenos Aires, Universidad, 1986.
- GINÉS CASTELLET, Nuria, "El concepto de derecho real de garantía y sus principios rectores", en De Reina Tardié, G. (coord.), *Derechos reales. Principios elementos y tendencias*, Buenos Aires, Heliasta, 2008.
- HIGHTON, Elena, (comentario al art. 3261), en Bueres, A. J. (dir.) y Highton, E. I. (coord.), *Código civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 5, Buenos Aires, Hammurabi, 1997.
- ITURBIDE, Gabriela, "Breve panorama sobre la regulación actual del derecho real de anticresis", en *Temas de Derecho Civil, Persona y Patrimonio*, Buenos Aires, Erreius, N.º10 (octubre 2020).

- KIPER, Claudio, "Algunos problemas que suscita el decreto sobre extinción del dominio" (online), *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N.º 935 (enero-marzo 2019), 8/11/2019, en <https://www.revista-notariado.org.ar/index.php/2019/11/algunos-problemas-que-suscita-el-decreto-sobre-extincion-del-dominio/>, última consulta: 20/6/2022.
- *Derecho real de superficie*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2021.
- KIPER, Claudio y Lisoprawski, Silvio, *Tratado de fideicomiso*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016.
- LOIZA, Fabián (comentario a los arts. 3231 y 3232), en Kiper, C. (dir.), *Código civil comentado. Derechos reales*, t. 3, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004.
- MANRESA Y NAVARRO, José, "De la anticresis", en *Comentarios al código civil español*, t. 12, Madrid, Revista de Legislación, 1911 (2ª ed.).
- MARIANI DE VIDAL, Marina, "Sobre los privilegios especiales en el código civil y comercial", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 23/2/2015 (t. 2015-A-984).
- PAZ VELA, Marcos, "Derecho real de anticresis en el nuevo Código Civil y Comercial" (online), *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N.º 918 (oct-dic 2014), 8/6/2015, en <https://www.revista-notariado.org.ar/index.php/2015/06/derecho-real-de-anticresis-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial/>, última consulta: 20/6/2022.
- SÁENZ, Pedro, "Derechos reales de garantía constituidos por el superficiario" (online), *Revista Jurídica de San Luis*, San Luis, Facultad de Derecho Tomás Moro, N.º 3, abril 2018, en https://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=e930418262d309d7fa8306ea3edfcdea&hash_t=e4332d3c853429b9a5e9f422351dab0c, última consulta: 20/6/2022.
- SALVAT, Raymundo, *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, t. 4, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1964.
- SAUCEDO, Ricardo J., "Tiempo compartido", en Gurfinkel de Wendy, L. N., *Derechos reales*, t. 2, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015.
- Ricardo, (comentario al art. 2213), en Medina, G. y Rivera, J. C. (dirs.), Esper, M. (coord.), *Código civil y comercial de la nación comentado*, t. 5, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- SZMUCH, Mario, (comentario a los arts. 2219-2237) (online), en Caramelo, G., Herrera, M. y Picasso, S. (dirs.), *Código civil y comercial de la nación comentado*, t. 5, Buenos Aires, Infojus, 2015, en http://www.bibliotecadigital.gob.ar/files/original/20/1635/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_V.pdf, última consulta: 20/6/2022.
- URBANEJA, Marcelo, (comentario al art. 2212), en Clusellas, G. (coord.), *Código civil y comercial de la nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 9, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015.
- VÁZQUEZ, Gabriela, *Derechos reales*, Buenos Aires, La Ley, 2020.

La lucha contra el derecho líquido

La función preventiva notarial en el ámbito de la contratación hipotecaria

Federico W. Risso

RESUMEN

La función preventiva notarial resulta esencial al momento de la contratación hipotecaria. En el presente trabajo se analiza el devenir de las crisis generadas en relación a los préstamos hipotecarios en los últimos años en el mundo y nuestro país, buscando repensar de qué manera mejorar el ejercicio de la función notarial para poder aportar el equilibrio necesario a efectos de proteger el centro del sistema: el ser humano.

PALABRAS CLAVE

Función notarial preventiva; derechos humanos; derecho del consumidor; hipoteca; crisis económica.

Recibido: 24/12/2021

Aceptado: 4/4/2022

Publicado online: 11/5/2022

Sumario: 1. Introducción. 2. Evolución del derecho del consumidor en la contratación hipotecaria. 3. Breve noticia de las crisis hipotecarias del siglo XXI. 4. Actualidad: globalización, capitalismo y derecho líquido. 5. Nuevo paradigma: el ser humano como centro de la tutela. 6. El orden público en nuestro sistema de derecho privado. 7. El notario, la contratación hipotecaria y el derecho del consumidor. 7.1. La función preventiva notarial: mejor asesoramiento, igual a menor cantidad de sentencias. 7.2. Audiencia previa y el deber de adecuada información. 7.3. La libre elección del notario por el requirente. 7.4. El arancel como garantía del consumidor. 7.5. El control de constitucionalidad notarial. 8. Propuestas. 9. Corolario final. 10. Bibliografía.



1. Introducción

La materia hipotecaria es de vital importancia en la economía de las naciones en lo que respecta a la vivienda y la financiación de las empresas, cumpliendo un rol fundamental el notariado de tipo latino en el asesoramiento, información y conformación del consentimiento en los diversos estadios de este tipo contratación.

El requerimiento de adaptación a las nuevas tecnologías producto de la pandemia y la crisis económica global nos lleva a la necesidad de realizar un replanteo, tratar de detenernos y analizar nuevamente las bases que dan sustento a nuestra intervención y que se intentan desdibujar bajo la premisa de “dejar ser, dejar hacer” para que la economía pospandémica “fluya” sin escollos.

Las instituciones bancarias han utilizado en las últimas décadas el servicio notarial como un instrumento de formalización de su exclusiva voluntad, afectando principios básicos de la función mediante. Producto de ello, nos hemos ido readaptando, a punto tal que se ha retirado al notario de su notaría, no existen audiencias previas, no se conoce a las partes, no hay explicaciones de los instrumentos que se firman, y se cumplen exclusivamente los requerimientos de las empresas bajo apercibimiento de dejar de integrar su nómina.

Trataremos de analizar la evolución de la relación del derecho del consumidor en la materia hipotecaria, las crisis producidas, la entrada en escena de los derechos humanos y el papel del deber de asesoramiento en este complejo entramado de interrelaciones.

2. Evolución del derecho del consumidor en la contratación hipotecaria

Ha sido siempre premisa del sistema económico liberal bregar por la menor intervención estatal y dejar la absoluta libertad a bancos y consumidores para que reglen sus derechos bajo la autonomía de la voluntad.¹ No fue sino hasta fines del siglo XIX que comienzan a surgir en Estados Unidos las primeras organizaciones de consumidores y usuarios. Los primeros

1. La Revolución Industrial trajo con sí la producción masiva y la Revolución francesa, la bandera de la igualdad de los hombres, lo que se vio consagrado en el [Código Napoleónico](#) de 1804. La Segunda Revolución Industrial consolida estas ideas, generando las grandes asimetrías en las relaciones de consumo que se mantuvieron durante años. (N. del E.): fuente del hipervínculo: [Biblioteca Nacional de Francia](#); última consulta: 28/4/2022).

cambios legislativos se originaron con John Fitzgerald Kennedy en 1962² y encontraron eco a nivel europeo con la [Carta de Protección al Consumidor de 1973](#) del Consejo de Europa.³

En lo que hace a nuestro país, podemos distinguir cuatro momentos claros de la evolución:

- El [Código Velezano Ley 340](#) (1869)(CC) abordó la temática desde una óptica individualista, otorgando herramientas interpretativas al juez en los artículos 18 (nulidad de actos prohibidos), 19 y 872 (prohibición de renunciaciones generales), y 21 y 953 (objeto de los actos jurídicos y contratos en general).⁴
- La sanción de la Ley 17711 (1968) importó la introducción de los institutos de la lesión ([art. 954](#)), el abuso del derecho ([art. 1071](#)) y el deber de buena fe contractual y la teoría de la imprevisión ([art. 1198](#)).
- La siguiente etapa se establece en el plexo normativo configurado por la [Ley de Defensa del Consumidor 24240](#) (LDC) (1993)⁵ y la constitucionalización del concepto de consumidores, usuarios y relaciones de consumo (arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional, introducidos en la reforma de 1994).
- La etapa final se configura con la [Ley 26994](#) (2014), al incluir el nuevo paradigma de protección y defensa a las partes vulnerables en el [título III](#) del libro III del Código Civil y Comercial (CCyC), consolidando la constitucionalización general del derecho privado en nuestro país.⁶

2. CONDOMÍ, Alfredo M., "Primeros pasos en el derecho del consumo: el mensaje presidencial 'Kennedy' de 1962" (online), en www.saij.gob.ar, id: DACF190119, 18/7/2019, <http://www.saij.gob.ar/alfredo-mario-condomi-primeros-pasos-derecho-consumo-mensaje-presidencial-kennedy-1962-dacf190119-2019-07-18/123456789-0abc-defg9110-91fcanirtcod-?&o=797&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B%2C1%5D%7CTema%7COrganismo%5B%2C1%5D%7CAutor%5B%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B%2C1%5D%7CTribunal%5B%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%E1tica%5B%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina&t=9714>; última consulta: 26/4/2022.

3. Aprobada por Resolución 543/1937 de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa del 17/5/1973. (N. del E.): los hipervínculos a textos normativos fueron incorporados por la *Revista del Notariado* y dirigen a fuentes oficiales –en caso de excepción, se hará la aclaración que corresponda–; la fecha de última consulta es 22/4/2022.

4. PANERO, Jorge F., "El asesoramiento como característica principal del notariado latino y como eficaz garantía de equilibrio contractual. Análisis a la luz de la legislación de consumo y del Código Civil y Comercial de la Nación" (online), en *Revista de Estudios de Derecho Notarial y Registral*, Córdoba, Universidad Blas Pascal, N.º 6 (2019), [https://doi.org/10.37767/2362-3845\(2019\)007](https://doi.org/10.37767/2362-3845(2019)007), p. 106; última consulta: 24/12/2021.

5. Posteriormente modificada por la Ley 26361 (2008).

6. PANERO, Jorge F., ob. cit. (nota 4), p. 107.

3. Breve noticia de las crisis hipotecarias del siglo XXI

3.1. Estados Unidos y las hipotecas *subprime*

La caída del bastión del neoliberalismo en el 2007 repercutió en todo el mundo. Como es ya conocido, el crac del sistema financiero se sustentó en las hipotecas *subprime* otorgadas a personas sin recursos, en franca violación a la legislación en la materia.⁷ Las empresas eran el centro de todo, y los matemáticos financieros crearon estos productos bancarios que se multiplicaron a una escala sin precedentes en las entidades, generando el crac del sistema.⁸

La intervención notarial en el sistema era nula, ya que el llamado *notary public* del tipo anglosajón se restringe en su actuación a certificar firmas de formularios.⁹ Ello genera la necesidad de los llamados seguros de títulos para garantizar la bondad de los mismos.¹⁰

7. La trampa de estas hipotecas estaba dada en la tasación de los inmuebles dados en garantía, muy por encima del valor real de mercado. De los informes del Federal Bureau of Investigation se puede extraer un extenso catálogo que indica la existencia del fraude en la contratación: "los consejos del intermediario para falsificar las solicitudes; la petición por parte del intermediario de solicitudes firmadas en blanco; la firma de contratos de hipoteca en formularios en blanco; el uso exclusivo de un único tasador; fijación de comisiones por encima de lo habitual; el recurso a las refinanciaciones que requieren un menor análisis de solvencia; el empleo de adquirentes intermedios para inflar el precio del inmueble" (BRANCÓS NÚÑEZ, Enrique, "Las hipotecas subprime y la seguridad jurídica preventiva" [online], en *El Notario del Siglo XXI*, Madrid, Colegio Notarial de Madrid, N.º 22, noviembre-diciembre 2008, en <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-22/1797-las-hipotecas-subprime-y-la-seguridad-juridica-preventiva-0-6288784077659979>; última consulta: 26/4/2022).

8. "Este movimiento sísmico fue de tal envergadura que hizo tambalear los resortes del sistema financiero global y lo dejó expuesto ante eventos como la ruptura del euro, la crisis de la deuda soberana de Grecia u otras consecuencias políticas como el Brexit y el surgimiento de los populismos" (POZZI, Sandro, "Hipotecas subprime: La crisis con la que empezó todo" [online], en *El País*, 6/8/2017, www.elpais.com/economia/2017/08/05/actualidad/1501927439_342599.html; última consulta: 24/12/2021).

9. Luego del crac financiero y la pérdida de vivienda de miles de deudores hipotecarios, comenzó un gran movimiento de defensa en sede judicial sustentado en la premisa de requerir la exhibición de los títulos por parte de los acreedores hipotecarios para frenar la ejecución. En gran cantidad de casos los bancos transferían a tal velocidad los derechos, y al no existir registración o notario en este sistema, que se terminaban extraviando en su origen, contando el ejecutante simplemente con cesiones sin el documento original, lo que lograba detener en algunos casos las ejecuciones.

10. Como todo sistema basado en el capitalismo, la seguridad se obtiene mediante la contratación de más seguros y subproductos en garantía y no asesorándose de manera preventiva. Esto fue observado por el nobel de economía Robert J. Schiller, quién indicó la conveniencia como posible opción: "sería la de imponer el requisito de que cada prestamista hipotecario cuente con la asistencia de un profesional análogo al notario de derecho civil. Tales notarios ejercen en muchos países, aunque no ejercen en los EE. UU. En Alemania, por ejemplo, el notario de derecho civil es un profesional jurídico preparado que lee en alta voz e interpreta el contrato y provee asesoramiento legal a ambas partes antes de autenticar sus firmas. Este planteamiento ayuda sobre todo a

3.2. La posterior crisis hipotecaria en España

Los principales problemas aparecieron en el 2009 con el comienzo de las ejecuciones y lanzamientos en masa, que generaron una crisis a nivel social, económico y jurídico sin precedentes en el país. El consumidor hipotecario se encontró frente a la realidad de que la propiedad adquirida no poseía siquiera un valor real cercano para cubrir la deuda con su venta, ya que se había “sobretasado” para otorgarle un crédito mayor a su valor real.¹¹ Asimismo, en España se habían construido viviendas en exceso durante décadas, producto de la promoción efectuada por el poder político de turno mediante la desregulación de la actividad.¹² Lo más grave fue que el notariado español, de fuerte raigambre latina, no pudo prever los efectos nocivos que acarrearía el sistema.

La crisis se transfirió posteriormente al mundo jurídico, donde, hasta el 2011, se buscó legislar para dinamizar y flexibilizar el mercado hipotecario. Pero ello solo agravó la situación, debiéndose cambiar el centro de atención de la economía hacia la persona humana (deudor consumidor hipotecario), con implementación de normativas de emergencia desde los años 2011 a 2013 para evitar ejecuciones y comenzar a imponer la transparencia e información en estas contrataciones.¹³

España debió tratar de erradicar, por diversos medios, el llamado crédito irresponsable, siendo el papel del notariado fundamental para el intento de concreción de tamaño objetivo.¹⁴

los que no llegan a obtener un asesoramiento competente y objetivo. La participación de una tal figura designada por el gobierno en el procedimiento del préstamo hipotecario, haría más difícil que prestamistas hipotecarios sin escrúpulos desviarán su clientela hacia abogados complacientes, que no advertirían adecuadamente a los clientes sobre los peligros que asumen” (BRANCÓS NÚÑEZ, Enrique, ob. cit. [nota 7]).

