



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

Carrera de Abogacía

**VARIANTES Y PROBLEMAS DE LA DONACIÓN DE INMUEBLE CON
RESERVA DE USUFRUCTO**

2013

Tutor: Dra. Orzábal, Josefina C.

Alumno: Federico Eduardo Donati

Título al que aspira: Abogado

Fecha de Presentación: Febrero de 2013

1. Resumen

En el presente trabajo estudiaremos las variantes y problemas de la donación de inmuebles con reserva de usufructo.

A través del desarrollo del mismo intentaremos explicar, en el primer capítulo, conceptos generales del contrato de Donación. Entendemos indispensable contar con ciertas nociones básicas respecto de dicha figura contractual. La naturaleza jurídica de la donación. Consideramos que es importante tener en cuenta, cuáles son sus características y efectos esenciales. Haciendo mención sobre las liberalidades que no son donaciones. Es decir que nos detenemos para hacer un estudio pormenorizado de dicho contrato.

Avanzando con el estudio del trabajo, consideramos relevante referirnos, en el segundo capítulo, a nociones particulares respecto de la figura jurídica que se presenta en el tema planteado. Es por ello, que nos ocupamos específicamente de estudiar y desarrollar, de manera precisa el derecho real de usufructo, su concepto, caracteres, clases.

Al desarrollar los dos primeros capítulos nos dedicamos a profundizar en el análisis del contrato de donación y el derecho real de usufructo.

Contar con esta visión nos permitirá formar una idea clara, para luego inmiscuirnos específicamente en el estudio del presente trabajo.

Avanzando técnicamente en el tema, en el tercer capítulo, nos pareció importante explorar sobre asentimiento conyugal. Los derechos de los cónyuges respecto del asentimiento en bienes propios, ya sea del cónyuge titular, como el no titular.

En dicho capítulo, planteamos las situaciones especiales de la donación de inmueble con reserva de usufructo. Nos referimos a la constitución de usufructo sobre

bienes gananciales, el asentimiento del cónyuge no titular y la donación al hijo. Por último, planteamos los diferentes problemas que se pueden llegar a dar en base a esta figura.

Finalmente, luego de llevar a cabo un análisis acerca del tema, en el Capítulo IV nos encargaremos, de las falencias en torno a las variantes de la constitución de usufructo, y propenderemos la realización de una propuesta superadora, como lo es, la utilización del procedimiento de doble paso con modalidad de cargo impuesto a la donación. Explicaremos dicha propuesta y trataremos de demostrar que a través de la misma, se evitarían los problemas que se podían llegar a dar.

2. Estado de la cuestión

Consideramos primordial llevar a cabo un análisis acerca de las nociones históricas y los orígenes del contrato de donación y del derecho real de usufructo, trayendo a colación breves nociones y concepto del derecho comparado al respecto.

Dalmacio Vélez Sarsfield, separándose del Código civil francés, entendió que la donación era un contrato y como consecuencia de ello, su regulación debía ubicarse en ese título y no en la parte correspondiente a las disposiciones de última voluntad.

En nuestro Código Civil se encuentra regulado en el Libro II sección tercera, siendo considerado un contrato.

A grandes rasgos se distingue del testamento por las siguientes cuestiones: es un acto entre vivos (no existen las donaciones mortis causa); la donación tiene efectos legales desde que es aceptada por el donatario; en cambio, el testamento, solo después de la muerte de quien dispone. En cuanto a la forma, la donación es esencialmente formal cuando versare sobre inmuebles, y es no formal en cuanto a las donaciones manuales. El testamento

está sujeto siempre a las formalidades que la ley establece al respecto. Por último, en cuanto a la revocación, la donación es esencialmente irrevocable; es decir, solo está admitida la revocación por causales previstas especialmente en la ley. El testamento, en cambio, es esencialmente revocable y está sujeto a las disposiciones del código al respecto.

Considerando los antecedentes históricos de este contrato y centrándonos específicamente en el derecho Romano, la teoría de las donaciones fue vinculada con los pactos legítimos.

Las legislaciones que fueron dictadas con posterioridad, debido a la estrecha relación existente entre las donaciones y los testamentos, regularon sus disposiciones en Títulos o Secciones de una misma reglamentación. Esta íntima relación está dada porque la donación es un acto a título gratuito o una liberalidad, hecha por una persona visible o de existencia ideal, y es consecuencia de poseer un carácter común.

Acerca de si la donación configura o no un contrato encontramos diferentes posturas de estudiosos en la materia. Así Justiniano, en el Digesto, conceptuó a la donación como si se tratara de un contrato.

El Código de Teodosio, sentó el principio "*donner et retenerne vatu*", mencionando que para la existencia de la donación era necesario la entrega material de la cosa, reconociendo de esta forma semejanza con los llamados contratos reales de nuestro derecho.

Ya a fines de la Edad Media y principios de la Edad Moderna los juristas comenzaron a analizar la figura jurídica de la donación. De esta forma nacieron las Escuelas de Cujas en el siglo XVII y de Furgole en el siglo XVIII, para quienes importaba

un acto complejo, debido a que no podía encuadrarse dentro de los contratos ni de los actos de disposición de última voluntad.

Por su parte Savigny, adoptó estos principios y manifestó que no se trataba de una figura jurídica fija, sino que puede corresponder a distintas clases.

Considerando el tratamiento de la donación en otros países del mundo, estudiamos que en algunas legislaciones, este instituto aparece con el nombre de disposición, dejando de lado de esta forma tanto el concepto de acto de liberalidad como el de relación contractual.

Tal es así que los Códigos de Alemania y Suiza adoptaron tal criterio, mientras que el Código Napoleónico la denomina “acto” y la encuadra dentro de los actos de disposición de última voluntad. Por su parte el Código Italiano la define como un contrato, en virtud del cual una de las partes, por espíritu de liberalidad y, por lo tanto, espontáneamente procura a la otra parte un enriquecimiento.

En la normativa española el carácter contractual resulta de la necesidad de que la otra parte acepte la donación.

Analizando los orígenes del derecho real de usufructo, estudiamos que ya fue conocido en el Derecho Romano, y surgió para proteger a la viuda en el siglo IV a. C, cuando dejó de usarse el matrimonio *cum manu*, por el cual la mujer se incorporaba a la familia del marido, adquiriendo en ella, derechos hereditarios. En el matrimonio *sine manu*, la mujer conservaba los derechos sucesorios de su propia familia, y, por lo tanto, al morir el marido, podía quedar desprotegida.

Fue considerada una servidumbre personal, entendida como la sumisión de una cosa al uso y goce de quien no es su propietario, y por lo tanto gratuita, al tratarse de una carga sobre esa cosa. Actualmente, no se la considera una verdadera servidumbre, ya que el artículo 686 del Código Civil Francés prohibió que las servidumbres se establecieran en beneficio de personas, permitiéndose solo entre fundos.

En nuestra normativa, el Código Civil Argentino, si bien no se coloca al usufructo entre las servidumbres, existe la posibilidad de que existan de servidumbres personales en el artículo 2972.

Así es que el artículo 2807, del código Civil argentino, define el usufructo como el derecho real de usar y gozar de una cosa ajena, sin alterar su sustancia. Esta noción es idéntica a la romana, que, por lo tanto implica un desmembramiento del dominio, donde el propietario conserva la nuda propiedad (continúa siendo el legítimo dueño de la cosa) pero no puede usar y gozar de ella, pues esto le corresponde al usufructuario, quien puede usar de la cosa, y percibir sus frutos, pero no disponer de ella.

Respecto de la donación de bienes inmuebles con reserva de usufructo a otorgar por uno de los cónyuges a favor del hijo y con la intención de que este quede de por vida a nombre de ambos cónyuges, con o sin derecho de acrecer; debemos tomar en consideración distintas nociones que serán detalladas en siguiente subtítulo.

3. Marco teórico

En primer lugar tomaremos el concepto que nos brinda el Código Civil sobre el contrato de donación. De acuerdo al artículo 1789¹ existe contrato de donación cuando una parte, denominada donante, por un acto entre vivos se obliga a transferir voluntaria y gratuitamente a otra, llamada donatario, la propiedad de una cosa.

El contrato de donación se caracteriza por ser consensual, unilateral, gratuito, formal, irrevocable y típico.

Al ser la forma uno de los caracteres notorios del contrato de donación siempre que su objeto recaiga sobre cosa inmueble o prestaciones periódicas o vitalicias, el mismo debe ser exteriorizado en escritura pública bajo pena de nulidad, conforme a lo dispuesto por el art. 1810² del Código Civil.

¹Art. 1.789. Habrá donación, cuando una persona por un acto entre vivos transfiera de su libre voluntad gratuitamente a otra, la propiedad de una cosa.

²Art. 1.810. Deben ser hechas ante escribano público, en la forma ordinaria de los contratos, bajo pena de nulidad:

1° las donaciones de bienes inmuebles;

2° las donaciones de prestaciones periódicas o vitalicias.

Respecto de los casos previstos en este artículo no regirá el artículo 1185.

Las donaciones al Estado podrán acreditarse con las constancias de actuaciones administrativas.

Las demás figuras tratadas en el presente trabajo como lo son, el Derecho Real de Usufructo y el Asentimiento conyugal, son definidas por el Código Civil de la siguiente manera:

- Derecho Real de Usufructo: “El usufructo es el derecho real de usar y gozar de una cosa, cuya propiedad pertenece al otro, con tal que no se altere su substancia” (Art. 2807).
- Asentimiento Conyugal: “Es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o gravar los bienes gananciales cuando se trate de inmuebles, derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria, aportes de dominio o uso de dichos bienes a sociedades, y tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión de éstas. Si alguno de los cónyuges negare sin justa causa su consentimiento para otorgar el acto, el juez podrá autorizarlo previa audiencia de las partes.

También será necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio de uno de ellos, en que está radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces. Esta disposición se aplica aun después de disuelta la sociedad conyugal, trátase en este caso de bien propio o ganancial.

El juez podrá autorizar la disposición del bien si fuere prescindible y el interés familiar no resulte comprometido”(Art. 1277).

En el tema que nos ocupa refiere a la realización de un contrato de donación por parte de uno de los padres a favor de su hijo, con la particularidad de la reserva de usufructo de por vida a favor de ambos cónyuges.

El derecho real de usufructo forma parte de los denominados derechos reales de disfrute o goce sobre cosa ajena. Su razón de ser, de acuerdo a Beatriz Aréan³, radica en que el titular obtiene directamente de la cosa una utilidad mayor o menor, pero sin alcanzar nunca a la disposición material ni al uso y goce con posibilidad de alterar la sustancia o cambiar el destino de la cosa.

Nuestro Código Civil en el artículo 2807⁴ conceptualiza al usufructo como el derecho real de usar y gozar de una cosa, cuya propiedad pertenece a otro, con tal que no se altere su sustancia.

Dentro de sus generalidades podemos decir que el usufructo es el derecho real de goce o disfrute sobre cosa ajena que reconoce el contenido más amplio, ya que, si se lo considera con relación a los derechos reales en general, debe ubicárselo luego del dominio, como surge de la enumeración contenida en el art. 2503 del Código Civil.

Beatriz Arean⁵, en la obra citada precedentemente, enuncia las notas típicas del usufructo. Así, se caracteriza por ser un derecho real que recae sobre una cosa ajena ya que

³AREÁN Beatriz, Derechos reales, 2 tomos, Hammurabi Jose Luis Depalma editor, 6º edición renovada y ampliada. Año: 2003. Buenos Aires

⁴Art. 2.807. El usufructo es el derecho real de usar y gozar de una cosa, cuya propiedad pertenece a otro, con tal que no se altere su substancia.

⁵AREAN BEATRIZ, Op.cit Nota 5

su constitución convierte al dominio en imperfecto, y al dueño en nudo propietario. Es un derecho de uso y goce dado que su contenido es amplio, por cuanto concede al titular dos de los clásicos *iures*: el *iusutendi yiusfruendi*, quedando solo al nudo propietario *eliusabutendi*.

Otra característica gira en torno a la no alteración de la substancia de la cosa sobre la cual recae el derecho. Es decir que, si bien el usufructuario puede usar y gozar de la cosa, el ejercicio de tales facultades no es tan amplio como el del dueño, ya que aparece limitado por el principio de *salva rerumsubstantia*.

Es un derecho temporal, dado que el plazo máximo de duración es la vida de su titular, sea que se haya establecido como vitalicio, como ocurre en nuestro caso en análisis, o bien sin que se haya fijado término o que habiéndose estipulado, se produzca antes del vencimiento la muerte del usufructuario. Se caracteriza además por su intransmisibilidad, ya que no se transmite a sus herederos, pues se extingue con la muerte de su titular. Tampoco puede ser transferido por actos entre vivos, aun cuando sea posible la cesión de su ejercicio.

El derecho real de usufructo puede ser constituido de diferentes modos de acuerdo al artículo 2812⁶ del Código Civil:

⁶Art. 2.812. El usufructo se constituye:

1° Por contrato oneroso o gratuito;

2° Por actos de última voluntad;

3° En los casos que la ley designa;

4° Por prescripción.

- Por contrato oneroso o gratuito: Se trata en ambos casos de un contrato atípico. En caso de duda rige la presunción de gratuidad.
- Por actos de última voluntad: se constituye por testamento y en caso de duda se presume gratuito. Se adquiere a la muerte del testador
- En los casos que la ley designa: usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos que se encuentran bajo patria potestad.
- Por prescripción: Es un supuesto poco frecuente ya que quien reúna los requisitos para usucapir preferirá adquirir el dominio y no el usufructo, dado que el primero es el derecho real con mayores facultades por excelencia.

Enseña Marina Mariani de Vidal⁷ en su obra que el contrato de constitución del usufructo puede ser oneroso o gratuito, presumiéndose oneroso en caso de duda y produciéndose la adquisición del usufructo con la tradición de las cosas, tal como sucede en el derecho real de dominio.

El supuesto del contrato oneroso está previsto en el art. 2813⁸. A pesar de lo que parecería desprenderse de la norma, no estaríamos frente a una venta, una permuta, una transacción, una partición, etc., sino frente a un contrato atípico de constitución de usufructo, al que le son aplicables, en cada caso, las reglas de la institución con la que guarde mayor similitud.

⁷MARIANI DE VIDAL, Marina, Derechos reales -tomos 1,2 y 3 ,Edición: 7 ,Editorial: Zavallía Año: 2004

⁸Art. 2.813. Es establecido por contrato oneroso, cuando es el objeto directo de una venta, de un cambio, de una partición, de una transacción, etcétera, o cuando el vendedor enajena solamente la nuda propiedad de un fundo, reservándose su goce.

En lo que respecta a la constitución del usufructo por contrato gratuito, entendemos también que se trata de un contrato atípico. Como tal le son aplicables las reglas establecidas para el contrato de donación que hemos conceptualizado up supra.

El artículo 2814 nos enumera los siguientes supuestos o tipos de constitución:

- El propietario enajena la nuda propiedad reservándose el uso y goce.
- El propietario enajena el uso y goce reservándose la nuda propiedad.
- El propietario enajena a una persona la nuda propiedad y a otra el uso y goce.

Destacamos el supuesto primero por ser el que en particular nos ocupa.

En torno a la situación planteada debemos evaluar la intención de quien dona la nuda propiedad de un inmueble, propio o ganancial, pretendiendo que la misma se transfiera al hijo y el derecho real de usufructo quede constituido en forma vitalicia a nombre del donante y su cónyuge, exista o no derecho de acrecer.

Recordamos que la forma impuesta para dicho negocio jurídico es la escritura pública, porque su objeto recae sobre una cosa inmueble.

Al respecto, Mario Zinny, en una de sus obras⁹, explica que la situación planteada por las partes contratantes es satisfecha por los escribanos por medio de distintos procedimientos.

⁹ZINNY Mario Antonio “Casos Notariales”, 2ª Edición. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1995

Por un lado, un primer procedimiento consiste en la donación llevada a cabo por ambos cónyuges de la nuda propiedad de un inmueble, co disponiendo de ella, y reservándose ambos el usufructo.

Para cumplir con lo dispuesto por las normas registrales deben expedirse, en primer lugar un certificado de dominio a nombre del cónyuge titular así también como uno de libre inhibición a nombre del cónyuge no titular.

El segundo procedimiento planteado se realiza mediante un contrato de donación, constituyéndose como parte donante, el cónyuge titular del inmueble con el debido asentimiento del no titular y luego la reserva de usufructo para ambos. Vale decir, que en este supuesto, registralmente solo se solicita certificado de dominio a nombre del cónyuge titular.

El autor citado anteriormente nos sugiere descartar ambos procedimientos.

En el primero la co disposición resulta inadmisibles en el caso de que se trate de un bien propio y no se compadece tampoco con el régimen de la titularidad y disposición que la ley ha previsto especialmente para los bienes gananciales adquiridos por uno de los cónyuges. (Arts. 1276 y 1277¹⁰ del Código Civil; Arts. 5 y 6¹¹ de la ley 11.357).

¹⁰ Art. 1.276. Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo, con la salvedad prevista en el artículo 1.277.

Si no se puede determinar el origen de los bienes o la prueba fuere dudosa, la administración y disposición es conjunta del marido y la mujer. El juez podrá dirimir los casos de conflicto.

Uno de los cónyuges no podrá administrar los bienes propios o los gananciales cuya administración le está reservada al otro, sin mandato expreso o tácito conferido por éste. El mandatario no tendrá obligación de rendir cuentas.

Art. 1.277. Es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o gravar los bienes gananciales cuando se trate de inmuebles, derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma

Analizando lo previsto legalmente en dicho régimen, el cónyuge no titular del dominio del inmueble, que realiza una co disposición de la nuda propiedad del mismo, está disponiendo y haciendo una reserva de lo que no le pertenece.

No podría verse ratificada en forma tácita por un acto de disposición y reserva del cónyuge titular, por cuanto, en tal caso, la ratificación pasaría a encubrir una transferencia, ya sea onerosa o gratuita, entre cónyuges, lo que la ley sanciona con la nulidad.

Ricardo Dutto¹² nos explica que el régimen de la sociedad conyugal en nuestro derecho tiene carácter legal porque se prevé expresamente por la ley; imperativo, porque está organizado en base a normas que, en casi su totalidad, son de orden público y, en consecuencia, no pueden ser modificadas por voluntad de los cónyuges; y por último, forzoso dado que la sociedad conyugal nace al momento de contraer matrimonio y deben los cónyuges someterse a este régimen.

obligatoria, aportes de dominio o uso de dichos bienes a sociedades, y tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión de éstas. Si alguno de los cónyuges negare sin justa causa su consentimiento para otorgar el acto, el juez podrá autorizarlo previa audiencia de las partes.

También será necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio de uno de ellos, en que está radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces. Esta disposición se aplica aun después de disuelta la sociedad conyugal, trátase en este caso de bien propio o ganancial.

El juez podrá autorizar la disposición del bien si fuere prescindible y el interés familiar no resulte comprometido.

¹¹ Artículos 5 y 6- Ley 11357. ARTÍCULO 5.- Los bienes propios de la mujer y los bienes gananciales que ella adquiera no responden por las deudas del marido, ni los bienes propios del marido y los gananciales que él administre responden por las deudas de la mujer.

ARTÍCULO 6.- Un cónyuge sólo responde con los frutos de sus bienes propios y con los frutos de los bienes gananciales que administre, por las obligaciones contraídas por el otro, cuando sean contraídas para atender las necesidades del hogar, para la educación de los hijos, o para la conservación de los bienes comunes.

¹²DUTTO J. RICARDO, Manual doctrinal y jurisprudencial de familia, Editorial Juris, Rosario, Año 2005, página 231 y siguientes.

