

analizara en el punto anterior, las causales de desafectación son enumeradas taxativamente.

¿Cómo interpretar entonces la desafectación "al solo efecto"? Recurriendo a la normativa aplicable y al mismo texto de la ley registral, es legítimo que el registrador observe la rogación, en mérito a no encontrarse contemplada en la ley. Por lo que se demoraría así injustificadamente la inscripción del gravamen mismo, dado que de él habrá de tomarse razón, aclarada previamente la situación respecto de la afectación misma del bien de familia.

VII. UNA PRECISION

Por los términos con los que nos hallamos en la especie analizada, es necesario formular una precisión.

Que la ley no exija la desafectación del bien de familia, no significa que tal situación pueda no quedar referenciada por el autorizante en la escritura de constitución del gravamen hipotecario.

En efecto, ya sea por el interés del acreedor hipotecario en querer dejar asentado que el régimen de la ley 14394 no lo alcanza, ya por la necesidad que tiene el notario de dejar asentada la situación jurídica del inmueble, es imprescindible su mención en el acto. Deberá el notario, entonces, expresar que el bien se halla afectado como bien de familia.

Tal particularidad obliga, por consecuencia, a optar entre: 1) por desafectar en todos sus efectos el bien de familia o 2) la de continuar gozando con los beneficios que la ley acuerda, quedando cualquier manifestación del autorizante encauzada en tales lineamientos.

Así, de las opciones vistas, el notario deberá receptar la voluntad de las partes del negocio, manifestándola de modo tal de evitar su errónea instrumentación. Con ello, el riesgo de que la rogación sea observada innecesariamente. Consecuentemente, se beneficiaría el sistema al asegurar un trámite sin demoras en la registración del documento.

DONACION AL HIJO Y FALLECIMIENTO DE LOS PADRES

(Derechos del progenitor que sobrevive y del hijo. Colisión entre usufructo, derecho de acrecer y legítimas)⁵⁹

POR MARIO ANTONIO ZINNY

SUMARIO

I. Introducción. II. El inmueble es ganancial, de titularidad exclusiva. III. El inmueble es ganancial, de titularidad compartida. IV. El inmueble es propio.

Había una vez un padre que donó al hijo, único hijo, las 200 hectáreas de campo, gananciales, que constituían el patrimonio de la familia. Y se reservó el usufructo para sí y su mujer, la madre del donatario, con derecho de acrecer. Y el padre murió y el usufructo íntegro pasó a la madre, que era más joven, se casó de nuevo y vivió 90 años. Con lo que el hijo envejeció sin tener derecho a tan sólo grano de trigo, maíz o soja. Y mientras pasaba el tiempo, a solas con la nuda propiedad, que no le servía para nada, no podía menos que lamentarse: "maldita la hora en que me donó..." Algo parecido le ocurrió al hijo del vecino, a quien el padre donó la nuda propiedad del campo, ganancial, pero reservando el usufructo sólo para sí. Porque cuando murió la madre, al dolor que su pérdida produjo al hijo se agregó otro: el usufructo siguió gozando de buena salud en cabeza del padre. Y no pudo este hijo dejar de pensar: "La donación al fin de cuentas, en vez de beneficiarme me perjudicó, ya que de no haberme donado me correspondería ahora la mitad del campo, pero la mitad en serio, y no el total de su nuda propiedad, que no me sirve para nada...". Fue entonces que alguien, que nunca falta, le susurró al oído: "A lo mejor Lo hizo a propósito..."

I. INTRODUCCION

En materia de donaciones nos hemos venido preocupando por el art. 3955 del Cód. Civil. Hoy dejaremos esa preocupación de lado porque en nuestro caso el inmueble se dona al hijo, con lo que el

⁵⁹ La presente colaboración se publicó en 112 ley del 20 de junio de 1996 y se reproduce con autorización de su Dirección.

fantasma de la reivindicación desaparece. Agreguemos que dona el padre en vida de la madre y se trata del hijo único, para simplificar la cuestión, que en definitiva consiste en pasar revista a los derechos de los interesados cuando uno de los padres fallece.

La donación suele ser considerada desde una perspectiva que la exhibe plena de luz, con el donante satisfecho, su cónyuge feliz y el donatario agradecido. Pero ella, como tantas cosas, tiene su lado oscuro, donde colisionan usufructo, derecho de acrecer y legítimas.

