

XIX Jornada del Notariado Novel del Cono Sur
23 al 25 de noviembre
Salvador de Jujuy, Argentina.

Tema II:

“DERECHOS REALES DE GARANTÍA”

ANTICRESIS: FRUTO DEL OLVIDO VERNÁCULO

Seudónimo:

GARANTES SOLIDARIOS



ASOCIACIÓN DE
ESCRIBANOS DEL URUGUAY

SEUDÓNIMO: Garantes solidarios.

ANTICRESIS: FRUTO DEL OLVIDO VERNÁCULO.

ÍNDICE

I) Introducción.....	Pág. 2
II) Aspectos sustanciales del contrato de anticresis.....	Pág. 5
Categorización:	
- Solemne.	
- Real.	
- Unilateral	
- Accesorio	
III) ¿Qué derecho brinda el contrato de anticresis? ¿Es personal o real?.....	Pág. 7
IV) ¿Es necesario ser propietario para dar en anticresis?.....	Pág. 10
V) Posición del acreedor anticrético frente a:	Pág. 11
a. Demás acreedores del deudor.	
b. Hipoteca.	
c. Enajenación del bien.	
VI) Extinción del contrato en etapa ajena al juicio.....	Pág. 12
VII) Aspectos tributarios y rendición de cuentas.....	Pág. 12
VIII) Oportunidad y conveniencia frente a otros institutos como la hipoteca y el fideicomiso de garantía.....	Pág. 13

IX) Propuesta legislativa para revitalizar el instituto de anticr sis..Pág. 15

X) Conclusión.....Pág. 17

I) INTRODUCCIÓN

“Resiste cuanto puedas a la imitación. No empieces a escribir sin saber desde la primera palabra adónde vas. Si quieres expresar con exactitud esta circunstancia: "desde el río soplaba un viento frío", no hay en lengua humana más palabras que las apuntadas para expresarla.”

Decálogo del perfecto cuentista – Horacio Quiroga.

Si tuviéramos que aventurar una conclusión sobre la espinosa materia de la realidad notarial internacional actual encontraríamos numerosos ejemplos donde el mecanicismo en el ejercicio de nuestra función, el empleo de modelos o formularios tipo, entre otros factores han llevado que muchos colegas se descansen en los mismos.

Esta situación ha obnubilando la necesidad de actualización permanente necesaria para un adecuado asesoramiento técnico, jurídico, y hasta económico-financiero en una economía cada vez más cambiante, para el hallazgo de la solución más conveniente para los requirentes de nuestros servicios.

La elección del tema anticr sis, instituto muchas veces olvidado o en desuso en diversos ordenamientos jurídicos, es sembrar la semilla de la investigación, saliendo de los clásicos contratos que solemos realizar a diario, así como vigorizar su utilización y proponer soluciones de lege ferenda para que la misma se efectivice.

Afirma el Catedrático de Derecho Civil patrio ROQUE MOLLA¹ que la aplicación de derecho no es una mera operación mecánica. La función creadora de derecho del Notario es de lo más trascendente en su calidad de magistrado de la jurisdicción preventiva.

Continúa el destacado autor, afirmando que el contrato tiene por objeto la creación de una norma jurídica. Es el instrumento práctico de la existencia de la autonomía privada. El contrato como norma es tan derecho objetivo como la ley general, por supuesto que con un alcance menor. La intervención del Notario en la elaboración de la norma contractual es de enorme relevancia para asegurar su validez.

Expresa RUFINO LARRAUD², que el Notario se adelanta a prevenir y precaver los riesgos que la incertidumbre jurídica pudiera acarrear a sus clientes.

Su **función asesora**, como técnico en derecho, encargado de afinar la manifestación de voluntad de los requirentes, es de tal relevancia (uno de los aspectos claves de la función notarial latina plena recién mencionados), que la Suprema Corte de Justicia³ en un caso responsabilizó a una Escribana por omisión de consejo. De dicho dictamen se infiere que “la imputada no ha cumplido con el deber de consejo, ya que no instruyó a sus clientes respecto a las repercusiones jurídicas de los actos que realizaban”⁴.

¹ MOLLA CAMACHO, Roque. «La interpretación y aplicación del derecho como manifestación de la función notarial creadora de derecho». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay* [Recurso en línea], jul.-dic.2001, Tomo 87, número 7-12, p. 235.

² LARRAUD, Rufino. *Curso de derecho notarial: anotaciones y concordancias en relación al derecho positivo argentino por el Instituto Argentino de Cultura Notarial*. Buenos Aires: Depalma, 1966, pp. 138-139.