Luego el autor enumera los siguientes caracteres respecto de la misma:

- Régimen legal, imperativo y forzoso: ya explicado anteriormente.
- Relativamente inmutable: Dado que no pueden realizarse modificaciones en el transcurso de la vida de dicha sociedad, salvo lo concerniente a la separación judicial de bienes.
 - Comunidad restringida a los bienes gananciales: Se refiere a aquellos bienes adquiridos a título oneroso luego de celebrado el matrimonio.
 - Administración o gestión separada: El principio general es que el cónyuge titular registral administra los bienes gananciales, aparte de sus bienes propios.
 - Con elementos de gestión conjunta: Se refiere a aquellos bienes en que los cónyuges son co titulares, con lo cual lo administran ambos. Frente al supuesto de disposición se necesita el asentimiento del otro cónyuge.
 - De separación de deudas: Remitimos en cuanto a esto a la nota al pie en la cual transcribimos textualmente los artículos 5 y 6 de la ley 11.357¹³ "Ampliación de la capacidad civil de la Mujer"
 - De partición por mitades: Al momento de la disolución de la sociedad conyugal la partición de los bienes debe ser realizada por mitades.

Junto a estos conceptos aportados por el autor podemos concluir que la transferencia planteada anteriormente conlleva a la nulidad como sanción ya sea la misma efectuada a título oneroso o gratuito.

¹³Op. Cit Nota N°11.

La nulidad en cuestión solamente afecta al usufructo del cónyuge no titular de dominio, por burlar el régimen anteriormente detallado. No se afecta sin embargo la nuda propiedad del donatario, ya que su título sigue siendo perfecto.

El segundo de los supuestos explicados también resulta inadmisibles de llevar a cabo, ya que la reserva de usufructo a favor de ambos cónyuges efectuada por uno de ellos; titular de dominio que dispone de la nuda propiedad; equivale asimismo a que el usufructo se transfiera por uno de los cónyuges al otro.

Siguiendo al autor antes citado decimos que entre los cónyuges existen contratos prohibidos, cuya realización tiene como efecto la nulidad absoluta de los mismos; contratos permitidos, que pueden ser llevados a cabo sin obstáculos y contratos discutidos, en los cuales existen posturas variadas creadas por la doctrina.

Dentro de los contratos prohibidos hallamos la donación, la compraventa, el mutuo, cesiones de créditos, la constitución de derechos reales de uso y goce sobre cosa ajena, renta vitalicia y permuta. Los mismos son proscriptos por la ley porque se vulnera el régimen legal de la sociedad conyugal y conlleva a conflicto de intereses burlando así derecho y causando perjuicios a terceros.

El problema que planteamos radica en torno al fallecimiento del padre donante. El hijo bien puede pretender consolidar la nuda propiedad, logrando de este modo el pleno dominio sobre la totalidad del inmueble. La madre no podría aspirar en este supuesto, a gozar de un usufructo que no le pertenece legalmente ni que tampoco pudo haber adquirido, dado que la transferencia que le podría haber dado origen está reprobada por la ley.

Lo mismo sucede si quien desea consolidar la nuda propiedad es un acreedor del hijo por medio de la llamada acción subrogatoria.

El procedimiento de doble paso ha sido una posible solución a este problema.

Podemos conceptualizar este procedimiento como el mecanismo por medio del cual el cónyuge titular del inmueble realiza una donación, con el debido asentimiento conyugal del no titular, de la plena propiedad a su hijo. A su vez este último se obliga a la constitución inmediata de un usufructo vitalicio, con o sin derecho de acrecer, a favor de ambos padres.

Apunta Mario Zinny¹⁴, en la obra citada precedentemente, que esta constitución de usufructo puede ser gratuita, o si se le quiere reducir el costo, onerosa. La reducción del costo en la constitución onerosa se funda en que en nuestra Provincia el costo depende del monto que se fije por las partes, no importando lo reducido que sea. En cambio en la gratuita el costo se fija en miras al avalúo fiscal.

Este sistema de doble paso no soluciona por completo el problema planteado, ya que el nieto del donante puede entrar en escena intentando respecto de sus abuelos la colación del usufructo gratuito, o bien alegar que existe una simulación en el oneroso o una lesión por el posible monto irrisorio.

Recurriendo a los conceptos aportados por la teoría general de los contratos y, más ampliamente, de los actos jurídicos, es que nos centramos en una de las modalidades del contrato de donación que es el cargo.

El cargo, es una obligación accesoria impuesta a quien recibe una liberalidad.

¹⁴Op.cit Nota N° 11

Las donaciones con cargo son aquellas en las que se le impone al donatario el cargo de cumplir una prestación a favor del donante o de un tercero. Son onerosas en lo que al cargo respecta y gratuitas en lo que excedan.

En nuestro caso en estudio, con el cargo se lograría que el hijo no constituya usufructo porque así lo desea, sino porque existe una obligación impuesta por el donante que debe ser cumplida, dejando de lado las posibles pretensiones que pudiera tener el nieto.

Entendemos fundamental documentar el cargo en la misma escritura de donación para que quede debidamente asentado y se eviten inconvenientes respecto del título.

La donación puede ser revocada en el caso de que el donatario no cumpla con el cargo impuesto. Así lo prevén los artículos 1849 y 1852 ¹⁵los cuales citaremos al pie.

De este modo queda concluido brevemente el conjunto de conceptos que emplearemos a lo largo del presente trabajo.

4. Introducción

El tema a tratar se ubica en de la rama del Derecho Privado, precisamente en el área de los Derechos Reales, abarcando a través del problema que plantearemos a continuación nociones de Contratos civiles, tales como la donación y su instrumentación y el Derecho de Familia, al centrarse en el régimen de bienes de la Sociedad conyugal.

En el presente trabajo observaremos la intención de quien dona la nuda propiedad de un inmueble, ya sea propio o ganancial de su titularidad, transfiriéndola luego a su hijo y

¹⁵ 1848 – 1852. Art. 1.848. La donación aceptada, sólo puede revocarse en los casos de los artículos siguientes. Art. 1.852. El derecho de demandar la revocación de una donación por inejecución de las cargas impuestas al donatario, corresponde sólo al donante y a sus herederos, sea que las cargas estén impuestas en el interés del donante o en el interés de terceros, y que consistan ellas o no en prestaciones apreciables en dinero.

constituyendo usufructo a favor de por vida a nombre del donante y su cónyuge, con o sin derecho de acrecer.

Entendemos relevante el estudio de este tema ya que es una figura utilizada frecuentemente en el mundo jurídico y al poder ser contemplada a través de diferentes variantes y procedimientos identificamos distintos inconvenientes que merecen ser estudiados.

Así desde el punto de vista de la doctrina notarial, la figura ha sido contemplada por los siguientes procedimientos:

- Donación de ambos cónyuges de la nuda propiedad co - disponiendo de ella, y reservándose para sí el usufructo por medio de un certificado registral de dominio a nombre del cónyuge titular y uno de libre inhibición a nombre del cónyuge no titular.
- Donación del cónyuge titular, con el “asentimiento” en su caso del no titular, y reserva de usufructo para ambos solicitando solamente certificado registral de dominio a nombre del cónyuge titular.

Estos procedimientos no pueden llevarse a cabo.

Por un lado, el primero resulta inadmisibles en el caso de que se trate de un bien propio, al no corresponderse con el régimen de titularidad y disposición que la ley ha previsto en cuanto a los bienes gananciales adquiridos por uno de los cónyuges (arts. 1276 y 1277¹⁶ del CC. Art. 5 y 6¹⁷ de la Ley 11.357)

¹⁶Op.cit Nota N° 12

¹⁷Op.cit Nota N° 13

En dicho régimen se establece que el cónyuge no titular del dominio del inmueble, que co dispone de la nuda propiedad del mismo, y se reserva su usufructo, está disponiendo y haciendo reserva de lo que no le pertenece. No puede sostenerse que esta disposición y reserva de derechos se halle tácitamente ratificada por el acto de disposición y reserva del cónyuge titular, y en tal caso la ratificación pasaría a encubrir una transferencia entre los cónyuges, transferencia reprobada por la ley y sancionada con la nulidad ya sea concretada a título oneroso (CC Arts. 1358, 2836) o a título gratuito (CC. Art. 1807 inc 1 y 2837).

Debemos considerar que la nulidad en cuestión solo afecta al usufructo del cónyuge no titular del dominio y no a la nuda propiedad del donatario, cuyo título es perfecto.

En el segundo caso también resulta inadmisibile dado que la reserva del usufructo a favor de ambos cónyuges efectuada por uno de ellos (titular dominial que dispone de la Nuda propiedad) es lo mismo que el usufructo se transfiera por uno de los cónyuges al otro.

El problema radica en torno a este tipo de fórmulas y la especulación que cabe en la posibilidad de que los jueces juzguen con amplitud y benevolencia las mismas.

Se plantea el problema en torno a qué ocurriría, en efecto, si el padre do nante fallece y el hijo, nudo propietario, pretende el dominio pleno del total del inmueble, alegando que mal puede la madre aspirar a un usufructo que no pudo reservarse por no pertenecerle, ni le pudo ser transferido por estar prohibida esta transferencia.

Más aún se agrava la situación si quien pretende consolidar la nuda no es propio hijo, sino un acreedor suyo.

Otro problema en torno a esta situación se presenta en el caso que el cónyuge titular done con asentimiento del no titular la plena propiedad al hijo, y este de inmediato constituya usufructo vitalicio, con o sin derecho de acrecer a favor de sus padres.

Pero de inmediato notamos que el problema subsiste en torno de que el hijo del hijo, pueda posiblemente, intentar respecto de sus abuelos una colación de usufructo gratuito o plantear una simulación del oneroso.

A modo de hipótesis intentaremos demostrar que, a través de un procedimiento de “doble paso” con modalidad de cargo, impuesto a la donación se evitarían los problemas apuntados.

De este modo, con el cargo, se lograría que el hijo no constituya el usufructo porque lo desea sino porque se lo impone el donante, con lo cual quedan automáticamente excluidas otras pretensiones.

Como posible solución a la situación problemática planteada anteriormente sugerimos que el cónyuge titular del dominio done al hijo la plena propiedad del inmueble, con el asentimiento, en su caso, del no titular y el cargo de que el donatario constituya usufructo vitalicio y gratuito a favor de ambos con o sin derecho de acrecer.

Otro aporte sería asentar el cumplimiento del cargo debidamente documentado en la escritura de donación, sin perder de vista, que el incumplimiento del cargo provoca la revocación de la misma.

Teniendo en cuenta lo anteriormente redactado nos planteamos los siguientes objetivos generales:

- Explorar el tratamiento de la donación de inmueble con reserva de usufructo a otorgar por uno de los cónyuges a favor del hijo, sus variantes, fórmulas de redacción en la escritura y regulación legal.

A su vez nos planteamos como objetivos específicos los que se expresan a continuación:

- Analizar el tratamiento de la donación con reserva de usufructo en nuestro Código Civil.
- Explorar las posibles falencias en torno a las variantes de constitución de usufructo y el respeto a las disposiciones atinentes al régimen de bienes de la legislación vigente.
- Procurar posibles soluciones en torno a las dificultades presentadas.
- Contribuir al logro de una propuesta superadora tendiente a solucionar las situaciones problemáticas anteriormente planteadas.

Capítulo I

Nociones particulares del contrato de donación

SUMARIO: 1.Introducción. DONACION: 1.1 Concepto. 1.2 Caracteres. 2. Promesa gratuita de bienes para después de la muerte. 3. Liberalidades que no son donaciones. 3.1 Animus donandi. 3.2 Negocios mixtos con donación.3.3 Naturaleza jurídica de la donación. 4. Elementos del contrato de donación. 4.1Consentimiento. 4.2 Capacidad. 4.3 Incapacidad para donar. 4.4 Incapacidad para recibir donación. 4.5. La prohibición de donaciones entre esposos. 5. La justificación de la prohibición. 6. Objeto. 6.1 Cosas que pueden ser donadas. 7. Forma de las donaciones. Art. 1810. 7.1 Formas de la aceptación. 7.2Donación como acto solemne. 8. Prueba. 9. Clases de donaciones. 9.1 Enumeración y breve noción. 9.2 Donación con cargo. 9.3 Régimen legal. 9.4 Inejecución del cargo y acciones. 9.5 Donaciones inoficiosas 10. Efectos delas donaciones.10.1 Obligaciones y derechos de las partes. 11. Revocación de la donación.11.1 Incumplimiento de cargo. 11.2 Requisitos para el ejercicio de la acción.12. Efectos de la revocación.13. Límites a la responsabilidad del donatario. 14. Conclusiones.

1. Introducción

En el presente capítulo nos encargaremos de explicar minuciosamente y en forma detallada el contrato de donación.

Consideramos que el conocimiento de tal instituto nos proporcionará los elementos necesarios para avanzar en el problema planteado y procurar una solución al respecto

Nos ocuparemos de sus caracteres generales y luego de nociones específicas que nos permitirán dilucidar aquellos aspectos fundamentales para ubicarnos conceptualmente en la materialización de las escrituras de donación con reserva de usufructo.

Exploraremos además notas típicas de las donaciones sujetas a modalidades, en especial, la donación con cargo, con el objeto de evaluar la posibilidad de llevar a cabo una propuesta superadora en torno al tema planteado contando teóricamente con esta modalidad del contrato.

Estudiaremos los fundamentos de las donaciones entre esposos, especialmente los motivos y causales de su prohibición legal.

1.1 Donación. Concepto :

Para conceptualizar el contrato de donación tomaremos en cuenta lo dispuesto por el Código Civil en el Art. 1789¹⁸. Así el mismo dispone que habrá donación cuando una persona por un acto entre vivos transfiera de su libre voluntad gratuitamente a otra, la propiedad de una cosa.

Consideramos que de esta definición pueden desprenderse estos elementos:

¹⁸Art. 1.789. Habrá donación, cuando una persona por un acto entre vivos transfiera de su libre voluntad gratuitamente a otra, la propiedad de una cosa.

1) Es un acto entre vivos. Los actos de última voluntad (testamentos) tienen un régimen legal distinto. No hay donaciones para después de la muerte.

2) Obliga a transferir la propiedad de una cosa.

Considera parte mayoritaria de la doctrina que esto no es del todo exacto, ya que el solotítulo no basta para producir ese efecto, sino que es necesaria la tradición, y para q sea oponible a terceros, tratándose de inmuebles, también se requiere la inscripción registral. Vale aclarar que el error se origina en la fuente en la que se valió Vélez, el Código Civil Francés, donde basta el título para que opere la transferencia de la propiedad

Solo las cosas pueden ser objeto de donación. Por lo tanto, si se trata de transmisión gratuita de un derecho, habrá cesión y no donación, aunque el régimen legal es análogo. Análogo, pero no igual porque hay algunas diferencias, particularmente en lo que atañe a la forma.

Tampoco hay donación por la transferencia o constitución gratuita de cualquier Derecho Real o personal sobre una cosa que no sea el derecho de propiedad (donde no hay enajenación no hay donación).

3) La transferencia debe ser a título gratuito sea que hay un desprendimiento de los bienes. Sin compensación por la otra parte (aunque esta regla no es absoluta). Es posible que el contrato de donación obligue al donatario a hacer o pagar algo, sea en beneficio del donante o de un tercero. Esto no altera la esencia gratuita del acto. Sin embargo, a veces el cargo tiene tal importancia que la gratuidad del contrato queda desvirtuada casi totalmente; aquí se roza al problema de *hegotiummixtum cum donatione*.

1.2 Caracteres:

Conforme a Noemí Nicolau¹⁹, en el régimen de nuestro Código, la donación presenta los siguientes caracteres:

a) Es un contrato a título gratuito: Ya que no hay contraprestación del donatario. El cargo que suele imponer a veces el donante no tiene carácter de contraprestación sino de obligación accesoria. Tampoco desvirtúan el carácter gratuito del contrato algunas obligaciones que la ley impone al donatario, como la de pasarle alimentos al donante, en caso de que le sean necesarios, y de guardarle lealtad.

b) Es formal y en algunos casos, solemne

c) Es irrevocable por la sola voluntad del donante

2. Promesa gratuita de bienes para después de la muerte:

Entre otros, la autora antes citada, en su obra, al estudiar esta cuestión entiende que la promesa gratuita de bienes, hecha con la condición de que no producirá efectos sino después del fallecimiento del promitente, será nula como contrato, pero valdrá como testamento si se ha hecho con las formalidades propias de éstos.

Se explica esta solución porque la donación es un acto entre vivos.

Entendemos que si el donante hace una promesa de donación y muere, la regla de que la oferta caduca por muerte o incapacidad del oferente, aquí no toma parte. Con respecto a la muerte o incapacidad del aceptante, esto si hace caducar la oferta porque la intención es beneficiar a este.

¹⁹NICOLAU Noemí Lidia, Fundamentos del derecho contractual, tomo II, Editorial La Ley, Buenos Aires, Año 2009.

3. Liberalidades que no constituyen donaciones

Conforme al Código Civil, en su art. 1791, son las siguientes:

- La renuncia de una hipoteca, o la fianza de una deuda no pagada, aunque el deudor este insolvente
- El dejar de cumplir una condición a la que este subordinado un derecho eventual, aunque en la omisión se tenga la mira de beneficiar a alguno.
- La omisión voluntaria para dejar perder una servidumbre por el no uso de ella.
- Lo mismo debe decirse de la pérdida de cualquier derecho real por el no uso o de cualquier derecho personal por dejar transcurrir el término de la prescripción; la solución no varía aunque se pruebe que hubo intención de beneficiar a la otra parte
- El dejar de interrumpir una prescripción para favorecer al propietario en realidad debería decir favorecer al poseedor porque es el propietario quien omite deliberadamente la interrupción, (la circunstancia de que el titular de un derecho real o personal permita que opere la prescripción en favor de un tercero no es donación aunque exista ánimo liberal)
- El servicio personal gratuito, por el cual el que lo hace acostumbra pedir un precio(falta aquí la enajenación de la cosa, esencial para configurar la donación)
- Todos aquellos actos por los que las cosas se entregan o se reciben gratuitamente; pero no con el fin de transferir o de adquirir el dominio de ellas.

3.1 El animus donandi:

La donación exige gratuidad, animus donandi, la transferencia del bien se hace sin contraprestación patrimonial. Apunta Nicolau²⁰ que no es lo mismo que desinterés (todas las donaciones están inspiradas en algún interés religioso, político, cultural, afectivo, etc.).

Pero a diferencia de los negocios onerosos no se hace con miras a una contraprestación patrimonial.

Eso no excluye la posibilidad de una donación con cargo, en donde se impone al donatario la obligación de cumplir con alguna prestación patrimonial o no en beneficio de un tercero o del donante. Es razonable que así sea. El animus donandi, no se ve afectado por la circunstancia de que se imponga alguna obligación accesoria al beneficiario. Sólo que a veces esa carga resulta pesada, el cargo puede llegar a ser casi tan oneroso como los bienes donados y quizá más. Para analizar cuando el acto gratuito deviene en oneroso hay que tratar el problema del *negotiummixtum cum donatione*.

3.2 Negocios mixtos con donaciones

A la par de donaciones con cargo hay otros negocios onerosos, en los que una parte da más de lo que recibe y lo hace con ánimo liberal.

Nuestro Código ha seguido un sistema práctico: tanto las donaciones con cargo como las remuneraciones se consideran negocios onerosos en la medida del valor del cargo o en la de la justa retribución del servicio prestado; al excedente se aplica el régimen de las donaciones. Cualesquiera sean las objeciones teóricas que puedan formularse contra esta solución, la verdad es que ella resuelve el problema con un criterio práctico y justo

²⁰Op. Cit Nota N° 19

3.3 Naturaleza jurídica de la donación:

La doctrina jurídica clásica, la donación es un contrato que sólo se perfecciona con el acuerdo de voluntades de donante y donatario. Pero esta concepción clásica ha sido criticada: La aceptación del donatario, dice Puig Brutau²¹, no es suficiente para convertir la donación en un contrato. Las bases sociológicas de la donación y del contrato son diferentes: negociación y enfrentamiento de intereses en uno, y un acto de disposición a favor de otro en la donación. La aceptación de la donación tiene mayor analogía con la aceptación de una herencia o legado que con la teoría del consentimiento contractual.