Advirtamos ahora que los conflictos de intereses que habremos de plantearnos y en el epígrafe anticipamos, historiando las desventuras de algún hijo, sólo se presentan cuando el usufructo excede las necesidades de los padres, como en el caso de la vivienda colmada de habitaciones, la considerable extensión de campo fértil o los inmuebles urbanos que se explotan o alquilan con provecho... Sabido es, además, que el contrato habría de variar según la relación de los cónyuges sea sólida o endeble, el hijo confiable o no tanto, la nuera..., etcétera.

Nada más peligroso, entonces, que generalizar en materia tan delicada, pretendiendo extender las conclusiones de este trabajo más allá de donde resulte conveniente aplicarlas.

Y ello aclarado, reiteramos que dona el padre en vida de la madre y se trata del único hijo. Y que la cuestión consiste, sencillamente, en ver qué ocurre cuando uno de los padres fallece, dando por sentado que el hijo les sobrevive y no da motivo para que la donación sea revocada.

Pero separemos los casos, para mejor plantearlos y resolverlos, según que el inmueble sea ganancial de titularidad exclusiva, ganancial de titularidad compartida, o propio; se haya donado el dominio pleno o la nuda propiedad; el usufructo haya sido reservado sólo para el donante o para éste y su cónyuge, y se haya o no pactado el derecho de acrecer.

II. EL INMUEBLE ES GANANCIAL, DE TITULARIDAD EXCLUSIVA

1. Y el padre donó al hijo el dominio pleno

A) Al fallecer el padre, el dominio sigue correspondiendo al hijo. La madre no tiene el derecho de que se lo adjudique la mitad indivisa del inmueble por disolución de la sociedad conyugal, porque al prestar

su asentimiento a la donación la renunció tácitamente (872, 873, 918). Tampoco tiene el derecho de ejercer la acción de colación, que en vida del causante no es renunciable (Cód. Civil, 1175, 3599), porque ella corresponde a los herederos y en relación con los gananciales la madre no es heredera sino socia.

B) El fallecimiento de la madre, claro está, no altera la situación (el dominio continua en cabeza del donatario).

Y por eso es que la donación del dominio pleno sólo puede ser aconsejada cuando el donante conserva bienes suficientes para cubrir sus necesidades y las de su cónyuge.

2. Y el padre donó al hijo la nuda propiedad reservando el usufructo para sí

A) Al fallecer el padre, el hijo consolida el dominio pleno del inmueble: la madre, al igual que en la variante anterior, no tiene el derecho de que se le adjudique la mitad indivisa, ni el de ejercer la acción de colación.

B) ¿Y si quien fallece es la madre? El hijo mantiene la nuda propiedad, por cierto, pero qué ocurre con el usufructo (que "sigue gozando de buena salud", en tanto el donante lo reservó para sí)? (¿Tiene el hijo el derecho de exigir que se lo incluya entre los gananciales que deben liquidarse? ¿Le corresponde, en relación con el 50% del usufructo, la acción de petición de herencia (Cód. Civil, 3421 y sigtes)?

En una primera impresión pareciera ser que esto de "heredar" el usufructo contraría la esencia misma del derecho (Cód. Civil, nota al art. 2825), pero ello no es así, puesto que aquí no se hereda al usufructuario sino a su cónyuge, por lo que transferirlo mortis causa no significa, en modo alguno, prolongarlo más allá de la vida del usufructuario original. Otro tanto ocurre, claro está, cuando éste lo cede, o el usufructo lo es subastado, o se lo liquida por divorcio adjudicando a uno de los cónyuges el que fuera adquirido por el otro durante el matrimonio).

Y en relación con el susurro del que nunca falta ("a lo mejor lo hizo a propósito"), pensemos en el caso de la madre gravemente enferma, a cuya muerte el inmueble corresponderá por mitades al marido y al hijo. Si aquel lo dona a éste antes de que ella muera, reservando el usufructo sólo para sí, ¿No está, a fin de cuentas, infringiendo el art. 3598 ("El testador no puede imponer gravamen ni

condición alguna a las porciones legítimas...")?⁶⁰. Y no respondamos que al aceptar la donación el hijo consintió en que lo haga, porque, cabe reiterar, "toda renuncia o pacto sobre la legítima futura... es de ningún valor" (Cód. Civil, 3599).