³  rgano Judicial Máximo de República Oriental del Uruguay

⁴ LARRAUD, Rufino, op. cit. p. 148. citado por FUENTES, Diego; GARCÍA RODRÍGUEZ, Nicolás; VALLES CAMILLI, Jessica. «De los doing business a las nuevas tecnologías:  El ocaso de la función notarial o un nuevo amanecer?». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, ene.-dic. 2015, Tomo 101, pp.47-57

La razón de ser de la anticr sis en nuestros ordenamientos jurídicos es dada a su incorporación en el Código Civil Franc s⁵, en un principio prohibida por el derecho canónico dado que no estaba permitido el préstamo con intereses, fue autorizada por decreto de 13 de octubre–3 de noviembre de 1789, y luego incluida en el Code Napoleónico de 1804 a influjo de la mayoría de los Tribunales de Apelaciones consultados en relación al proyecto de código. Estos esgrimían que *“todo aquello que tienda a facilitar los acuerdos, a multiplicar y a asegurar los medios de pago, es útil a la sociedad, sobre todo a los acreedores y deudores a la vez. Es por esas razones por las que la anticr sis merece figurar en el código civil”*⁶.

En el año 2006 sufre sustanciales modificaciones, mediante la Ordonnance n  2006/346, el elemento esencial identificador del contrato de anticr sis no es ya la percepción de frutos sino la afección del bien al pago de una deuda, instrument ndose que el acreedor anticr tico ante incumplimiento del deudor pueda solicitar judicialmente que le sea entregado el inmueble en concepto de pago; previa valorización de un perito elegido por las partes o en su defecto por la autoridad judicial.

Operando un nuevo cambio por la Ley 2009/526 “ley de simplificación y de clarificación del derecho y de aligeramiento de los procedimientos”, cambiando denominación a “prenda inmobiliaria”, siendo el contenido exactamente el mismo de la reforma de 2006.⁷

En el derecho germánico es denominada “*prenda de disfrute*” que suponía “*cesión en prenda por el deudor de un inmueble, y con ello la atribución al acreedor de los rendimientos económicos del inmueble pignorado*”.⁸

⁵ ALEGRE DE MIQUEL, Jorge. *La anticr sis: función y finalidad en el Código civil español y en el Código civil de Cataluña. Tesis doctoral.* [Barcelona]: Universitat Ramon LLull. ESADE-Dret, 2013. pp.19 y 20. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10803/126533>

⁶Idem, p. 21.

⁷Idem, pp. 24 -26.

⁸Idem, p. 13

En Paraguay el Código Civil de 1985 eliminó la figura de anticr sis, quedando como derechos de garantía la prenda para los bienes muebles y la hipoteca para inmuebles.⁹

En Argentina el instituto que nos ocupa sufrió esenciales modificaciones con la entrada en vigencia del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, las cuales serán objeto de análisis más adelante en el presente trabajo.

II) ASPECTOS SUSTANCIALES DEL CONTRATO DE ANTICR SIS

Dentro de la clasificación de los contratos en relación a su perfeccionamiento, encontramos que el de anticr sis, según se infiere del artículo 2350 es un **contrato solemne**, dado que debe constar en escritura pública, siendo este un elemento constitutivo, requisito de validez, y no un aspecto meramente probatorio del negocio jurídico. Asimismo estamos en condiciones de afirmar que es un **contrato real** (art. 2349 del Código Civil Uruguayo) ya que se perfecciona con la entrega de la cosa, no bastando el consentimiento de las partes para la formación del contrato.

En el pasado hubieron autores como Bayley¹⁰ que defendían que “la clasificación (de reales, solemnes y consensuales) tiene carácter excluyente (...), (...) el ex catedrático optaba por sacrificar la primer categoría.”. Esta discusión hoy en día es inocua, dado que nadie en la actualidad discute la posibilidad de que un contrato sea real y solemne al mismo tiempo. Siguiendo las enseñanzas del tratadista nacional Jorge Gamarra¹¹ “nada se opone a que se reúnan en un mismo negocio la doble condición de real y solemne. (...) La ley crea un tipo contractual complejo (en lugar de simple), donde varios requisitos constitutivos se exigen acumulativamente (...).”

⁹Idem, p. 52

¹⁰ Citado por GAMARRA, Jorge. Contratos. En: Gamarra, Jorge. *Tratado de derecho civil uruguayo*. 4a.ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2000. T.5, pp.216-217.

¹¹Idem

A la luz de lo consignado por el Profesor Jorge Peirano¹², si no se entrega la cosa dada en anticr sis, solo habrá un contrato de promesa, que como mucho, dar  acción personal para reclamar la entrega de la cosa prometida en anticr sis.