Esto explica que la donación puede ser aceptada aun después de la muerte del donante solución excepcional que no se concibe en los contratos en los que el fallecimiento de cualquiera de las partes hace imposible el acuerdo de voluntades. En su esencia, la donación es un acto unilateral de disposición gratuita de bienes, más próximo a la disposición testamentaria que al contrato.

Parte de la doctrina, entre ellos Noemí Nicolau²² noduda de que ésta es una concepción más realista y auténtica de la donación. Se debe reconocer que la doctrina contractualista predomina notoriamente en el derecho comparado y que nuestro Código ha adherido expresamente a ella.

4.Elementos del contrato de donación

Enunciaremos en este punto elementos fundamentales del contrato de donación

²¹ PUIG BRUTAU José, Fundamentos del derecho civil, Editorial Bosch S.A

²² Op. Cit Nota Nª 19

4.1 Consentimiento

La donación no tiene efectos legales mientras no sea aceptada por el donatario (Art. 1792²³).

En algunos casos la aceptación es formal y exige la escritura pública, en otro basta con la aceptación tácita que puede resultar del recibo de la cosa o de otro acto inequívoco, como por ejemplo, la enajenación por el donatario de la cosa que se le ha donado.

La promesa de donación puede ser revocada antes de su aceptación; y esa revocación puede ser tácita, como ocurre si la cosa donada se dona a otro, o se vende o se hipoteca. Pero la promesa de donación hecha para constituir una fundación no es revocable a partir de la autorización concedida por el Estado para funcionar como fundación; y si el fundador falleciere después de firmar el acto, es irrevocable a partir de la presentación a la autoridad administrativa de control solicitando la autorización para funcionar como persona jurídica

Si la donación ha sido hecha a varios donatarios, sólo tendrá efecto respecto de los aceptantes.

El principio general es que la donación conjunta de una cosa no da derecho de acrecer a los donatarios, a menos que el donante se lo hubiera conferido expresamente. En este último supuesto, la aceptación de una parte significa la aceptación eventual del todo para el caso de que los otros donatarios la rechazaran o no pudieran aceptar.

²³Art. 1.792. Para que la donación tenga efectos legales debe ser aceptada por el donatario, expresa o tácitamente, recibiendo la cosa donada.

Si la donación se ha hecho conjuntamente, sin indicar la parte que corresponda a cada uno, se la presume hecha por partes iguales.

La muerte del donatario antes de la aceptación deja sin efecto la donación; los herederos carecen de derecho a aceptarla, sería injusto que el donante se viera obligado a cumplir su liberalidad en favor de personas a quienes no tiene ningún interés en beneficiar. La donación es estrictamente intuitu personae.

Pero si muere el donante antes de la aceptación, el donatario puede aceptarla posteriormente y los herederos están obligados a entregar la cosa.

Esta disposición ha sufrido las críticas de nuestros autores, quienes señalan la incongruencia de esa solución con la naturaleza contractual de la donación; si antes de producirse el acuerdo de voluntades fallece una de las partes, no puede haber contrato.

4.2 Capacidad

Capacidad e incapacidad de derecho.

La capacidad de derecho (capacidad de goce) es la aptitud potencial de la persona para ser titular de interés y de deberes.

La incapacidad de derecho no se puede remediar mediante la representación, son prohibiciones legales. Es siempre relativa, son de interpretación restrictivas y emanan de la ley. El incapaz de derecho puede, en la práctica, celebrar el acto que tiene prohibido, en cuyo caso ese acto es pasible de nulidad absoluta.

Capacidad e incapacidad de hecho.

La capacidad de hecho (capacidad de ejercicio) es la aptitud que tiene la persona para ejercer por sí misma los derechos de que es titular.

La incapacidad de hecho tiene por finalidad proteger los intereses de los incapaces, no el interés general. Se declara respecto de personas que presentan una insuficiencia psicológica que determina su ineptitud para realizar por sí misma y válidamente los actos comprendidos en ella. Puede remediarse mediante la representación.

Puede ser absoluta o relativa. Los absolutos (54) y los relativos (55), son incapaces de hecho relativo los menos adultos solo tienen capacidad para los actos que las leyes los autorizan a otorgar (la regla sigue siendo la incapacidad). Se incluye también en esta categoría a los emancipados dativos o por matrimonio (131) con las prohibiciones del (134). Son también los penados con pena de reclusión o prisión por más de 3 años.

Los incapaces de hecho, pueden aunque no deben, celebrar los actos que tienen prohibidos. Estos actos son pasibles de nulidad relativa de modo tal que el incapaz, sus sucesores o representantes pueden alegar o no esa nulidad según convenga a los intereses del mismo.

Artículo 1160.

El artículo es una de las normas que nuestra la deficiente metodología del Código en materia de capacidad, efectúa una enumeración innecesaria y en el último párrafo incluye como casos de incapacidad, supuesto que la doctrina no considera tales. Se enumeran en esta norma:

- a- incapaces (por incapacidad absoluta).
- b- Incapaces (por incapacidad relativa).
- c- Incapaces de derecho, personas que están excluidas de contratar con personas determinadas (450)
- d- Incapaces de derecho, personas que están excluidas de poder contratar respecto de cosas especiales (es en razón de las personas que son titulares de esas cosas) por ejemplo está prohibido contratar respecto de una herencia futura.

e- Las personas a quienes les fuese prohibido en la disposición relativa a cada uno de los contratos.

En cuanto a la capacidad de hecho, tienen capacidad para hacer y aceptar donaciones todos los que la tienen para contratar.

a) Menores: los menores no pueden donar sus bienes, salvo los que adquieran por ejercicio de su profesión o industria.

Los menores bajo patria potestad sólo tienen una incapacidad de hecho, pues sus padres pueden hacer donación de sus bienes con autorización judicial.

b) Cónyuges:

Ninguno de los cónyuges puede disponer (y, por lo tanto, donar) de los bienes gananciales cuya administración le está reservada, sin el consentimiento del otro (o en su defecto, la autorización judicial) siempre que se trate de inmuebles, de muebles registrables o de aportes a sociedades. Los restantes bienes muebles gananciales y los bienes propios, cualquiera sea su naturaleza, pueden ser donados.

4.3 Incapacidades para donar

No pueden hacer donaciones

a) Los menores bajo tutela y los menores emancipados, salvo las excepciones recién citadas.

b) Los esposos el uno al otro durante el matrimonio, ni uno de los cónyuges a los hijos que el otro tenga de diverso matrimonio o a las personas de quien éste sea heredero presunto al tiempo de la donación.

Las únicas donaciones permitidas entre cónyuges son las que se hacen en las convenciones matrimoniales.

En cambio, no hay inconveniente en que el padre o la madre o ambos conjuntamente hagan donaciones en favor de sus hijos, cualquiera sea la edad de éstos; ellas se reputarán como adelanto de la legítima a menos que el donante exprese su voluntad de mejorar al donatario.

4.4 Incapacidad para recibir donaciones

Las donaciones sólo pueden hacerse en favor de personas que tengan existencia civil o natural. En cuanto a las personas naturales, su existencia comienza desde el momento de la concepción y desde ese instante puede recibir donaciones.

Las que se hubieran hecho con anterioridad son de ningún valor.

Con respecto a las personas de existencia ideal, sería nula la donación hecha en su beneficio antes de que tuvieran existencia como tal, a menos que se hiciera con el fin de fundarlas y de obtener la respectiva autorización.

No pueden aceptar donaciones:

a) Los tutores y los curadores, de los bienes de las personas, que han tenido a su cargo, antes de la rendición de cuentas, y del pago del saldo que contra ellos resultare.

b) Los padres de los bienes de sus hijos menores.

c) Por igual motivo, no podrán los albaceas recibir en donación los bienes de las testamentarías que estuvieren a su cargo, ni los jueces, abogados, fiscales, defensores de

menores, procuradores, escribanos y tasadores, los bienes que estuvieren en litigio ante el juzgado o tribunal ante el cual ejerciesen o hubiesen ejercido su respectivo ministerio.

d) Los esposos de bienes pertenecientes al cónyuge, como no sea en las convenciones matrimoniales.

4.5 La prohibición de donaciones entre esposos.

De acuerdo a lo planteado por Ricardo Dutto²⁴, dentro los contratos prohibidos entre cónyuges, se encuentra la donación. La restricción de la misma es respecto de los inmuebles y muebles registrables. Se incluye la renta vitalicia entre cónyuges. (Art.1807 inc. 1).

5. La justificación de dicha prohibición

La justificación de la prohibición, se basa en proteger a los acreedores de cada uno de los cónyuges, puesto que las deudas son separadas y de lo contrario podrían transferirse los bienes entre ellos, quedando los acreedores en una situación de desprotección legal.

6. Objeto

El objeto es otro de los elementos esenciales que debe estar presente en el contrato de donación para que se configure como tal.

²⁴DUTTO J. RICARDO, Manual doctrinal y jurisprudencial de familia, Editorial Juris, Rosario, Año 2005, página 231 y siguientes .

6.1 Cosas que pueden ser donadas

Como principio general podemos decir que las cosas que pueden ser vendidas pueden ser donadas.

El objeto de la donación debe ser una cosa corporal; los derechos no pueden donarse, sino cederse gratuitamente, si bien la distinción no es de mayor importancia porque a la cesión gratuita de derechos, se aplican las reglas de la donación en lo que no estén modificadas por reglas especiales.

7. Forma de las donaciones

Dispone el Art. 1810²⁵ de nuestro Código Civil:

Deben ser hechas ante escribano público en la forma ordinaria de los contratos, bajo pena de nulidad: 1) las donaciones de bienes inmuebles; 2) las donaciones de prestaciones periódicas o vitalicias.

²⁵Art. 1.810. Deben ser hechas ante escribano público, en la forma ordinaria de los contratos, bajo pena de nulidad:

1° las donaciones de bienes inmuebles;

2° las donaciones de prestaciones periódicas o vitalicias.

Respecto de los casos previstos en este artículo no regirá el artículo 1185.

Las donaciones al Estado podrán acreditarse con las constancias de actuaciones administrativas.

Añade este artículo que respecto de estos casos no rige el Art. 1185 o sea que, habiendo sido hechas estas donaciones bajo forma privada, no se puede reclamar la escrituración.

En otras palabras, en tales hipótesis la escritura es un requisito exigido *ad solemnitatem*; sólo se exceptúan las donaciones hechas al Estado, que pueden acreditarse con las constancias de actuaciones administrativas. Al admitir esta excepción en favor del Estado, la reforma recogió una jurisprudencia razonable, pues el ofrecimiento hecho en un expediente administrativo supone un acto reflexivo que suple suficientemente la escritura.

Otro caso peculiar lo constituyen las fundaciones. La promesa de donación hecha en el acto constitutivo que puede otorgarse por instrumento público o privado con firmas certificadas por escribano, son irrevocables después de la resolución de la autoridad administrativa de control que autorice a la entidad a funcionar como persona jurídica. Si el fundador falleciere después de firmar el acto constitutivo, las promesas de donación no podrán ser revocadas por sus herederos a partir de la presentación a la autoridad administrativa de control solicitando autorización para funcionar como persona jurídica.

Las restantes donaciones pueden hacerse bien por instrumento privado, bien por la mera entrega de la cosa.

7. 1Forma de la aceptación

Las donaciones designadas en el Art. 1810 deben ser aceptadas por el donatario en la misma escritura; si estuviere ausente, por otra escritura de aceptación.

Las donaciones no comprendidas en el Art. 1810 pueden ser aceptadas de cualquier forma, sea expresa o tácita. La forma corriente será la recepción de la cosa donada.

7.2 Donación como acto solemne

Antes de la reforma introducida a nuestro Código por ley 17711, era tema muy discutido si la donación tenía carácter solemne en los casos enumerados en el Art. 1810.

La nueva y actual redacción de este artículo ha decidido la cuestión acertadamente: respecto de la donación de bienes inmuebles y de prestaciones periódicas o vitalicias, la escritura pública es un requisito solemne sin el cual el acto carece de fuerza obligatoria. Sólo se hace la relativa excepción de las donaciones al Estado, en cuyo caso son prueba suficiente las constancias de las actuaciones administrativas.

El nuevo texto legal ha eliminado tres hipótesis que figuraban en el anterior Art. 1810 en las cuales no se justifica que la donación tenga carácter solemne: a) las donaciones remuneratorias; b) las donaciones con cargo; c) las donaciones de un esposo a otro para después de su fallecimiento.

Con esta solución, la ley se propone proteger al donante y evitarle los perjuicios que pueden resultarle de un impulso irreflexivo y generoso.

Es razonable que la ley cuide de modo especial estas transmisiones de dominio que no son el resultado de una negociación, ni un cambio de valores y que importan una amputación líquida del patrimonio del donante. No es lo mismo la promesa de una donación que la de una compraventa o permuta, porque en estos casos, como en todos los contratos conmutativos, la ley debe su protección por igual a ambas partes, en tanto que en la donación debe proteger principalmente al autor de ella.

8. Prueba

El problema de la prueba de las donaciones debe ser apreciado con relación a las partes y a terceros.

a) Entre las partes: Si se tratase de la demanda del donatario para exigir la entrega de las cosas donadas, la donación sólo podrá probarse por escritura pública (o instrumento otorgado ante el juez de paz del lugar y dos testigos en el caso de que no haya escribano); No basta con la prueba del ofrecimiento de la donación; es indispensable también que se acredite por el mismo medio la aceptación.

b) Por terceros: Los terceros pueden tener interés en probar la existencia de una donación, sea para intentar la acción revocatoria o de simulación, sea para demandar la reducción de las liberalidades inoficiosas. Respecto de ellos no hay ninguna restricción y pueden valerse de cualquier medio de prueba.

9. Clases de donaciones

9.1 Enumeración y breve noción:

a) Donaciones por causa de muerte:

Nuestro Código prohíbe las donaciones diferidas para después del fallecimiento del donante; tal acto es inválido y sólo podría valer como testamento si tuviese las formas que la ley exige para éste. Esta regla no se opone a que una persona transfiera actualmente la propiedad de una cosa, reservándose el usufructo o el uso y goce de ella hasta el momento de la muerte; habrá en tal caso, la donación de la nuda propiedad, lo que es perfectamente legítimo.

También son validas las siguientes donaciones: a) la que se hace con la condición de que el donatario restituirá los bienes donados si el donante no falleciere en un lance previsto; b) la que se hace con la condición de que los bienes se restituirán al donante si éste sobreviviese al donatario. Aquí no se trata de actos de última voluntad, pues la donación produce todos sus efectos de inmediato, sin que dependa para ello de la muerte del donante. Son donaciones sometidas a una condición resolutoria.

b) Donaciones mutuas:

Se llaman donaciones mutuas aquellas que se hacen dos o más personas recíprocamente en un mismo acto. Difícilmente un acto tal puede considerarse hecho a título gratuito; en verdad, la donación prometida por una de las partes ha sido tenida en mira por la otra al hacer su promesa recíproca; el acto es oneroso, no gratuito. No se justifica entonces que se les aplique el régimen de las donaciones; por más que las partes lo hayan llamado donación, lo que hay es más bien una permuta.

C) Donaciones remuneratorias

Según el Art. 1822 “las donaciones remuneratorias son aquellas que se hacen en recompensa de servicios prestados al donante por el donatario, estimables en dinero y por los cuales podía éste exigir el pago judicialmente al donante“

9.2 Donación con cargo:

Llámesese cargo a la obligación accesoria impuesta al que recibe una liberalidad.

La imposición de un cargo influye sobre el régimen de las donaciones, porque ellas dejan entonces de ser un acto puramente gratuito, a menos que el beneficiario del cargo sea el propio donatario.

9.3 Régimen legal:

Considerando el régimen legal decimos que en la medida en que el valor del cargo absorba el de los bienes donados, el acto es considerado oneroso; en el excedente, es reputado gratuito. Es decir, se aplica sobre el punto el mismo sistema seguido en materia de donaciones remuneratorias. En cuanto acto oneroso, dará lugar a la responsabilidad por evicción y vicios redhibitorios y no podrá ser objeto de reducción por inoficiosidad ni será colacionable; en cuanto acto gratuito, no origina esa responsabilidad y puede ser reducido y colacionado. Pero si la importancia de la donación fuese más o menos igual a la de la carga que se impone al donatario, no se aplicará ninguna de las normas relativas a las donaciones porque el acto es oneroso.

9.4 Inejecución del cargo y acciones

La inejecución del cargo por el donatario hace nacer las siguientes acciones:

a) Acción por cumplimiento: El donatario puede ser demandado por cumplimiento del cargo. Si éste ha sido establecido en favor del donante, la acción por cumplimiento la tienen: 1) el propio donante y sus sucesores a título universal 2) sus acreedores, en ejercicio de la acción subrogatoria; 3) el albacea.

Si el cargo ha sido establecido en favor de terceros, la acción puede ser intentada:

1) por el tercero beneficiario y sus sucesores universales; 2) por el sucesor a título particular si el cargo tuviere por objeto conservar, mejorar, etcétera, una cosa mueble o inmueble; 3) por los acreedores del beneficiario, en ejercicio de la acción oblicua. En cambio, en esta hipótesis el cumplimiento del cargo no puede ser pedido por el donante ni sus herederos.

Es una solución irrazonable, presumiblemente fundada en el principio de que sin interés no hay acción, de donde se seguiría que siendo los beneficiarios los únicos interesados en el cumplimiento, sólo ellos deben estar autorizados para accionar.

b) Acción por revocación: sólo compete al donante y sus herederos. Se trata de una acción personalísima que no puede ser intentada por los acreedores por vía de la acción indirecta, ni por el tercero beneficiario del cargo, que sólo puede pedir el cumplimiento.

Resta aclarar que los cargos imposibles, ilícitos o inmorales anulan la donación.

Respecto de los cargos establecidos a favor de propio donatario la doctrina unánimemente entiende que ningún inconveniente hay en que el cargo sea establecido en favor del propio donatario.

9.5 Donaciones inoficiosas

Dice el Art. 1830 "Reputase donación inoficiosa aquella cuyo valor excede en la parte de que el donante podía disponer".

En el Derecho Sucesorio hay ciertos herederos que no pueden ser privados de una parte de los Bienes del causante.

Así, si el valor de las donaciones excede la porción disponible del donante, los herederos forzosos pueden reclamar su reducción necesaria para cubrir las legítimas, reducción que solo puede ser intentada después de la muerte del donante, y en tanto se trate de donaciones gratuitas y en las remuneratorias y las con cargo solo procede a reducción en la parte que son gratuitas. Para efectuar dichos reclamos sus sucesores tienen dos tipos de acciones:

a) la acción de colación: dada en el supuesto de que el donatario al mismo tiempo fuera coheredero, esta acción tiene por fin mantener la igualdad entre los sucesores (el fin del re cómputo del valor).

b) la acción de reducción: dada cuando el donatario sea un tercero y cuya finalidad es el respeto de la legítima que la corresponde a cada uno de los herederos del donante (el bien vuelve al patrimonio del donante).

Las donaciones dadas en vida a un heredero se reputan como adelanto de la herencia que le corresponde al donatario, a menos que el donante lo haya dispensado de la colación, caso en el cual el donatario-heredero va a ver mejorada sus situación.

10. Efectos de las donaciones

10. 1Obligaciones y derechos de las partes

Obligaciones del donante:

- Entregar la cosa:

Es la obligación esencial del donante; no sólo entregar la cosa, sino también sus frutos a partir del momento en que fue puesto en mora.