Parece cierto entonces, como bien señala Vallet de Goytisolo⁶¹, que corresponde al hijo el derecho de petitionar el 50% del usufructo del padre, cuando quien fallece es la madre. Si lo ejerce, heredará ese porcentaje y se adjudicará al donante el 50% que resta (la mitad que el hijo hereda lo consolida el dominio pleno del inmueble en esa proporción; el 50% adjudicado al donante, claro está, se extinguirá con su muerte, consolidándose entonces el 100% en cabeza del donatario).

Bien entendido que cuando se trata de una vivienda cuya valuación no supera el tope máximo del bien de familia, constituyó el hogar conyugal y es el único inmueble habitable del haber hereditario, al padre corresponde, mientras no vuelva a casarse, el derecho de habitación previsto en el art. 3573 bis.

3. Y el padre donó al hijo la nuda propiedad reservando el usufructo para sí y su cónyuge

A) Al fallecer el padre, el hijo consolida el dominio pleno de la mitad indivisa del inmueble y mantiene la nuda propiedad de la

⁶⁰ Aporte de la escribana Norma Lansky, brindado en el curso para graduados que el autor dicta en Rosario, en la Asociación Mutual de Escribanos.

⁶¹ Vallet de Goytisolo, Juan B., Estudios varios, Editorial Montecorvo. Madrid, 1980, pág. 446: "Si ganancial era la cosa vendida, ganancial será el usufructo reservado... Ahora bien: disuelto el matrimonio por fallecimiento de uno de los esposos, ¿qué sería de dicho usufructo? Creemos que, para contestar adecuadamente a esa pregunta, hay que distinguir los siguientes supuestos: a) El marido declara en la venta reservarse el usufructo de la cosa vendida. En dicho caso, el usufructo será ganancial hasta el momento de disolverse dicha sociedad... Si la disolución se produce por muerte del marido, no hay cuestión, pues su fallecimiento lleva consigo la extinción del usufructo, y nada hay que liquidar- respecto al mismo. Pero si la disolución se produce por muerte de la mujer, la solución forzosamente ha de ser distinta. El usufructo es un valor patrimonial, que en este caso pertenecía a la sociedad de gananciales, y, como tal, debe ser liquidado con ella. La única particularidad que se dará es que la vida del viudo señalará el término final de la duración de dicho derecho...".

restante; la madre, al igual que en los dos casos anteriores, no tiene el derecho de que se le adjudique la mitad indivisa del inmueble, ni el de ejercer la acción de colación, pero cuenta con el 50% del usufructo.

B) Asimismo, si quien fallece es la madre, el hijo consolida el dominio pleno de la mitad indivisa del inmueble y mantiene la nuda propiedad de la que resta, cuyo usufructo pertenece al padre.

En lo que respecta al derecho del hijo a peticionar la mitad de éste, es evidente que aquí no le corresponde, porque la muerte de la madre lo consolidó el dominio pleno del 50% del inmueble. Y sería sin duda abusivo (Cód. Civil, 1071) que él pretenda, además, el 50% del usufructo del padre. Resta apuntar que ello también se aplica a la pretensión referida al usufructo del inciso A), esto es, al de la madre, cuando quien fallece es el padre.

4. Y el padre donó al hijo la nuda propiedad reservando el usufructo para sí y su cónyuge, con derecho de acrecer

A) Al fallecer el padre, la nuda propiedad del inmueble sigue correspondiendo al hijo; la madre, sin variantes, no tiene el derecho de que se le adjudique la mitad indivisa del inmueble, ni el de ejercer la acción de colación, pero aquí le corresponde el 100% del usufructo, por haber acrecido en él.

¿Corresponde en este caso al hijo (ése el de "maldita la hora en que me donó"), el derecho de peticionar su porción legítima del usufructo, vulnerada por haber la madre acrecido en él?

La respuesta afirmativa se apoya en el art. 1654, inc. 3) del Cód. Civil, que resuelve la colisión entre derecho de acrecer y legítima a favor de esta última. En efecto, dicho artículo, que en sus incs. 3 y 4 originales (unificados en el actual inc. 3) dispuso que son válidas las cláusulas del acuerdo societario, a cuyo tenor "por fallecimiento de cualquiera de los socios, sus herederos sólo tengan derecho a percibir como cuota de sus ganancias una cantidad determinada, o que el socio o socios sobrevivientes puedan quedar con todo el activo social, pagándole una cantidad determinada", cuenta hoy con el siguiente agregado, incluido por la ley 17711: "Empero la aplicación de esta estipulación, no podrá afectar la legítima de los herederos forzosos...".