Sostiene Eugenio Cafaro¹³, que con la entrega del bien, se engendra concomitantemente la garantía y esta subsiste en tanto perdura la tenencia del mismo. La función de garantía se obtiene con la tenencia de este. Considera el citado autor, que el acreedor sustituye al deudor respecto de la utilización de aquel, percibiendo los frutos, lo que le permitirá ir satisfaciendo su crédito.

Continuando con la caracterización del contrato que nos ocupa, el citado Profesor Jorge Peirano¹⁴ expresa que estamos frente a un contrato **unilateral**, creando únicamente obligaciones para quien debe restituir la cosa. El deudor debe entregar la misma, para que el acreedor se cobre con los frutos de esta pero dicha circunstancia es previa al surgimiento del contrato; por eso el deudor no asume obligación alguna por el hecho de este. No existe relación de reciprocidad y/o sinalagma.

Como todo contrato de garantía, posee el carácter de **accesorio**, puesto que presupone la existencia de una obligación previa.

Extinto el contrato principal, fenece aquel, siendo el primero en mencionarse, el crédito que da el acreedor anticr tico al deudor. Por lo cual no puede subsistir el contrato accesorio sin el principal, pues tiene por objeto asegurar el cumplimiento de la obligación principal.

¹² PEIRANO FACIO, Jorge. *Curso de contratos*. Montevideo: Centro de Estudiantes de Derecho, 1963. p.131.

¹³ CAFARO, Eugenio B. «Aspectos del derecho anticr tico». *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, 1972, Tomo 3, pp.177-188.

¹⁴Idem, p. 132.

III)  QU  DERECHO BRINDA EL CONTRATO DE ANTICRESIS?  ES PERSONAL O REAL?

Gustavo ORDOQUI¹⁵ engloba las características de los derechos reales en 8 aspectos: **Patrimonialidad** (cosas que forman el patrimonio del sujeto); **Legalidad** (creación legal exclusiva); **Perpetuidad** (no se pierde por inacción); **Inmediatez** (relación directa entre el titular y la cosa); **Absolutez** (deber genérico de abstención por parte de terceros respecto al derecho real, sujeto a limitaciones dispuestas por leyes de interés general); **Inherencia** (el derecho sigue a la cosa aunque no la tenga su titular original obligado); **Preferencia** (impidiendo al primero que adquiere o es titular y registra el bien); **Oponibilidad** (frente a todos respecto a un bien definido).

Añade el citado autor que se diferencian de los derechos personales en diversos aspectos:

- a) En cuanto a **los sujetos**: en los derechos reales es un sujeto pasivo indeterminado, mientras que en estos otros, el sujeto pasivo est  perfectamente individualizado por ser el deudor;
- b) **al objeto**: los derechos reales recaen sobre cosas directamente, mientras que los derechos personales sobre la actividad o la operatividad de las personas;
- c) **en cuanto a tutela jurídica**: el derecho real es absoluto, “erga omnes”, oponible a todas las personas, mientras que el derecho personal, es relativo porque se tiene sólo en relación al deudor;
- d) **en cuanto a su adquisición**: los derechos reales se pueden adquirir por transcurso del tiempo (prescripción adquisitiva), mientras que las obligaciones se extinguen por el transcurso del mismo (prescripción extintiva);
- e) **incidencia del factor tiempo**: el derecho real tiende a ser perpetuo mientras que el derecho personal es esencialmente temporal.
- f) El derecho real otorga **derecho de persecución y preferencia**.

¹⁵ ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. Doctrina general del contrato. En: Ordoqui Castilla, Gustavo. *Tratado de derecho de los contratos*. Montevideo: Amalio M. Fernández, 2015. T.1, 1a.parte, pp.31-32.

Se puede apreciar que la anticr sis tiene ciertas características de los derechos reales, como por ejemplo la inmediatez (que no la tiene la hipoteca que sí es un derecho real, munido de derecho de prioridad, preferencia y persecución), o la prohibición de pacto comisorio común en los derechos reales, pero no cumple con otros como la absolutez en términos generales.

GAMARRA¹⁶ ilumina esta temática afirmando que “la división de los derechos reales y personales no es neta ni tajante” (...), encontrando una mezcla de los elementos en una y otra especie”. Pero el criterio legal para la distinción entre ambos derechos en nuestro ordenamiento sería para el mencionado autor “que no basta que predominen en determinada figura los caracteres del derecho real: si la absolutez del derecho no es completa se clasificar  como personal. Agrega el citado doctrinario que estaríamos frente a “*derechos personales con inherencia (absolutez) atenuada*”, dado que est  establecido legalmente que la anticr sis no da derecho real sobre la cosa pero debe ser respetada habiendo sido inscrita en el registro correspondiente frente a futuras enajenaciones (artículo 2352 del Código Civil Uruguayo), pero no cumpliéndose uno de los aspectos de la absolutez: la defensa frente a terceros, dado que “si pierde la tenencia de la cosa o si su goce es turbado por un tercero, debe dirigirse al constituyente, (...), solo puede ejercitar la acción de violento despojo (art.669 C.C.U.).