11. CUENA CASAS, Matilde, “Crédito responsable, fresh start y dación en pago. Reflexiones sobre algunas propuestas legislativas” (online), en *El Notario del Siglo XXI*, Madrid, Colegio Notarial de Madrid, N.º 43, mayo-junio 2012, www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-43/458-credito-responsable-fresh-start-y-dacion-en-pago-reflexiones-sobre-algunas-propuestas-legislativas-0-38528345374882544; última consulta: 24/12/2021.

12. El denominado *boom* inmobiliario español ocurrió en el lapso comprendido entre los años 1997 y 2006, donde se conjugaron varios factores que promovieron el mismo, entre ellos el contexto propio de expansión de la economía española, el contexto económico internacional, las facilidades crediticias y, sobre todo, la incorporación del país a la Unión Europea el 1 de enero de 1999, que permitió mantener a la baja las tasas de interés respectivas (ver CAMPOS ECHEVERRÍA, José L., *La burbuja inmobiliaria española*, Barcelona, Marcial Pons, 2008, pp. 87 y ss.).

13. ALCALÁ DÍAZ, M. Ángeles, “La reforma de la normativa de protección del deudor hipotecario”, en Alcalá Díaz, M. A. (dir.), *Hacia un nuevo modelo de mercado hipotecario*, Madrid, Dykinson, Colegio Notarial Castilla-La Mancha, 2014, pp. 14-15.

14. Es importante señalar que, en 2013, tras el fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (Sala Primera) del 14/3/2013 en el caso “Mohamed Aziz c/ Caixa d’Estalvis de Catalunya,

3.3. Reino Unido e Irlanda, de la mano de Estados Unidos

La burbuja inmobiliaria también explotó en Gran Bretaña, generando que, del 2007 a 2012, cayera en un 151% la demanda de crédito¹⁵ y que la nueva oferta residencial se viese disminuida en un 32% en Gran Bretaña y un 90% de Irlanda, solo superada por España –por las razones que expusimos– en un 81% de contracción.

Similares referencias debemos hacer en relación a la inexistencia del notariado como elemento de protección del consumidor de manera previa o posterior a la contratación hipotecaria, lo que evidencia una clara diferencia con el sistema español explicado.¹⁶

3.4. Nuestro país. Primero, el año 2002 y ahora, los créditos UVA

Nuestro país tiene una historia oscura de crisis. Centrándonos en el siglo XXI, comenzamos con la devaluación y las restricciones decretadas por el gobierno del presidente Fernando de la Rúa que impidieron el retiro de los depósitos existentes de los bancos por parte de los ciudadanos, lo que condujo a la grave situación de las ejecuciones de hipotecas contraídas en dólares con una fuerte depreciación de nuestra moneda que tornaba en excesivamente onerosas las deudas contraídas. La normativa de emergencia, la doctrina y la jurisprudencia intentaron paliar la catástrofe económica y jurídica –que a la fecha todavía tiene gran trámite en nuestros tribunales–, pero igualmente muchos deudores hipotecarios perdieron sus viviendas en esos años.

Posteriormente a la fractura del sistema, nos encontramos frente a años de idas y vueltas económicas en donde el gran hito se encontró en la creación de los créditos medidos en unidades de valor adquisitivo

Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)” (asunto C-415/11; identificador ECLI:EU:C:2013:164), se sancionó en España la [Ley 1/2013, de 14 de mayo, de Medidas para Reforzar la Protección de los Deudores Hipotecarios, Reestructuración de Deuda y Alquiler Social](#). En el fallo, el TJUE permitió la posibilidad de la alegación por parte, e incluso de oficio por el juez, del carácter abusivo de cláusulas del contrato hipotecario, facultando en especial a los notarios que tramitaban la ejecución a denunciar y advertir su existencia a las partes, cuestión absolutamente novedosa en la temática que tratamos. La normativa modificó, además, el procedimiento de ejecución civil y determinaron los requisitos de validez de las llamadas cláusulas suelo y techo de los préstamos hipotecarios (ver LATINO, Jorge A., “El sistema hipotecario, el notario y el consumidor a la luz de la crisis del año 2008”, Madrid, [s.e.], 2018, p. 9). (N. del E.): ver fallo del TJUE [aquí](#); ver monografía de Latino [aquí](#); última consulta: 22/4/2022.

15. Solo superada por Estados Unidos en un 158% en el mundo (LATINO, Jorge A., ob. cit. [nota 14]).

16. LATINO, Jorge A., ob. cit. (nota 14), p. 6.

actualizables.¹⁷ Existiendo en nuestro país un mercado hipotecario muy limitado debido a la inestable economía, se ideó la creación de estos créditos en los cuales el valor de la cuota y el capital se actualizan por la inflación. La cuota no debía superar el 25% de los ingresos y, en el caso de que la inflación superara el salario en diez puntos, se podía solicitar la extensión del plazo del préstamo y su refinanciación hasta el 20%.¹⁸

El problema en estos casos no es la subvaloración del inmueble –como se dio en Estados Unidos, España y el Reino Unido– sino la actualización de la deuda. Era evidente que, en una economía como la nuestra, el crédito UVA, atado a la inflación, iba a fallar. La grave problemática existente entre el desdoble del valor del dólar (oficial y *blue*), el estancamiento del salario promedio y la creciente inflación produjo una masiva ola de incumplimientos de estos créditos, situación que se vio aún más agravada por la crisis generada a nivel mundial producto de la pandemia de covid-19.¹⁹

Las familias que contrataron este tipo de hipotecas con el fin de obtener sus viviendas se ven hoy afectadas intrínsecamente en lo más profundo de sus derechos humanos: a quien le pende la espada de Damocles con la posibilidad de pérdida de su techo se ve sometido a un suplicio tal que deteriora gradualmente su calidad de vida, su salud y sus relaciones familiares, producto del sobreendeudamiento, ya que ni aun vendiendo la propiedad adquirida podrán afrontar la totalidad de la deuda contraída con la entidad financiera.

17. Existen dos variables; la primera, como unidades de valor adquisitivo actualizables por el coeficiente de estabilización de referencia CER - [Ley 25827](#) (UVA); las segundas, en unidades de vivienda actualizables por el índice del costo de la construcción (ICC) - [Ley 27271](#) (UVI).

18. En 2018, Latino señalaba: “El crédito hipotecario UVA tiene cuota inicial que en algunos casos llega a ser un tercio de la del crédito hipotecario tradicional. Por cada 1.000.000 de pesos (aproximadamente 46.000 euros), el tomador de un crédito UVA paga una cuota inicial que, según el banco y el plazo, se ubica en promedio entre los \$5.500 (250 euros) en los bancos públicos y entre \$6.500 y \$8.000 (entre 295 y 365 euros) en los bancos privados. En tanto, quien haya optado por un crédito a tasa fija deberá afrontar un pago mensual que se ubica entre 14.000 y 18.000 pesos (entre 636 y 818 euros), según el tipo de banco. Tiene un acceso más fácil que el de un crédito hipotecario tradicional. Una cuota mensual más baja que el crédito hipotecario tradicional permite al tomador del crédito acceder a un monto más alto con menores ingresos; lo que se debe a que la cuota mensual del crédito no puede superar 25% del salario. Como ejemplo, los ingresos requeridos por un monto de 1.000.000 de pesos son unos \$25.000 (1136 euros) mensuales en tanto que por los préstamos tradicionales a tasa fija necesitaría ingresos por unos 45.000 pesos (2045 euros)” (LATINO, Jorge A., ob. cit. [nota 14], p. 74). Nótese simplemente que hoy, a finales de 2021, el mínimo de 250 euros de cuota equivale a 56.250 pesos y el máximo de tasa fija de 818 euros, a 184.050 pesos (valor euro *blue* del 12/12/2021: igual a 225), lo que claramente no representa el 25% del sueldo de ningún trabajador argentino que haya adquirido en el 2017 una propiedad por el valor de 45.000 euros.

19. Actualmente, el movimiento de protección de los deudores hipotecarios afectados por los créditos UVA se extiende a nivel nacional. Puede accederse a mayor información en www.hipotecadosuvaargentina.com/; última consulta: 24/12/2021.

Ante este panorama nos encontramos hoy como notariado. Debemos pensar y repensar la situación. ¿Qué sucedió? ¿Cómo actuamos como profesionales ante estos casos? ¿Advertimos y asesoramos correctamente a los consumidores hipotecarios? ¿Pusimos freno a los requerimientos desmedidos de las entidades financieras?

4. Actualidad: globalización, capitalismo y derecho líquido

La globalización e interconexión mundial nos llevan a una necesidad de mayor velocidad en las relaciones contractuales que a veces supera los elementos tecnológicos con los que contamos como notarios. Desde otra óptica, el capitalismo exige que solamente el mercado sea quien marque el límite de las relaciones contractuales y que exista una mínima intervención estatal, fomentando el principio darwinista de “la supervivencia del más apto”.

Tanto la globalización como el capitalismo llevan al individualismo, pero necesitan de un instrumento para su realización y justamente entra aquí, como caballo de batalla, el denominado derecho líquido, que se configura en aquel que se adapta pasivamente a los vaivenes y circunstancias cambiantes sociales y no funciona como freno del poder.²⁰ Desde esta concepción, el derecho deja de ser un obstáculo para el fuerte y una defensa del débil. Se genera la idea en el consenso social de que deben satisfacerse los intereses de los más fuertes, ya que ello redundaría en el interés común por la inversión privada que impulsa la economía, y el derecho entonces no es solo un obstáculo para el fuerte sino también para el débil, que se ve perjudicado por no contar con una mejora en su vida producto de dichas inversiones no realizadas por el fuerte.

La antítesis del derecho líquido, justamente, es el sólido, que es aquel con

... conciencia de la autonomía del derecho, en el sentido de tratarse de un fenómeno que obedece a sus propias leyes. El derecho se aísla de otras normas (costumbre, moral, religión), de los fundamentos económicos sobre los que descansa y de las funciones económicas a las que sirve.²¹

20. TENA ARREGUI, Rodrigo, “Derecho líquido. Reflexiones en torno a la ley 41/2007 de reforma hipotecaria” (online), en *El Notario del Siglo XXI*, Madrid, Colegio Notarial de Madrid, N.º 25, mayo-junio 2009, www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-25/1604-derecho-liquido-reflexiones-en-torno-a-la-ley-41-2007-de-reforma-hipotecaria-0%202764456144314684; última consulta: 25/12/2021.

21. *Ibidem*.

Este derecho en nuestro estudio podemos relacionarlo de manera directa a los principios deontológicos notariales que guían nuestra función.²²

Justamente la función notarial históricamente fue el freno que tuvo la parte fuerte en detrimento de los débiles de la ecuación. De ahí que encontremos las célebres y escuchadas frases de “los notarios lentifican el proceso económico”, “son una institución hereditaria de antaño”, “encarecen las operaciones en perjuicio de los consumidores”²³ y muchísimas más que lamentablemente a diario intentan instaurar en el imaginario social como verdades absolutas ciertos operadores.

¿Cuál fue la manera más efectiva, en la contratación hipotecaria, de transformar el derecho sólido en líquido? Ante la imposibilidad de eliminar el notariado, lo que se hizo fue aglutinarlo con la entidad financiera de manera tal que respondiese como un empleado de ella. Por ello existe la “nómina” que premia a aquellos profesionales obedientes que no se desvían de directivas y cumplen férreamente el objetivo principal: el otorgamiento de la máxima cantidad de créditos en la sede del banco, con sus contratos predispuestos y sin cuestionamientos, ni del consumidor ni, mucho menos, del notario, que es un elemento del engranaje institucional.²⁴

No debemos confundirnos, no esbozo una crítica hacia mis distinguidos colegas –quien suscribe estas páginas también es escribano de nómina–, sino que ataco el sistema y trato de parar, contemplar y ver detenidamente el panorama para tratar de colegir qué es lo que estamos haciendo y cómo podemos ser mejores y volver a las bases que nos dieron origen. Repensar.

Traemos a colación las palabras de Tena Arregui:

22. Ver CosOLA, Sebastián J., “El derecho notarial y su proyección constitucional”, en Zavala, G. A. (dir.), *La función notarial. Enfoque constitucional, civil, documental, nuevas tecnologías y contratos inteligentes. Homenaje a Eleonora R. Casabé*, Buenos Aires, La Ley, 2020.

23. Pueden consultarse con una simple búsqueda en la web los detractores del ejercicio de la función; un exdirector del Banco Central de la República señalaba: “Contratar a un escribano es del siglo pasado. Las propiedades deberían estar en un catastro digital, en un registro, donde se pueda ver todo y se agilicen los trámites, y se cobren honorarios sensatos” (CATALANO, Andrea, “¿A los escribanos les llega su Uber?: los bancos piensan en catastros digitales para agilizar trámites” [online], en *iProfesional*, 18/9/2018, <https://www.iprofesional.com/economia/275652-a-los-escribanos-les-llega-su-uber-los-bancos-empiezan-a-pensar-en-catastros-digitales-para-agilizar-los-tramites>; última consulta: 25/4/2022). Desde otra óptica, ver también MONDINO, Diana, “La burocracia ataca: ¡simplifiquemos!” (online), 17/9/2017, en <https://ucema.edu.ar/6/investigacion/lanacion-170917>; última consulta: 25/04/2022.

24. Los requisitos para formar parte de tal nómina suelen ser incluso mayores que los exigidos para el ejercicio de la función, exigiendo no solo garantías como caución sino también estructura edilicia e incluso mantener una cuenta corriente abierta a su nombre en la institución respectiva (ver REGOJO, Heriberto F. y MARINICH, M. de las Mercedes, “Importante logro apertura nómina escribanos Banco Nación” [online], [s.f.], en <http://escribanoschaco.com/chaco/index.php/etica/7-principal/1238-importante-logro-apertura-nomina-escribanos-banco-nacion>; última consulta: 26/4/2022).

... la licuefacción del Derecho nos retrotrae a estados supuestamente superados, en el que el poder toma el protagonismo fundamental y, con él, los riesgos que el Derecho sólido está llamado a soslayar: el desorden, la arbitrariedad y el despotismo. Lo cual, por último, nos viene a recordar el mayor error que puede cometer un jurista: aceptar sin más esa idea de que el Derecho debe, como se ha dicho tantas veces, "adaptarse a los tiempos". Sin embargo, como nos advierte Claudio Magris, los principios que inspiran el Derecho no deben cambiar. La única adaptación que procede es la que persigue adecuar las normas para golpear las nuevas formas de abuso y violencia que puedan surgir. El Derecho puede y debe modificarse, pero para seguir siendo Derecho. O dicho de una manera mucho más "científica", como a él le gustaba: "fundar el Derecho pura y exclusivamente sobre el interés, acaso tenga el peligro de desconocer el interés supremo, que es el de la justicia"...²⁵

El derecho no debe cambiar por los tiempos;²⁶ el interés de hoy puede no ser el de mañana. Por ello, siempre debe estar orientado hacia la justicia.²⁷

5. Nuevo paradigma: el ser humano como centro de la tutela

En la interrelación señalada, si el derecho sólido es el instrumento de realización de la justicia, tiene como principal centro o actor a la persona humana. El derecho del consumidor hipotecario es un derecho humano, ya que en él confluye un sinnúmero de otros derechos, tales como el de la vida, la dignidad humana, la vivienda, la salud, la propiedad, entre otros. Por otro lado, también se encuentra en juego no solo la protección general de toda persona, sino también la específica de diversos grupos vulnerables, como los niños, niñas y adolescentes, los adultos mayores y los extranjeros.