Al respecto, sostiene Guastavino⁶² que "el derecho de acrecentamiento en favor de uno de los coadquirientes de derechos en

⁶² Conf. Guastavino, Elías P., Pactos sobre herencias futuras, Ediar. Buenos Aires, 1968. págs. 485 y 486.

actos entre vivos ha sido contemplado expresamente por el Código Civil en algunos contratos, como ser: ...La constitución del derecho de usufructo (art. 2823)... Corresponde aplicar a la licitud de esta cláusula límites similares a los impuestos a las estipulaciones societarias del art. 1654, en defensa de la legítima de los herederos forzosos".

¿Podría la madre oponer a la pretensión del hijo el hecho de que el causante le anticipó la nuda propiedad, y exigir que se le asigne a ésta el valor que le corresponde, para compensarlo con el del usufructo que el hijo pretende?

Podría... y de no haber acuerdo será el juez quien determine el valor en cuestión. Bien entendido que el anticipo de la nuda propiedad sólo puede ser opuesto cuando quien fallece es el donante.

¿Y si la madre alega que cabe aplicar analógicamente el art. 3603 del Cód. Civil, y pretende que el menoscabo de su derecho sea compensado con la porción disponible del causante?⁶³

Pero estos interrogantes bastan para advertir que el derecho de acrecer puede ser fuente de injusticia y litigios. Más todavía, a veces origina resentimiento, y en ocasiones rencor, y con ello se logra un resultado opuesto al que se tuvo en vista al pactarlo, que es el de asegurar la vejez de los padres. Porque cuando la edad les impide valerse por sí, el contrato tan cuidadosamente redactado no basta para protegerlos. El tiempo, inexorablemente, les va privando de la administración de sus bienes, comenzando por impedirles trasladarse para comprar y vender, pagar, cobrar y percibir, etc... Peor todavía, en un país que depreció la moneda durante la mayor parte de nuestras vidas, es inevitable que con la edad perdamos la noción del valor del dinero con lo que ni siquiera es posible controlar la administración que por fuerza se delega... Llega entonces la hora en que sólo la honestidad y el cariño de los hijos están en condiciones de velar por los padres. Y qué malo es que esa hora los encuentre embargados por el resentimiento...

Es conveniente reiterar aquí lo que en la introducción adelantáramos, a saber, que los conflictos de intereses que estamos planteando sólo se presentan cuando el usufructo excede las necesidades de los padres, y no cuando se limita a cubrirlas, que es donde el derecho de acrecer cumple el fin a que se le destina.

⁶³ La aplicación analógica del artículo, similar al 820, inc. 3 del Código Civil español, le ha sido sugerida al autor por Juan Va llet de Goytisolo.

Resta únicamente agregar que a la madre corresponde, en su caso y por otra parte, el derecho de habitación previsto en el art. 3573 bis.

B) Si quien fallece es la madre, por último, la nuda propiedad corresponde al hijo y el 100% del usufructo al padre, por haber acrecido en él. Y al hijo pertenece el derecho de petionar el 50%, jugando a favor del padre, en su caso, el derecho de habitación que la ley contempla.

5. En este caso, el del inmueble ganancial de titularidad exclusiva, cuando el donante no conserva en su patrimonio bienes suficientes para cubrir sus necesidades y las de su cónyuge, pero el usufructo del bien donado las excede, lo ideal es recurrir a la variante 3: donación de la nuda propiedad, reservando el donante el usufructo para sí y su cónyuge, sin derecho de acrecer.