En homenaje a la brevedad, haremos una breve referencia a la acción de violento despojo mencionada en el párrafo anterior. La misma est  regulada en el artículo 669 del Código Civil Uruguayo, a cuya lectura remitimos.

JAIME GREIF¹⁷ nos ilustra afirmando que el objeto de tal acción es muy definido, “que se restablezcan las cosas en el estado en antes se hallaban”, o sea que se pretende una sentencia que ordene no hacer y aun un hacer que implique restablecer la situación anterior.

¹⁶ GAMARRA, Jorge. Contratos. En: Gamarra, Jorge. *Tratado de derecho civil uruguayo*. 4a.ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2000. T.5, pp.225-226.

¹⁷ GREIF, Jaime. «Juicios sumarios “orales”». En: UNIVERSIDAD DE LA REPUBLICA (URUGUAY). FACULTAD DE DERECHO. INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL. *Curso de derecho procesal*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1988. Tomo 5, vol. 1, p. 131.

Señala ARTURO YGLESIAS¹⁸ relativo a los requisitos para acoger la presente acción, que: *"ampara la posesión en sentido amplio, en el sentido romano de poder sobre la cosa y por ello se concede tanto en los casos de posesión civil como en los de mera tenencia o posesión natural, sin distinguir si se tiene la cosa en virtud de una causa permanente o transitoria. Conforme a la tesis restringida del concepto de posesión, que es la que generalmente sigue la mayoría de nuestra doctrina, esa amplitud con que se concede el amparo hace que esta acción no sea propiamente posesoria.*

Nuestro legislador participa de esa idea en la parte final del art. 669 dice que "Restablecidas las cosas... podrá intentarse por una y otra parte la acción posesoria que corresponda." De allí se deduce que el codificador no consideró a esta acción como posesoria, aunque en una muestra más de su ambigüedad la incluyó entre ellas... Lo  nico que debe probar el actor es que tenía la cosa y que se le despojó violentamente. No importa si ese poder que tenía sobre la cosa era meramente precario o si lo había adquirido también mediante violencia o en forma clandestina o si era equívoco en cuanto a su naturaleza. No interesa, entonces, qué tipo de posesión o tenencia se tiene ni si ésta es viciosa, solo interesa que fue despojado con violencia y ante esa sola comprobación se concede el amparo."

En la misma línea de razonamiento se ha dispuesto por la jurisprudencia¹⁹ respecto a la legitimación activa, que para ejercitar la acción extraordinaria de violento despojo no debe probarse la posesión sino la calidad de mero tenedor.

¹⁸ YGLESIAS, Arturo. *Derecho de las cosas: la posesión y sus circunstancias*. 2a.ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008. T.2, v.1, p.211. También citado por Sent. N  37/2016, de T.A.C. de 5  T. , de fecha 04/04/2016, GRAD N ROMERO, María Esther (red.), SIMÓN OLIVERA, Luís María; FIORENTINO FERREIRO, Beatriz Anita.

¹⁹ Anuario de Derecho Civil Uruguayo T. XXI, caso 31, Tribunal Civil, Perera (red), BURELLA, ALONSO DE MARCO, citado por YGLESIAS Arturo op.cit. p. 220.

IV)  ES NECESARIO SER PROPIETARIO PARA DAR EN ANTICRESIS?

Consigna el artículo 2351 del Código Civil Uruguayo “Es aplicable a la anticr sis lo que respecto de la prenda dispone en el artículo 2294, inciso 1”. Y este último dispone “Puede dar prenda legalmente, el que tiene el derecho de enajenar la cosa”.

En una primera lectura podría interpretarse que quien puede preñar, y dar en anticr sis en función de la remisión relacionada, sería el dueño de la cosa dado que es quien tiene derecho a enajenarla.

La caverna que debemos excavar es en el alcance extensivo del concepto de “cosa”. Enfatiza Gamarra²⁰ que la remisión de la anticr sis a la prenda “no significa un trasplante ciego e indiscriminado; la aplicación del artículo 2294 inciso 1 a la anticr sis no debe hacerse mecánicamente, sino adecuando el precepto a la naturaleza de este nuevo negocio al que va a regir. (...) El art. 2294 en sede de anticr sis debe entenderse que se est  refiriendo exclusivamente a los frutos. (...) **Puede dar en anticr sis todo aquel que tiene un derecho de goce de la cosa, y puede, por ende, disponer (en sentido no técnico) de sus frutos)** (el destacado es nuestro)”.