Expresa Nikken al tratar el concepto de derecho humano:

Lo que en nuestros días se conoce como derechos humanos está referido al reconocimiento de que toda persona humana, por el hecho de serlo, es portadora de atributos autónomos que deben ser reconocidos y protegidos por el Estado. Ellos son inherentes al ser humano y no requieren de ningún título específico para adquirirlos [...] Su exigibilidad no depende de su consagración legislativa; por el contrario, históricamente aparecen como

25. TENA ARREGUI, Rodrigo, ob. cit. (nota 20).

26. Ibidem.

27. Si bien la frase transcrita es elocuente, no debemos dejar de mencionar a Vallet de Goytisolo en cuanto destaca que el fin del derecho es la justicia; su objeto, la conducta social; y la pauta que ayuda para lograrlo la constituyen las normas jurídicas (VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. "La función notarial de tipo latino", en Delgado de Miguel, J. F. [dir.], *Deontología notarial*, Madrid, Consejo General del Notariado, 1992, p. 451).

atributos que se han hecho valer contra leyes opresivas que los desconocían o menoscababan. Son derechos subjetivos que emanan de la dignidad humana y que la resguardan, porque ellos combaten la dominación arbitraria y apoyada en desiguales relaciones de poder social, mediante la cual unos seres humanos imponen a otros ser instrumentos de sus propios fines. Hablamos de la ideología universal nacida para encarar la opresión.²⁸

Volvemos a colocar énfasis en que hay que volver a enfocarse en la protección del realmente más débil, utilizando los principios jurídicos y deontológicos básicos que han orientado la actividad notarial durante siglos.

6. El orden público en nuestro sistema de derecho privado

No cabe duda, en este momento de la evolución del derecho consumeril en nuestro país, de que este posee dos características distintivas: su jerarquía constitucional, consagrada en los artículos 42 y 43 la *Constitución Nacional* (CN) –que establece el carácter protectorio de este tipo de normas–, y la declaración legal y expresa del carácter de su orden público en el marco de las relaciones de consumo. Nótese que, al señalar el término “relación”, la CN extiende su ámbito al contrato mismo, ya que se lo considera dentro de un marco más complejo protectorio, contemplando todas las circunstancias que rodean o refieren la operación en sí.²⁹

La declaración del carácter protectorio es una herramienta que nos permite concluir que el enfoque contractual debe ser social y el objetivo a tener en cuenta es el impacto que en la comunidad en general tengan las soluciones que se tomen.³⁰ En tal sentido, en ciertas circunstancias debe desplazarse el interés individual del consumidor particular y tenerse en mira –desde la óptica estatal– la obtención de respuestas que protejan a las mayorías y eviten la repetición del problema por sobre el caso individual. He aquí el orden público en sí. Que desde el Estado deba buscarse el bien común no significa que se saque del centro protectorio a la persona humana, sino,

28. NIKKEN, Pedro, “La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales” (online), en *Revista IIDH*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, v. 52 (julio-diciembre 2010), <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25563.pdf>, p. 55; última consulta: 24/12/2021.

29. PANERO, Jorge F., ob. cit. (nota 4), p. 109.

30. PÉREZ HAZAÑA, Alejandro, “El orden público en el derecho del consumidor y los límites a las renunciaciones y transacciones”, en *Derecho Comercial y de las Obligaciones. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, Buenos Aires, Lexis Nexis, N.º 289, 2018, pp. 265-282.

por el contrario, que las decisiones a tomar beneficien a la mayor parte del conjunto de personas.³¹

Conforme la visión descripta, la **CN** y la **LDC** no constituyen un plexo aislado de normas, sino que, integrándose en la actualidad con las disposiciones del **CCyC**,³² forman parte lo que se denomina en la doctrina como estatuto del consumidor.³³

7. El notario, la contratación hipotecaria y el derecho del consumidor

7.1. La función preventiva notarial: mejor asesoramiento, igual a menor cantidad de sentencias

No debe confundirse la denominada función preventiva notarial con el instituto actualmente regulado por los artículos 1711 y siguientes CCyC. Esta función del notario es aún anterior y desde el origen del asesoramiento notarial, donde todavía no existe daño alguno que sea necesario prevenir, ya que un adecuado ejercicio de la función en la faz embrionaria de formación del consentimiento lo disipa.

La frase del ilustre notario español Joaquín Costa Martínez “notaría abierta, juzgado cerrado”³⁴ sintetiza la idea de la función preventiva notarial, pero nosotros la readecuamos –con todo el respeto debido al gran maestro– en la fórmula de “mejor asesoramiento notarial, igual a menor cantidad de sentencias”, ya que, pese a ser la escritura uno de los elementos portantes

31. Siempre mantiene vigencia en este contexto el principio *pro homine*, respecto del cual Salvioli señala que “constituye una herramienta útil para el examen hermenéutico de situaciones de derechos humanos desde una mirada integral, lo cual permite a quienes analizan y aplican los instrumentos internacionales a interpretar las normas y resolver los asuntos en concordancia con los fines que poseen las disposiciones jurídicas de tutela de los derechos fundamentales de mujeres y hombres” (SALVIOLI, Fabián, “La perspectiva pro persona: el criterio contemporáneo para la interpretación y aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos” [online], [s.f.], en <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/la-perspectiva-pro-persona-el-criterio-contemporaneo-para-la-interpretacion-y-aplicacion-de-los-instrumentos-internacionales-de-derechos-humanos.pdf>; última consulta: 25/4/2022).

32. Se introducen así importantes modificaciones a las estructuras contractuales existentes en el CCyC; a modo de ejemplo: la prelación normativa e interpretación contractual más favorable *in dubio* pro consumidor (arts. 1094-1095), publicidad y obligación frente al consumidor (art. 1103), derecho de revocación de aceptación (art. 1110), deber de información del oferente (art. 1111) y determinación de cláusulas abusivas (art. 1119).

33. PANERO, Jorge F., ob. cit. (nota 4), p. 107.

34. Decía en realidad la frase completa: “El número de sentencias ha de estar en razón inversa del número de escrituras; teóricamente, notaría abierta, juzgado cerrado” (COSTA MARTÍNEZ, Joaquín, “Reorganización del notariado, del registro de la propiedad y de la administración de justicia”, en *Obras completas*, t. 13, Madrid, 1917, p. 205).

de la fe pública notarial, no es esta el único instrumento con el que contamos para poder prevenir el conflicto.

En nuestro derecho, ya el anteproyecto de código civil y comercial previo a la sanción de la Ley 26994 contemplaba la trascendencia de la función notarial en su faz preventiva, y se señalaba en consideración:

Este conjunto de solemnidades (entendidas como garantías de jerarquía constitucional) es el fundamento de su privilegiada oponibilidad, que deviene de la fe pública que merecen; (iv) todo ello demuestra que la esencia de la función notarial no es la de conferir fe pública, como habitualmente se afirma, sino que su esencia es la de brindar protección a los ciudadanos en los actos y negocios de máxima trascendencia, legislativamente seleccionados, a través de un conjunto de operaciones jurídicas que son las que fundamentan su eficacia *erga omnes*. La fe pública es el efecto de tal conjunto de operaciones...³⁵

Como puede observarse, la protección no solo se orienta al resultado, sino también a evitar la producción del mismo, lo que en materia de asesoramiento al consumidor hipotecario resulta esencial por intermedio de la función notarial.³⁶

7.2. Audiencia previa y el deber de adecuada información

La audiencia previa notarial forma parte inescindible del asesoramiento en la faz preventiva. Si bien hoy puede ser sustituida la presencialidad por intermedio de la tecnología, no deja de ser imperativa en las relaciones de consumo y mucho más a los efectos de que los consumidores comprendan

35. HIGHTON, Elena I., KEMELMAJER, Aída y LORENZETTI, Ricardo L., "Fundamentos del anteproyecto de código civil y comercial de la nación elaborados por la comisión redactora" (online), en MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, *Proyecto de código civil y comercial de la nación*, Buenos Aires, Infojus, 2012, http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/codigo_civil_comercial.pdf, p. 560; última consulta: 24/12/2021.

36. A decir de Pérez Lozano: "La función notarial preventiva se funda en la tesis de Vélez Sarsfield en cuanto se apartó de Savigny –para quien el hecho jurídico, para que sea tal, debe producir una adquisición, modificación, transferencia o extinción de derechos–, es decir, debe haber producido una consecuencia. En cambio, para Vélez, basta que exista la posibilidad de que un acontecimiento produzca un cierto efecto jurídico para que el ordenamiento legal pueda someterlo a su imperio. Nació en el derecho patrio la justicia preventiva. El hecho portador de ese peligro o riesgo y su comprobación podrán prevenir las consecuencias lesivas futuras que pudieran ocurrir" (PÉREZ LOZANO, Néstor, "La función notarial. Función humana" [online], La Plata, [s.e.], 2021, [dictamen presentado al Consejo Consultivo del Consejo Federal del Notariado Argentino], 2021, en <http://www.cfna.org.ar/documentacion/noticias/2021/Dictámenes-Plataforma-Digital-Colegio-Escribanos-de-la-Ciudad-de-Buenos-Aires/02%20-%20Dictamen%20Consejo%20Consultivo%20del%20CFNA%20-%20Not.%20Nestor%20Perez%20Lozano.pdf>, pp. 2-3; última consulta: 25/4/2022).

el real alcance de los términos y las condiciones contractuales. En el sentido expuesto, el artículo 301 CCyC establece:

El escribano debe recibir por sí mismo las declaraciones de los comparecientes, sean las partes, sus representantes, testigos, cónyuges u otros intervinientes. Debe calificar los presupuestos y elementos del acto, y configurarlo técnicamente...

Claramente, plasma la importancia de que el notario presencie las manifestaciones de las partes de manera preliminar a la redacción escrituraria, para poder determinar los presupuestos y elementos del acto que quieren celebrar y darle la forma jurídica a la voluntad. Es esta audiencia preliminar la que, en la mayoría de los casos, ha sido eliminada por las entidades financieras al momento de la contratación, so pretexto de la necesidad de mayor velocidad en la contratación. Los bancos proceden a la velocidad de la luz a remitir las carpetas a las notarías de nómina. Al momento de llegar la carpeta, la entidad bancaria ya redujo la actividad notarial al mínimo: los asesores comerciales del banco entregan –firmados por el gerente y su cliente– los formularios prerredactados en donde se plasman las condiciones generales de contratación, mientras el consentimiento del consumidor fue reducido simplemente al llenado de recipientes previamente preparados,³⁷ sorteándose al notario en la etapa de mayor relevancia previa a la signatura del documento notarial.

En la hipótesis desarrollada, el notario deja de ser un escultor del derecho, en cuanto a dar forma a la voluntad de las partes, y se convierte en un mero ejecutor del derecho líquido, convirtiéndose en instrumento de la parte fuerte contractual para el cumplimiento de los fines de la economía. En este escenario, el contrato es un elemento de dominación.

El buen notariado, para la visión del banco, será aquel que de manera más veloz realice sin audiencia previa los trámites preescriturarios, haga el preparado y la redacción de la escritura conforme al modelo remitido y esté al servicio de la entidad para cuando disponga la firma, obviamente fuera de la notaría, en sus oficinas. Rotundamente nos negamos a esta visión. Debemos bregar porque, justamente, la audiencia previa sea celebrada en los actos precedentes, incluso, a la firma de los precontratos o formularios bancarios. Solo con un consentimiento informado real se podrán evitar futuros problemas como los generados con los créditos UVA.

La claridad y transparencia de la contratación se erigen en elementos esenciales porque, repetimos, no todo contrato con cláusulas predispuestas

37. PANERO, Jorge F., ob. cit. (nota 4), p. 105.

implica un abuso del derecho de manera automática. Si se reduce el momento de intervención notarial a la firma de la escritura hipotecaria, probablemente el requirente ya concurra sin posibilidad de discusión, habiendo invertido tiempo y dinero previamente, lo que genera que la firma y aceptación en la escritura no sea real sino simplemente un formalismo porque ya a nada puede oponerse. En muchos casos, el debido asesoramiento y brindar la adecuada información al consumidor en los términos de los artículos 4, 6, 9, 21, 25 y 27 LDC y 1100 CCyC³⁸ producirán que el acto no se celebre, y, mal que ello pese a los intereses de las entidades financieras, la función preventiva notarial encontrará absoluta vigencia.

El asesoramiento debe ser a real conciencia del notario y no limitarse a la entrega o firma de minutas para garantía de seguros de responsabilidad civil, o relativizarse cuando existe otro profesional asesorando.³⁹ Es por ello que la moralidad y la ética funcionan como pilar base del sistema del notariado latino. Prevalece la protección de los derechos de la persona humana consumidora del crédito hipotecario no solo por sobre los de la contraparte más fuerte, sino incluso contra el deseo del propio cobro de honorarios por la labor. La garantía del deudor es que, si el contrato realmente es nocivo para sus intereses, será el notario quién se abstendrá de la firma del mismo.⁴⁰

7.3. La libre elección del notario por el requirente

Garantía de la libertad de decisión del notario de la celebración o no del acto será justamente la posibilidad de que el consumidor hipotecario elija el mismo. En este sentido, la fijación de las “nóminas” atenta contra este derecho. En legislaciones avanzadas como la española, ya no se discute la temática.⁴¹

38. Art. 1100 CCyC: “El proveedor está obligado a suministrar información al, consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato”.

39. Para ampliar sobre la temática, ver PRADA SOLAESA, María del Pilar, “La función informadora y asesora del notario en la contratación inmobiliaria e hipotecaria. Especial referencia a la contratación en masa. Su intensa relación con la imparcialidad notarial”, en AA. VV., *VIII Congreso notarial español. Suelo y vivienda en el siglo XXI*, Madrid, Consejo General del Notariado, 2005, pp. 131-146.

40. COSOLA, Sebastián J., *Los deberes éticos notariales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2010.

41. El derecho es siempre del deudor hipotecario. Señala el art. 126 del Decreto de 2 de junio 1944 de España (Reglamento de la organización y régimen del notariado): “Todo aquel que solicite el ejercicio de la función pública notarial tiene derecho a elegir al notario que se la preste, sin más limitaciones que las previstas en el ordenamiento jurídico, constituyéndose dicho derecho en elemento esencial de una adecuada concurrencia entre aquellos” (en <https://www.notariado.org/>)

La manera de adoctrinar el notariado por parte de la economía neoliberal se encuentra en estas metodologías de preselección. Quien no cumple con los objetivos de la entidad queda excluido. Entonces, nos preguntamos: ¿cómo podrá el notario asesorar libremente si se encuentra maniatado por las indicaciones de la parte más fuerte de la relación contractual?

7.4. El arancel como garantía del consumidor

Otro reflejo de dominación por parte de las entidades bancarias consiste en la fijación de aranceles sujetos a su normativa interna, vulnerando, incluso, en muchos notariados provinciales, los mínimos arancelarios establecidos en la normativa que regula la función. Ello encuentra sustento, a criterio del banco, en entender que el escribano opera como mero instrumento en la contratación, ya que toda la faz previa a la escritura se realiza en la oficina comercial de la entidad.

Si el consumidor posee el derecho de libre elección del notario, el arancel será idéntico en todos los casos. Con el establecimiento de la nómina, se reduce el ámbito de posibilidad de elección, vulnerándose el derecho del contratante consumidor hipotecario y limitándose la posibilidad de cobro del arancel –con naturaleza alimentaria– del profesional designado, siendo ello una típica metodología del capitalismo contemporáneo. El notario no es un comerciante, su función no es una mercancía, ni su oficina es un fondo de comercio.⁴²

7.5. El control de constitucionalidad notarial

Todos los puntos previos desarrollados llevan a la conclusión de que si el notariado, en el ámbito de la contratación hipotecaria, posee la libertad en su función, ejercerá sin resquemores el control de constitucionalidad tanto en el desarrollo de su asesoramiento como al momento de la firma del instrumento notarial respectivo. No nos limitamos a la escritura pública: el control se ejerce en cada contrato, sea redactado por el notario o por

[liferay/c/document_library/get_file?p_Lid=2902665&groupId=10218&folderId=2702308&name=D LFE-134779.pdf](#); última consulta: 11/12/2021). (N. del E.): ver texto consolidado en el Boletín Oficial de España [aquí](#); última consulta: 25/4/2022.