Si tomamos en cuenta lo que hemos venido apuntando, a saber: a) que la donación del dominio pleno desprotege a ambos padres; b) que la donación de la nuda propiedad, reservando el donante el usufructo para sí, desprotege a quien presta el asentimiento cuando el donante fallece antes y, cuando lo sobrevive, da lugar a que el hijo pretenda el 50% del usufructo; c) que cuando la reserva del usufructo se extiende al cónyuge no titular y se pacta el derecho de acrecer, la legítima del donatario puede verse afectada tanto al fallecer el padre como la madre. Si todo ello se toma en cuenta, decíamos, parece cierto que lo ideal en este caso es recurrir a la variante 3: donación de la nuda propiedad, reservando el donante el usufructo para sí y su cónyuge, sin derecho de acrecer. Porque de esta manera el padre y la madre se cubren con el usufructo y, cuando uno de ellos fallece, nada puede el hijo reclamar al otro (por haber consolidado el dominio pleno de la mitad del inmueble).

Pero optar por esta variante supone haber decidido que la reserva a favor del cónyuge es válida. Veamos por qué lo es.

6. Validez de la reserva de usufructo a favor del cónyuge no titular.

Sabido es que ella es nula toda vez que se la interprete:

a) como donación del usufructo sobre la mitad indivisa del inmueble, porque los esposos tienen prohibido donarse bienes durante el matrimonio (Cód. Civil, 1807, inc. 1º.; 1043);

b) como promesa de donación destinada a producir efecto después del fallecimiento del prominente, porque el usufructo no puede ser constituido para durar después de la vida del usufructuario, ni a favor de una persona y sus herederos (Cód. Civil, 2825); este tipo de promesa, por otra parte, es nula como tal (Cód. Civil, 1790) y en nuestro caso también lo sería como testamento, por omitirse en la escritura la presencia de los testigos y la mención de si el escribano lo redactó o se limitó a recibirlo por escrito (Cód. Civil, 1790, 3657):

c) como cargo impuesto al donatario de constituir el usufructo a favor del cónyuge del donante una vez fallecido éste, por la misma razón de que el usufructo no puede ser constituido para durar después de la vida del usufructuario, ni a favor de una persona y sus herederos, y es evidente que aquí el cargo se destina a burlar la prohibición de la ley (Cód. Civil, 3741).

Y fue esgrimiendo los dos primeros argumentos que Ponde cuestionó, en 1985, la reserva de usufructo a favor del cónyuge no titular⁶⁴.

Pero los intereses que mediante ella pretenden tutelarse exigen ser tomados en cuenta (interés del donante de favorecer a los hijos y no perjudicar a su cónyuge, interés de éste de no ser perjudicado, interés de los hijos de ser favorecidos). Y por eso los notarios nos hemos venido preocupando por dar con la interpretación, cláusula o negocio que cubra el riesgo de la invalidez.

Y así:

a) Capparelli había interpretado que la constitución gratuita de usufructo a favor del cónyuge no es una donación, sino la liberalidad prevista en el art.

1791, inc. 8º. ("No son donaciones:... 8º. Todos aquellos actos por los cuales las cosas se entregan o se reciben gratuitamente, pero no con el fin de transferir o de adquirir el dominio de ellas")⁶⁵.

⁶⁴) Pondé, Eduardo B., Proyectos de escrituras de nuda propiedad con reserva de usufructo y de partición de herencia", Rev. Notarial. N0 883, pág. 1047.

⁶⁵ Capparelli. Julio César, "Donación de nuda propiedad de un bien ganancial a terceros, con reserva de usufructo, a favor del cónyuge no titular. ¿Un contrato permitido ?, Rev. del Notariado, N0 791, pág. 1347.

b) Por nuestra parte propusimos que se done el dominio pleno, con el cargo de que el donatario constituya el usufructo a favor del donante y su cónyuge⁶⁶.

c) Armella coincide en que se done primero el dominio pleno y constituya luego el donatario el usufructo a favor de ambos padres, pero libremente, vale decir, sin cargo alguno que le obligue a hacerlo⁶⁷.

d) Llorens adhiere al procedimiento, pero interpretando que cuando el cónyuge asiente a la donación del dominio pleno a favor del hijo, y éste constituye el 50% del usufructo a su favor, se están donando mutuamente (la donación del cónyuge se configura porque al asentir está renunciando al derecho de que se le adjudique la mitad indivisa del inmueble al fallecimiento del donante). Al otorgar la escritura, entonces, el cónyuge dispone de un derecho que, aunque eventual, le pertenece (y por eso, sostiene Llorens, no está asintiendo sino consintiendo, conforme lo exige el art. 1807, inc. 2º., que no es, en su opinión, una simple aplicación de lo dispuesto en el art. 1277)⁶⁸.