Pero el donante, aun puesto en mora, no es nunca considerado poseedor de mala fe, lo que sería realmente una sanción excesiva contra el autor de una liberalidad. Es decir, él debe sólo los frutos percibidos desde el momento de la mora, pero no bs que por su culpa hubiera dejado de percibir, obligación que sólo pesa sobre el poseedor de mala fe.

Evicción y vicios redhibitorios

En principio el donante no debe la garantía por evicción ni por vicios redhibitorios, no es razonable imponerla a quien da algo a título gratuito. Por excepción la debe en los siguientes casos (Art. 2146):

1) Cuando el donante ha prometido expresamente la garantía de evicción, pues no siendo ésta una materia que interese al orden público, la convención de las partes es la ley del contrato.

2) Cuando la donación fue hecha de mala fe, sabiendo el donante que la cosa era ajena; la ley castiga así la mala fe de quien obró con ánimo de perjudicar al propietario o de hacer concebir falsas ilusiones al donatario, en este caso el donante debe indemnizar al donatario de todos los Gastos. Que la donación le hubiese ocasionado (honorarios del escribano, impuestos, mejoras hechas en la cosa necesarias o voluntarias, etc.) No se debe el valor de la cosa; el donante no deberá nada si el donatario sabía que la cosa era ajena, pues axial el a recibido la donación a su riesgo.

3) Cuando la donación fuere con cargo, si el donatario no ha cumplido todavía los cargos cuando fue vencido en juicio por un tercero, no podrá pretender indemnización alguna; la evicción procede en la medida de la onerosidad del acto, y si el donatario no hizo desembolsos no tiene derecho a la garantía, y si ya había cumplido con ellos le es debida en la medida del cargo y el valor de los bienes donados (sea que los cargos estén establecidos en interés del donante o de un tercero)

En cuanto a la responsabilidad por vicios redhibitorios el Código no tiene normas especiales sobre la extensión de la responsabilidad del donante en los supuestos del Art. 2146. La medida de la responsabilidad del donante no estará dada por el valor de los cargos o de los servicios remunerados, sino por la pérdida sufrida por el donatario.

Las Obligaciones del donatario son las siguientes:

- Gratitud- Alimentos al donante

El donatario tiene un deber moral de gratitud hacia el donante. En el plano puramente ético, esa gratitud se revelará sobre todo con hechos positivos; en el plano jurídico, se cumple con dicho deber absteniéndose de la realización de actos que impliquen una notoria ingratitud.

Para que nazca la obligación alimentaria a cargo del donatario es necesario:

a) Que la donación haya sido sin cargo, porque si lo hubiera, el acto no sería ya puramente gratuito

b) Que el donante no tuviera medios de subsistencia, ni posibilidad de adquirirlos con su trabajo.

- Pago de deudas del donante:

El donatario no está obligado a pagar las deudas del donante, si no se hubiese obligado a ello, aunque la donación fuese de una parte determinada de los bienes del donante. La disposición alude a la posición del donatario tanto frente al donante como a los acreedores de éste; y como la donación importa una transmisión de bienes a título particular y no universal no se explica que los donatarios resulten obligados frente a terceros como lo está un sucesor mortis causa. Sin perjuicio del derecho de los acreedores de impugnar la donación por vía de la acción revocatoria, si al donante no le quedasen bienes suficientes como para responder a sus deudas.

11. Revocación de la donación:

En principio la donación es irrevocable por voluntad del donante; de lo contrario habría una permanente incertidumbre sobre el derecho del donatario y sus sucesores. La ley sólo admite la revocación en estos supuestos:

a) cuando el donatario ha incurrido en incumplimiento de las cargas impuestas en el acto de la donación;

b) cuando ha incurrido en ingratitud hacia el donante;

c) cuando después de la donación han nacido hijos al donante y esta causa de revocación se hubiera previsto en el contrato;

d) cuando el adoptante ha hecho una donación en favor de su hijo adoptivo y luego la adopción es revocada a pedido de éste.

Las donaciones con cargo y las remuneratorias pueden ser revocadas pero sólo en la parte que constituyan una liberalidad.

11.1 Incumplimiento de cargo

Si el donatario incurre en incumplimiento de los cargos impuestos por el donante, éste tiene derecho de revocar la donación. Es preciso un acto de voluntad del donante.

No interesa que el cargo haya sido impuesto en interés del donante o de un tercero; o que tenga naturaleza económica o extrapatrimonial; en cualquier caso la acción de revocación queda abierta

Si el cargo se hubiera impuesto en beneficio del propio donatario, en principio, hay que considerar que se trata de un simple consejo; pero si de los términos del contrato resulta

que la intención del donante fue hacer de la obligación accesoria una verdadera condición, su incumplimiento da acción para ejercer el derecho de revocación.

Según el Art.1852²⁶, el derecho de demandar la revocación de una donación por inejecución de las cargas impuestas al donatario, sólo corresponde al donante y sus herederos. En consecuencia, no puede ser ejercida por los acreedores por vía de la acción subrogatoria; solución razonable porque la revocación se funda no sólo en el incumplimiento del donatario sino también en un acto de voluntad del donante. Tampoco tiene la acción de revocación el tercero beneficiario del cargo; él, sólo tiene la de cumplimiento.

11.2 Requisitos para el ejercicio de la acción

Para que sea viable la acción de revocación deben reunirse los siguientes requisitos:

a) Incumplimiento del cargo: es necesario que el donatario no haya cumplido el cargo. En principio, es indiferente la razón por la cual el cargo no se ha cumplido; al donante le basta con probar el incumplimiento. Pero no habrá lugar a revocación si el donatario demuestra que no ha cumplido con él por una razón de fuerza mayor, sobrevenida con anterioridad a la constitución en mora; en cambio, la fuerza mayor ulterior a la constitución en mora no impide la revocación.

Si el incumplimiento ha sido parcial el principio es que el no impide el ejercicio del derecho de revocación; pero es natural aplicar estos principios con alguna flexibilidad;

²⁶Art. 1.852. El derecho de demandar la revocación de una donación por inejecución de las cargas impuestas al donatario, corresponde sólo al donante y a sus herederos, sea que las cargas estén impuestas en el interés del donante o en el interés de terceros, y que consistan ellas o no en prestaciones apreciables en dinero.

b) Constitución en mora: La acción de revocación por inejecución del cargo sólo puede intentarse después que el donatario ha quedado en mora.

12. Efectos de la revocación

- Respecto de las partes:

La revocación por incumplimiento de los cargos obra como condición resolutoria; el dominio de los bienes donados queda revertido retroactivamente al patrimonio del donante. Pero el donatario hace suyos los frutos hasta el momento en que fue puesto en mora. El donatario responde por la pérdida o deterioro de la cosa si se han originado en su culpa. De igual modo, el donatario responde al donante por los daños que se le deriven de la enajenación de la cosa.

- Respecto de terceros:

La revocación provoca la resolución retroactiva de los derechos adquiridos por terceros sobre los bienes inmuebles. Todas las enajenaciones, servidumbres, hipotecas, usufructos, uso y habitación constituidos sobre el bien por el donatario quedan sin efecto siempre que las cargas impuestas al donante se hayan expresado en el instrumento público por el cual se hizo la donación. En tal supuesto, los terceros adquirentes del derecho no tendrán motivo de queja, pues en el mismo título del dominio hay constancia del peligro que se cierne sobre la propiedad del donatario.

Pero si el derecho real de dominio o de servidumbre ha sido adquirido por prescripción por el tercero, no estará ya afectado por la revocación; el derecho de éste es originario, no tiene antecedente en la donación y, por tanto, no corre la suerte de ésta. En tal

supuesto no queda al donante sino una acción de daños y perjuicios contra el donatario que permitió que el tercero adquiriese su derecho de usucapión.

Si las cosas donadas son muebles, los terceros adquirentes de ellas de buena fe, no son alcanzados por la acción de revocación por imperio de lo dispuesto por el Art. 2412²⁷.

La revocación sólo tendrá lugar cuando el tercer adquirente conocía las cargas impuestas y sabía que no estaban cumplidas; sólo así será considerado de mala fe y excluido del beneficio del Art. 2412.

Los actos de administración del donatario deben ser respetados por el donante cuya acción de revocación ha prosperado.

Los terceros que se vieren afectados por una acción de revocación, pueden impedir sus efectos ofreciendo ejecutar las obligaciones impuestas al donatario, a menos que estas cargas debiesen ser ejecutadas precisa y personalmente por éste.

El problema de si la obligación tiene o no carácter personal es cuestión que debe ser decidida por los jueces según las circunstancias del caso.

El tercero que cumpla los cargos por el donatario, podrá demandarlo por indemnización de daños, siempre que haya adquirido la cosa de él por un título oneroso. En cambio, si la ha adquirido por un título gratuito, carece de acción porque de todas maneras el acto lo ha beneficiado.

- Respecto del beneficiario del cargo:

²⁷Art. 2.412. La posesión de buena fe de una cosa mueble, crea a favor del poseedor la presunción de tener la propiedad de ella, y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación, si la cosa no hubiese sido robada o perdida.

Puede ocurrir que el cargo cuyo incumplimiento ha dado origen a la revocación sea en beneficio de un tercero, cuya posición es la de subdonatario. Puede también ocurrir que una donación contenga varios cargos en favor de terceros; que el donatario haya cumplido varios de ellos pero no todos, por cuyo motivo la donación es revocada. ¿En qué situación quedan los beneficiarios de los cargos? ¿También su beneficio queda sin efecto como consecuencia de la revocación retroactiva de la donación? Tal solución sería contraria a la equidad. Estos beneficiarios ocupan la situación de un subdonatario; desde que ellos han aceptado el cargo, éste queda firme y pueden pedir su cumplimiento del donante que ha revocado la donación. Éste es el significado del Art. 1851 cuando dispone que la inejecución de las cargas no perjudica a los terceros beneficiarios de ellas.

Para que el derecho del beneficiario sea definitivo, es indispensable que haya aceptado el cargo, porque hasta ese momento la liberalidad es revocable por la sola voluntad del donante.

13. Límites de la responsabilidad del donatario

El donatario sólo responde del cumplimiento de los cargos con la cosa donada y no está obligado personalmente con sus restantes bienes. De ahí que el donante no pueda exigirle su cumplimiento más allá del valor de la cosa donada; de ahí también que el donatario pueda sustraerse a la obligación de cumplir el cargo devolviendo la cosa al donante o abandonándola, si aquél se negare a recibirla. Por igual motivo, cuando la cosa ha perecido por caso fortuito, queda eximido el donatario de la obligación de cumplir los cargos.

Sin embargo, nada se opone a que en el contrato de donación, el donatario se comprometa a cumplir íntegramente con los cargos aunque el valor de éstos excediera el de

la cosa donada. Juega en este caso el principio de la libertad de las convenciones, desde que no está comprometido ningún principio de orden público.

14. Conclusiones:

Concluyendo el desarrollo del capítulo I, podemos decir que contamos con las nociones generales y específicas atinentes al contrato de donación.

Hemos aprendido nociones especiales en torno a las donaciones con cargo que nos servirán luego para avanzar en la problemática planteada y en la procuración de elaboración de una propuesta superadora.

No le debemos restar valor a las nociones exploradas en torno a las formas de los actos jurídicos que tienen por objeto bienes inmuebles.

Importantes son los aspectos atinentes a la revocación por inejecución de los cargos y las diferentes acciones que pueden ejercitar los interesados.

Consideramos cumplidos gran parte de los objetivos que planteamos al inicio del presente trabajo contando con las directrices doctrinarias fundamentales para avanzar en el estudio del negocio jurídico que nos ocupa.

Contamos entonces con nociones particulares de la donación para analizar en el próximo capítulo aspectos del Derecho Real de Usufructo.

Capítulo II

Nociones particulares del derecho real de usufructo. Concepto, caracteres, efectos

SUMARIO: 1. Introducción 1.1 Usufructo. 1.2 Generalidades. 1.3 Concepto. 1.4 Clases de usufructo. 2. Tipos y modos de constitución. 3. Modalidades. 3.1 Duración. 4. Elementos del usufructo. 5. Obligaciones del usufructuario antes de entrar en el uso y goce de la cosa. 5.1 Derechos del usufructuario. 5.2. Obligaciones del usufructuario. 6. Obligaciones y derechos del nudo propietario. 7. Extinción. 8. Conclusiones.

1. Introducción

En el presente capítulo nos encargaremos de explicar minuciosamente las nociones relativas al derecho real de usufructo.

Consideramos que el conocimiento de tales institutos nos proporcionará los elementos necesarios para avanzar en el problema planteado y procurar una solución al respecto

Nos ocuparemos de sus caracteres generales y luego de nociones específicas que nos permitirán dilucidar aquellos aspectos fundamentales para ubicarnos conceptualmente en la materialización de las escrituras de donación con reserva de usufructo.

Haremos hincapié en el derecho real de usufructo, estableciendo caracteres generales, elementos, formas de constitución, efectos, derechos y obligaciones de las partes a la luz de los aportes de doctrina especializada y sin perder de vista la dimensión nomológica proporcionada por nuestro Código Civil.

1.1 Usufructo

1.2 Generalidades

El usufructo es el derecho real de goce o disfrute sobre cosa ajena que reconoce el contenido más amplio, ya que, si se lo considera con relación a los derechos reales en general, debe ubicárselo luego del dominio, tal como surge de la enumeración contenida en el art. 2503²⁸.

²⁸Art. 2.503 C.C. Son derechos reales:

1° El dominio y el condominio;

1.3 Concepto

Está definido por el art. 2807: “El usufructo es el derecho real de usar y gozar de una cosa, cuya propiedad pertenece al otro, con tal que no se altere su substancia”.

De acuerdo a lo expresado por Beatriz Areán²⁹ los caracteres del usufructo son los siguientes:

a. Es un derecho real sobre cosa ajena: su constitución convierte al dominio en imperfecto, y al dueño en nudo propietario y, como tal, en integrante del sujeto pasivo universal frente al usufructuario.

b. Es un derecho de uso y goce: el contenido del usufructo es amplio, hasta el extremo de que es el derecho que, como anticipamos, sigue al dominio en orden decreciente de contenido. Ello es así, por cuanto confiere a su titular dos de los tres clásicos iures: el iusutendi y el iusfruendi. Al nudo propietario sólo le queda el iusabutendi.

c. No se puede alterar la sustancia de la cosa sobre la que recae: si bien el usufructuario puede usar y gozar de la cosa, el ejercicio de tales facultades no es tan amplio como el del dueño, ya que aparece limitado por el principio “salva rerum substancia”.

2° El usufructo;

3° El uso y la habitación;

4° Las servidumbres activas;

5° El derecho de hipoteca;

6° La prenda;

7° La anticresis;

²⁹AREÁN Beatriz, Derechos reales, 2 tomos, Hammurabi Jose Luis Depalma editor, 6° edición renovada y ampliada. Año: 2003. Buenos Aires

El significado de la expresión surge con claridad del párrafo 2º de la nota del art. 2807 cuando dice: “... la substancia es el conjunto de las cualidades esencialmente constitutivas de los cuerpos, de esas cualidades que hacen que las cosas tengan una cierta forma y un cierto nombre: que adquieran bajo esa forma y bajo ese nombre una especie de personificación: que pertenezcan bajo ese nombre y bajo esa forma, a un género determinado que se designa con un sustantivo característico, como una casa, un reloj; y que sean, en fin, bajo esa forma y bajo ese nombre, especialmente propias a llenar tal o cual destino, a hacer tal o cual servicio en el orden de las necesidades del hombre”.

No alterar la substancia tiene entonces un doble alcance: no modificar la materialidad de la cosa ni cambiar su destino.

En efecto, el usufructuario no puede realizar ningún acto de disposición material, como sería, por ejemplo, demoler construcciones. Tampoco puede dar a la cosa un destino distinto del aquel al que se encontraba afectada al tiempo de constituirse el usufructo (por ejemplo, le está vedado transformar un campo sembrado en otro de pastoreo, o una casa habitación en local de comercio).

d. *Es temporal*: el plazo máximo de duración es la vida del titular, sea que se haya establecido como vitalicio, que no se haya fijado ningún término o que sí se lo haya estipulado, pero se produzca antes del vencimiento la muerte del usufructuario.

e. *Es intransmisible*: no se transmite a los herederos, pues siempre se extingue con la muerte del titular. Tampoco puede transferirse por actos entre vivos, aun cuando es posible ceder su ejercicio.

1.4 Clases de usufructo

Establece el art. 2808: “hay dos clases de usufructo: usufructo perfecto, y usufructo imperfecto o cuasi-usufructo. El usufructo perfecto es el de las cosas que el usufructuario puede usar y gozar sin cambiar la substancia de ellas, aunque puedan deteriorarse por el tiempo o por uso que se haga. El cuasi-usufructo es el de las cosas que serían inútiles al usufructuario si no las consumiese, o cambiase su substancia, como los granos, el dinero, etcétera.

El usufructo, en consecuencia, puede ser perfecto e imperfecto. El primero es el verdadero usufructo, corresponde al concepto y a los caracteres que acabamos de analizar, lo que se ve reforzado por el art. 2810 cuando dice: “El usufructo perfecto no da al usufructuario la propiedad de las cosas sujetas a este usufructo, y debe conservarlas para devolverlas al propietario, acabado el usufructo”.

Por lo tanto, mientras el usufructo perfecto recae sobre cosas no fungibles o no consumibles, el cuasi-usufructo tiene por objeto cosas de esa clase que el cuasi-usufructuario puede consumir o cambiar en su substancia. Por ello, adquiere la propiedad de ella y está facultado también para venderlas o disponer de las mismas como mejor le parezca.

2. Tipos y modos de constitución del usufructo

Se relaciona este tema no solo con los diferentes títulos y modos de constitución, sino también con la duración y con las distintas modalidades a que la constitución puede sujetarse.

Los títulos y modos de constitución son los siguientes:

Están enumerados en art. 2812: “ el usufructo se constituye: 1º) Por contrato oneroso o gratuito; 2º) Por actos de última voluntad; 3º) En los casos que la ley designa; 4º) Por prescripción”.

Veremos a continuación cada una de las fuentes enumeradas:

a. Por contrato oneroso: pueden presentarse tres posibilidades, aun cuando el código menciona solo dos: se enajena la nuda propiedad, reservándose el uso y goce (per deductionem), o se constituye el usufructo quedando el constituyente como nudo propietario (per traslationem) -2813- o se cede a uno la propiedad y a otro el goce, en todos los casos a cambio de una contraprestación.

Se trata de un contrato atípico, que según las modalidades de su celebración, podrá parecerse al de venta o permuta, a una partición, a una transacción, etcétera.

b. Por contrato gratuito: aquí las posibilidades también son tres, como en el caso anterior, solo que no existe contraprestación a cargo del beneficiario. Se aplican por analogía las reglas del contrato de donación (art. 2814).

En caso de duda, se presume que el usufructo constituido por contrato es oneroso (art. 2819).

c. Por actos de última voluntad: el usufructo constituido por testamento igualmente ofrece tres alternativas: el testador lega el uso y goce reservando la nuda propiedad al heredero, lega la nuda propiedad dejando el goce al heredero, o lega a uno la propiedad y a otro el goce (2815).

Este usufructo, en caso de duda, se presume que es gratuito (art. 2819). Ello es así, por cuanto si bien normalmente el testador no establecerá ninguna contraprestación, no hay

inconveniente en que imponga un cargo, por ejemplo, el de pagar una suma de dinero al heredero o el de prestar algún servicio.

d. Por la ley: en la actualidad el único supuesto de usufructo legal es el que corresponde a los padres sobre los bienes de los hijos sujetos a su patria potestad (art. 2816).

e. Por usucapión: tratándose de un derecho real que se ejerce por la posesión, puede adquirirse por la usucapión breve o por la larga, si bien suele decirse que normalmente sólo podrá darse la primera, ya que, en cuanto a la segunda, es difícil imaginar que una persona se limite a prescribir el usufructo, pudiendo adquirir directamente la propiedad. Sin embargo, sería factible la usucapión larga si el usufructuario que ha adquirido el derecho a *non dominio* en virtud de un justo título conociese la ausencia de legitimación o de capacidad del constituyente, o sea si fuese de mala fe.