42. Lamentablemente, no podemos extendernos sobre la temática, pero es ilustrativo el trabajo de la profesora Armella para poder ampliar la cuestión. Ver ARMELLA, Cristina N., "El notario no puede ejercer el comercio. La notaría no es un fondo de comercio" (online), (s.e.), 6/9/2021, en: https://www.universidadnotarial.edu.ar/una/wp-content/uploads/2021/09/ARMELLA_LA_NOTARIA_NO_ES_UN_FONDO_DE_COMERCIO.pdf; última consulta: 10/12/2021.

terceros, en la certificación de firmas, de fotocopias, en el asesoramiento y en toda la actividad profesional.

La constitucionalización del derecho privado nos lleva a pensar, al momento de brindar nuestro ministerio, si se vela por los preceptos básicos constitucionales que no dejan de estar estrechamente enlazados con los pilares de la deontología notarial. La actual relación entre el notario y las entidades financieras torna compleja la posibilidad del ejercicio pleno de este mandato. Por ello, debemos analizar alternativas para poder readecuar la realidad que vivimos. En dicho sentido, traigo a colación y de interés para analizar la cuestión el artículo 81 de la [Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España](#) (LGDCU),⁴³ que otorga la posibilidad de que los órganos o entidades con competencia correspondiente requieran a la empresas que celebren contratos con consumidores y usuarios que remitan las condiciones generales de contratación –de manera obligatoria– para su control y valoración, pudiendo, en el caso de verificar la existencia de cláusulas abusivas, ejercer su competencia.

El análisis del derecho comparado nos lleva a pensar si quizás podríamos en nuestro derecho conseguir un control de constitucionalidad previo, que auxilie al notario individual, realizado por organismos especializados o incluso por los mismos colegios notariales o comisiones especializadas designadas por el Consejo Federal del Notariado Argentino.

43. Art. 81 LGDCU (texto refundido aprobado por Real decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre): "Aprobación e información. 1. Las empresas que celebren contratos con los consumidores y usuarios, a solicitud de la Agencia Española de Consumo y Seguridad Alimentaria y Nutrición, de los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, estarán obligadas a remitir las condiciones generales de contratación que integren dichos contratos, en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud, al objeto de facilitar el estudio y valoración del posible carácter abusivo de determinadas cláusulas y, en su caso, ejercitar las competencias que en materia de control y sanción les atribuye esta ley. 2. Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, informarán a los consumidores y usuarios en los asuntos propios de su especialidad y competencia. 3. Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que utilicen las empresas públicas o concesionarias de servicios públicos, estarán sometidas a la aprobación y control de las Administraciones públicas competentes, cuando así se disponga como requisito de validez y con independencia de la consulta al Consejo de Consumidores y Usuarios, prevista en esta u otras leyes, todo ello sin perjuicio de su sometimiento a las disposiciones generales de esta norma".

8. Propuestas

- 1) Audiencia notarial previa de manera obligatoria a la contratación hipotecaria:** Debería establecerse como obligatoria al momento del análisis de las condiciones de contratación generales y no simplemente de manera previa al acto notarial. No debe ser la misma un mero formalismo, sino estar orientada a la real intermediación con el consumidor hipotecario para que conozca en detalle los pormenores de importancia en la contratación y evacue todas las dudas necesarias para que exista un real consentimiento informado.
- 2) La notaría como templo de garantía de las partes:** Para el cumplimiento de un real contacto con el notario, debe sacarse la entidad financiera del centro de la escena y volverse a la notaría de manera obligatoria; ello propiciará un ámbito neutral en donde la parte más débil no será sugestionada y podrá decidir con real libertad.
- 3) Libre elección del notario y arancel de orden público:** Como pilar para asegurar también la libertad en el asesoramiento notarial, deben eliminarse las nóminas de los bancos y procederse a instaurar la libre elección del notario y la fijación del arancel notarial mínimo con carácter de orden público en la totalidad de las provincias.
- 4) Los colegios en el control de los contratos hipotecarios:** Como planteamos al tratar el control de constitucionalidad, proponemos la creación de organismos especiales o comisiones dentro de los colegios notariales o el Consejo Federal del Notariado Argentino para ejercer un primer control sobre los contratos hipotecarios, tanto los preliminares como los conexos y los finales.

9. Corolario final

La actividad notarial es mucho más extensa en la contratación hipotecaria producto del deber de asesoramiento contenido en las normas básicas de deontología notarial y la esencia de su función. El notariado no puede estar ajeno a la realidad social, pero siempre debe ser el pilar y garantía de la seguridad jurídica en su actuación.

Como ha señalado el maestro Vallet de Goytisolo:

El notario es una creación social, no una creación de las normas. En eso radica su fecunda fuerza y vitalidad reales, y su desdibujamiento legal. Las creaciones de la ley tienen siempre menos vigor que las de la realidad. El

notario, como jurista y como notario, es una creación biológica de la realidad como lo fue el jurisconsulto romano, con quien tiene tantas semejanzas.⁴⁴

En estas breves líneas desarrollamos la reciente historia de las crisis hipotecarias, la intervención de las entidades financieras y la disminución de garantías con la descentralización del foco en la persona humana. Es necesario frenar, contemplar y analizar.

El notario no es un escollo. Por su naturaleza y su función, debe ser siempre el controlador de la constitucionalidad en su actuar, y, para ello, será necesaria, por ende, su independencia funcional, a fin de poder velar por el equilibrio en las relaciones contractuales. Solamente así podrá utilizar las herramientas con las que cuenta para la protección de los más débiles y bregar para que la triste historia acaecida en materia hipotecaria en nuestro país y el mundo no vuelva a repetirse.

10. Bibliografía

- ALCALÁ DÍAZ, M. Ángeles, "La reforma de la normativa de protección del deudor hipotecario", en Alcalá Díaz, M. A. (dir.), *Hacia un nuevo modelo de mercado hipotecario*, Madrid, Dykinson, Colegio Notarial Castilla-La Mancha, 2014.
- ARMELLA, Cristina N., "El notario no puede ejercer el comercio. La notaría no es un fondo de comercio" (online), (s.e.), 6/9/2021, en: https://www.universidadnotarial.edu.ar/una/wp-content/uploads/2021/09/ARMELLA_LA_NOTARIA_NO_ES_UN_FONDO_DE_COMERCIO.pdf; última consulta: 10/12/2021.
- BRANCÓS NÚÑEZ, Enrique, "Las hipotecas subprime y la seguridad jurídica preventiva" (online), en *El Notario del Siglo XXI*, Madrid, Colegio Notarial de Madrid, N.º 22, noviembre-diciembre 2008, en <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-22/1797-las-hipotecas-subprime-y-la-seguridad-juridica-preventiva-0-6288784077659979>; última consulta: 26/4/2022.
- CAMPOS ECHEVERRÍA, José L., *La burbuja inmobiliaria española*, Barcelona, Marcial Pons, 2008.
- CATALANO, Andrea, "¿A los escribanos les llega su Uber?: los bancos piensan en catastros digitales para agilizar trámites" (online), *iProfesional*, 18/9/2018, en <https://www.iprofesional.com/economia/275652-a-los-escribanos-les-llega-su-uber-los-bancos-empiezan-a-pensar-en-catastros-digitales-para-agilizar-los-tramites>; última consulta: 25/4/2022.
- CONDOMÍ, Alfredo M., "Primeros pasos en el derecho del consumo: el mensaje presidencial 'Kennedy' de 1962" (online), www.saij.gob.ar, id: DACF190119, 18/7/2019, en <http://www.saij.gob.ar/alfredo-mario-condomi-primeros-pasos-derecho-consumo-mensaje-presidencial-kennedy-1962-dacf190119-2019-07-18/123456789-0abc-defg9110-91fcanirtcod?&o=797&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecc>

44. VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., ob. cit. (nota 27), p. 424.

i%F3n%20tem%E1tica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina&t=9714; última consulta: 26/4/2022.

COSOLA, Sebastián J., *Los deberes éticos notariales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2010.

----- “El derecho notarial y su proyección constitucional”, en Zavala, G. A. (dir.), *La función notarial. Enfoque constitucional, civil, documental, nuevas tecnologías y contratos inteligentes. Homenaje a Eleonora R. Casabé*, Buenos Aires, La Ley, 2020.

COSTA MARTÍNEZ, Joaquín, “Reorganización del notariado, del registro de la propiedad y de la administración de justicia”, en *Obras completas*, t. 13, Madrid, 1917.

CUENA CASAS, Matilde, “Crédito responsable, fresh start y dación en pago. Reflexiones sobre algunas propuestas legislativas” (online), *El Notario del Siglo XXI*, Madrid, Colegio Notarial de Madrid, N.º 43, mayo-junio 2012, en www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-43/458-credito-responsable-fresh-start-y-dacion-en-pago-reflexiones-sobre-algunas-propuestas-legislativas-0-38528345374882544; última consulta: 24/12/2021.

HIGHTON, Elena I., KEMELMAJER, Aída y LORENZETTI, Ricardo L., “Fundamentos del anteproyecto de código civil y comercial de la nación elaborados por la comisión redactora” (online), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Proyecto de código civil y comercial de la nación*, Buenos Aires, Infojus, 2012, en http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/codigo_civil_comercial.pdf; última consulta: 24/12/2021.

LATINO, Jorge A., “El sistema hipotecario, el notario y el consumidor a la luz de la crisis del año 2008”, Madrid, [s.e.], 2018.

MONDINO, Diana, “La burocracia ataca: ¡simplifiquemos!” (online), 17/9/2017, en <https://ucema.edu.ar/6/investigacion/lanacion-170917>; última consulta: 25/04/2022.

NIKKEN, Pedro, “La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales” (online), *Revista IIDH*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, v. 52 (julio-diciembre 2010), en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25563.pdf>; última consulta: 24/12/2021.

PANERO, Jorge F., “El asesoramiento como característica principal del notariado latino y como eficaz garantía de equilibrio contractual. Análisis a la luz de la legislación de consumo y del Código Civil y Comercial de la Nación” (online), *Revista de Estudios de Derecho Notarial y Registral*, Córdoba, Universidad Blas Pascal, N.º 6 (2019), en [https://doi.org/10.37767/2362-3845\(2019\)007](https://doi.org/10.37767/2362-3845(2019)007), p. 106; última consulta: 24/12/2021.

PÉREZ HAZAÑA, Alejandro, “El orden público en el derecho del consumidor y los límites a las renunciaciones y transacciones”, en *Derecho Comercial y de las Obligaciones. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, Buenos Aires, Lexis Nexis, N.º 289, 2018.

PÉREZ LOZANO, Néstor, “La función notarial. Función humana” (online), La Plata, (s.e.), 2021, (dictamen presentado al Consejo Consultivo del Consejo Federal del Notariado Argentino), 2021, en <http://www.cfna.org.ar/documentacion/noticias/2021/Dictámenes-Plataforma-Digital-Colegio-Escribanos-de-la-Ciudad-de-Buenos-Aires/02%20-%20Dictamen%20Consejo%20Consultivo%20del%20CFNA%20-%20Not.%20Nestor%20Perez%20Lozano.pdf>, pp. 2-3; última consulta: 25/4/2022.

POZZI, Sandro, “Hipotecas subprime: La crisis con la que empezó todo” (online), *El País*, 6/8/2017, en www.elpais.com/economia/2017/08/05/actualidad/1501927439_342599.html; última consulta: 24/12/2021.

PRADA SOLAESA, María del Pilar, “La función informadora y asesora del notario en la contratación inmobiliaria e hipotecaria. Especial referencia a la contratación en masa. Su intensa relación con la imparcialidad notarial”, en AA. VV., *VIII Congreso notarial español. Suelo y vivienda en el siglo xxi*, Madrid, Consejo General del Notariado, 2005.

REGOJO, Heriberto F. y MARINICH, M. de las Mercedes, “Importante logro apertura nómina escribanos Banco Nación” (online), (s.f.), en <http://escribanoschaco.com/chaco/index.php/etica/7-principal/1238-importante-logro-apertura-nomina-escribanos-banco-nacion>; última consulta: 26/4/2022.

SALVIOLI, Fabián, "La perspectiva pro persona: el criterio contemporáneo para la interpretación y aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos" (online), (s.f.), en <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/la-perspectiva-pro-persona-el-criterio-contemporaneo-para-la-interpretacion-y-aplicacion-de-los-instrumentos-internacionales-de-derechos-humanos.pdf>; última consulta: 25/4/2022.

TENA ARREGUI, Rodrigo, "Derecho líquido. Reflexiones en torno a la ley 41/2007 de reforma hipotecaria" (online), *El Notario del Siglo XXI*, Madrid, Colegio Notarial de Madrid, N.º 25, mayo-junio 2009, en www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-25/1604-derecho-liquido-reflexiones-en-torno-a-la-ley-41-2007-de-reforma-hipotecaria-0%202764456144314684; última consulta: 25/12/2021.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. "La función notarial de tipo latino", en Delgado de Miguel, J. F. (dir.), *Deontología notarial*, Madrid, Consejo General del Notariado, 1992.

Volver del futuro

El problema del otorgante

Alberto M. Miguens

RESUMEN

Análisis de los requisitos que debe contener la escritura pública. Crítica a la redacción del Código Civil y Comercial: ausencia u omisión de vocabulario técnico preciso. Terminología promiscua y ambigua. Identificación de representantes y representados. Datos razonables e irrazonables. Estancamiento de la ley en el tiempo. Oportunidad perdida, consecuencias de la imprecisión.

PALABRAS CLAVE

Escritura pública; otorgantes; comparecientes; partes; firmantes; interesado; identificación de los otorgantes, comparecientes y representantes; legitimación de las personas jurídicas.

Recibido: 27/5/2020

Aceptado: 21/9/2020

Publicado online: 27/4/2022

Sumario: 1. Introducción. 2. Otorgente como titular del derecho. 3. Otorgente como compareciente. 4. Escritura y su contenido. 5. Casos difíciles. 6. Copias. 7. Requisitos de las escrituras. 7.1. Personas físicas. 7.2. Sociedades. 8. Consecuencias de la imprecisión. 9. Ley 404 de CABA. 10. Evolución histórica. 11. Volver al futuro. 12. Bibliografía.

1. Introducción

Según el glosario online de términos notariales publicado por el Consejo General del Notariado español, *otorgante* se define como:

Persona que **otorga**. Persona que da su consentimiento delante de un notario a un **negocio jurídico**.

Los otorgantes son los que se obligan como consecuencia del negocio otorgado, pero no tienen que ser necesariamente los mismos comparecientes



y firmantes ante notario, puesto que estos pueden **comparecer en nombre ajeno**, y así se hace constar en la parte de la escritura denominada intervención, en cuyo caso **los otorgantes no firman la escritura**, pero están vinculados por el negocio que consta en ella.

Ejemplo. En una compraventa, el vendedor es una sociedad y compra una persona que ha dado poder a otra para ello. Quien comparece en la escritura es el administrador de la sociedad, persona física, pero que no es otorgante, dado que quien otorga como vendedora es la propia sociedad. Y en el caso de la parte compradora quien comparece es el apoderado, y firma la escritura, pero el otorgante comprador es quien firmó en su momento el poder autorizando al apoderado a comparecer en su nombre.¹

Esta definición confronta nuestros conceptos. Usualmente se asimila el otorgante de la escritura con el compareciente o firmante. Se supone que los comparecientes otorgan el acto y el notario autoriza la escritura. Pero cuando uno contrasta la definición del glosario español con la ley –el *Código Civil viejo* y *el unificado*–,² advierte que tanto Vélez Sarsfield como la nueva legislación en algunos casos utilizan los términos *otorgante*, *firmante*, *compareciente*, *parte*, *interesado* en forma indistinta, imprecisa e indiscriminada. En ciertos casos, los aplican como sinónimos y, en otros, les adjudican un significado determinado, a veces técnico y preciso, otras contradictorio.