Nuestro Código Civil en su artículo 2349, define a la anticr sis como “un contrato por el cual se entrega al acreedor una cosa raíz para que se pague con sus **frutos**”. Por lo cual cabe precisar qué se entiende por “frutos”.

Define Eduardo J. Couture²¹ como “frutos”: “Acrecimiento natural o económico de una cosa, sea en forma de multiplicación de la misma por su desarrollo físico, sea por su rendimiento pecuniario”.

Manuel Albaladejo²² señala que “jurídicamente por frutos se entiende toda cosa que es rendimiento económico de otra (cosa – madre) conforme a su destino y sin alteración de su sustancia”.

²⁰ Ibidem, p. 234

²¹ COUTURE, Eduardo J; PEIRANO FACIO, Jorge (rev.); SÁNCHEZ FONTANS, José (rev.). *Vocabulario jurídico: con especial referencia al derecho procesal positivo vigente uruguayo*. 2a.ed. Buenos Aires: Depalma, 1976., pp.295-296.

Dentro del concepto de frutos debe distinguirse dos clases, los naturales y los civiles.

Los naturales son los que produce directamente o espontáneamente la cosa, por ejemplo la cosecha de los árboles o la cría de los animales.

Los civiles son los que produce la cosa, pero no directamente de la cosa, sino en virtud de una contratación, por ejemplo, la renta por un contrato de arrendamiento de un bien mueble o inmueble.

V) POSICIÓN DEL ACREEDOR ANTICR TICO FRENTE A DEMÁS ACREEDORES DEL DEUDOR, HIPOTECA, ENAJENACIÓN DEL BIEN.

De acuerdo al artículo 2352, inciso 2 , la inscripción registral del Contrato de Anticr sis, resulta relevante a efectos de lograr la oponibilidad respecto de los acreedores del deudor anticr tico. Es decir que con la inscripción se logra que el derecho del anticresista tenga que ser respetado.

Entiende el multicitado Jorge Gamarra²³, que la inscripción logra al anticresista una cierta inherencia respecto de la cosa, presentando de esta forma caracteres que lo aproximan al derecho real.

Esa oponibilidad es respecto de los demás acreedores quirografarios y también ante los acreedores con derecho real, como los hipotecarios.

Lo mismo sucede en caso de enajenación del inmueble objeto de la anticr sis. A ese adquirente le será oponible la anticr sis, pues debió conocer la existencia del mismo consultando al Registro de la Propiedad respectivo.

Quienes adquieran el bien o resulten acreedores hipotecarios con posterioridad a la inscripción del contrato de anticr sis, deben respetar el derecho del anticresista, hasta la extinción del mismo.

²² ALBALADEJO, Manuel. Introducción y parte general. En: Albaladejo, Manuel. *Derecho civil*. 11a.ed. Barcelona: Bosch, 1991. T.1,v.2, p.123.

²³ GAMARRA, Jorge. Contratos. En: Gamarra, Jorge. *Tratado de derecho civil uruguayo*. 4a.ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2000. T.5, p.210.

Inclusive en la situación que el inmueble resultare ejecutado por un tercero acreedor, ese tercero deberá desinteresarse al acreedor anticr tico o respetar el mismo.

VI) EXTINCIÓN DEL CONTRATO EN ETAPA AJENA AL JUICIO

Cabe puntualizar que el contrato que nos ocupa puede extinguirse por dos vías: indirecta y directa. La indirecta se da en caso de extinción del crédito, por motivo de extinguirse la obligación principal. Directa cuando la causa de extinción corresponde al propio contrato de anticr sis, como sería el caso de vencimiento de plazo establecido en el contrato de anticr sis.

En caso de ausencia de plazo en el contrato, éste se extingue cuando se extingue el crédito.

También se da la extinción cuando se extingue el derecho del constituyente, de acuerdo al principio de Derecho: “resuelto el derecho del constituyente, se resuelven los derechos por él constituidos”, por ejemplo, el caso del usufructuario que constituye anticr sis.

Asimismo se extingue el contrato cuando renuncia el acreedor anticr tico, debiendo comunicar al deudor tal renuncia y restituir el bien objeto del contrato.

VII) ASPECTOS TRIBUTARIOS Y RENDICIÓN DE CUENTAS:

Si bien la ley no hace referencia directa a la rendición de cuentas, esta se desprende como una obligación del acreedor frente al deudor ya que es a través de la percepción de los frutos que se extingue la deuda y por ende se restituye el bien.