e) Lamber, por fin propone: e') o bien que se done la nuda propiedad al hijo, con la condición impuesta por el cónyuge, al prestar el asentimiento, de que el donante le reserve el 50% del usufructo (el resto lo reserva el donante para sí); e") o bien que se done la nuda propiedad al hijo y el 50% del usufructo, post mortem, al cónyuge (1232 y sigtes.). En esta última variante, donde al donante corresponde la administración del 100% del usufructo, se toma necesario prohibirle que disponga de él (2337, inc. 2º).⁶⁹

A primera vista, alguna de estas propuestas presenta puntos vulnerables.

Así, en relación con la de Capparelli, Armella advierte que parte de la doctrina considera que el art. 1791 ha sido derogado en su totalidad, tácitamente, por la reforma de 1968; que aun sosteniendo lo contrario, quien reserva gratuitamente el usufructo para otro le está donando, por cuanto el contrato tiene por objeto el dominio útil de la cosa; y que, por fin, la reserva en cuestión crea una cotitularidad de los frutos que

⁶⁶ Zinny, Mario Antonio. Con la colaboración de Gabriel Barat, David Borghi y Enrique Filippini, Casos Notariales, Depalma, Buenos Aires, 1983, págs. 125 y siguientes.

⁶⁷ Armella, Cristina Noemí; Llorens, Luis Rogelio y Lamber, Rubén Augusto, Usufructo y donaciones como negocios jurídicos familiares, Carlos A. Vicino editor. Buenos Aires. 1990, Págs. 73 y siguientes.

⁶⁸ Op. cit., págs. 185 y siguientes.

⁶⁹ Op. cit., págs. 227 y siguientes.

altera el régimen patrimonial del matrimonio. Así, también, las propuestas de Armella y el autor, contra las que es posible esgrimir el fraude a la ley⁷⁰. De las de Llorens y Lamber, en fin, puede decirse que se fundan en figuras por cierto discutidas, como el "consentimiento" del art. 1807, inc. 2º. (Llorens) y la donación post mortem fuera de las convenciones prenupciales (Lamber, segunda variante)⁷¹.

No obstante, las propuestas de Llorens y Lamber se constituyen en un aporte inestimable para la validez de la reserva de usufructo a favor del cónyuge. Ellas, en efecto, al poner de manifiesto el carácter de "contraprestación" que la califica (en tanto el usufructo se constituye a cambio del derecho que se renuncia) tornan inaplicable el artículo que prohíbe la donación entre esposos (Cód. Civil, 1807, inc. 1º). Llorens, además, deja al descubierto el hecho de que una y otra prestación favorecen, respectivamente, al cónyuge y al hijo, que invisten el carácter de partes, o lo que es igual, que quienes contratan a título oneroso (Llorens entiende que se donan mutuamente) no son los esposos entre sí, sino el cónyuge que asiente y el donatario. Y así, a la vez, resultan inaplicables los artículos que prohíben a los esposos venderse, cederse, permutarse y darse en pago (Cód. Civil, 1358, 1441, 1437, 780, 781), e inaplicables también, toda vez que el hijo no actúa como persona interpuesta, los que sancionan con la nulidad al fraude de la ley (Cód. Civil, 502, 953, 1004, 1167, 21, 1071, 3741).

Más todavía, si la cláusula de estilo ("reservando el usufructo para sí y su cónyuge...") puede ser interpretada, no sólo como donación entre los esposos, sino a la vez en alguno de los sentidos propuestos por estos autores, cabe aplicarle el principio que nuestro derecho recepta en el art. 218, inc. 3º, del Cód. de Comercio: "Las cláusulas susceptibles de dos sentidos, de uno de los cuales resultaría la validez, y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero".

En la que a técnica de la redacción se refiere, preferimos la del doble negocio (donación del dominio pleno al donatario y constitución del usufructo a favor de ambos cónyuges), para que sea el donatario, beneficiado por la renuncia del cónyuge no titular, quien constituya el

⁷⁰ Op. cit, págs. 63 y siguientes.