Debemos aclarar, por último, que el usufructo nunca puede tener su origen en una decisión judicial. Los jueces, de oficio o sin el consentimiento de todas las partes, por ningún motivo pueden disponer la constitución de un usufructo en una partición (art.2818), ya que podría afectarse la igualdad que debe presidir la realización de este acto, pues el valor del usufructo es indeterminable, al estar supeditado su término a la vida del usufructuario.

En cuanto a los modos de constitución del usufructo, ellos son la tradición, la prescripción y la sucesión. Si se constituye por contrato, se aplica la teoría del título y el modo, por lo que solo se adquiere después de la tradición. Si es establecido por testamento, recién se adquiere por la muerte del testador (art.2820).

3. Modalidades

Según Beatriz Areán³⁰, el art. 2821 contempla con amplitud las modalidades a las que puede estar sometido el usufructo que tiene su origen en la voluntad de los particulares. Dicho artículo dice: “el usufructo puede estar establecido conjunta y simultáneamente a favor de muchas personas, por partes separadas o indivisas, pura y simplemente, o bajo condiciones, con cargos o sin ellos, a partir de un cierto día, o hasta una cierta época, y en fin con todas las modalidades a que el propietario de la cosa juzgue conveniente someterlo”.

Por lo tanto el usufructo puede, según Areán, constituirse:

- a. Como puro y simple, o sea sin sujetarse a modalidad alguna.
- b. A favor de una sola persona, que puede ser física o jurídica.
- c. A favor de varias personas. Siendo el usufructo un derecho real exclusivo, quedará configurado en este caso un cusufructo. No existe derecho de acrecer entre los cusufructuarios, salvo que en el acto constitutivo se pactare expresamente lo contrario.

No habiendo convención al respecto, si fallece uno de los cusufructuarios, su parte en el usufructo se extingue y consolida con la nuda propiedad.

- d. Sujeto a plazo resolutorio: si el beneficiario es una persona física, puede establecerse por cualquier plazo, si bien puede extinguirse antes del vencimiento si sobreviene la muerte de aquél; *‘cuando no se ha fijado término para la duración..., se*

³⁰Op. Cit Nota N° 29

entiende de que es por la vida del usufructuario” (art.2822³¹). Y si éste es una persona jurídica, el plazo no puede ser mayor a veinte años (art.2828³²).

e. Sujeto a condición resolutoria: se extingue con el acaecimiento del hecho futuro e incierto a que se subordinó la duración, o antes si se produce el fallecimiento del usufructuario.

f. Con cargos, siempre que no fuesen impuestos como condición suspensiva.

g. En forma alternativa: el testador puede legar el usufructo de una cosa o de otra, o bien el usufructo de una cosa o la propiedad de la otra (art.2826). Si no hubiere dispuesto que la elección corresponderá al legatario, debe entenderse que ella “corresponde al heredero,... porque en las obligaciones alternativas la elección corresponde al deudor, y esta regla se aplica aun a las liberalidades testamentarias” (nota al art. 2826). Y si la operación se hubiere acordado al legatario falleciendo antes de ejercerla, debe entenderse que el heredero puede reclamar la entrega de la cosa legada alternativamente en propiedad, ya que el usufructo se ha extinguido.

Por el contrario, no puede constituirse usufructo:

a) A favor del usufructuario y sus herederos (art. 2825). Se trata de evitar que el desmembramiento de la propiedad se extienda durante mucho tiempo.

b) “... a favor de muchas personas llamadas a gozarlo sucesivamente las unas después de las otras” (art.2824), porque así se podría prolongar indefinidamente la desmembración de la propiedad.

³¹Art. 2.822. Cuando no se ha fijado término para la duración del usufructo, se entiende que es por la vida del usufructuario.

³²Art. 2.828. El usufructo no puede ser establecido a favor de personas jurídicas por más de veinte años.

En realidad, si las personas ya existen al tiempo de la constitución del usufructo, no hay diferencia del usufructo constituido a favor de varias personas, pues en definitiva y, si no tiene plazo o es vitalicio, se extingue recién con la muerte del último de los cusufructuarios.

c) Sujeto a condición o plazo suspensivo: El art. 2829 veda la constitución sujeta a estas modalidades “a menos que, siendo hecho (el usufructo) por disposición de última voluntad, la condición se cumpla o el plazo se venza después del fallecimiento del testador”.

La regla es que el usufructo no puede sujetarse a estas modalidades, salvo cuando tiene su origen en un testamento y la condición se cumple o el plazo se vence después del fallecimiento del testador.

El motivo que lleva al legislador a no admitir la condición o el plazo suspensivo radica en que el nudo propietario dejaría improductiva la cosa, ante la imposibilidad de tener que entregarla al usufructuario en cualquier momento, si se cumpliera la condición, o en la época prefijada, al vencer el plazo.

Por ello, es inexplicable la permisón cuando el cumplimiento de la condición se produce después de la muerte del testador, porque en tal supuesto la situación sería exactamente la misma. Lo correcto hubiera sido consignar la validez de la constitución si la condición se cumpliera antes de la muerte, porque entonces, al ocurrir esto, el usufructo quedaría adquirido en ese momento ya como puro y simple.

3.1 Duración

Se pueden dar las siguientes hipótesis:

a) Si se ha fijado un plazo, en principio el usufructo durará el término por el que ha sido constituido, término para el que no se establecen límites cuando el usufructuario es persona física, y que no debe superar los veinte años cuando es persona jurídica. En este segundo caso, dicha restricción en la duración se justifica porque, en principio, tales personas pueden tener una vida ilimitada. Vélez Sarsfield, al adoptar el término de veinte años, se separa del derecho romano y del español que aceptaban el de cien años “porque el período de un siglo es considerado en el Derecho como el término extremo de la vida humana”, lo que importaba “tomar la excepción por el fundamento de la regla”. (Nota al art. 2828).

b) Si no se ha fijado el plazo, el usufructo se entiende constituido por la vida del usufructuario o por veinte años si es persona jurídica (art.2822).

c) Aun establecido plazo, termina antes del vencimiento si fallece el usufructuario o se extingue la persona jurídica.

d) Durará hasta el cumplimiento de la condición resolutoria, si se lo ha sujetado a esta modalidad y sin perjuicio de la posibilidad de extinguirse antes de la muerte del usufructuario o por la desaparición de la persona jurídica.

4.Elementos del Usufructo.

I. Sujetos

De acuerdo a Beatriz Areán, quedan comprendidas dentro de este tema las cuestiones relativas a la unidad y a la pluralidad de titulares del usufructo y a la capacidad exigida para realizar la constitución, la adquisición y la transmisión.

I. Sujeto único o sujeto plural

El usufructo puede constituirse a favor de toda clase de personas, es decir, personas físicas o jurídicas.

A su vez, el sujeto puede ser único o plural, configurándose en este segundo caso un supuesto de cusufructo.

El constituyente puede ser el propietario, el titular de la propiedad horizontal y los condóminos. Respecto de éstos debe distinguirse según que el usufructo recaiga sobre toda la cosa común o sobre una parte indivisa. En el primer caso es necesario el concurso de todos los condóminos, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 2683³³. En el segundo caso, la constitución hecha por una de ellos en la medida de su parte indivisa es válida (art. 2843³⁴).

Solo le está vedada la constitución al propietario fiduciario (art. 2841³⁵)

II.- Capacidad

Si el usufructo se constituye por contrato oneroso, se requiere la capacidad para vender; por contrato gratuito, la exigida para donar; y por testamento, la establecida para testar.

Si se trata de cuasiusufructo, el art. 2832 menciona a la capacidad para prestar por mutuo, sea el acto de constitución oneroso o gratuito. Como al regular dicho contrato el código no establece reglas especiales referentes a la capacidad, debe entenderse que es la

³³Art. 2.683. Sin embargo, la enajenación, constitución de servidumbres o hipotecas, el alquiler o arrendamiento hecho por uno de los condóminos vendrán a ser parcial o integralmente eficaces, si por el resultado de la división el todo o parte de la cosa común le tocara en su lote.

³⁴Art. 2.843. El usufructo puede establecerse por el condómino de un fundo poseído en común con otros, de su parte indivisa.

³⁵Art. 2.841. El propietario fiduciario no puede establecer usufructo sobre los bienes gravados de sustitución.

necesaria para disponer, por cuanto se transmite la propiedad de las cosas fungibles o consumibles (art. 2245).

En cuanto a la capacidad para adquirir el usufructo, sólo se contemplan los casos de constitución por contrato oneroso y por disposición onerosa de última voluntad, exigiendo en ambos casos la capacidad para comprar (art. 2836).

No obstante el silencio del código, debe entenderse que, si el contrato es gratuito, el que adquiere el usufructo debe tener capacidad para recibir por donación y, si se constituye por testamento, la capacidad para recibir de ese modo.-

III.- Objeto

El principio general surge de la primera parte del art. 2838: “el usufructo puede ser establecido sobre toda especie de bienes, muebles o inmuebles, corporales o incorporales, que pueden ser vendidos o donados, y todos los que pueden ser dejados por disposiciones de última voluntad...”

Si bien surge de dicha norma la amplitud del objeto del usufructo, es evidente según Areán, que hay una notoria incorrección cuando alude a “bienes incorporales”, sobre los que jamás podría recaer un derecho real.

Teniendo en consideración lo expuesto por Beatriz Areán, pueden ser objeto del usufructo:

a) Toda cosa inmueble por su naturaleza, por accesión o por su carácter representativo, como un campo, una casa o un instrumento en el que conste la adquisición de un derecho real inmobiliario.

b) Toda cosa mueble por su naturaleza o por su carácter representativo, que no sea fungible ni consumible, pues si así fuera quedaría constituido un cuasiusufructo.

c) Una cosa "...de mero placer, como un lugar destinado a un paseo, estatus o cuadros, aunque no produzcan ninguna utilidad (art. 2844), desde el punto de vista económico.

d) Un "... fondo absolutamente improductivo" (art.2845), ya que es evidente que si el usufructuario ha aceptado la constitución es porque ha considerado que podrá hallarle alguna forma de aprovechamiento.

Por el contrario, el usufructo no puede establecerse sobre:

a) Las cosas del dominio público del Estado pues, estando fuera del comercio, no pueden ser objeto de ningún derecho real. Si pertenecieran al dominio privado, se requiere una ley especial que autorice la afectación (art. 2839).

b) Los "... bienes dotales de la mujer, ni aun con asentimiento del marido y mujer (art. 2840). Esta interdicción cae al vacío, debiendo interpretarse que ha quedado tácitamente derogada por las leyes 11.357 y 11.711.

c) Los derechos. Si bien es absolutamente innecesario establecerlo expresamente, pues nunca un derecho real puede tener por objeto otro derecho real, ni siquiera un derecho personal, el art. 2842 dispone que: "no pueden ser objeto de usufructo, los derechos reales de uso u habitación, las servidumbres activas, separadas de los inmuebles a que fueren inherentes, la hipoteca, la anticresis, la prenda separada de los créditos garantidos con ella, y los créditos que fuesen intransmisibles".

5.Obligaciones del usufructuario antes de entrar en el uso y goce de la cosa

El Capítulo II del Título X del libro III lleva por título “de las obligaciones del usufructuario, antes de entrar en el uso y goce de los bienes”. Según Areán³⁶, hay en ello una evidente impropiedad, pues antes de la tradición no nace el usufructo y, consiguientemente, no hay usufructuario. En todo caso, tendría validez para el caso en que el usufructo se constituye por testamento, ya que se adquiere por la muerte del testador (art. 2820).

Seguramente Vélez Sarsfield, al inspirarse en el código francés y en sus comentaristas, no advirtió que, al eliminarse la exigencia de la tradición para la constitución del derecho real, ellos podían hablar de usufructuario aun antes de la tradición de la cosa.

Señalada la incorrección, dice que las obligaciones son dos:

I. Inventario: dispone el art. 2846 que: “el usufructuario... debe hacer inventario de los muebles, y un estado de los inmuebles...”, cumpliendo la diligencia “... en presencia del propietario o su representante...”. Si aquel estuviera ausente, el juez le designará un representante para asistir al inventario.

En cuanto a la forma, “siendo las partes mayores de edad y capaces de ejercer sus derechos, el inventario y el estado... pueden ser hechos en instrumento privado...”; en caso contrario, se requiere la presencia de un escribano y dos testigos. “En uno y en otro caso, los gastos son a cargo del usufructuario”. (Art.2847).

El inventario debe consistir en la enumeración y descripción de cada uno de los muebles. El estado de los inmuebles, tal como su nombre lo indica, debe contener la enumeración de las condiciones físicas en que se encuentran.

³⁶ Op. Cit Nota N° 29

A pesar de que tanto el inventario como el estado de los inmuebles tienen una fundamental importancia a los fines de la determinación del objeto que se da en usufructo y que es, en definitiva, el que el usufructuario debe volver al fin de su derecho, puede suceder que éste entre en el goce sin que haya cumplido esta obligación. En tal caso, el nudo propietario puede obligar al usufructuario a hacer el inventario en cualquier momento, aun cuando éste haya entrado en posesión de la cosa sin su oposición (2849). O sea que el incumplimiento de la obligación no produce la pérdida del derecho del usufructuario, ni siquiera lo somete a la restitución de los frutos percibidos, pero la omisión tiene como efecto causar la presunción de que ha recibido las cosas en buen estado (2848).

Claro está que si el propietario aún no hubiera hecho la tradición al usufructuario, está facultado para negarle la entrega hasta tanto cumpla con la obligación.

II. Fianza: el usufructuario debe también "... dar fianza de que gozará de ella (se refiere a la cosa), y la conservará de conformidad a las leyes, y que llenará cumplidamente todas las obligaciones que le son impuestas por este código o por el título constitutivo del usufructo, y que devolverá la cosa acabado el usufructo..." (art.2851).

El monto de la fianza debe ser suficiente para "... responder del valor de los bienes muebles, y del importe de los destinatarios que el usufructuario podría hacer en los inmuebles..." (art.2855).

Es posible "... reemplazar la fianza por prendas, depósitos en los bancos públicos, pero no por hipotecas", al estar estas sujetas a concluir en un número determinado de años. (Art.2854 y nota).

Mientras el usufructuario no haya cumplido con esta obligación, "... el propietario puede negarle la entrega de los objetos sujetos al usufructo; y si le hubiese dejado entrar en posesión de los bienes sin exigir la fianza, podrá, sin embargo, exigírsela en cualquier tiempo" (art. 2852). Además, el retardo del usufructuario en el cumplimiento de la

obligación de afianzar no le hace perder el derecho a los frutos desde que le son debidos (art.2853).

Si las partes no se ponen de acuerdo acerca del plazo para otorgar la caución, debe ser fijado por el juez y, para el caso en que, vencido el mismo, el usufructuario aun no lo haya dado, el art 2856 reglamenta prolijamente los distintos supuestos que pueden presentarse según el objeto sobre el que recaiga el usufructo; mas, si se tratare de muebles necesarios para el uso del usufructuario, este puede reclamar su entrega al juez bajo caución juratoria (2857).

En cuanto a la dispensa de la fianza, a diferencia de lo que ocurre con el inventario, está admitida. Puede ser convenida entre el nudo propietario y el usufructuario, en cuyo caso hay dispensa convencional (art.2851, in fine).

En algunos supuestos el mismo Código consagra la dispensa, de modo que no están obligados a dar fianza:

a) Los padres por el usufructo de los bienes de los hijos, salvo que se trate de un usufructo constituido por un tercero a favor de los padres sobre los bienes de los hijos, sea por contrato o por testamento (art. 2858).

b) Los constituyentes, por contrato oneroso o gratuito, cuando se hubiesen reservado el usufructo enajenado la nuda propiedad (art 2859).

Habiendo sido dispensada la fianza, si durante la vigencia del usufructo se produce "... en la posición personal del usufructuario un cambio... que ponga en peligro los derechos del nudo propietario...", éste puede exigirla; tal sería el caso si el usufructuario cayese en quiebra, abusase en el uso y goce de las cosas o diese lugar a justas sospechas de malversación (art. 2860).

Aun no presentándose ninguna de estas circunstancias, el nudo propietario puede reclamar la fianza que hubiere dispensado en el momento de la constitución del usufructo,

si el inmueble fructuario es expropiado (art. 2861). Ello se debe a que la expropiación por causa de utilidad pública importa un hecho que, por lo general, no entra en la previsión de las partes o del testador y, en tal caso, el usufructo deja de tener por objeto al inmueble para recaer sobre la indemnización, por lo que se convierte en un cuasiusufructo.

5.1 Derechos del usufructuario

El principio general está consagrado por el art.2863: “el usufructuario puede usar, percibir los frutos naturales, industriales o civiles, y gozar de los objetos sobre los que se establece el usufructo, como el propietario del mismo”.

De acuerdo a lo plasmado por la doctrina, esta asimilación entre los derechos del usufructuario y los del propietario no es tan absoluta como parece desprenderse del artículo porque, como lo destaca la nota, “no podría convertir una viña en un campo de pastos, ni transformar el bosque en una tierra de labor. Sobre todo, está obligado a conservar la substancia o la condición de la cosa”.

No hay que olvidarse que, como lo establecimos precedentemente, al usufructuario le está prohibido alterar la substancia, de modo que su uso y goce, aunque es amplio, siempre se encontrará limitado por la imposibilidad de modificar la materialidad de la cosa y de cambiar su destino.

Los diversos autores establecen que las facultades del usufructuario pueden ser materiales o jurídicas.

A. Facultades materiales:

a) Derecho de poseer: como se trata de un derecho que se ejerce por la posesión, el usufructuario es poseedor legítimo.

b) Derecho de usar: puede usar la cosa o servirse de ella, empleando la para todos los usos que le son propios, pero respetando su naturaleza y el destino al que se encontraba afectada al momento de la constitución del usufructo.

Si recae sobre cosas que se gastan o se deterioran lentamente, el usufructuario tiene derecho de servirse de ellas conforme al uso a que están destinadas, y deber devolverlas al término del usufructo en el estado en que se hallen, salvo que se hayan deteriorado o consumido por su culpa.

c) Derecho de gozar: el usufructuario puede pedir los frutos naturales, industriales o civiles que produce la cosa fructuaria (Art. 2864³⁷ y 2865³⁸).

d) Derecho de hacer mejoras: tiene que tratarse de mejoras útiles o voluntarias pues, si fuesen necesarias, ya no estaríamos en presencia de una facultad sino de un deber.

B. Facultades jurídicas:

a) Actos de administración: el usufructuario tiene plenas facultades para administrar, puesto que solo le está vedada la disposición del objeto.

b) Actos de disposición: como carece de facultad de enajenar la cosa, los actos de disposición que puede realizar son muy limitados.

Si bien no puede transmitir el usufructo mismo, sí puede ceder el ejercicio del derecho.

³⁷ Art. 2864. Los frutos naturales pendientes al tiempo de comenzar el usufructo pertenecen al usufructuario. Los pendientes al tiempo de extinguirse el usufructo pertenecen al propietario, y si están vendidos, el precio corresponde también al propietario. Ni uno ni otro tienen que hacerse abono alguno por razón de labores, semillas u otros gastos semejantes, salvo los derechos de los terceros que hubiesen empleado su trabajo o su dinero en la producción de los frutos. Lo que se deba por esta razón debe ser satisfecho por el que perciba los frutos.