El alcance que le demos a los términos va a definir la obligación del notario ligada a lo que debe consignar en la escritura; a veces, incluso, bajo pena de nulidad. Los términos *otorgante* y *parte*, en ciertas ocasiones, refieren al representado –titular del negocio–, al “obligado”, en términos del glosario español; en otras ocasiones, aluden al representante o compareciente, firmante de la escritura. En ciertos supuestos, es fácil discernir a qué está refiriendo la norma; en otros, difícil descifrarlo.

2. Otorgante como titular del derecho

El viejo artículo 1003 es un claro exponente en Vélez de significar que el otorgante es el representado, la parte negocial. Inicia diciendo: “si los **otorgantes fuesen representados** por procuradores”.³

1. Fuente: <http://glosario.notariado.org/?do=terms&letter=0>; última consulta: 27/5/2020. Las negritas e itálicas –en todas las citas textuales de este trabajo– me pertenecen.

2. (N. del E.): los hipervínculos a textos normativos fueron incorporados por la *Revista del Notariado* y dirigen a fuentes oficiales –en caso de excepción, se hará la aclaración que corresponda–; la fecha de última consulta es 26/4/2022.

3. Según la *Ley 15875*, el art. 1003 del Código Civil refiere a “mandatarios o representantes legales” en lugar de a “procuradores”, aunque el sentido a los efectos del presente trabajo no cambia.

Identifica Vélez al otorgante con el titular negocial –el obligado, parte en el contrato–, como lo define el glosario español. Claramente, no se está refiriendo aquí al compareciente firmante.

En el mismo sentido se refiere el inciso b) del artículo 305 del [Código Civil y Comercial](#) (CCyC): “si el **otorgante es una persona jurídica**, se debe dejar constancia”.

3. Otorgente como compareciente

Por el contrario, Vélez utiliza los términos *otorgante* y *parte* como sinónimos de *compareciente* o de *firmante* en los artículos 1001 y 1002, cuando señala que

1001. [...] El escribano debe dar fe de que **conoce a los otorgantes**, y concluida la escritura debe **leerla a las partes**, salvando [...] Si alguna de **las partes no sabe firmar** debe hacerlo otra persona...

1002. Si el escribano **no conociere las partes**, estas pueden justificar ante él su identidad personal con dos testigos que el escribano conozca, poniendo en la escritura sus nombres y residencia, y dando fe que los conoce.

En el mismo sentido, el último inciso del 305 y el artículo 307 [CCyC](#) dicen:

305. Contenido. La escritura debe contener: [...] f) **la firma de los otorgantes**, del escribano y de los testigos si los hubiera; si alguno de **los otorgantes no sabe o no puede firmar**, debe hacerlo en su nombre otra persona; debe hacerse constar [...] la **impresión digital del otorgante**.

307. Documentos habilitantes. Si **el otorgante de la escritura es un representante**, el escribano debe exigir la presentación...

El 309 establece la nulidad en los siguientes casos: “309. Nulidad. Son nulas las escrituras que no tengan [...] **la firma [...] de las partes**, la firma a ruego de ellas cuando no saben o no pueden escribir...”.

Así también los artículos 301, 302 y 304, relativos a la pluralidad de firmantes, al idioma de las escrituras y a los comparecientes con discapacidad auditiva, donde claramente –con el término *otorgantes*– identifican a los comparecientes:

301. Requisitos [...] En los casos de **pluralidad de otorgantes** en los que no haya entrega de dinero [...] los interesados pueden suscribir la escritura en distintas horas del mismo día...

302. Idioma [...] **Los otorgantes pueden requerir** al notario la protocolización de un instrumento original en idioma extranjero...

304. Otorgante con discapacidad auditiva. Si alguna de las **personas otorgantes del acto tiene discapacidad auditiva**, deben intervenir dos testigos que puedan dar cuenta del conocimiento y comprensión por la persona otorgante...

En los supuestos transcritos –sin perjuicio de que podamos considerar que el legislador utilizó términos técnicos de manera equívoca o inadecuada–, no tenemos dudas de lo que se pretende significar. El sentido y la interpretación de la norma es unívoca, no admite una interpretación alternativa. Cuando refiere a la firma de las partes o de los otorgantes, se refiere necesariamente a los comparecientes al acto, firmantes. Cuando habla de acreditar la identidad, se circunscribe a ellos. A nadie se le ocurriría que debe acreditar la identidad del poderdante –que no comparece–, o que pueda tener trascendencia que el titular del negocio ignore el idioma en que está redactado el instrumento, o que el representado tenga problemas auditivos cuando no es quién debe escuchar la lectura. En el mismo sentido, cuando refiere a que los otorgantes sean representados, no cabe dudar que, como otorgantes, se está refiriendo a los titulares del derecho.

Un comentario al inciso f) del artículo 305 CCyC profundiza la confusión:

Se recuerda aquí que las “partes” o “comparecientes” o “requirentes” son los que otorgan el acto, los testigos de ser necesarios son quienes lo “suscriben”, y el notario o escribano es quién autoriza el mismo.⁴

Claramente, hay una confusión terminológica. Pareciera ser, además –según esto–, que los otorgantes no suscriben al igual que los testigos, como si pudieran otorgar sin suscribir. Recordamos que suscribir es sinónimo de firmar.⁵

Otro supuesto de redacción incorrecta se presenta en relación a los requisitos del instrumento público: “290. [...] Son requisitos de validez del instrumento público: [...] b) las firmas del oficial público, de las **partes**, y en su caso, de sus representantes...”.

Cuando refiere al oficial público y las partes, lo natural es entender que alude al notario que firma junto con los comparecientes. Carece de sentido referir y en su caso a los representantes. Cuesta imaginar casos en que el

4. CosoLA, Sebastián J., (comentario al art. 305), en Medina, G. y Rivera, J. C. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 706.

5. “Suscribir: 1. Firmar al pie o al final de un escrito” (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario esencial de la lengua española*).

representado firme junto con el representante. La conjunción copulativa y debiera ser trocada por la disyuntiva o.

4. Escritura y su contenido

Con agudeza señala Raúl F. Navas que toda esta situación se agudiza y dificulta cuando uno toma conciencia de que en toda escritura hay –al menos– dos actos jurídicos: el contrato entre las partes o acto jurídico que instrumenta la escritura, y el acto de la escritura misma; contenido y continente. Por ello, puede ser nulo el contrato y válida la escritura, o nula la escritura y válido el contrato que instrumenta. Si esto es así, los otorgantes son a la escritura lo que las partes son al contrato.

Comparecientes y otorgantes serían sinónimos en lo que refiere a la escritura, pero no lo son en relación con el contrato; y partes serían los representados, los obligados o titulares del derecho en relación con el contrato instrumentado (contenido) en la escritura.

El problema pareciera radicar en que la ley no distingue cuándo se refiere a la escritura misma y cuándo al contrato que esta instrumenta.

5. Casos difíciles

Hasta acá, vimos casos donde el uso terminológico, independientemente de que pueda no ser el adecuado técnicamente, al menos, no genera dudas. Términos técnicos de derecho notarial que no todos los profesionales del derecho manejan habitualmente. Trataremos ahora un par de casos en que la falta de precisión técnica de la norma somete al intérprete a vacilar sobre la más adecuada o conveniente interpretación.

Entre los casos que generan dudas interpretativas destaca el inciso b) del artículo 305 CCyC, relativo –nada menos que– al contenido de las escrituras públicas:

305. Contenido. La escritura debe contener: [...] b) los nombres, apellidos, documento de identidad, domicilio real y especial si lo hubiera, fecha de nacimiento y estado de familia **de los otorgantes**; si se trata de personas casadas, se debe consignar también si lo son en primeras o posteriores nupcias y el nombre del cónyuge, si resulta relevante en atención a la naturaleza del acto; **si el otorgante es una persona jurídica**, se debe dejar constancia de su denominación completa, domicilio social y datos de inscripción de su constitución si corresponde...

En el mismo sentido refería el 1001 de Vélez:

1001. La escritura pública debe expresar [...] los nombres y apellidos de **las personas que la otorguen**, si son mayores de edad, su estado de familia, su domicilio o vecindad [...] El escribano debe dar fe de que **conoce a los otorgantes**, y concluida la escritura **debe leerla a las partes** [...] La escritura hecha así [...] debe ser **firmada por los interesados** en presencia de dos testigos, cuyos nombres constarán en el cuerpo del acto, y autorizada al final por el escribano.⁶

El mismo vicio reproduce el artículo 309 CCyC: “309. Nulidad. Son nulas las escrituras que no tengan [...] el nombre de los **otorgantes**, la firma del escribano y las **partes**...”.

Nuevamente, la ley no aclara qué debemos entender por otorgantes. Cuando alude a *partes*, al requerir la firma, necesariamente apunta a los comparecientes.

Luego volveremos sobre estos artículos, trascendentales para la actividad notarial.

6. Copias

Otro caso que genera dudas es el del artículo 308 CCyC, en cuanto a que el escribano debe dar a “las **partes**” copia o testimonio de la escritura. Sabido es que dueño de la copia es el titular del derecho, el representado. No obstante, el representante debe pedirla al escribano en el momento del otorgamiento para rendir cuenta de su representación en los términos de los incisos d) y f) del artículo 372 y de los incisos f) e i) del artículo 1324.⁷

La simple copia que se entrega en el momento de la escritura se entrega al firmante compareciente. Cuando posteriormente la parte solicita nueva copia, por *parte* debería entenderse al titular del derecho, al dueño de la

6. El texto del art. 1001 transcrito es el del Código Civil original, sancionado en 1869. Fue modificado por la Ley 9151 de 1913 y luego por la Ley 15875 de 1961, que modificara también los artículos 1003 y 1004. En la [última versión](#), se establece que cuando se requiriese la presencia de dos testigos, debe hacerse constar nombre y apellido de ambos, estableciendo la obligación de que los mismos firmen la escritura, cosa que no surgía de su antecedente.

7. Art. 372 CCyC: “Obligaciones y deberes del representante. El representante tiene las siguientes obligaciones y deberes: [...] d) de conservación y de custodia; [...] f) de restitución de documentos y demás bienes que correspondan al representado al concluirse la gestión”. Art. 1324 CCyC: “Obligaciones del mandatario. El mandatario está obligado a: [...] f) rendir cuenta de su gestión en las oportunidades convenidas o a la extinción del mandato; [...] i) exhibir al mandante toda la documentación relacionada con la gestión encomendada, y entregarle la que corresponda según las circunstancias”.

copia. En el mismo sentido yerra el [viejo artículo 1006](#), que además refería a “la escritura que hubiere **otorgado**”, como si fuera el notario quién la hubiera otorgado en lugar de autorizarla.⁸

Más allá de la imprecisión, no son normas trascendentales como las que analizamos seguidamente.

7. Requisitos de la escritura

Prometimos volver sobre los artículos 305 (inc. b)] y 309 [CCyC](#), que son esenciales. El primero refiere a los datos que debe contener la escritura. El último refiere a aquellos datos cuya omisión genera la nulidad de la escritura.

Según el inciso b) del artículo 305, la escritura debe contener determinados datos de los “otorgantes”:

- Persona física: nombre, apellido, documento, domicilio, fecha de nacimiento y estado de familia; si se trata de personas casadas, nombre del cónyuge y nupcias si resulta relevante por la naturaleza del acto.
- Persona jurídica: denominación, domicilio y datos de inscripción.

Este artículo admite, al menos, dos interpretaciones. Cuando refiere a la persona jurídica no genera dudas interpretativas, pero cuando refiere al otorgante –persona física–, no aclara si está refiriendo al representante o al representado. Aplicando los tradicionales principios lógicos de identidad y de no contradicción,⁹ debemos presumir que si el legislador utiliza el término *otorgante* como representante no lo está utilizando como representado, y viceversa.

Una primera interpretación posible sería que, en este caso, el legislador refiere al *otorgante* en el sentido del glosario español, como titular del derecho, como representado. Abona esta teoría el hecho de que pareciera referirse primero al otorgante persona humana y luego al otorgante persona jurídica; en ambos casos, al titular del derecho. Pareciera lógico, además, que la ley exija datos del titular del derecho e incluso –cuando el objeto del acto lo requiera– los datos de estado civil. Consecuentemente, no pareciera

8. Si se hubiera referido a la escritura que hubieren otorgado las partes, debería, tal vez, haberse consignado en plural.

9. Principio de identidad: todo objeto es idéntico a sí mismo (A es A). Principio de no contradicción: es imposible que algo sea y no sea al mismo tiempo y en el mismo sentido (es imposible que A sea B y no sea B).

razonable que exija todos esos datos del representante. El problema radica en que la norma solo regula los datos del otorgante titular del derecho, pero omite regular qué datos se deben consignar del apoderado o representante.

Una interpretación alternativa sería entender que, de toda persona humana, sea representante, sea representado, se debe consignar la totalidad de los datos referidos (nombre, documento, fecha de nacimiento, estado de familia y domicilio) y, cuando resulte relevante por la naturaleza del acto –siempre en relación al titular del derecho–, los datos del cónyuge si el *otorgante* fuere casado. Notemos que no se pide individualizar al excónyuge ni el número de nupcias si el otorgante fuere viudo o divorciado.

Según el artículo 2 CCyC, el primer criterio de interpretación normativa debe ser “las palabras de la ley”. Ya mencionamos los principios clásicos de identidad y de no contradicción, que hacen a la razón natural y exceden la ley. Además, no resulta razonable requerir del representante todos los datos que se exigen al titular del derecho.

Veamos normas análogas. La registración de derechos reales –por ejemplo– manda que en los asientos de dominio se anoten los datos del titular dominial; en la hipoteca, los del acreedor; y en el usufructo, los del usufructuario. Nunca se asientan los datos de los representantes, pues carecen de relevancia jurídica.

En la escritura pública, los datos del representante tienen una relevancia acotada o relativa. Lo importante de un representante –legal o convencional– es que acredite su identidad, la legitimidad y la extensión de la representación. A ello se refieren los fundamentos del anteproyecto cuando remiten a la “comprobación de identidad, capacidad y legitimación”.¹⁰ Los demás datos devienen superfluos.

Hoy, la identidad se acredita consignando nombre y documento de identidad. Carece de interés –a efectos de acreditar la identidad del representante– la fecha de nacimiento, la nacionalidad, el estado de familia, el estado civil y el domicilio.

Cuando existen dos (o más) interpretaciones posibles, ninguna satisface plenamente. Si a ello sumamos el artículo 309 CCyC, el tema se complica más: “309. Nulidad. Son nulas las escrituras que no tengan [...] el nombre de los **otorgantes**, la firma del escribano y las **partes**...”. Vale decir que –según qué entendamos por *otorgante*–, solo haría falta “ese”. La falta del “otro” no

10. (N. del E.): ver completos en HIGHTON, Elena I., KEMELMAJER, Aída y LORENZETTI, Ricardo L., “Fundamentos del anteproyecto de código civil y comercial de la nación elaborados por la comisión redactora” (online), *Proyecto de código civil y comercial de la nación*, Buenos Aires, Infojus, 2012, http://www.sajj.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/codigo_civil_comercial.pdf, p. 558; última consulta: 13/4/2022.

generaría nulidad. Esa no puede ser ni la intención ni la finalidad de la norma, ni su interpretación armónica y coherente con todo el ordenamiento, como reza el citado artículo 2 CCyC.

La paupérrima redacción de estos artículos, la promiscuidad en el uso de los términos nos introduce a un túnel sin salida. Lamentable desconocimiento de la terminología técnica adecuada, aunado a la falta de análisis crítico mínimo y suficiente.

Los fundamentos del anteproyecto indican:

Referente a los requisitos de la documentación, se indica que **la expresión compareciente**, que es propia del lenguaje notarial, **abarca a las partes**, testigos, cónyuges u **otros intervinientes en el acto**.