⁷¹ Lo hacen Armella y Llorens en relación con la propuesta del autor, en op. cit., págs. 74 y 188, y Llorens en general, al incluir a la transmisión por interpósita persona en la prohibición del art. 1807, inc. 1º. en op. cit., pág. 350, nota 7 al proyecto 126. Armella, sin embargo, entiende que el fraude a la ley no empaña a su propuesta, por cuanto el usufructo se constituye libremente.

usufructo a su favor. Es conveniente la instrumentación simultánea, para evitar los riesgos que enumera Llorens (enajenación del inmueble por el donatario, medidas precautorias, caducidad del derecho de revocar la donación operada por el fallecimiento del donante).⁷² Y en relación con nuestra propuesta, agreguemos aquí que, al pactar el cargo, debiera ponerse de manifiesto la intención que guía a los contratantes ("...con el cargo de que en este mismo acto constituya usufructo vitalicio y gratuito a favor del donante y su cónyuge, en el caso de esta última como medio de resguardar sus derechos al disolverse la sociedad conyugal, en tanto al asentir a la donación está renunciando al derecho de que en esa oportunidad se le adjudique la mitad indivisa del inmueble).

III. EL INMUEBLE ES GANANCIAL. DE TITULARIDAD COMPARTIDA

1. Y el padre y la madre donaron al hijo el dominio pleno

Al igual que en la primera variante del caso anterior, al fallecer uno de los cónyuges el dominio sigue correspondiendo al hijo. Y el cónyuge que sobrevive no tiene derecho a que se le adjudique la mitad indivisa del inmueble, ni el de ejercer la acción de colación.

2. Y el padre y la madre donaron al hijo la nuda propiedad, reservándose ambos el usufructo

Al igual que en la tercera variante del caso anterior, al fallecer uno de los cónyuges el hijo consolida el dominio pleno de la mitad indivisa del inmueble, y mantiene la nuda propiedad de la restante. El cónyuge que sobrevive no tiene derecho a que se le adjudique la mitad indivisa del inmueble, ni el de ejercer la acción de colación, pero cuenta con el 50% del usufructo.

Asimismo, no corresponde al hijo el derecho de petionar la mitad del usufructo del progenitor que sobrevive, porque él consolida el dominio pleno en igual proporción.

⁷² Op. cit., págs. 187 y 188.

3. Y el padre y la madre donarán al hijo la nuda propiedad, reservándose ambos el usufructo, con derecho de acrecer

Como en la cuarta variante del caso anterior, al fallecer uno de los cónyuges, la nuda propiedad del inmueble se mantiene en cabeza del hijo. El cónyuge que sobrevive, titular del 100% del usufructo por haber acrecido en él, no tiene derecho a que se le adjudique la mitad indivisa del inmueble, ni el de ejercer la acción de colación.

Al hijo, por su parte, corresponde el derecho de peticionar el 50% del usufructo, a lo que puede oponérsele el anticipo de la nuda propiedad (aquí no importa cuál de los progenitores haya fallecido, porque ambos donaron). Puede oponérsele, además, la aplicación analógica del art. 3603, y también, si se dan las circunstancias, el derecho de habitación del art. 3573 bis.

3. También en este caso, el del inmueble ganancial de titularidad compartida, cuando los donantes no conservan en su patrimonio bienes suficientes para cubrir sus necesidades, pero el usufructo del bien donado las excede, la ideal es recurrir a la variante de la donación de la nuda propiedad, con reserva de usufructo para ambos, sin derecho de acrecer.

Y es que, como antes apuntáramos, la donación del dominio pleno desprotege a los padres y el derecho de acrecer en el usufructo puede llegar a afectar la legítima del hijo. En cambio, en la variante que propiciamos (en este caso, variante 2), el usufructo cubre a los padres y, cuando uno de ellos fallece, nada puede el hijo pretender del otro.

IV. EL INMUEBLE ES PROPIO

1. Y el padre donó al hijo el dominio pleno

A) Al fallecer el padre, el dominio sigue correspondiendo al hijo. Pero en este caso la madre tiene el derecho de exigirle que colacione, porque en relación con los bienes propios del marido ella es, también, su heredera. Y como este derecho no puede ser renunciado (Cód. Civil, 1175, 3599 y sigtes.), cabe descartar la posibilidad de asignar el

carácter de renuncia tácita al hecho de haber comparecido la madre al escriturarse la donación, sea para ratificar la declaración del donante referida a que en el inmueble no está radicado el hogar conyugal, sea, en su caso, para prestar su asentimiento a la donación y aceptarla en representación del hijo menor de edad.