³⁸ Art. 2865. Los frutos civiles se adquieren día por día, y pertenecen al usufructuario en proporción del tiempo que dure el usufructo, aunque no los hubiese percibido.

c) Protección legal: de acuerdo con el art. 2876, “el usufructuario puede ejercer todas las acciones que tengan por objeto la realización de los derechos que corresponden al usufructo; y puede también, para asegurar el ejercicio pacífico de su derecho, intentar las diversas acciones posesorias que el nudo propietario estaría autorizado a intentar”.

5.2 Obligaciones del usufructuario

El art. 2878 sienta el principio general: “el usufructuario debe usar de la cosa como lo haría el dueño de ella, y usarla en el destino al cual se encontraba afectada antes del usufructo”.

6. Obligaciones y derechos del nudo propietario

Dice Areán, que, para que quede constituido el usufructo, el propietario debe entregar la cosa al usufructuario “... en el estado en que se hallare, aun cuando no pueda servir para el uso y goce propio de su destino...”. También debe entregarle los accesorios de la cosa, no comprendiéndose entre ellos “... las crías,... aun cuando sigan a las madres, ni... los títulos de la propiedad”.

Una vez hecha la tradición el nudo propietario, no tiene ya ninguna obligación positiva respecto al usufructuario pues, a diferencia de lo que ocurre con el locador, no debe hacerlo gozar sino dejarlo gozar.

En cuanto a los derechos del nudo propietario, la regla es que puede ejercer libremente todas las facultades inherentes a la propiedad compatibles con la existencia del

usufructo. Es decir, que puede venderlo, gravarlo y ejercer todas las acciones que pertenezcan al propietario en su calidad de tal.

7.Extinción

Tomamos en consideración las causales de extinción del usufructo que ha regulado el código. Ellas son las siguientes:

1. Vencimiento del plazo por el cual hubiese sido constituido (2921). El término pactado no es un punto hasta donde debe alcanzar el usufructo, sino un punto del que no debe pasar. Por ello, puede pasar que se extinga antes del vencimiento si concurre otra causal de extinción, por ejemplo, si acaece la muerte del usufructuario.

El plazo comienza a contarse desde el momento en que el usufructo ha quedado constituido, es decir cuando se ha cumplido con los requisitos que prevé la teoría del título y el modo, si se trata de una constitución por actos entre vivos, o desde la muerte del testador, si emana de un testamento. Corre aun durante el tiempo en que el usufructuario no ha podido usar y gozar del objeto por ignorancia, por despojo o por cualquier otra causa.

Si el usufructo ha sido constituido hasta que una persona haya llegado a una edad determinada, dura hasta esa época, aunque esta tercera persona haya muerto antes de la edad fijada. Solo se produce la extinción por la muerte del tercero, en cualquier época en que suceda, si del título constitutivo resultare claramente que la vida de la tercera persona se ha tomado como término incierto para la duración del usufructo.

2. Cumplimiento de la condición resolutoria a que se hubiese subordinado la duración (art. 2926). Al igual que en el caso anterior, la extinción puede producirse antes de que ocurra el hecho futuro e incierto al que se sujetó la duración, si fallece el usufructuario o se destruye el objeto.

3. Siendo el usufructuario una persona física, su fallecimiento (art 2920). El usufructo no se transmite a los herederos, ni si quiera puede ser constituido a favor de una persona y de sus herederos (art. 2825).

4. En el caso de ser el usufructuario una persona jurídica, extinción de ésta por cualquier causa, o haber durado ya veinte años el usufructo (2828).

5. Revocación directa, por ejemplo cuando se constituyó el usufructo en pago de una deuda inexistente (arts. 2918 y 2919).

6. Revocación demandada por los acreedores del dueño, cuando el usufructo hubiera sido establecido en perjuicio o fraude de ellos (art. 2918).

7. Resolución del dominio cuando, recayendo sobre un inmueble, la revocación del dominio se opera con efecto retroactivo (arts. 2918 y 2670). Si el objeto es una cosa mueble, solo se extingue cuando el usufructuario fuere de mala fe, por ejemplo, si conociere que quien aparece como nudo propietario, en realidad, la había robado al verdadero propietario.

8. No uso durante diez años (art. 2924). Esta causal, que juega como una suerte de prescripción extintiva, supone que el usufructo no ha sido ejercido por el usufructuario mismo ni por intermedio de un tercero, aun cuando el goce haya sido excesivo o abusivo y siempre que no haya sido incompleto. El plazo se cuenta desde el día en que se ejerció el derecho por última vez.

9. Prescripción, cuando un tercero prescribe el usufructo (art. 2942). Como lo hace en detrimento del usufructuario, el dominio sigue siendo imperfecto, ya que solo cambia la persona del usufructuario.

10. Consolidación, cuando se reúnen la propiedad y el usufructo en la persona del usufructuario (art. 2928), cualquiera sea la causa de adquisición.

11. Abandono o renuncia, sin perjuicio de la facultad de los acreedores del usufructuario de pedir la revocación por vía de la acción pauliana, sin estar obligados a probar que ha habido un interés fraudulento (art. 2933). La renuncia importa un acto unilateral del usufructuario, pudiendo ser expresa o tácita.

12. Enajenación, cuando el nudo propietario y el usufructuario enajenan sus respectivos derechos a una misma persona (art. 2931).

13. Pérdida total de la cosa, sucedida por caso fortuito y siempre que ésta no fuese fungible (art. 2934). Si se debiese a culpa del nudo propietario o del usufructuario, el usufructo también se extingue, sin perjuicio de que puedan entrar a jugar las reglas sobre responsabilidad civil. Si se ha producido como consecuencia del hecho de un tercero, subsiste sobre lo que quedare de la cosa bajo cualquier forma y también se extiende a las indemnizaciones debidas por aquel. En este último supuesto se opera una suerte de desdoblamiento del objeto, ya que habrá usufructo sobre lo que ha restado de la cosa y cuasiusufructo sobre las sumas de dinero abonadas por el causante del daño. Si la pérdida es total, solo existirá cuasiusufructo sobre éstas.

Producida la exención del usufructo, siempre que no sea por pérdida total de la cosa o por consolidación, el efecto directo e inmediato es el de hacer entrar al nudo propietario en el derecho de goce, del cual había sido temporalmente privado (art. 2943).

El usufructuario tiene la obligación de restitución de las cosas sometidas al usufructo. Si se encontrare en la imposibilidad de hacerlo o de justificar que han perecido sin su culpa, debe pagar su valor al día en que las recibió (art 2946).

Debe restituir no solo los objetos que desde el principio se encontraban sometidos al usufructo, sino también las accesiones que hayan podido acrecentarlo por un acontecimiento de la naturaleza e , inclusive, las mejoras que haya introducido, salvo el

derecho que tiene de retirarlas siempre que no cause un detrimento a las cosas que hubiesen estado en usufructo (art. 2946).

A partir del momento en que se ha producido al extinción del usufructo, si el usufructuario permanece en el uso y goce de la cosa fructuaria, deja de ser poseedor y se convierte en tenedor (art.2462, inc.4º).por otra parte estará obligado a la restitución de los frutos percibidos, aunque ignore el vencimiento del término del usufructo (art. 2922). Distinta es la solución cuando es el usufructo el que está sometido a una condición resolutoria y ésta se cumple. En tal hipótesis, tiene derecho a hacer suyo los frutos hasta que el nudo propietario demande la resolución de su título y la entrega del fundo (art. 2927). Ello es así, por cuanto, si no existe consenso sobre la ocurrencia del hecho previsto, debe decidir el juez.

8. Conclusiones

A modo de conclusión podemos afirmar que por medio del presente capítulo hemos realizado un análisis exhaustivo del Derecho Real de Usufructo.

Hemos explorado nociones conceptuales, sus diferentes clases, elementos y obligaciones teniendo en cuenta doctrina especializada.

Entendemos que este profundo análisis nos sirvió de base para seguir construyendo en andamiaje de la figura jurídica en estudio, e ir cumplimentando progresivamente a través del desarrollo del trabajo los objetivos específicos que hemos planteado al inicio.

Consideramos, a esta altura del trabajo, que contamos con nociones particulares y generales tanto del contrato de Donación, como del derecho Real de Usufructo.

En el próximo capítulo nos concentraremos en el análisis del asentimiento conyugal conforme a la disposición de distintos tipos de bienes.

Capítulo III

Nociones particulares y generales del asentimiento conyugal

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Asentimiento conyugal. 2.1 Nociones generales. 3.Oportunidad para otorgar asentimiento. 4. Formalidades del asentimiento. 5. Asentimiento en bienes propios. 6. Derecho del cónyuge titular. 7. Derecho del cónyuge no titular.8. Asentimiento y certificado de inhibición. 8.1 Asentimiento y escritura. 9. Actos que exigen Asentimiento.10.Autorización Judicial supletoria. 11. Efectos de la falta de asentimiento. 12. Tesis al respecto. 12.1 Tesis de la inoponibilidad. 12.2 tesis de la nulidad.13. El control del Registro de la Propiedad. 14. Casos especiales en lo que no es necesario el asentimiento conyugal.15. Situación de los cónyuges divorciados. 16. Conclusiones.

1. Introducción

En el presente capítulo realizaremos un estudio pormenorizado del asentimiento entre cónyuges respecto al régimen de bienes de la sociedad conyugal.

Haremos mención de las oportunidades que tienen los contrayentes para otorgar dicho asentimiento y las formalidades del mismo.

Luego estudiaremos el asentimiento con relación a bienes propios, su aplicación en sede notarial. Cuáles son los derechos del cónyuge titulares y cuales los del no titular. También veremos cuáles son los actos que exigen dicho asentimiento y los efectos ante la falta del mismo.

Analizaremos el control del Registro de la propiedad.

Finalmente, estudiaremos las situaciones especiales de las escrituras de donación de inmueble con reserva de usufructo. Plantearemos los probables problemas q se pueden presentar respecto de la constitución de usufructo sobre bienes gananciales, el asentimiento del no titular y los derechos de los acreedores.

2. Asentimiento conyugal

2.1 Nociones generales

Teniendo en consideración lo planteado por Ricardo Dutto³⁹, el art. 1277⁴⁰ del Código Civil la ley 17.711 consagra el régimen de gestión separada y de libre disposición

³⁹DUTTO J. RICARDO, Manual doctrinal y jurisprudencial de familia, Editorial Juris, Rosario, Año 2005.

⁴⁰Art. 1.277. Es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o gravar los bienes gananciales cuando se trate de inmuebles, derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria, aportes de dominio o uso de dichos bienes a sociedades, y tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión de éstas. Si alguno de los cónyuges negare sin justa causa su consentimiento para otorgar el acto, el juez podrá autorizarlo previa audiencia de las partes.

sin perjuicio de los casos en que se requiere el asentimiento del no titular, pero ellos no transforman al régimen en una comunidad de gestión conjunta.

Estudia Ricardo J. Dutto, que la iniciativa le corresponde al titular, el otro no es parte en el acto dispositivo y solo aquel asume las obligaciones emergentes del negocio celebrado, por ejemplo: garantiza la evicción, debe estar libre de inhibiciones, etc.

Incorre en sobreabundancia al mencionar la “legitimidad” del título y erróneo es el vocablo “consentimiento”, gramaticalmente correcto pues significa permitir, pero se prefiere la voz asentimiento puesto que acerca la idea de la conformidad de un tercero que no es parte, lo cual se relaciona con el sistema de gestión separada. El asentimiento requerido por el art 1277 no convierte al cónyuge no administrador en parte del negocio de disposición.

Por ejemplo, entiende Dutto que, en el otorgamiento de un boleto de compraventa sin su asentimiento, el mismo puede ser logrado hasta el momento de la escrituración, pues es allí donde se lo requiere para perfeccionar la disposición del bien ganancial de administración del otro cónyuge. De allí que la demanda de escrituración pueda y deba ser dirigida solamente contra el otorgante, sin perjuicio que al mismo tiempo se ejerza por parte del tercero la acción para lograr el asentimiento del cónyuge promitente en subrogación de los derechos de este último a requerirlo.

También será necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio de uno de ellos, en que está radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces. Esta disposición se aplica aun después de disuelta la sociedad conyugal, trátase en este caso de bien propio o ganancial.

El juez podrá autorizar la disposición del bien si fuere prescindible y el interés familiar no resulte comprometido.

Por eso se dijo que no existe relación inescindible ni imposibilidad de dictar sentencia útil que requiera la constitución de litisconsorcio necesario entre el cónyuge administrador que otorgara el boleto de compraventa y el no administrador que debe prestar su consentimiento. Este último podrá ser llamado coactivamente o incluso licitar él voluntariamente su intervención en el pleito, pero aun cuando tales opciones no se hayan verificado, la sentencia podrá dictarse últimamente contra el otorgante. En tal caso, la sentencia de condena contra el mismo quedará sujeta a que en la etapa de ejecución el demandado, o el comprador por vía subrogatoria, consiga el asentimiento del cónyuge, o la autorización supletoria del Juez en caso de negativa sin justa causa prevista por el art. Art 1277 del C.C, segundo párrafo in fine, con la salvedad de que no de ser así y en atención a la imposibilidad de cumplimiento de la condena a escritura (imposibilidad que alcance también el otorgamiento de la escritura por el juez a nombre del obligado), la misma se convierta eventualmente en el pago de daños y perjuicios de acuerdo a las circunstancias del caso concreto (obligación asumida por el promitente respecto del asentimiento faltante, conocimiento y buena fe del adquirente, etc.)y cuyo monto se tramitará por el trámite que prevé el art. 265⁴¹ del CPCCSF.

La prohibición de disponer en los casos señalados por el art. 1277 obedecen a una protección hacia el cónyuge no titular y a los hijos menores o incapaces como fin tuitivo del núcleo familiar para el supuesto del último párrafo, por eso es que el asentimiento debe ser especial para cada caso.

⁴¹ Art. 265 CPCCSF: Además de la aplicación de astreintes cuando el juez lo estimare oportuno, en caso que se condenare a hacer alguna cosa u otorgar una escritura pública y el ejecutado no lo hiciera en el plazo señalado en la sentencia, el juez ordenará, a opción del ejecutante, que se haga a costa del deudor o se otorgue la escritura por el mismo juez a nombre del obligado o que éste pague los daños y perjuicios. La obligación se resolverá también en esta última forma cuando no fuere posible su cumplimiento en las condiciones previstas por este artículo. La determinación del monto del resarcimiento se hará mediante juicio sumarísimo.

3. Oportunidad para otorgar el asentimiento

De acuerdo a lo planteado por Ricardo Dutto, el asentimiento genérico del cónyuge no sería válido por las siguientes razones:

1. El consentimiento general anticipado con los actos de disposición del conyuge implica una convención matrimonial, puesto que modifica el régimen patrimonial del matrimonio al tener el mismo efecto práctico que la supresión del asentimiento prescrito por el art. 1277 y 1219 Código Civil según sea hecho antes o después del matrimonio. Su revocabilidad no cambia la cuestión, pues no por revocable dejaría de alterar el régimen matrimonial, aunque fuera transitoriamente.
2. El espíritu de la ley es el de requerir la conformidad con cada acto en particular y con las condiciones de cada acto, instando a la actuación común de los esposos, sus propósitos no quedan satisfechos con la autorización genérica, que quizá quisiera ser revocada cuando ya fuese demasiado tarde (por haberse enajenado al patrimonioganancial) frustrándose la protección legal.

La posibilidad de que un cónyuge otorgue mandato general al otro para disponer de sus bienes existe, pero ello no implica que también deba aceptarse el asentimiento general para la disposición de los del segundo, pues las situaciones son diferentes: en el primer caso, el mandatario debe rendición de cuentas, queda obligado a entregar al mandante lo obtenido como contraprestación de los actos de disposición, mientras que en el segundo, puede sustraer definitivamente del patrimonio ganancial lo obtenido, ya que como propietario puede incluso dilapidarlo sin ninguna responsabilidad.

Se resolvió que el sentido del art. 1277 C.C. importa el control del cónyuge sobre los concretos actos de disposición que efectuaré el otro consorte, por tanto, si éste es el

sentido de la norma, es claro que no puede quedar suplido el asentimiento que el artículo prevé por un apoderamiento genérico dado por anticipado que elimina el control que la ley ha querido que existiese en cada acto de disposición. Sea el otro cónyuge, sea a un tercero, hay graves razones para considerar que no es válido conferirlo en términos generales, y para toda negociación.

4. Formalidades del asentimiento

Respecto del instrumento para formalizarlos, depende de la forma que la ley exija para la realización del acto que se presta, pero de acuerdo con el art. 974⁴² del Código Civil podrá otorgarse por instrumento público o privado. Se sostuvo que se impone la escritura pública cuando se otorga el asentimiento a actos que deben ser extendidos de esa forma, pero no al no estar sujeto a exigencias formales el asentimiento puede ser prestado expresa o tácitamente conforme art. 1145⁴³ del C.C.

5. Asentimiento en bienes propios

De acuerdo a lo establecido por Natalio Pedro Etchegaray⁴⁴, si se trata de un bien propio no alcanzado por el art. 1277 del Código Civil, el transmitente ya debió haber efectuado, en el lugar del esquema escriturario destinado a sus declaraciones, la

⁴² Art 974 C.C. Cuando por este código, o por las leyes especiales no se designe forma para algún acto jurídico, los interesados pueden usar de las formas que juzgaren convenientes.

⁴³ Art 1145 C.C. El consentimiento puede ser expreso o t cito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito, o por signos inequívocos. El consentimiento t cito resultar de hechos, o de actos que lo presupongan, o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que la ley exige una manifestación expresa de la voluntad; o que las partes hubiesen estipulado, que sus convenciones no fuesen obligatorias, sino después de llenarse algunas formalidades.

⁴⁴ ETCHEGARAY Natalio Pedro, Escrituras y actas notariales, editorial Astrea. Año: 2007. Buenos Aires

manifestación que asegure la inexistencia de las circunstancias de hecho que harían aplicable el instituto del sentimiento conyugal.

6. Derecho del cónyuge titular

Ayuda a la interpretación del artículo 1277, tener en cuenta que es una excepción al principio general del art. 1276⁴⁵, según el cual cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales que adquiriera con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo.

Todos los elementos esenciales, naturales o accidentales del negocio son privativos del cónyuge titular, y pueden ser válidamente convenidos sin el concurso del cónyuge no titular.

Luego, el contrato queda perfectamente concluido como tal por acuerdo de voluntad común destinado a reglar los derechos del cónyuge titular y de su contratante.

Justamente porque hay contrato es que aparece en escena el cónyuge no titular, de acuerdo con los derechos que le concede el art. 1277 del Código Civil.

7. Derecho del cónyuge no titular

El cónyuge titular debe enterar al no titular del negocio realizado, o de la intención de realizarlo (ya que nada prohíbe solucionarlo anticipadamente), y así obtener su asentimiento.

⁴⁵ Art. 1276 C.C. Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo, con la salvedad prevista en el art. 1277.

El cónyuge no titular no tiene ningún derecho a negar su asentimiento sin justa causa.

Lógicamente el cónyuge no titular tiene la posibilidad de entender como razonable, para decir no, cualquier justificación que estime corresponder, pero el art. 1277 remite a la apreciación judicial la justa causa de la negativa.

Para apreciar la justa causa, el juez tiene, dentro de la libertad que la ley le concede, dos parámetros:

- 1) La prescindibilidad del bien.
- 2) Que su disposición no comprometa el interés familiar.

Pareciera, de acuerdo a lo que plantea Etchegaray, que la ley ha concedido a la potestad judicial el cuidado y preservación de una suerte de interés familiar mínimo, que en cada caso deberá estudiarse en atención a las particulares condiciones de cada grupo familiar, sin que ni siquiera se puedan establecer pautas más o menos generales.

8. Asentimiento y certificado de inhibición

El asentimiento conyugal instituido por el art. 1277 del Código Civil no crea ninguna excepción en cuanto a la titularidad y facultad de disposición de los bienes, que surgen del art. 1276 y de la ley 11.357.