En ausencia legislativa que determine como llevar a cabo dicha rendición de cuentas, entendemos que es una buena práctica contractual, notarial e incluso medular, regular en el contrato dicha rendición de cuentas a fin de garantizarle

a las partes el buen desarrollo y la transparencia de una de las obligaciones más importantes de este contrato a fin de evitar litigios posteriores.

Es importante a los efectos de la rendición de cuentas tener muy presente los impuestos que se daban pagar por los frutos que se obtengan.

Por ejemplo, el acreedor anticr tico que decida dar en arrendamiento el inmueble deberá tener cuenta el impuesto a la renta a las personas físicas. En nuestro país dicho impuesto significa un 10,5% sobre las rentas que superen los \$144.440 anuales (cerca de U\$S 5.000) (valores a 2017).

El Notario deberá para cada caso concreto considerar el impacto tributario en el negocio proyectado, con la finalidad de contemplar la viabilidad financiera del negocio.

VIII) OPORTUNIDAD Y CONVENIENCIA FRENTE A OTROS INSTITUTOS COMO LA HIPOTECA Y EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

La rendición de cuentas debe ser elaborada de forma muy precisa, con la finalidad de evitar eventuales litigios, dejando de manifiesto el real beneficio económico que la presente contratación ofrecerá a las partes. Vinculado a este tema encontramos la regulación legal de la usura, la cual impactará a la hora de determinar si se ha incurrido en la misma por una percepción indebida de frutos, con las graves consecuencias que la misma acarrea tanto en el ámbito civil como penal, cuyo desarrollo excede el objeto del presente trabajo.

En Uruguay, al ser un derecho personal, no atribuye las facultades de persecución y preferencias t picas de los derechos reales de garantía.

Haciendo caudal de las enseñanzas de diversos autores uruguayos, los mismos ponen en relieve las dificultades que llevan a que en la práctica este contrato sea utilizado con relativa poca frecuencia. JORGE PEIRANO²⁴ afirma que su desuso se debe por la calidad de personal que ostenta, resultando

²⁴ PEIRANO FACIO, Jorge. *Curso de contratos*. Montevideo: Centro de Estudiantes de Derecho, 1963. T.5, pp.135-136.

ineficaz frente a otros procesos como por ejemplo, el concurso. Tal cual fuere expresado con anterioridad en el presente, al carecer de derecho de prioridad y preferencia, “si la cosa que recibe el acreedor pasa por cualquier motivo a manos de tercero, el acreedor no tiene facultad de persecución. Tampoco acuerda derecho de preferencia, es decir, si se ejecuta la cosa dada en anticr sis, se cobrarán con su producido los acreedores anteriores.”. Por su parte GAMARRA²⁵ señala que carga al acreedor con las molestias y gastos de administración del bien, además de afianzar la idea de la rendición de cuentas como fuente de litigios y complicaciones así como privar al deudor de su bien, provocando su desvalorización.

Si el acreedor anticr tico opta por proceder a la ejecución forzada, debe restituir el bien objeto del contrato al deudor, pasando a estar en igualdad de condiciones con el resto de los acreedores quirografarios. Implica renunciar a su calidad de anticresista y convertirse en un acreedor común, sin privilegios y pudiendo ser desplazado por los acreedores hipotecarios.

En la doctrina extranjera se ha abordado el asunto. ANGEL CARRASCO PERERA²⁶ resalta que “los financiadores no querían ni quieren una garantía sobre fincas que les traslade los costes de gestión del inmueble, o que prive al deudor de sus activos susceptibles de producir rentas con las que pagar la deuda.”

La oponibilidad a terceros mediante la inscripción del contrato de anticr sis desvaloriza la propiedad ya que en una posible enajenación, el nuevo propietario no podrá tener acceso al goce ni a los frutos del bien.

Factor tiempo:

Una de las particularidades de la anticr sis en el derecho uruguayo es que no existe un plazo legal, ni máximo ni mínimo, de duración del contrato.

²⁵ GAMARRA, Jorge. Contratos. En: Gamarra, Jorge. *Tratado de derecho civil uruguayo*. 4a.ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2000. T.5, p.211.

²⁶ CARRETERO GARCÍA, Ana; CARRASCO PERERA,  ngel. «Los derechos de retención y anticr sis en la ley 19/2002 de Cataluña, de derechos reales de garantía», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2004, volumen 103, número 1, p.25.

De nada mencionarse, y siendo un contrato accesorio, se extinguirá por la extinción del principal que en este caso es el crédito.

Esta suerte también corre para aquellos contratos otorgados por el acreedor anticr tico, como puede ser el arrendamiento,

Entendemos saludable que al momento de crear el contrato analicemos esta variable a fin de darle una regulación que permita por una parte la satisfacción del crédito al acreedor, pero sin producirle un perjuicio al deudor al no poder contar con su bien por un tiempo demasiado extenso.