Comete el error de identificar la voz *compareciente* como sinónimo de *parte* y, en lugar de aclarar, oscurece.

Es interesante ver cómo solucionó Freitas (citado por Segovia como fuente del art. 1001)¹¹ el tema del compareciente y el representado. El artículo 712 inciso 3° del *Esboço* señala que la escritura debe contener y expresar:

Nombre y apellido de los **otorgantes presentes**, y cuando no comparecieran, **también** los de **sus representantes voluntarios o necesarios**, domicilio o residencia de aquellos y de éstos; dando fe el notario que los conoce e identifica.¹²

Si el notario no conociera a los otorgantes presentes o a sus representantes voluntarios o necesarios, su identidad debe ser acreditada por dos testigos.

Freitas también utiliza el término *otorgante* en forma indistinta al igual que Vélez, pero, para evitar confusiones, denomina al compareciente otorgante presente, designando luego al titular del derecho como representado. A diferencia de Vélez, el legislador carioca no deja dudas, aclarando cuando lo utiliza en un sentido y cuando lo hace en el otro.

7.1. Personas físicas

Los requisitos del inciso b) del artículo 305 CCyC son:

11. SEGOVIA, Lisandro, *Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, t. 1, Buenos Aires, Pablo E. Coni editor, 1881, p. 271. (N. del E.): ver [aquí](#); última consulta: 26/4/2022.

12. La traducción me pertenece. Art. 712 del *Esboço*: "A introdução deve conter e expressar: [...] 3º Os nomes e sobrenomes dos outorgantes presentes, e quando não comparecem, também os de seus representantes voluntários ou necessários, domicílio ou residência daqueles e destes; portando o Tabelião por fé que os reconhece pelos próprios e idênticos de que se trata".

- nombres, apellidos
- documento de identidad
- domicilio real y especial si lo hubiera
- fecha de nacimiento
- estado de familia

7.1.1. Nombre

El inciso inicia mal. Podría expresar nombre o nombre y apellido, o bien nombre completo. Pero elige una fórmula gramaticalmente defectuosa: “nombres[coma]apellidos”, como si fueran dos requisitos independientes.

Según el artículo 62 toda persona tiene el derecho y el deber de usar un nombre, el cual se compone del/los prenombre/s y el/los apellido/s. Todo esto, enunciado en los primeros artículos del Código Civil y Comercial, pareciera haberse dejado sin efecto doscientos artículos más tarde, al redactar la sección “Escritura pública y acta”; entonces, el legislador refiere en forma indistinta a veces al nombre y otras al nombre y apellido, pero destierra el excéntrico prenombre.

En los fundamentos del código nadie explica qué ventaja procuró el legislador con su afrancesamiento, que da por tierra con una centenaria tradición española de hablar de nombre y apellido. Si seguir hablando de nombre y apellido ahora es incorrecto, ¿por qué el legislador sigue utilizando esa fórmula para las escrituras? Entre tantos ilustres juristas, ¿no hubo uno solo dedicado a compatibilizar normas tan esenciales como la denominación de las personas?¹³

Hubiera sido fantástico que el legislador se hubiera preocupado –y ocupado–, además de dejar claro quién es el otorgante, quién la parte, de redactar una norma sencilla y clara que priorizara la seguridad jurídica por sobre el romanticismo inconducente.

7.1.2. Individualización del representante. Documento de identidad

Avanzado el siglo XXI, para identificar al compareciente –siempre persona humana– alcanza con el nombre (completo) y el documento de identidad. Tan importante como el nombre es hoy el documento de identidad, a cuyo número se vinculan los demás datos personales, incluso tributarios

13. Eso de hacer un código entre tantos distinguidos juristas y que ninguno se encargue de homogeneizar el resultado me hace recordar otro clásico de Hollywood, *El Joven Frankenstein*, producido en 1974 por Mel Brooks y Gene Wilder, comedia que parodió al clásico filme de terror de 1931 con Boris Karloff y Colin Clive.

(CUIT o CUIL). Por el Registro Nacional de las Personas se pueden verificar identidades, con acceso a la fotografía del individuo.

Hoy, para identificar a una persona humana alcanza con su DNI, en términos del inciso a) del artículo 306 CCyC. Carece de sentido saber cuándo nació, quiénes son sus padres, quién su cónyuge o dónde se domicilia. Cualquier representante -legal o convencional- estará debida y suficientemente identificado con su nombre y documento de identidad.

En toda escritura pública se exponen datos que hacen a la privacidad del individuo y que podrían ser subjetivamente percibidos (autopercebidos) como datos sensibles. Se debe buscar un razonable equilibrio entre qué datos exponer y para qué se exponen. Desde la señora coqueta que no quiere que se exponga su edad, pasando por aquella que no quiere declarar si está sola, o aquel que lleva el apellido de su madre por no haber sido reconocido, llegando al gerente del banco, de la multinacional o el funcionario que no quiere exponer el domicilio familiar por considerarlo sagrado.¹⁴

La norma debiera expresar qué datos corresponde exponer del obligado y cuáles del representante, en forma clara y sencilla. Debiera utilizar la terminología técnica, no en forma promiscua, y sin dejar vacíos difíciles de llenar por el intérprete.

7.1.3. Domicilio y estado de familia

A fines del siglo XIX, sobre la identificación de los comparecientes, señalaba Machado:

La ley exige la atestación sobre la identidad de los contratantes, no sólo para asegurar la seriedad del acto, sino para evitar cualquier sustitución. Cuando es un nombre y apellido general, como sucede con los García, López, González, etc., en que pueden confundirse con otro, es conveniente agregar el apellido materno, aunque no se acostumbre a firmar así, expresando esa circunstancia en la escritura.¹⁵

Hemos de señalar que, en el antiguo derecho español, estado de familia y estado civil no eran sinónimos. Estado de familia refería a la relación paterno filial.¹⁶ En el mismo sentido, *El Álvarez* refiere: "Según este estado, se dividen

14. Recuerdo una vez que pedí a una señora divorciada el nombre de su excónyuge, y ella me preguntó: "¿Es necesario? Hace cuarenta años que me separé de ese 'canalla' y solo intento olvidarlo. No lo va a poner en mi escritura, ¿no?".

15. MACHADO, José O., *Exposición y comentario del código civil argentino*, t. 3, Buenos Aires, Félix Lajouane editor, 1899, p. 257. (N. del E.): ver [aquí](#); última consulta: 26/4/2022.

16. ESCRICHE, Joaquín, "Estado de las personas", en *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, t. 2, Madrid, Imprenta de Eduardo Cuesta, 1875 (ed. reformada y aumentada), p.

los hombres en **padres, é hijos de familia** que están bajo la potestad de aquellos...".¹⁷

En cuanto a la nacionalidad o el domicilio real del representante, no se entiende qué interés pueda tener hoy, al igual que el estado de familia. Consignar el domicilio del representante podría resultar inconveniente, no solo por invadir su privacidad, sino que además puede inducir a error.

Es común ver en los contratos que se constituye "domicilio especial en el fijado 'supra', donde serán válidas las notificaciones", etcétera. El problema aparece cuando consignamos por una misma parte negocial dos domicilios: el del representante y el del representado. Claramente, el domicilio que debería interesar es el del titular del derecho, el obligado; pero el mismo cede frente al domicilio especial constituido, el que emana del contrato.¹⁸ Cuando no queda claro cuál es ese domicilio especial constituido, por indefinición o por deficiente redacción del contrato, nos vemos obligados a realizar notificaciones en ambos o correr el riesgo de notificar en forma deficiente.

Tanto el funcionario que representa a un organismo como los representantes legales o convencionales no concurren por derecho propio; y el domicilio que debería consignarse es el del representado –y, en su caso, el especial–; pero nunca el del representante.

7.1.4. Edad y fecha de nacimiento

Con relación a la expresión de si los comparecientes son mayores de edad, ya señalaba Machado a fines del siglo XIX, en su comentario al viejo artículo 1001, que no es de absoluta necesidad "porque pueden ser menores emancipados y tener capacidad para celebrar el acto".¹⁹ En definitiva, la edad está directamente vinculada con la capacidad de ejercicio. Ninguna necesidad existe de hacer constar la edad o la fecha de nacimiento del representante; basta con señalar que es capaz.

896. Señala Escriche que las personas, "según el estado civil, se dividen en: 1.º, en libres y esclavos; 2.º, en nobles y plebeyos; 3.º, en clérigos o eclesiásticos y legos; 4.º, **en vecinos y transeúntes**; 5.º, en naturales y extranjeros; 6.º, **en padres e hijos de familia**". (N. del E.): ver [aquí](#); última consulta: 26/4/2022.

17. ÁLVAREZ, José M., *Instituciones de derecho real de Castilla y de Indias*, t. 1, Guatemala, Imprenta de L. Luna editor, 1854 (2ª ed. con notas de Doroteo José de Arriola), título 3 ("Del derecho de las personas"), sección 3 ("Del estado de familia"), ap. 23, p. 67. (N. del E.): ver [aquí](#); última consulta: 26/4/2022.

18. Art. 75 CCyC: "Domicilio especial. Las partes de un contrato pueden elegir un domicilio para el ejercicio de los derechos y obligaciones que de él emanan".

19. MACHADO, José O., ob. cit. (nota 15), p. 257.

7.2. Sociedades

El inciso b) del artículo 305 CCyC señala que

... si el otorgante es una persona jurídica, se debe dejar constancia de su **denominación completa, domicilio social y datos de inscripción de su constitución** si corresponde.

Los primeros requisitos no generan dudas. En cuanto al último, Vélez Sarsfield fue mucho más cauto que los redactores del código unificado. En el artículo 1003 refiere que

Si los otorgantes fueren representados por procuradores, el notario expresará que se le han presentado los poderes y **documentos habilitantes**...

No se inmiscuyó Vélez en especificaciones relativas a cómo debía acreditarse la capacidad de una sociedad. Normalmente, las sociedades tienen una constitución única con su inscripción, pero los usos y costumbres del notariado, no siempre respetan la misma forma de acreditar la capacidad de la sociedad.

En el código de comercio de Vélez y Acevedo no existían ciertos institutos que hoy hacen dificultoso identificar los datos de constitución. Refiero básicamente a la transformación, a la fusión y escisión. Para transformar una sociedad, se debía disolverla y liquidarla, y luego los mismos socios constituían una nueva. Algo similar ocurría con las fusiones.²⁰ Tampoco existía el instituto de la adecuación, previsto por el artículo 369 de la [Ley 19550](#), que imponía adecuar los estatutos de las sociedades constituidas al amparo del Código de Comercio a la –entonces nueva– Ley de Sociedades Comerciales (LSC).

Volviendo al tema de los datos de inscripción de la constitución, en ciertos supuestos es difícil determinar cuál de ellos corresponde entre los posibles. Pensemos en dos sociedades que se fusionan sin liquidarse: ¿debemos consignar los datos originarios de cada una o de la resultante fusionada? Históricamente, el notario debía acreditar que la sociedad existe, que ha sido constituida y que gira regularmente inscripta. Los usos y costumbres de los notarios –no de todos– los han llevado a partir –a veces– de la adecuación, otras de la transformación, otras de la fusión o de la escisión. Hay sociedades que nacieron por un simple contrato y que luego de muchos años fueron regularizadas en términos del viejo artículo 21 de la LSC, e inscriptas.

20. Me declaro ignorante en cuanto a las escisiones, pero imagino que debe haber sido en base a una disolución parcial y nueva constitución.

Existen muchas sociedades y asociaciones antiquísimas, algunas de fines del siglo XIX y de principios del siglo XX, que giran normalmente y de las que ya nadie recuerda su inscripción constitutiva. Constituidas en base al viejo Código de Comercio, fueron, a partir de la Ley de Sociedades Comerciales, compulsivamente adecuadas y, desde entonces, acreditan su *capacidad jurídica* partiendo de la adecuación.

¿Es razonable tener que desarchivar –y desempolvar–, ahora –a cincuenta años de la LSC–, instrumentos tan antiguos? ¿Es necesario rastrear la constitución para acreditar que la sociedad está vigente y que gira regularmente? Y cuando concurra un apoderado con un poder que no cite la constitución, ¿debemos rechazarlo?, ¿debemos salir a buscar datos de constitución?

Cuando uno *googlea* “empresas antiguas de Argentina”,²¹ advierte que todavía siguen girando muchas empresas antiquísimas; algunas que funcionan incluso desde antes que entrara en vigencia el Código Civil. Obviamente, muchas de ellas no giran hoy con la misma estructura societaria, pero, ¿tiene sentido remontarse a la constitución?

Pareciera que hablar hoy de “datos de inscripción de su constitución” constituye un anacronismo inconducente. Identificar una sociedad antigua por sus datos de constitución de hace sesenta, ochenta, cien o más años carece de sentido práctico y jurídico. Olvidamos, acaso, que esos expedientes y registros en archivos papel –algunos judiciales, otros administrativos– han sufrido inundaciones, extravíos por mudanza, y que han sido alimento de roedores y trofeo de inescrupulosos. Tendremos que salir a reconstruir escrituras de muchos folios, manuscritas e ilegibles, y volver a plancharlas... ¿con que objeto?

El sistema de registración de tomo y folio del viejo Código de Comercio ha sido dejado de lado en el mundo civilizado. Es obsoleto y ha sido reemplazado por un sistema de matrícula única y registración electrónica.

Para individualizar una sociedad en el siglo XXI, debería existir una matrícula única que sirva para identificar las sociedades sin someterse a un nuevo control de legalidad.²² Las sociedades debería tener su inscripción local. Inscripta, el registro debería enviar copia electrónica de los instrumentos

21. Figuran, entre otras: Banco de la Provincia de Buenos Aires, Banco de Galicia, Banco de la Nación Argentina, Banco Hipotecario SA, Editorial Estrada, diario *La Nación*, Grimaldi SA, Testorelli SA, Cervecería y Maltería Quilmes SA, el estudio de los doctores O'Farrell, el estudio Beccar Varela, Bodegas y Viñedos López, Bodegas Pulenta, Plaza Hotel, Molinos Tassara SA, Molinos Río de la Plata SA, y así muchas empresas de larga tradición en distintos rubros.

22. Algo así como el Registro Nacional de Sociedades por Acciones previsto por el art. 8 de la [Ley General de Sociedades](#) para las sociedades anónimas, pero universal para todo tipo de sociedades regularmente inscriptas.

inscriptos al organismo nacional cuya función sería evitar superposiciones, homonimias y mantener limpia la matrícula única –un registro buzón–. El registro público debería tener una plataforma nacional única de libre acceso, que le permita al público en general acceder a estatutos, modificaciones, estados contables –en su caso– y designación de sus administradores. Debería estar disponible *on line*, de manera universal y gratuita.

8. Consecuencias de la imprecisión

La principal consecuencia de la vaguedad y ambigüedad terminológica de la ley siempre –invariablemente– es la dificultad de interpretación, que deriva inexorablemente en la falta de seguridad jurídica. ¿Qué datos del representante debemos consignar los notarios en las escrituras? ¿Los mismos datos para el representante que para el representado? Pareciera que no. Pero, como la ley no lo aclara, como no está redactada apropiadamente y está **llena de vacíos** y contradicciones, terminamos consignando del representante los mismos datos que para el representado.

Los notarios solemos ejercer la profesión con apego a las tradiciones y eludiendo conflictos. Muchas formalidades se repiten de notario a notario por tradición y costumbre “porque siempre se han hecho así”, “por las dudas” o bajo el paraguas de un “supuesto correcto obrar”, “por ser de buena técnica” o “de buena práctica”.

9. Ley 404 de CABA

La imprecisión terminológica del código de Vélez fue advertida por el notariado hace mucho tiempo. La [Ley Orgánica Notarial 404](#) de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –que rige el notariado capitalino desde el año 2000– no incurre en tantos yerros como el código nacional.