La iniciativa en la disposición de los bienes corresponde íntegra y exclusivamente al titular; el cónyuge no puede, en ningún caso, exigirle que enajene; y el cónyuge no titular, aunque preste su consentimiento, no es parte en el acto dispositivo. Por lo tanto, el certificado de inhibición no tiene por qué ser solicitado por el cónyuge que asiente, ya que no se comprometen bienes que constituyen prenda común de los acreedores de éste.

8.1 Asentimiento y escritura

En la escritura, dice Etchegaray, se torna indispensable efectuar la referencia al asentimiento conyugal cuando el negocio instrumentado caiga dentro de las previsiones del art. 1277.

El asentimiento puede haber sido prestado con anterioridad, o en el mismo acto de escritura o diferirse para el futuro, en todos los casos con la conformidad del adquirente a cada una de esas situaciones.

9. Actos que exigen asentimiento

En lo que refiere a la administración de la sociedad conyugal, los actos jurídicos que exigen asentimiento, según Ricardo Dutto, son todos los actos de disposición entre vivos: venta, donación, permuta, cesión de boleto de compraventa de inscripción obligatoria, dación en pago. Esta exigencia no se da cuando se trata de la ejecución forzada de un inmueble ante el incumplimiento de una deuda dineraria por parte del cónyuge.

Los bienes y derechos que exigen el asentimiento conyugal son:

- a. Inmuebles.
- b. Muebles registrables, es decir los que tienen registro obligatorio por disposiciones nacionales y provinciales. Pueden mencionarse: los automotores; las maquinarias agrícolas viales e industriales; las aeronaves; los buques; los equinos de pura sangre de carrera; entre otros.
- c. Los derechos registrables: derechos reales sobre inmuebles; derechos que se fundan en gravamen sobre automotores, aeronaves, buques, caballos de pura sangre;

derechos emergentes de prendas con registro; las marcas y señales de ganado; la cesión de cuotas sociales de SRL; cuotas nominativas de las sociedades anónimas; la transformación y/o fusión de sociedades; los diseños industriales, marcas y patentes cuando son gananciales; entre otros.

- d. El bien propio de uno de los cónyuges si está establecido el hogar conyugal y hay hijos menores o incapaces, aun después de disuelta la sociedad conyugal, atribuyendo al juez la posibilidad de otorgar la autorización si el bien fuera prescindible y ello no afectare al interés familiar. Se aplica a cualquier acto de disposición. Si el hogar estuviere radicado en un bien ganancial, la restricción es por la primera parte del art. 1277 Código Civil.

La norma solo es aplicable a los casos de disolución de sociedad conyugal que no acaezca por fallecimiento de uno de los cónyuges, pues de ocurrir ello no se podría contar con ese asentimiento y el bien integrará la indivisión postcomunitaria y sujeta a los arts. 3451 y siguientes del Código Civil.

- e. Gravámenes de bienes gananciales: son actos relacionados con créditos garantizados con hipoteca o prenda con registro: el caso más frecuente es la constitución de gravamen por el saldo de precio de un bien que se adquiere con fondos gananciales. Las entidades bancarias, al otorgar un préstamo y constituir hipoteca sobre ese saldo de precio, requieren indefectiblemente el asentimiento de los dos cónyuges, aunque fuese uno solo el que solicita el préstamo. La explicación reside en que el gravamen recae sobre el bien ya incorporado al patrimonio, puesto que para hipotecar se requiere ser propietario del inmueble según el art. 3119 C. Civil. El asentimiento no es necesario porque el bien ingresa al patrimonio ganancial, no hay una disminución del cónyuge comprador, solo es un medio útil para incrementar nuevos bienes que no contraría la finalidad del art. 1277 Código Civil.

La Cámara Civil y Comercial de Rosario también tiene ese criterio: cuando se adquiere un inmueble cuyo saldo de precio es garantizado mediante la constitución de una hipoteca, no es dable exigir el asentimiento del cónyuge del comprador pues se trata de un negocio jurídico que lejos de desbaratar el patrimonio conyugal, tiende a fortalecerlo al aumentar su integración mediante un nuevo bien, sin que el gravamen constituido implique un menoscabo actual y concreto de los bienes que integraban la sociedad hasta ese momento.

- f. La transformación o fusión de sociedades de personas: la ley restringe la posibilidad del cónyuge de transformar las sociedades de persona que integra, en anónima o en comandita por acciones.

10. Autorización judicial supletoria

El art. 1277 Código Civil prevé la intervención judicial cuando el cónyuge no titular niegue sin justa causa el asentimiento para la disposición o gravamen de inmuebles o muebles cuyos registros impusieron las leyes obligatoriamente.

Cuando se trata del inmueble sede del hogar conyugal el juez solo autorizará la disposición si fuere prescindible y el interés familiar no resultare comprometido.

Es ineludible oír al cónyuge que niega el asentimiento.

11. Efectos de la falta de asentimiento

Como se expresa seguidamente, doctrinaria y jurisprudencialmente existen discrepancias sobre la consecuencia de la falta de asentimiento: para unos el negocio es inoponible al cónyuge que no lo prestó; para otros el acto es pasible de nulidad relativa.

12. Tesis al respecto

12.1 Tesis de la inoponibilidad:

Los exponentes de esta tesis (Vidal Taquín, Cafferatta y López de Zavalía) parten de la idea que como el cónyuge que debe prestar el asentimiento no es parte en el acto, éste no es inválido sino sob inoponible a dicho cónyuge.

Las principales características de esta posición son:

- a) Puede invocarla quien no es parte (a diferencia de la nulidad) y el cónyuge no disponente no tiene ese carácter.
- b) La inoponibilidad no prescribe.
- c) Opera recién después de disuelta la sociedad conyugal, en la etapa de liquidación y no durante la vigencia de la sociedad conyugal pues el bien dispuesto no integra la masa de su gestión y por otra parte el acto le es ajeno.
- d) Si la acción se ejercita antes de la disolución del régimen, no se podrá reivindicar el bien enajenado, de corresponder, hasta la terminación del mismo.
- e) Solo ostenta derechos eventuales sobre ese bien.
- f) Como el acto se reputa válido, el tercero podría ofrecer satisfacer el valor del bien y retenerlo en su patrimonio.
- g) Por idéntica razón que el párrafo anterior, permite perseguir el bien en poder de quien se encuentre.

12.2 Tesis de la nulidad

De acuerdo a Llambías el negocio carente del asentimiento conyugal es nulo ya que infringe una incapacidad de derecho. Considera que se trata de un defecto rígido que afecta al acto y en razón de ello se genera una nulidad relativa dado que la sanción se encuentra dispuesta en protección del interés particular del cónyuge omitido. Es la postura predominante en la doctrina, autores como Borda, Mendez Costa, Zannoni, Guastavino, Belluscio, entre otros, la adoptan.

Los argumentos que avalan esta teoría son los siguientes:

- a) La nulidad del acto de disposición otorgado sin el asentimiento solo puede ser invocado por el cónyuge que debía prestarlo o sus herederos.
- b) Conforme al artículo 1048 del Código Civil se encuentran legitimados para solicitar la nulidad relativa aquellos en cuyo beneficio han establecido las leyes. Así si bien el cónyuge ajeno al negocio jurídico celebrado no es parte del mismo, indudablemente es aquel en cuyo beneficio se dispone la norma.
- c) Respecto de la prescripción, entre cónyuges la nulidad es imprescriptible. Ahora bien, en cuanto el tercero adquirente rige la prescripción decenal conforme el 4023 del Código Civil.
- d) El bien deberá ser restituido por el adquirente o dejar sin efecto el gravamen, todo ello siendo primordial el correspondiente resarcimiento de daños y perjuicios hacia el cónyuge omitido.
- e) En cuanto a los efectos de la nulidad se encuentran a salvo de estos los terceros de buena fe.
- f) Esta acción prescribe en el término de diez años para la postura mayoritaria.

El régimen previsto por el legislador no ofrece garantías absolutas. Al poder oponerse a la nulidad en cualquier tiempo sin ser necesario esperar al momento de la disolución de la sociedad conyugal, por medio de esta teoría se ofrece una protección más completa en resguardo de los derechos del cónyuge no disponente.

En el supuesto de que el vicio invocado como fundamento de la pretensión se presente en forma latente o no manifiesta, siendo dependiente de una investigación de hecho el acto es anulable, por lo tanto se reputa válido, mientras la acción de anulación no sea ejercitada por quien se encuentre activamente legitimado y pruebe el hecho que invoca.

La jurisprudencia no es uniforme, a favor de la nulidad del negocio pueden citarse los siguientes estratos de fallos:

- “Corresponde decretar la nulidad de la donación de la nuda propiedad de un inmueble efectuada por el accionado-reservándose para sí el usufructo, excluyendo a la cónyuge y privándola de su legítimo derecho-si la escrituración se realizó vigente el matrimonio aditándose a ello que el emplazado omitió exhibir el dinero para la compra o adjuntado los recibos de los pagos si en la escritura pública se consignó, que el precio fue abonado antes de la misma. Se trataba del asentimiento de la donación de la nuda propiedad de un inmueble a favor de los hijos menores en donde el accionado no solo donó un bien de naturaleza ganancial, sino que se reservó para sí el usufructo excluyendo al accionante.”⁴⁶

Otros tribunales se han expresado a favor de la inoponibilidad del acto carente de asentimiento:

⁴⁶ CC. Y COM. Pergamino Julio, 4- 2000. LLBA 2000-1377.

- “Se hizo lugar a la demanda de escrituración entablada por el comprador de un inmueble que fue adquirido por el vendedor y su cónyuge en forma conjunta y por partes iguales, si éste último no presto su asentimiento a dicho acto, transformándose la obligación del demandado en la de resarcir los daños que se determinen en la etapa de ejecución de sentencia. El vendedor de un bien adquirido en forma conjunta y por partes iguales con su cónyuge no puede invocar la falta de asentimiento de éste para obtener la anulación de la venta y sustraerse a la obligación de escriturar, debiendo interpretarse que aquél se comprometió a conseguir la ratificación del acto por los demás condóminos, a quienes el contrato le es inoponible”.⁴⁷

13.El control del Registro de la Propiedad

De acuerdo a un fallo de la Cámara Nacional Civil en pleno, se admitió que el Registro de la Propiedad Inmueble al examinar los instrumentos que se presenten para ser registrados puede controlar el cumplimiento de los requisitos relativos al poder de disposición de las partes impuestos por el art. 1277 del Código Civil. A estos efectos podrá requerir que en el documento inscribible conste la expresión del asentimiento del cónyuge no disponente, o de la autorización judicial; si se tratare de bienes propios de uno de los cónyuges, deberá prescindirse del asentimiento, siempre que el disponente manifieste que no se dan los supuestos de radicación del hogar conyugal y de existencia de menores o incapaces.⁴⁸

⁴⁷ CC. Y COM. Familia y Trab. Marcos Juárez. Febrero 3-2000. LLC, 2001- 1049.

⁴⁸ Cámara Nacional Civil, en pleno, julio, 27-1977. LL, 1977- C- 397.

14. Casos especiales en lo que no es necesario el asentimiento

conyugal

De acuerdo a lo expresado por Natalio Etchegaray⁴⁹, hay casos especiales en los que no se necesita el asentimiento conyugal, entre los cuales destaca a los siguientes:

- 1) Cancelación de hipotecas. A pesar de que es un acto para el cual se requiere capacidad de disponer, no es de ninguna manera un acto de disposición.

Según Etchegaray, es un acto debido por el acreedor que ha sido satisfecho en su crédito.

No es necesario que se pruebe la vigencia del crédito para cancelarlo. Esto es porque si el deudor pagó al acreedor hipotecario que había cedido el crédito y no tenía noticias de la cesión, pagó bien, y si había sido notificado pagó mal.

Lo mismo con relación a la libertad de disponer (falta de inhibiciones) por parte del acreedor que cancela y de falta de trabas sobre el crédito que se cancela. El deudor que no ha sido notificado del embargo del crédito paga bien al acreedor.

Lo que plantea Etchegaray⁵⁰ en este punto, es que el acreedor que ha cobrado su crédito no puede negar la cancelación del derecho real que garantizaba la deuda, y mucho menos su cónyuge podría oponerse a la cancelación y el cobro del crédito.

- 2) Constitución de bien de familia. A pesar de que se trata de un acto en el cual se requiere capacidad de disponer, su otorgamiento no requiere asentimiento conyugal, pues los fines del acto son aún mucho más amplios, en cuanto a la protección del patrimonio conyugal, que los que conforman la institución del asentimiento.

⁴⁹Op.cit N° 44.

⁵⁰Op.cit N°44.

- 3) Reglamento de copropiedad y administración. Al igual que en los casos anteriores, es un acto para el cual se requiere capacidad de disponer, pero que, como no compromete el patrimonio, está afuera del art. 1277. Sin embargo, es una buena oportunidad para que el cónyuge no titular dé su asentimiento para la disposición de cada una de las unidades que integran el edificio.
- 4) Hipoteca por saldo de precio. Se ha sostenido tradicionalmente que no es necesario solicitar certificado de libre inhibición para poder constituir hipoteca por saldo de precio, ya que en estos casos no hay una verdadera disposición al constituir el gravamen, puesto que cambia muy poco la situación del acreedor, favorecido por el privilegio que acuerda el art. 3924⁵¹ del Código Civil.

Si se aplica esta misma lógica al asentimiento, se puede concluir que no es necesario en los casos de hipotecas por saldo de precio.
- 5) Hipoteca a favor de un tercero que facilita dinero para la compra. Por imperio del art. 3927⁵², el que ha dado dinero para la adquisición de un inmueble goza de privilegio sobre éste para el reembolso del dinero dado, siempre que en la escritura de adquisición conste que el inmueble se pagó con dinero prestado, aunque no haya subrogación expresa. Lo que aquí se interpreta no es usual, pero según Etchegaray se ajusta a derecho porque como la situación del acreedor no cambia, haya o no

⁵¹ Art. 3924 C.C. El vendedor de un inmueble no pagado, aunque hubiese hecho tradición de él, haya dado término para el pago o fiándose de otra manera en el comprador, tiene privilegio por el precio que le es debido, y puede ejercerlo sobre el valor del inmueble, mientras se halle en poder de deudor; pero los administradores de los bienes concursados están autorizados para retener el inmueble, pagando inmediatamente el precio de la venta y los intereses que se debiesen.

⁵² Art. 3927 C.C. El que ha dado dinero para la adquisición de un inmueble, goza de privilegio sobre el inmueble para el reembolso del dinero dado, con tal que por la escritura de adquisición, conste que el inmueble ha sido pagado con el dinero prestado, aunque no haya subrogación expresa.

hipoteca, la constitución formal del gravamen no se asimila a una disposición patrimonial.

Por otro lado, la nota al art. 3924⁵³ concuerda expresamente su caso al del art. 3927.

Esta interpretación se ha impuesto al ser aplicada por las instituciones oficiales de crédito como lo es el Banco Hipotecario Nacional, Pami, etc.

- 6) División de condominio. Al ser un título declarativo, reconocido como tal en una sede fiscal, no tipifica la disposición a que se refiere el art. 1277.

No es tan clara la cuestión cuando de la división de condominio surge un enriquecimiento para alguna de las partes que recibe ostensiblemente más de la porción que tenía en la cosa común. En estos casos parece imponerse la necesidad del asentimiento conyugal. La doctrina mayoritaria hace prevalecer el asentimiento conyugal en todos los casos, excepto cuando la forma de dividir y adjudicar las partes del condominio se hubiera pactado al constituirlo.

15. Situación de los cónyuges divorciados

Haciendo referencia a la indivisión poscomunitaria, la sentencia de divorcio marca el final de una situación respecto de los bienes del matrimonio, que es la del asentimiento conyugal.

Dichos bienes pasan a una etapa de indivisión que se prolongará hasta que se efectúe la liquidación de la disuelta sociedad conyugal y consecuentemente la adjudicación a alguno de los ex cónyuges, o a ambos en condominio.

⁵³Nota art. 3924. El vendedor ha puesto el inmueble en el patrimonio del comprador antes de recibir su valor. Si fuese preferido sobre el precio por otro acreedor, éste se enriquecería a su costa.

Poco importa que sea el vendedor mismo o a un tercero a quien el comprador esté obligado respecto a las prestaciones estipuladas. El tercero no puede, para obtener el pago, ejercer el privilegio en su nombre personal; pero no se le priva obrar a nombre del vendedor, y usar del privilegio de éste.

De acuerdo a lo planteado por Etchegaray, en su libro “Escrituras y actas notariales”, en la citada etapa de indivisión poscomunitaria, ya no importa cuál de los cónyuges es el titular registral del bien ganancial, y en consecuencia desaparece el instituto del asentimiento del no titular, para entrar en una etapa de codisposición. De todos modos, el precio deberá ser percibido por ambos codisponentes, quienes a su vez tendrán independencia para optar impositivamente acerca del destino de la parte del precio recibida por cada uno.

Respecto del hogar conyugal con hijos menores o incapaces, la institución del asentimiento conyugal se sigue aplicando luego del divorcio solamente con relación al inmueble donde estaba radicado el hogar conyugal del matrimonio, siempre que hubiese hijos menores o incapaces.

Ha establecido la jurisprudencia que el asentimiento se aplica solamente en caso de disposición del bien donde efectivamente vivía el matrimonio y sus hijos, y no a los nuevos bienes que luego del divorcio adquiriera, por subrogación real, el cónyuge que convive con los hijos.

El Código Civil en su art. 1277 aclara que es necesaria la conformidad del otro cónyuge, se trate de un bien propio o ganancial, es decir, que privilegia el interés de los hijos menores, aún después de adjudicado el bien a uno de los cónyuges, si allí hubiese estado el hogar conyugal, y existieran hijos menores e incapaces.

16. Conclusiones

A través de este capítulo hemos realizado un minucioso análisis del asentimiento conyugal. Esto nos permitió conocer su oportunidad para otorgarlo, sus formalidades, los actos que lo exigen, sus efectos, entre otros puntos. Al contar con una visión de todo ello

podremos, en el capítulo siguiente, llevar a cabo un análisis en miras de la elaboración de conclusiones finales.

Además hemos explorado y analizado detenidamente la normativa que lo regula en el ámbito nacional.

Entendemos que era necesaria la exploración de dicha figura, puesto que en el tema planteado aparecen los bienes de los cónyuges en el centro del problema.

Así con este amplio panorama en el capítulo siguiente, contaremos con los suficientes elementos normativos y doctrinarios para efectuar las conclusiones finales analizando las falencias de nuestra normativa, y centrándonos luego en la realización de una propuesta superadora para la resolución del problema planteado y los objetivos propuestos al comienzo del trabajo.

Capítulo IV

PROYECCION DE LA DONACIÓN DE INMUEBLE CON RESERVA DE USUFRUCTO. CONSIDERACIONES FINALES

SUMARIO: 1.Introducción. 2. Falencias en torno a las variantes de la constitución de usufructo.3. Caracterización del régimen legal argentino. 4. Problemas y falencias que pueden presentarse. 5. Nuevo tratamiento en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. 6. Conclusiones finales. 7. Propuesta superadora.

1. Introducción

Llegando ya al final del trabajo y habiendo dado cumplimiento a los objetivos específicos planteado procederemos en el presente capítulo a llevar a cabo las conclusiones finales haciendo alusión al planteo de la hipótesis y procurando la resolución del problema.

A lo largo de la investigación hemos estudiado nociones generales sobre las funciones del notario que han coadyuvado al entendimiento de las nociones particulares tratadas en los capítulos segundo y tercero.