Será en función del negocio que llegue a nuestro escritorio analizar las diferentes variables que podamos otorgarle al contrato.

Factor knowhow

Para que el negocio resulte conveniente es fundamental que el acreedor anticr tico posea los conocimientos pertinentes a la explotación del inmueble objeto del negocio. Una mala evaluación de las competencias del acreedor podría devenir en dificultades y perdidas en la efectivización del cumplimiento del contrato, por ejemplo: la inexperiencia del acreedor en negocios agropecuarios – ganaderos cuando el inmueble sea una finca rural con los referidos destinos.

IX) PROPUESTA LEGISLATIVA PARA REVITALIZAR EL INSTITUTO DE ANTICRESIS.

En virtud de los estudios realizados en el presente desarrollo se han detectado numerosas dificultades para la implementación de la anticr sis, trasladables al ámbito de ejercicio práctico nacional, donde nos fuere expresado por Notarios de vasta experiencia que a pesar de ser un instituto que podría tener su utilidad, en los hechos es muy difícil se conciba la realización de un contrato con estas características.

La esencial modificación pregonada por los autores del presente trabajo consiste en dotar de forma inequívoca a la anticr sis de un derecho real, como

sucede en el derecho mexicano, argentino, entre otros. Esto convierte en estériles las discusiones doctrinarias de antaño acerca de su naturaleza del derecho que brinda este. Asimismo reforzando su potencialidad como instituto de garantía.

En México se concibe la anticr sis de la siguiente manera: “... **es un derecho real** que se concede a través de un contrato en el que el deudor entrega un inmueble de su propiedad al acreedor para que este goce de los frutos hasta que con el importe se tenga por pagada la deuda principal o los intereses.”²⁷ (el destacado es nuestro).

Resultado de la investigación de derecho comparado que llevamos a cabo, nos animamos a formular una solución legislativa de lege ferenda, relativa a la ampliación del ámbito objetivo de la anticr sis, tomando como base lo dispuesto por otros ordenamientos jurídicos, entre ellos, el del vecino país, la República Argentina. Con el arribo del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26994) vigente desde 1 de agosto de 2015, han acaecido considerables reformas a dicho instituto, dentro de las cuales encontramos al ámbito objetivo de aplicación.

A diferencia del Código Civil de Velez Sarsfielz, el actual Código toma como objeto no solo a los bienes raíces como sucedía en aquel régimen, sino que amplía el espectro incorporando a las **cosas registrables individualizadas**. La ampliación del objeto de aplicación con ese alcance no es ajena a nuestro ordenamiento, dado que ha sido recogida por otros institutos, como por ejemplo la ley de prenda sin desplazamiento (17228, publicada en el Diario Oficial el 24

²⁷ TAPIA RAMÍREZ, Javier. *Bienes (Derechos reales, derechos de autor y registro público de la propiedad)*. México: Porrúa, 2004, p. 99, citado por MÉXICO. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Tesoro Jurídico de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: vocabulario controlado y estructurado [Recurso electrónico]

Disponible en:

https://www.sitios.scjn.gob.mx/centrodedocumentacion/sites/default/files/tesauro_juridico_scjn/pdfs/00.%20Tesauro%20Juridico%20de%20la%20SCJN.pdf

de enero de 2000). Se infiere del artículo 3 de dicha norma que podrá ser objeto de prenda sin desplazamiento todo bien o derecho concretamente identificable.

X) CONCLUSIÓN.

El planteo del tema, tomando en cuenta todas las aristas involucradas en el mismo, nos pone en la posición de afirmar enérgicamente que para ser testigos de un renacer de la anticr sis en tan cambiante mundo de las garantías, es menester abocarse a esenciales reformas que dentro de ellas encontraremos a las ya mencionadas atribución de derecho real y ampliación del aspecto objetivo del multicitado instituto. El tiempo dir  si estas modificaciones surtieron efectos, pero ha de recalcarse que de no hacerlas estaremos frente a un cadáver jurídico cuya incandescencia ir  perdiendo lumbre hasta extraviar totalmente rastros de su existencia, ocupando apenas unos escasos párrafos insípidos en antiguos manuales que ya vaticinaban una desaparición inminente.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, Manuel. Introducción y parte general. En: Albaladejo, Manuel. *Derecho civil*. 11a.ed. Barcelona: Bosch, 1991. T.1,v.2.

ALEGRE DE MIQUEL, Jorge. *La anticresis: función y finalidad en el Código civil español y en el Código civil de Cataluña*. Tesis doctoral. [Barcelona]: Universitat Ramon LLull. ESADE-Dret, 2013.