Poco importa que la ley pueda utilizar el término *otorgante* en uno u otro sentido. Lo que realmente interesa es que no deje dudas, que quede claro cuándo refiere al representante y cuándo al representado. El artículo 73 de la Ley 404 refiere específicamente a “sujetos instrumentales y negociales, sus representantes y sucesores”; el 77 inciso c) habla de “comparecientes que no son parte en el acto o negocio documentado”; y el 79, de los “otorgantes y, en su caso, los demás concurrentes y testigos”. Asimila otorgante con representante en el inciso a) del artículo 78, donde refiere a “cuando los otorgantes actúen en nombre ajeno y en ejercicio de representación”.

Se podría argumentar que la ley local viene a completar o interpretar la ley nacional, pero ello no debería ser así. Cuando las provincias delegaron en la Nación el dictado del Código Civil, en los términos del inciso 12 del artículo 75 de la [Constitución Nacional](#), esta devino una facultad exclusiva de la Nación. El código, además de claro, debe ser autosuficiente. Por ello, el artículo 309 CCyC señala que “la inobservancia de las otras formalidades no anula las escrituras”.

Entre las pautas para el ejercicio de la función notarial elaboradas por el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires con motivo de la entrada en vigencia del código unificado, se señala expresamente: “El CCCN, en su art. 301, designa **genérica o indistintamente a los comparecientes, sean las partes, representantes**, testigos, cónyuge u otro interviniente”.²³ Esta aclaración deviene necesaria en virtud de la imprecisión de la nueva ley. Cabe señalar, no obstante, que las pautas omitieron referirse a los otorgantes.

10. Evolución histórica

Es claro que para comprender los institutos debemos conocer su evolución histórica, cómo fueron evolucionando y por qué. En ese sentido, don José Larralde entonaba: “Bendito el que hizo el porqué, pa’ disculpa de los males”.

El Código Civil y Comercial reprodujo la imprecisión de Vélez. Dejó pasar una buena oportunidad para sanear errores y completar los vacíos. El legislador del siglo XIX tenía muchos justificativos para errar, pero los atenuantes históricos y sociológicos que justificaron los yerros de Vélez son los mismos que agravan la labor de los redactores del código unificado.

Cuando Vélez Sarsfield redactó su código, el derecho notarial –y la sociedad toda– se desenvolvía en un ámbito sociológico muy distinto. Los diversos códigos civiles de la época requerían que se consignaran más o menos los mismos datos. El eje de la identificación de las personas físicas pasaba por el nombre y apellido, la vecindad y el estado de familia. En los poblados y aldeas, todos eran más o menos conocidos. No había otra forma de identificación que el conocimiento directo del notario o el menos directo de testigos conocidos del notario. La gente se identificaba con nombre y apellido, vecindad y, eventualmente, con algún dato de estado. No existía un documento de identidad. La fotografía no estaba generalizada –menos

²³. COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, “Requisitos de las escrituras”, *Pautas para la función notarial*, 2015, en <https://cccn.colegio-escribanos.org.ar/index.php/2015/08/06/rquisitos-de-las-escrituras/>; última consulta: 27/5/2020.

como medio de identificación-. No existían los registros de las personas. Los únicos registros más o menos fiables eran los parroquiales²⁴ –antecedentes directos del registro de las personas; pero su ámbito se circunscribía a los bautizados en el rito católico romano y alcanzaba a los “vecinos” de la diócesis. Además, era resorte de los curas, ajeno al Estado.

A veces, al señalar que eran otras épocas, no tomamos conciencia de la enormidad que ello significa. En los últimos cien años, el conocimiento humano evolucionó más que en los anteriores diez mil años. Cuando Vélez Sarsfield redactó el código, no existía luz eléctrica, ni agua corriente potable. No tenían aspirina, antibióticos, ni vacunas. No había autos, motos, tractores, aviones. Sin radio, televisión, heladeras o microondas. El campo se araba con bueyes. La gente se bañaba –baño higiénico– en los ríos y lagunas, preferentemente en verano. Se cocinaba a leña. Conseguir papel, pluma y tinta era difícil y costoso, y solo las minorías sabían leer y escribir. Viajar era una odisea: un hombre podía trasladarse a caballo con dificultad, pero trasladarse con la familia era muy costoso y peligroso, reservado para colonizadores y aventureros. Se viajaba en carreta o en barco, y hasta donde lo permitían los malones.

En ese contexto, la única manera de identificar a una persona era por conocimiento –directo o indirecto por testigos–, por su nombre y apellido, vecindad y su estado de familia, entendiéndose por tal su filiación y su estado civil. Es por ello que en todos los códigos antiguos se da tanta trascendencia a la nacionalidad y a la vecindad (domicilio), que se exige incluso para los testigos. No podía ser testigo quien no fuera vecino del lugar (art. 990 del [Código Civil](#)).

11. Volver del futuro

De Vélez a hoy, el hombre descubrió –entre tantos otros avances– la penicilina, llegó a la luna, puso satélites en órbita, desarrolló la ingeniería genética y descifró el genoma humano, clonó animales, creó máquinas que le permiten comunicarse en forma instantánea por audio y video, y cuenta con la posibilidad de trasladarse en pocas horas a cualquier lugar del globo. Creó una red de comunicación global, inteligencia artificial, robótica. Existen traductores de todas las lenguas en forma simultánea con el discurso. En un chip del tamaño del pulgar se puede almacenar más información de la que pudiera haber compilado la biblioteca de Alejandría. El planeta está

24. Creados en 1562 por el Concilio de Trento.

globalizado: un chino estornudó en Wuhan y en tres meses el globo quedó infectado.

Ciento cincuenta años después de Vélez, el código unificado reproduce una ley perimida: el código nació obsoleto. Hemos vuelto del siglo XXI al XIX.

Existen hoy métodos de identificación de las personas novedosos y precisos. Los habitantes de la nación están empadronados en un registro de personas donde constan datos necesarios para la correcta individualización de todos y cada uno. Para identificar a las personas, existen muchos métodos mejores que el conocimiento directo o indirecto, propio de la aldea: reconocimiento facial, digital y biométrico ocular (reconocimiento del iris y escaneo de la retina); reconocimiento de voz y de la forma de la mano. En poco tiempo tendremos registros de la huella genética (ADN). Cualquiera sea la forma de identificación, todas estarán ligada al DNI o a alguna forma de matrícula personal.

El nuevo código, además de estar redactado en forma paupérrima, reproduce fórmulas notariales tan viejas como el [Código Napoleón](#): domicilio, fecha de nacimiento y estado de familia.²⁵

Pareciera razonable consignar algunos de esos datos para los titulares del derecho, para los obligados. Cuando la ley exige el nombre del cónyuge y número de nupcias, lo restringe a resultar “relevante en atención a la naturaleza del acto” (art. 305 inc. b)], para garantizar eventuales hipotéticos derechos del cónyuge o del conviviente. Ninguna razón justifica consignar esos datos del representante. ¿A quién interesa el cumpleaños del apoderado o su domicilio real? ¿A quién interesa que sea célibe, divorciado, viudo, casado o que esté en convivencia? ¿Interesan a alguien los datos filiales del apoderado del banco?

Tampoco constituye un avance consignar los datos de constitución de una sociedad. El sistema funcionaba razonablemente bien sin ese corset.

Países con larga y probada tradición notarial, como Francia y España, cuentan con una ley notarial especial que integra y complementa el Código Civil. El notariado argentino está reclamando y necesitando una ley similar desde hace muchos años. Hacemos votos para que un día no muy lejano pueda tenerla, y que la misma sea adecuada a los tiempos modernos.

25. (N. del E.): última consulta del hipervínculo: 26/4/2022.

12. Bibliografía

- ÁLVAREZ, José M., *Instituciones de derecho real de Castilla y de Indias*, t. 1, Guatemala, Imprenta de L. Luna editor, 1854 (2ª ed. con notas de Doroteo José de Arriola).
- COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, *Pautas para la función notarial* (online), Buenos Aires, (s.e.), 2015, en <https://cccn.colegio-escribanos.org.ar>; última consulta: 27/5/2020.
- CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO, *Glosario de términos notariales* (online), en <http://glosario.notariado.org/>; última consulta: 27/5/2020.
- COSOLA, Sebastián J., (comentario al art. 305), en Medina, G. y Rivera, J. C. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2014.
- ESCRICHE, Joaquín, "Estado de las personas", en *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, t. 2, Madrid, Imprenta de Eduardo Cuesta, 1875 (ed. reformada y aumentada).
- MACHADO, José O., *Exposición y comentario del código civil argentino*, t. 3, Buenos Aires, Félix Lajouane editor, 1899.
- SEGOVIA, Lisandro, *Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, t. 1, Buenos Aires, Pablo E. Coni editor, 1881.

Un espaldarazo para la vigencia del arancel

María Celeste Gerarduzzi

Publicado online: 21/6/2022

Sumario: 1. Datos del fallo. 2. Hechos. 3. Pretensiones de las partes. 4. Itinerario procesal. 5. Decisión y motivación de la sentencia. 6. Tipo de cambio de dólar MEP. 7. Valoración del fallo. 8. Texto completo del fallo.

1. Datos del fallo

- Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil – Sala D.
- Autos: “Guerrero, María Rosa c/ Herederos de la Sra Evelina Florinda Carolina D’Orsi s/ escrituración”, expte. 53073/2007.
- Fecha: 11/5/2022.

2. Hechos

La escribana P fue desinsaculada judicialmente para otorgar una escritura traslativa de dominio en cumplimiento de la sentencia en un “juicio por escrituración”, demanda que fuera dirigida contra los herederos de la vendedora. Sin perjuicio de la manda judicial concreta, la escribana debió desplegar una serie de actividades de estudio y contralor, entre las cuales se encontraron las averiguaciones referidas al estado de dominio, estados de deuda, pedido de segundas copias y su inscripción, preparación de borradores de escritura, solicitud de datos y concurrencia a las respectivas audiencias previstas para encaminar el proceso de escrituración.

Es importante destacar que, en este proceso, si bien la escribana no fue propuesta por la parte, una vez desinsaculada se contactó con ella para formalizar un pacto respecto de sus honorarios, en línea con los principios que dieron origen al artículo 1627 del [Código Civil](#) (CC), hoy artículo 1255



del [Código Civil y Comercial](#) (CCyC).¹ No existiendo acuerdo entre las partes, la escribana presentó la liquidación de los gastos de la escritura y, posteriormente, le solicitó al juez que se le regulen sus honorarios por la intervención. A estos efectos, es importante destacar que la notaria presentó tasación del inmueble a los fines de establecer la base de cálculo de los honorarios. Con respecto a los gastos, los mismos fueron calculados según el monto del contrato que fuera objeto de la ejecución, en un todo de acuerdo con las leyes fiscales y tributarias.

Por resolución de primera instancia de fecha 19 de octubre de 2021, su señoría regula, entre otros, los honorarios de la escribana P en la suma de \$78.991 (12,823 unidades de medida arancelaria [UMA]), utilizando para ello la misma pauta regulatoria utilizada para determinar los emolumentos de los letrados y profesionales intervinientes: la [Ley 27423](#), el artículo 478 del [Código Procesal Civil y Comercial de la Nación](#) (CPCCN) y la [Acordada 21/2021](#) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (que fija el valor de la UMA en \$6.160 a partir del 1/9/2021). En base los parámetros establecidos por esa ley, el juez establece la base regulatoria del proceso en la suma de \$1.316.533 (“valuación fiscal de la propiedad [del inmueble objeto de autos]”, “incrementada en un 50% -arts. 46 y 23, inc. a) de la ley de 27421”).

Notificada la sentencia, la escribana P apela de inmediato la resolución de primera instancia, por considerar bajos sus honorarios. Se concede el recurso que da origen al fallo de la Sala D de la alzada (de fecha 11/5/2022), que aquí comentamos.

3. Pretensiones de las partes

La actora menciona que las normas notariales basan el precio de los actos escriturarios en una valuación particular (valor inmobiliario de referencia [VIR]),² invocando que es la que debe tomarse para el pago de los honorarios, y hace hincapié en que el juez debe ponderar la naturaleza y extensión de la labor desempeñada y cuidar que no exista una retribución desproporcionada. Por su parte, la escribana le hace saber al juez de alzada que sus honorarios han sido regulados utilizando una normativa incorrecta, toda vez que la actividad fedataria de los escribanos está específicamente regulada en el Decreto 1208/1987 y que, en los casos de escrituras judiciales,

1. (N. del E.): Los hipervínculos a textos normativos fueron incorporados por la *Revista del Notariado* y dirigen a fuentes oficiales –en caso de excepción, se hará la aclaración que corresponda–; la fecha de última consulta es 21/6/2022.

2. (N. del E.): Ver la [Resolución AGIP 17/2021](#); última consulta: 21/6/2022.

la norma prevé un recargo del 50% en los honorarios. Adicionalmente, cita la doctrina del Colegio de Escribanos en materia de arancel que establece como base de cálculo de los honorarios el valor real del inmueble y la posibilidad de aplicar la cotización del tipo de cambio MEP o contado con liquidación.

4. Itinerario procesal

Recibido el expediente en la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, previamente a todo se ordena la vista al Colegio de Escribanos en los términos del artículo 25 del Decreto 1208/1987, que establece que “en toda cuestión judicial relativa al pago de honorarios a escribanos, deberá darse intervención [...] al Colegio de Escribanos, el que actuará como fiscal”. El Colegio se expide a través del dictamen de la Comisión Asesora de Arancel, rechazando *in limine* la aplicación de la Ley de Peritos y Auxiliares de la Justicia, y le hace llegar a la alzada las siguientes conclusiones:

- a) La escribana autorizante no actúa como perito auxiliar de la justicia sino en los términos del artículo 1017 CCyC, como profesional del derecho a cargo de una función pública delegada por el propio Estado, que comprende la administración de fe pública para los actos que legalmente así lo requieren.
- b) Los honorarios para la actividad fedante traducida en documentos se determina en el artículo 2 del Decreto 1208/1987, **siendo su alícuota el 2%, y, para el caso en cuestión, es aplicable el artículo 4 I), que establece un recargo del 50% para las escrituras judiciales.**
- c) En función de las bases de cálculo dispuestas por el artículo 3 (precio, valor actual, valor real, valuación o VIR, lo que sea mayor) y la resolución del Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires de fecha 8 de enero de 2019 (acta N.º 4076 - responsabilidad profesional extensiva al valor real del bien escriturado), es legítimo utilizar, como base de cálculo de los honorarios de la escribana interviniente, la tasación obrante en autos.
- d) De acuerdo con estas pautas, por la escritura realizada por la escribana P, correspondería un honorario de 3.540 dólares estado-unidenses.
- e) En caso de que el requirente no quiera o no pueda abonarlos en dicha moneda, es posible convertirlos a pesos, aplicando el tipo de cambio establecido para las operaciones de contado con liquidación o dólar MEP, toda vez que, en una economía con gran desdoblamiento

cambiario, es la única forma de obtener la cantidad de dólares que reflejen el valor del honorario de la escribana.³

5. Decisión y motivación de la sentencia

Es importante destacar que la sentencia de alzada persigue la reivindicación de la **importancia y alcance de la responsabilidad** por la labor efectuada por la escribana y, como consecuencia de ello, la determinación de un honorario justo y equitativo. Ratifica la indiscutida vigencia que el Decreto 1208/1987 tiene para el notariado y en el ámbito de la magistratura. Establece con claridad meridiana la **exclusión de la Ley 27423**, que reglamenta los aranceles de los abogados, procuradores y auxiliares de la justicia en general, explicando que, si bien los escribanos a veces intervienen en los procesos judiciales cuando estos son convocados con una finalidad específica, es decir, como profesionales del derecho a cargo de una función pública delegada por el propio Estado –que comprende la administración de fe pública para los actos que legalmente así lo requieran–, en ningún caso actúan como peritos auxiliares de la justicia. Concluye, en este sentido, que los honorarios de los escribanos se rigen por su normativa particular (Decreto 1208/1987).