Finalmente, luego de llevar a cabo un estudio profundo acerca del tema, en el Capítulo IV nos encargaremos, de las falencias en torno a las variantes de la constitución de usufructo, y propenderemos a la realización de una propuesta superadora, como lo es, la utilización del procedimiento de doble paso con modalidad de cargo impuesto a la donación. Explicaremos dicha propuesta y trataremos de demostrar que a través de la misma, se evitarían los problemas que se podían llegar a dar.

2. Falencias en torno a las variantes de constitución de usufructo

Recordemos que en la donación de inmueble con reserva de usufructo a otorgar por uno de los cónyuges (inmueble a su nombre, ganancial o propio) a favor del hijo, y con la intención de que el usufructo quede de por vida a nombre de ambos cónyuges, con o sin derecho de acrecer se presentan variantes y problemas.

La intención de quien dona la nuda propiedad de un inmueble, ya sea propio o ganancial de su titularidad, transfiriéndola luego a su hijo y constituyendo usufructo a favor de por vida a nombre del donante y su cónyuge, con o sin derecho de acrecer ha sido contemplada desde el punto de vista por alguno de los siguientes procedimientos:

- Donación de ambos cónyuges de la nuda propiedad co - disponiendo de ella, y reservándose para sí el usufructo por medio de un certificado registral de dominio a nombre del cónyuge titular y uno de libre inhibición a nombre del cónyuge no titular.
- Donación del cónyuge titular, con el “asentimiento” en su caso del no titular, y reserva de usufructo para ambos solicitando solamente certificado registral de dominio a nombre del cónyuge titular.

Estos procedimientos no pueden llevarse a cabo.

Por un lado, el primero resulta inadmisibile en el caso de que se trate de un bien propio al no corresponderse con el régimen de titularidad y disposición que la ley ha previsto en cuanto a los bienes gananciales adquiridos por uno de los cónyuges (arts. 1276 y 1277 del CC. Art. 5 y 6 de la Ley 11.357)

En dicho régimen se establece que el cónyuge no titular del dominio del inmueble, que co dispone de la nuda propiedad del mismo, y se reserva su usufructo, está disponiendo y haciendo reserva de lo que no le pertenece. No puede sostenerse que esta disposición y reserva de derechos se halle tácitamente ratificada por el acto de disposición y reserva del cónyuge titular, y en tal caso la ratificación pasaría a encubrir una transferencia entre los cónyuges, transferencia reprobada por la ley y sancionada con la nulidad ya sea concretada a título oneroso (CC Arts. 1358, 2836) o a título gratuito (CC. Art. 1807 inc 1 y 2837).

Debemos considerar que la nulidad en cuestión solo afecta al usufructo del cónyuge no titular del dominio y no a la nuda propiedad del donatario, cuyo título es perfecto.

En el segundo caso también resulta inadmisibile dado que la reserva del usufructo a favor de ambos cónyuges efectuada por uno de ellos (titular dominial que dispone de la Nuda propiedad) es lo mismo que el usufructo se transfiera por uno de los cónyuges al otro.

El problema radica en torno a este tipo de fórmulas y la especulación que cabe en la posibilidad de que los jueces juzguen con amplitud y benevolencia las mismas.

3. Caracterización del régimen legal argentino

En su obra, Ricardo Dutto⁵⁴ nos explica que el régimen de la sociedad conyugal en nuestro derecho tiene carácter legal porque se prevé expresamente por la ley; imperativo, porque está organizado en base a normas que, en casi su totalidad, son de orden público y, en consecuencia, no pueden ser modificadas por voluntad de los cónyuges; y por último, forzoso dado que la sociedad conyugal nace al momento de contraer matrimonio y deben los cónyuges someterse a este régimen.

Luego el autor enumera los siguientes caracteres respecto de la misma:

- Régimen legal, imperativo y forzoso: ya explicado anteriormente.
- Relativamente inmutable: Dado que no pueden realizarse modificaciones en el transcurso de la vida de dicha sociedad, salvo lo concerniente a la separación judicial de bienes.
- Comunidad restringida a los bienes gananciales: Se refiere a aquellos bienes adquiridos a título oneroso luego de celebrado el matrimonio.
- Administración o gestión separada: El principio general es que el cónyuge titular registral administra los bienes gananciales, aparte de sus bienes propios.

⁵⁴DUTTO J. RICARDO, Manual doctrinal y jurisprudencial de familia, Editorial Juris, Rosario, Año 2005, página 231 y siguientes.

- Con elementos de gestión conjunta: Se refiere a aquellos bienes en que los cónyuges son co titulares, con lo cual lo administran ambos. Frente al supuesto de disposición se necesita el asentimiento del otro cónyuge.
- De separación de deudas: Remitimos en cuanto a esto a la nota al pie en la cual transcribimos textualmente los artículos 5 y 6 de la ley 11.357 "Ampliación de la capacidad civil de la Mujer"
- De partición por mitades: Al momento de la disolución de la sociedad conyugal la partición de los bienes debe ser realizada por mitades.

Siguiendo al autor antes citado decimos que entre los cónyuges existen contratos prohibidos, cuya realización tiene como efecto la nulidad absoluta de los mismos, contratos permitidos, que pueden ser llevados a cabo sin obstáculos y contratos discutidos, en los cuales existen posturas variadas creadas por la doctrina.

Dentro de los contratos prohibidos hallamos la donación, la compraventa, el mutuo, cesiones de créditos, la constitución de derechos reales de uso y goce sobre cosa ajena, renta vitalicia y permuta. Los mismos son proscriptos por la ley dado que se vulnera el régimen legal de la sociedad conyugal y conlleva a conflicto de intereses burlando así derecho y causando perjuicios a terceros.

4. Problemas y falencias que pueden presentarse

Se plantea el problema en torno a qué ocurriría, en efecto, si el padre donante fallece y el hijo pretende, nudo propietario, el dominio pleno del total del inmueble alegando que mal puede la madre aspirar a un usufructo que no pudo reservarse por no pertenecerle, ni le pudo ser transferido por estar prohibida esta transferencia.

Más aún se agrava la situación si quien pretende consolidar la nuda no es propio hijo, sino un acreedor suyo.

Otro problema en torno a esta situación se presenta en el caso que el cónyuge titular done con asentimiento del no titular la plena propiedad al hijo, y este de inmediato constituya usufructo vitalicio, con o sin derecho de acrecer a favor de sus padres.

Pero de inmediato notamos que el problema subsiste en torno de que el hijo del hijo, pueda posiblemente, intentar respecto de sus abuelos una colación de usufructo gratuito o plantear una simulación del oneroso.

5. Nuevo tratamiento en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación

Entendimos importante poder proyectar el nuevo tratamiento que se les dará a las figuras jurídicas estudiadas a lo largo del presente trabajo en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

Las figuras, en caso de aprobarse definitivamente dicho anteproyecto, estarán articuladas del siguiente modo:

En cuanto a la donación:

ARTÍCULO 1542.- Concepto. Hay donación cuando una parte se obliga a transferir gratuitamente una cosa a otra, y ésta lo acepta.

ARTÍCULO 1562.- Donaciones con cargos. En las donaciones se pueden imponer cargos a favor del donante o de un tercero, sean ellos relativos al empleo o al destino de la cosa donada, o que consistan en una o más prestaciones.

Si el cargo se ha estipulado en favor de un tercero, éste, el donante y sus herederos pueden demandar su ejecución; pero sólo el donante y sus herederos pueden revocar la donación por inejecución del cargo.

Si el tercero ha aceptado el beneficio representado por el cargo, en caso de revocarse el contrato tiene derecho para reclamar del donante o, en su caso, de sus herederos, el cumplimiento del cargo, sin perjuicio de sus derechos contra el donatario.

ARTÍCULO 1563.- Responsabilidad del donatario por los cargos. El donatario sólo responde por el cumplimiento de los cargos con la cosa donada, y hasta su valor si la ha enajenado o ha perecido por hecho suyo. Queda liberado si la cosa ha perecido sin su culpa.

Puede también sustraerse a esa responsabilidad restituyendo la cosa donada, o su valor si ello es imposible.

En cuanto al usufructo:

ARTÍCULO 2129.- Concepto. Usufructo es el derecho real de usar, gozar y disponer jurídicamente de un bien ajeno, sin alterar su sustancia.

Hay alteración de la sustancia, si es una cosa, cuando se modifica su materia, forma o destino, y si se trata de un derecho, cuando se lo menoscaba.

ARTÍCULO 2130.- Objeto. El usufructo puede ejercerse sobre la totalidad, sobre una parte material o por una parte indivisa de los siguientes objetos:

- a) una cosa no fungible;
- b) un derecho, sólo en los casos en que la ley lo prevé;

c) una cosa fungible cuando recae sobre un conjunto de animales;

d) el todo o una parte indivisa de una herencia cuando el usufructo es de origen testamentario.

ARTÍCULO 2131.- Legitimación. Sólo están legitimados para constituir usufructo el dueño, el titular de un derecho de propiedad horizontal, el superficiario y los comuneros del objeto sobre el que puede recaer.

En cuanto al asentimiento conyugal:

ARTÍCULO 456.- Actos que requieren asentimiento. Ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella. El que no ha dado su asentimiento puede demandar la anulación del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de SEIS (6) meses de haberlo conocido, pero no más allá de SEIS (6) meses de la extinción del régimen matrimonial.

La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

ARTÍCULO 457.- Requisitos del asentimiento. En todos los casos en que se requiere el asentimiento del cónyuge para el otorgamiento de un acto jurídico, aquél debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos.

6. Conclusiones

La diversidad y variabilidad de las relaciones jurídicas colocan a los operadores del derecho en diferentes situaciones que deben resolver de acuerdo a las particularidades de cada una de ellas. Corolario de ello es que contamos con un amplio catálogo de institutos y herramientas legales para procurar la subsunción y la posterior resolución de las distintas situaciones de hecho en el marco legal.

Pero la tarea del abogado como operador del derecho no se limita solamente a ello. Su función se proyecta más allá de subsumir la situación fáctica en el texto de la ley que se adecue y, así, debe escoger la herramienta o trámite procesal que corresponda para poner en marcha los medios que tiendan a una resolución favorable de conflicto en concreto. Consiste esencialmente en la realización de la justicia en sus más variadas acepciones.

Pudimos comprobar con el estudio del tema que existe un procedimiento capaz de asegurar la pretensión del donante, y que a su vez permite garantizarle al donatario sus derechos.

Las donaciones con cargo son aquellas en las que se le impone al donatario el cargo de cumplir una prestación a favor del donante o de un tercero. Son onerosas en lo que al cargo respecta y gratuitas en lo que excedan.

Con el cargo, en nuestro caso en estudio, logramos que el hijo no constituya usufructo porque así lo desea, sino porque existe una imposición por parte del donante que debe ser cumplida, dejando de lado las posibles pretensiones que pudiera tener el nieto.

Entendemos fundamental documentar el cargo en la misma escritura de donación para que quede debidamente asentado y se eviten inconvenientes respecto del título.

Entendemos finalmente, que la donación puede ser revocada en el caso de que el donatario no cumpla con el cargo impuesto. Así lo prevén los artículos 1849⁵⁵ y 1852 los cuales citaremos al pie.

7. Propuesta superadora

En torno a las consideraciones y los aportes técnicos al respecto podemos demostrar que se pueden evitar los problemas planteados.

A. Proponemos que se observe un procedimiento de “doble paso” con modalidad de cargo, impuesto a la donación.

Entendemos que, de este modo, con el cargo se lograría que el hijo no constituya el usufructo porque lo desea sino porque se lo impone el donante, con lo cual quedan automáticamente excluidas otras pretensiones.

B. Como solución a la situación problemática planteada anteriormente proponemos que el cónyuge titular del dominio done al hijo la plena propiedad del inmueble, con el asentimiento, en su caso, del no titular y el cargo de que el donatario constituya usufructo vitalicio y gratuito a favor de ambos con o sin derecho de acrecer.

C. Proponemos también que se asiente el cumplimiento del cargo debidamente documentado en la escritura de donación, sin perder de vista, que el incumplimiento del cargo provoca la revocación de la misma, así lo establece el art. 1849 del código civil.

⁵⁵1848 – 1852. Art. 1.848. La donación aceptada, sólo puede revocarse en los casos de los artículos siguientes. Art. 1.852. El derecho de demandar la revocación de una donación por inexecución de las cargas impuestas al donatario, corresponde sólo al donante y a sus herederos, sea que las cargas estén impuestas en el interés del donante o en el interés de terceros, y que consistan ellas o no en prestaciones apreciables en dinero.

Bibliografía

1. GENERAL:

BELLUSCIO, Augusto César, Manual de Derecho de Familia, Editorial Ediciones Depalma, 5ta edición, año 1987.

BORDA Guillermo A.y Guillermo Julio, Manual de derecho civil: parte general, Edit. LexisNexis Abeledo-Perrot, Edición 2004.

COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., FERRER Francisco A. M.,KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída KIPER, Claudio Marcelo - Código Civil Comentado (Doctrina - Jurisprudencia - Bibliografía). Derecho de Familia. Tomo I (Artículos 159 a 263). Año 2007 Directores.

CÓDIGO CIVIL: www.codigocivilonline.com.ar

CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE SANTA FE.
www.santafelegal.com.ar

ETCHEGARAY, Natalio Pedro. Escrituras y actas notariales, Editorial Astrea. Año 2007, Buenos Aires.

FERRER, Francisco A. M. -Medina, Graciela-MENDEZ COSTA, Ma. Josefina, MENDEZ COSTA, María J.Código Civil comentado - Derecho de familia - 2 Tomos.JURISPRUDENCIA ON LINE:

www.rubinzaonline.com.ar

www.eldial.com.ar

NICOLAO, Noemí Lidia, Fundamentos del Derecho Contractual. Tomos I y II. Editorial La Ley, Buenos Aires, Año 2009.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín Patricio, RAFFO BENEGAS, Rafael A, Manual de derecho civil: obligaciones Edición 13 Editorial LexisNexis Abeledo-Perrot, 2003.

PUIG BRUTUAU, José- Fundamentos del Derecho Civil, Editorial Bosch S.A.

2) ESPECÍFICA:

AREÁN Beatriz, Derechos reales, 2 tomos, Hammurabi José Luis Depalma editor, 6° edición renovada y ampliada. Año: 2003. Buenos Aires

ARMELLA, Cristina Noemí, COPEs Adriana, ORIOL, Julieta Ema y otros. Función Notarial y Responsabilidad, Primera parte. Revista Notaria [www. colegio_escribanos.org.ar](http://www.colegio_escribanos.org.ar)

CÓRDOBA, Marcos M., Derecho de Familia, Editorial: La Ley, Edición: 1ª, Año: 2004

DUTTO J. RICARDO, Manual doctrinal y jurisprudencial de familia, Editorial Juris, Rosario, Año 2005

FERNANDEZ ELIZALDE, Cesar. La problemática notarial. Especial para Revista Notarial. www.colegio_escribanos.org.ar

GATTI Edmundo, “Teoría general de los derechos reales”, 3° edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1984.

GURFINKEL DE WENDY Lilian N., “Derechos reales”, 2 tomos, Abeledo Perrot, 2010.

HIGHTON DE NOLASCO Elena I., Derechos reales, Buenos Aires, Ariel, Hammurabi, 1979-83.

HIGHTON DE NOLASCO Elena I., Lineamientos de derechos reales, Editorial Ad Hoc, 1988; Editorial Ad Hoc, 1991

MARIANI DE VIDAL, Marina, Derechos reales-tomos 1,2 y 3 , Edición: 7 ,Editorial: Zavalía Año: 2004

ZANNONI Eduardo A. Derecho civil. Derecho de familia - 2 Tomos, Editorial: Astrea, Edición: 5^a,Año: 2006

ZINNY Mario Antonio “Casos Notariales”, 2º Edición. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1995

ZINNY Mario Antonio “El acto notarial” Editorial Depalma, Buenos Aires, 2000.

ÍNDICE

1. Resumen.....	1
2. Estado de la Cuestión.....	2
3. Marco Teórico.....	6
4. Introducción.....	17

Capítulo 1

NOCIONES PARTICULARES DEL CONTRATO DE DONACION

1. Introducción.....	23
1.1 Donación. Concepto.....	23
1.2 Caracteres.....	25
2. Promesa gratuita de bienes para después de la muerte.....	25
3. Liberalidades que no son donaciones.....	26
3.1 Animusdonandi.....	27
3.2 Negocios mixtos con donación.....	27
3.3 Naturaleza jurídica de la donación.....	28
4. Elementos del contrato de donación.....	28
4.1 Consentimiento.....	29
4.2 Capacidad.....	30
4.3 Incapacidad para donar.....	32
4.4 Incapacidad para recibir donación.....	33
4.5 La prohibición de donaciones entre esposos.....	34
5. La justificación de la prohibición.....	34
6. Objeto.....	34
6.1 Cosas que pueden ser donadas.....	35
7. Forma de las donaciones.....	35
7.1 Forma de la aceptación.....	36
7.2 Donación como acto solemne.....	36
8. Prueba.....	37
9. Clases de donaciones.....	38
9.1 Enumeración y breve noción.....	38
9.2 Donación con cargo.....	39
9.3 Régimen legal.....	39
9.4 Inejecución del cargo y acciones.....	40
9.5 Donaciones inoficiosas.....	41
10. Efectos de las donaciones.....	42
10.1 Obligaciones y derechos de las partes.....	42
11. Revocación de la donación.....	44
11.1 Incumplimiento de cargo.....	45
11.2 Requisitos para el ejercicio de la acción.....	46
12. Efectos de la revocación.....	47

13. Límites de la responsabilidad del donatario	49
14. Conclusiones.....	50

Capítulo II

NOCIONES PARTICULARES DEL DERECHO REAL DE USUFRUCTO. CONCETO, CARACTERES, EFECTOS

1. Introducción.....	53
1.1 Usufructo.....	53
1.2 Generalidades.....	53
1.3 Concepto.....	54
1.4 Clases de usufructo.....	55
2. Tipos y modos de constitución del usufructo.....	56
3. Modalidades.....	59
3.1 Duración.....	61
4. Elementos del Usufructo.....	62
5. Obligaciones del usufructuario antes de entrar en el uso y goce de la cosa...65	
5.1 Derechos del usufructuario	69
5.2 Obligaciones del usufructuario.....	71
6. Obligaciones y derechos del nudo propietario	71
7. Extinción.....	71
8. Conclusiones.....	75

Capítulo III

NOCIONES PARTICULARES Y GENERALES DEL ASENTIMIENTO CONYUGAL

1. Introducción.....	77
2. Asentimiento conyugal.....	77
2.1 Nociones generales.....	77
3. Oportunidad para otorgar el asentimiento.....	80
4. Formalidades del asentimiento.....	81
5. Asentimiento en bienes propios.....	81
6. Derecho del cónyuge titular.....	82
7. Derecho del cónyuge no titular.....	82
8. Asentimiento y certificado de inhibición.....	83
8.1 Asentimiento y escritura.....	84
9. Actos que exigen asentimiento.....	84
10. Autorización judicial supletoria.....	86
11. Efectos de la falta de asentimiento.....	87
12. Tesis al respecto.....	87
12.1 Tesis de la inoponibilidad.....	87
12.2 Tesis de la nulidad.....	88
13. El control del Registro de la Propiedad.....	90

14. Casos especiales en lo que no es necesario el asentimiento conyugal.....	91
15. Situación de los cónyuges divorciados.....	93
16. Conclusiones.....	94

Capítulo IV

PROYECCION DE LA DONACION DE INMUEBLE CON RESERVA DE USUFRUCTO. CONSIDERACIONES FINALES

1. Introducción.....	97
2. Falencias en torno a las variantes de constitución de usufructo.....	97
3. Caracterización del régimen legal argentino.....	99
4. Problemas y falencias que pueden presentarse.....	100
5. Nuevo tratamiento en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación..	101
6. Conclusiones.....	104
7. Propuesta superadora.....	105

Bibliografía

a) General.....	106
b) Especifica.....	107