Disponible en: <http://hdl.handle.net/10803/126533>

CAFARO, Eugenio B. «Aspectos del derecho anticr tico». *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, 1972, Tomo 3, pp.177-188.

CARRETERO GARCÍA, Ana; CARRASCO PERERA,  ngel. «Los derechos de retención y anticresis en la ley 19/2002 de Cataluña, de derechos reales de garantía», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2004, volumen 103, número 1, pp. 9-34.

CERRUTI AICARDI, Héctor Julio. *Contratos civiles*. Montevideo: Centro de Estudiantes de Notariado, 1958.

COUTURE, Eduardo J; PEIRANO FACIO, Jorge (rev.); SÁNCHEZ FONTANS, José (rev.). *Vocabulario jurídico: con especial referencia al derecho procesal positivo vigente uruguayo*. 2a.ed. Buenos Aires: Depalma, 1976.

FUENTES, Diego; GARCÍA RODRÍGUEZ, Nicolás; VALLES CAMILLI, Jessica. «De los doing business a las nuevas tecnologías:   El ocaso de la función notarial o un nuevo amanecer?». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, ene.-dic. 2015, Tomo 101, pp.47-57. 17^a Jornada del Notariado Novel del Cono Sur (Asunción del Paraguay: 20-22 ago.2015); 17a Congreso Notarial Paraguay; 10a Encuentro Nacional del Notariado Novel ISSN: 0376-5024
Disponible en: <http://biblioteca3.aeu.org.uy/digital/RAEU/100/101-1-47-57.pdf>

GAMARRA, Jorge. Contratos. En: Gamarra, Jorge. *Tratado de derecho civil uruguayo*. 4a.ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2000. T.5.

GREIF, Jaime. «Juicios sumarios “orales”». En: UNIVERSIDAD DE LA REPUBLICA (URUGUAY). FACULTAD DE DERECHO. INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL. *Curso de derecho procesal*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1988. Tomo 5, vol. 1, pp.115-144.

LARRAUD, Rufino. *Curso de derecho notarial: anotaciones y concordancias en relación al derecho positivo argentino por el Instituto Argentino de Cultura Notarial*. Buenos Aires: Depalma, 1966.

MÉXICO. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Tesoro Jurídico de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: vocabulario controlado y estructurado [Recurso electrónico]

Disponible en:

https://www.sitios.scjn.gob.mx/centrodedocumentacion/sites/default/files/tesauro_juridico_scjn/pdfs/00.%20Tesauro%20Juridico%20de%20la%20SCJN.pdf

MOLLA CAMACHO, Roque. «La interpretación y aplicación del derecho como manifestación de la función notarial creadora de derecho». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay* [Recurso en línea], jul.-dic.2001, Tomo 87, número 7-12, pp.211-235. 23  Congreso Internacional del Notariado Latino (Atenas: 30 set.-5 oct.2001) ISSN: 0376-5024

Disponible en: <http://biblioteca3.aeu.org.uy/digital/RAEU/080/087-7-211-235.pdf>

ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. Doctrina general del contrato. En: Ordoqui Castilla, Gustavo. *Tratado de derecho de los contratos*. Montevideo: Amalio M. Fernández, 2015. T.1, 1a.parte. ISBN 978-9974-8304-7-9.

PEIRANO FACIO, Jorge. *Curso de contratos*. Montevideo: Centro de Estudiantes de Derecho, 1963. T.5.

YGLESIAS, Arturo. *Derecho de las cosas: la posesión y sus circunstancias*. 2a.ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008. T.2, v.1. ISBN 9974-2-0675-5.

PONENCIA

En este trabajo intentamos reflejar los siguientes puntos:

En primer lugar, retomar un contrato que muchas veces queda relegado en su estudio. Analizar las razones y entender que por más que su aplicabilidad es reducida, puede brindarnos resultados deseados por las partes y ser así una solución válida.

Sin perjuicio de esta visión, entendimos que el contrato de anticresis en el Uruguay debe sufrir ciertas modificaciones a fin de aggiornarse y volver a ser un contrato que brinde soluciones de forma más recurrente.

Este punto no permitió llegar a las siguientes conclusiones:

El legislador debería modificar el Código Civil Nacional dotando a la anticresis de un derecho de carácter real como garantía. Tal atributo (derecho real) es la que le da seguridad al acreedor para poder otorgar el crédito y activar esa dinámica crediticia y productiva.

En otro orden de circunstancias entendimos fructífero ampliar el espectro de los bienes pasibles de ser otorgados en anticresis, siendo los mismos todos aquellos perfectamente identificables, tanto sean bienes muebles o inmuebles, corporales o incorporales, siendo así el límite de esta garantía, la imaginación de las partes para poder obtener un rédito económico cuya ecuación satisfaga a ambas partes.