La Cámara de Apelaciones, con sólidos criterios y a la vanguardia, reconoce los argumentos de la realidad económica, ratificando en su totalidad el dictamen del Colegio de Escribanos, y expone que

... ni el valor fiscal ni el valor de referencia (VIR) del bien [...] son los empleados por los escribanos para calcular sus honorarios en las operaciones en las que intervienen [...] pues nunca representan el valor real de los bienes [...] debe recurrirse al valor real de mercado, que aquella [la escribana] estimó en U\$S 118.000 y que la actora aceptó como tal.

La sentencia reconoce que

Se ha sostenido reiteradamente que los honorarios de los profesionales deben ser fijados sobre valores actuales y reales, y ésta es siempre la premisa en todos los regímenes arancelarios que disponen mecanismos para establecerlos.

Es para destacar el importante lugar que el fallo le confiere tanto al Decreto 1208/1987 como a la opinión del Colegio de Escribanos, transcribiendo

3. Resolución N.º 377/20 del Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

textualmente fragmentos del dictamen emitido por la Comisión Asesora de Arancel y aprobado por el Consejo Directivo:

En este mismo sentido, el dictamen del Colegio de Escribanos antes mencionado subraya lo dispuesto por el artículo 3º del Decreto 1208/1987 en su inciso f) y sostiene que “cuando un escribano autoriza una escritura, pone en juego su responsabilidad civil, penal, tributaria y administrativa y responde por el otorgamiento de un título válido y perfecto. En caso de daño, el escribano responderá por el valor real del inmueble o los inmuebles objetos de su escritura, motivo por el cual el honorario resulta un porcentaje del valor real de dichos bienes”.

6. Tipo de cambio dólar MEP

El tribunal cita fallos en los que ha sostenido que

... no es posible soslayar que un inmueble tasado en una cantidad de dólares estadounidenses, según los usos y costumbres del mercado inmobiliario nacional, no puede ser adquirido con la suma de pesos equivalente según su cotización oficial [...] Ello obliga a recurrir a la cotización de otro tipo de dólar que sí pueda ser adquirido en cantidades suficientes y de modo legal (esta Sala, en autos “Arias, Delia Consolación s/sucesión abintestato”, 7 de marzo de 2022, entre otros)[...] en el actual contexto normativo, la cotización del dólar tipo vendedor que establece el Banco de la Nación Argentina no resulta equivalente el “valor real” del dólar estadounidense, ya que, con esa cantidad de pesos, hoy no es posible adquirirlos (CNCiv Sala H, “Arfaras Pablo Antonio c/ Auguet Jorge Omar s/ consignación”, 20/12/2021; íd. Sala G, “C.B.A.O. c/ M.A.M. y otro s/medidas precautorias”, 24/02/2022). Por ello, el Tribunal entendió que el valor de los inmuebles estimados en dólares debía ser convertido a pesos según la cotización del dólar MEP, por ser el mecanismo legal y menos costoso para acceder sin límites a la moneda extranjera (CNCiv Sala L, “O., S.A. y otros c/ B., A.G. s/atribución de uso de vivienda familiar”, 5/11/2020)...

7. Valoración del fallo

El fallo comentado resulta una herramienta excelente para reconocer que el Colegio de Escribanos está en el camino correcto en cuanto a la interpretación y aplicación del arancel notarial, ratificando en forma incuestionable la vigencia del Decreto 1208/87 como norma actual y de vanguardia. Ratifica que, como institución, comprendemos y valoramos

perfectamente el contexto jurídico y económico, tomando como base para decidir la realidad del mercado inmobiliario y la razonabilidad de las pautas.

La sentencia es relevante para todo el notariado porque hace notoria la cuestión de los alcances de la responsabilidad del profesional de derecho a cargo de una función pública de dación de fe. Reconoce el valor del escribano como garante de la seguridad jurídica y, como tal, le da un lugar sustancial a su retribución, teniendo en cuenta seriamente la responsabilidad de su tarea en función del valor de los bienes involucrados.

Con este fallo, se clarifican algunas dudas existentes sobre la calificación del escribano como perito o auxiliar de la justicia y sobre el alcance de la normativa que regula los honorarios de estos profesionales.

8. Texto completo del fallo

53073/2007

GUERRERO MARIA ROSA c/ HEREDEROS DE LA SRA EVELINA FLORINDA CAROLINA D'ORSI s/ ESCRITURACION

Buenos Aires, de mayo de 2022.- FMC

AUTOS Y VISTOS:

I. Son elevadas las actuaciones para conocer los recursos de apelación interpuestos contra la resolución dictada el 19 de octubre de 2021, en la que, adoptando como base regulatoria la suma de \$ 1.316.533, correspondiente a la valuación fiscal del inmueble objeto de autos incrementada en un 50%, el a quo reguló los honorarios de la Dra. Elisa Noemí Arias y del Dr. Julio Narciso Aguilar, letrados patrocinantes de la parte actora, en 37,627 UMA y 8,116 UMA, respectivamente; los de la perito calígrafa Flavia Roxana Pittis, en 14,96 UMA, y los de la escribana Josefina Esther Palenzona, en 12,823 UMA.

Mientras que la actora los apela por altos, la perito y la escribana lo hacen por considerar los suyos reducidos, quejándose ésta última, en particular, de la base regulatoria empleada y de que no se hubiera aplicado a su respecto la ley de arancel notarial.

II.- Corresponde establecer, en primer término, que la ley 27.423 reglamenta los aranceles de los abogados, procuradores y auxiliares de la justicia en general, pero existen sujetos que intervienen en los procesos judiciales convocados con una finalidad específica, tales como los escribanos, cuyos honorarios se rigen por su normativa particular.

En efecto, la escribana Palenzona fue designada para otorgar la escritura traslativa de dominio que el juez de grado suscribió supliendo a la parte vendedora, actividad que no es equiparable a la de un perito y que se encuentra regida por el Decreto 1208/1987, como cualquier operación de compraventa de inmuebles entre particulares.

Tal como señala el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, a través del dictamen de la Comisión de Arancel aprobado por el Consejo Directivo el 27 de abril de 2022, emitido a requerimiento de este Tribunal, “el otorgamiento de una escritura pública de compraventa es estrictamente una labor notarial fideifaciente y no un conocimiento que se aporta en procura del mejor desarrollo y prueba dentro del proceso (...) Por tal motivo, entendemos que la escribana autorizante, en ningún caso actúa como perito auxiliar de la justicia sino como profesional del derecho a cargo de una función pública delegada por el propio Estado que comprende la administración de fe pública para los actos que legalmente así lo requieran, en pos de garantizar la seguridad jurídica” (ver oficio recibido a través de DEOX el día 5 del corriente mes y año).

Es así que se considerarán, en primer término, los honorarios fijados a los letrados y a la perito calígrafa, abarcados por el ordenamiento arancelario general, y, luego, los de la escribana, a la luz de su régimen específico.

III.- Los letrados de la actora y la perito consintieron que se adoptara como base regulatoria la valuación fiscal del inmueble incrementada en un 50%, fijada por el “a quo” con invocación de lo dispuesto en la primera parte del artículo 23, inciso a), de la ley 27.423.

En efecto, la experta, al fundar su recurso, señaló que “deben los emolumentos adecuarse a los honorarios de los demás profesionales que han intervenido en la causa, porque se computa sobre la misma base regulatoria”, pero no la objetó.

Ponderando la naturaleza, importancia y extensión de los trabajos realizados; las etapas cumplidas; la base regulatoria establecida; la proporción que deben guardar los honorarios de los peritos con los de los letrados; la incidencia de su labor en el resultado del pleito; lo dispuesto por los artículos 1, 16, 21, 22, 23, 29, 46 y 51 de la ley 27.423 y el valor de la UMA establecido por la Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación N° 28/2021 para la fecha de la regulación y por la N° 4/2022 para la actualidad, se confirman, por ser ajustados a derecho, los fijados a la Dra. Elisa Noemí Arias y al Dr. Julio Narciso Aguilar, letrados patrocinantes de la parte actora, y se elevan los de la perito calígrafa Flavia Roxana Pittis a 22 UMA, equivalentes al día de la fecha a pesos ciento sesenta y tres mil seiscientos cincuenta y ocho (\$ 163.658).

El Dr. Gastón M. Polo Olivera deja constancia de que, pese a entender que la ley 27.423 citada no es aplicable a la labor desarrollada durante las etapas procesales concluidas durante la vigencia de la ley 21.839 y su modificatoria 24.432, o que hubieran tenido principio de ejecución (conf. doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Establecimiento Las Marías

c/Misiones, Provincia de s/acción declarativa" del 4/9/2018), adhiere a la solución propuesta, con la que coincide, aun de conformidad con este criterio.

IV.- Tal como se señalara supra, el honorario de la escribana Josefina Esther Palenzona debe ser establecido con aplicación de lo prescripto por el Decreto 1208/1987, que, en su artículo 2º, lo fija en un 2% del monto del acto.

La escribana sostiene en su apelación que dicho porcentaje debe ser calculado sobre el valor real del inmueble, que estimó oportunamente en U\$S 118.000, sin objeción de la actora, convertido a pesos según la cotización del dólar contado con liquidación, y adicionársele un 50% por tratarse de una actuación judicial, en virtud de lo establecido por el artículo 4º del mencionado decreto.

La actora, al contestar el traslado de estos fundamentos, reconoce que no cuestionó aquella valuación porque era la de mercado, pero argumenta que el honorario debe ser calculado sobre el valor de referencia del inmueble (VIR), pues las normas notariales basan en él el precio de los actos escriturarios.

Ahora bien, el artículo 2º del Decreto 1208/1987 establece como principio general el honorario de los escribanos en el 2% sobre el monto del acto o contrato, determinado con arreglo a las bases que se fijan en el artículo 3º, que se transcriben a continuación en su parte pertinente:

"a) Sobre el precio asignado a los bienes;

"b) Sobre el valor asignado a los bienes por las partes o el establecido para el pago de los impuestos o valuaciones fiscales; (...)

"f) El honorario se determinará sobre valores actualizados al momento de prestarse el servicio profesional de acuerdo a las siguientes bases:

"I) Cuando hubiere boleto de compraventa y hayan transcurrido desde su celebración noventa (90) días, se aplicará desde la fecha de este contrato, sobre el precio convenido por las partes, el Índice de Precios al Consumidor Nivel General publicado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos.

"II) Sobre el precio de adquisición del transmitente aplicando el índice de actualización previsto en el apartado anterior. En el supuesto de existir mejoras posteriores a la adquisición se aplicará igual criterio a partir de la fecha de su incorporación.

"En todos los casos se tomará el mayor valor que resulte de la aplicación de las bases antedichas".

Toda vez que el precio del boleto de compraventa se encuentra absolutamente depreciado, dado que fue establecido en pesos en el año 1976, resultará obviamente inferior a cualquier otro valor que se considere, aun actualizado por índice de precios.

Por otra parte, ni el valor fiscal ni el valor de referencia (VIR) del bien, dispuesto por la AGIP a los efectos del pago del impuesto de sellos en las operaciones sobre inmuebles, son los empleados por los escribanos para calcular sus honorarios en las operaciones en las que intervienen, tal como señala la actora, pues nunca representan el valor real de los bienes.

Toda vez que ninguna de las opciones previstas por el artículo 3° es viable en este caso de particulares características, en el que la escribana no fue designada por la compradora ni pactó con ella sus honorarios, debe recurrirse al valor real de mercado, que aquélla estimó en U\$S 118.000 y que la actora aceptó como tal.

Se ha sostenido reiteradamente que los honorarios de los profesionales deben ser fijados sobre valores actuales y reales, y ésta es siempre la premisa en todos los regímenes arancelarios que disponen mecanismos para establecerlos.

En este mismo sentido, el dictamen del Colegio de Escribanos antes mencionado subraya lo dispuesto por el artículo 3° del Decreto 1208/1987 en su inciso f) y sostiene que “cuando un escribano autoriza una escritura, pone en juego su responsabilidad civil, penal, tributaria y administrativa y responde por el otorgamiento de un título válido y perfecto. En caso de daño, el escribano responderá por el valor real del inmueble o los inmuebles objetos de su escritura, motivo por el cual el honorario resulta un porcentaje del valor real de dichos bienes”.

V.- Por otra parte, este Tribunal ha sostenido recientemente que, al tiempo de determinar el valor real de los bienes objeto de un juicio, no es posible soslayar que un inmueble tasado en una cantidad de dólares estadounidenses, según los usos y costumbres del mercado inmobiliario nacional, no puede ser adquirido con la suma de pesos equivalente según su cotización oficial, pues las disposiciones legales vigentes permiten comprar -a quienes se encuentran autorizados para ello- no más de doscientos dólares mensuales (Comunicación A 6815/2019 del 28/10/19 del BCRA); operaciones éstas que, por lo demás, se encuentran gravadas por el impuesto PAIS y la percepción prevista por la resolución general de la AFIP 4659/2020. Ello obliga a recurrir a la cotización de otro tipo de dólar que sí pueda ser adquirido en cantidades suficientes y de modo legal (esta Sala, en autos “Arias, Delia Consolación s/ sucesión ab- intestato”, 7 de marzo de 2022, entre otros).

Tal como se ha señalado, en el actual contexto normativo, la cotización del dólar tipo vendedor que establece el Banco de la Nación Argentina no resulta equivalente el “valor real” del dólar estadounidense, ya que, con esa cantidad de pesos, hoy no es posible adquirirlos (CNCiv Sala H, “Arfaras Pablo Antonio c/ Auguet Jorge Omar s/ consignación”, 20/12/2021; id. Sala G, “C.B.A.O. c/ M.A.M. y otro s/medidas precautorias”, 24/02/2022).

Por ello, el Tribunal entendió que el valor de los inmuebles estimados en dólares debía ser convertido a pesos según la cotización del dólar MEP, por ser el mecanismo legal y menos costoso para acceder sin límites a la moneda extranjera (CNCiv Sala L, “O., S.A. y otros c/ B., A.G. s/atribución de uso de vivienda familiar”, 5/11/2020), cuyo precio deriva de la compra y venta de títulos públicos y cuya cotización puede ser conocida por el público por medio de las diferentes vías de información periodística, lo cual otorga publicidad

y transparencia a tal valor de conversión (conf. CNCiv Sala M, "Bazo, Susana C. c/ Cano Vázquez, Horacio E. s/ ejecución", 29/04/21; íd. Sala K "Consortio Juramento 2148 c/ Wencelblat, Laura s/ ejecución de expensas", 20/09/2021; íd. Sala J, "Club Atlético Cultural c/ Club Atlético Huracán s/ amparo", 29/11/2021).

Según la cotización del dólar MEP al día de la fecha - $\$$ 205,66-, la base de cálculo asciende a la suma de $\$$ 24.267.880.

Al 2% de ese valor debe adicionarse el 50%, en los términos del artículo 4° del Decreto 1208/1987, por tratarse de una escritura judicial.

Por todo lo expuesto, se eleva la retribución de la escribana Josefina Esther Palenzona a pesos setecientos veintiocho mil treinta y siete ($\$$ 728.037).

Regístrese y devuélvase. Hágase saber que la presente resolución será remitida al Centro de Información Judicial a los fines de su publicación en los términos de la ley 26.856, su decreto reglamentario 894/13 y las acordadas de la CSJN 15/13 y 24/13. Resolución n° 701/2020 del Tribunal de Superintendencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

Gabriel Gerardo Rolleri

Patricia Barbieri

Gaston Matias Polo Olivera⁴

4. (N. del E.): Ver documento original [aquí](#); última consulta: 21/6/2022.