Y aquí, vuelve a jugar el art. 3573 bis, confiriendo a la madre, si se dan las circunstancias que la ley establece, el derecho de habitación.

B) Ante el fallecimiento de la madre, claro está, el dominio continúa en cabeza del hijo.

2. Y el padre donó al hijo la nuda propiedad reservando el usufructo para sí

A) Al fallecer el padre, el hijo consolida el dominio pleno del inmueble y, al igual que en la variante anterior, la madre tiene el derecho de exigirle que colacione. Tiene en su caso, además, el derecho de habitación previsto en el art. 3573 bis.

B) Si quien fallece es la madre, el hijo mantiene la nuda propiedad y su padre el usufructo. ¿Corresponde al hijo, aquí, el derecho de exigir que se le adjudique el 50% de éste, como en el caso del inmueble ganancial? Entendemos que no, porque el usufructo de un bien propio es, a la vez, propio (así también, claro está, el adquirido por uno de los cónyuges antes del matrimonio, o durante éste, a título gratuito o con dinero propio). Advirtamos además que en este caso, de no celebrarse la donación, el dominio del inmueble sigue correspondiendo al padre, sin que el fallecimiento de la madre legitime las pretensiones del hijo.

Otra es la cuestión, por cierto, en relación con los frutos percibidos y pendientes (así, el cereal cosechado y pendiente de recolección al fallecer la madre), que en tanto gananciales pueden ser reclamados por el hijo en un 50% (Cód. Civil, 1272, pág. 4).

3. En este caso, el del inmueble propio, cuando el donante no conserva en su patrimonio bienes suficientes para cubrir sus necesidades y las de su cónyuge, lo ideal es recurrir a la variante 2: donación de la nuda propiedad, con reserva de usufructo a su favor.

En efecto, como acabamos de ver, la donación del dominio pleno desprotege a los padres en vida de ambos, y al donante, inclusive, luego del fallecimiento de su cónyuge (en lo que a ésta respecta, recordemos que la ley la protege a partir de la muerte del marido).

Para completar la protección de la cónyuge y extenderla al marido, entonces, cabe recurrir a la reserva de usufructo a favor de éste.

4. Nulidad de la reserva de usufructo a favor del cónyuge

En el primer caso (bien ganancial de titularidad exclusiva), citando a Llorens y Lamber, concluimos en que la madre que asiente a la donación y el hijo a cuyo favor se la celebra contratan a título oneroso (disponiendo la primera del derecho a que se le adjudique la mitad indivisa del inmueble al fallecimiento del donante y constituyéndole el segundo, a cambio, usufructo vitalicio sobre dicha mitad).

Pero en este caso, el de los bienes propios, aun prestando su asentimiento a la donación, la madre no dispone de derecho alguno. Porque el que le pertenece, que es el de reclamar su porción legítima del inmueble cuando el donante fallece, le corresponde en calidad de heredera y no la de socia. Y en tal carácter es irrenunciable. A la cónyuge, en definitiva, no es necesario protegerla al donar, en previsión de que sobreviva al donante. porque de ello se encarga la ley⁷³.

La conclusión, trivial por su evidencia, es que la cónyuge, que de nada dispone, recibe el usufructo a título gratuito; que la recibe del esposo, con lo que entra en escena el art. 1807, inc. 1º que prohíbe la donación entre cónyuges; y que si para evitarlo recurrimos al doble paso de que el esposo done el dominio pleno, para que sea el hijo quien constituya el usufructo a favor de la madre, hace su aparición el art. 3741, que sanciona con la nulidad al contrato o cláusula celebrados en fraude a la ley.

Nulidad, entonces, de la reserva de usufructo a favor del cónyuge, cuando de bienes propios se trata.

¿Nulidad absoluta o relativa? Absoluta, dado el tipo de interés, interés público, que el derecho tutela al prohibir, tanto la donación

⁷³ Cabe tomar en cuenta que esta protección, la de la ley, si bien referida al dominio pleno del inmueble, está expuesta al riesgo de que el donatario lo transfiera y frustre así la legítima de la madre (ella, por cierto, puede defenderla alegando simulación o fraude).

entre esposos, como la constitución del usufructo destinado a durar más allá de la vida del usufructuario, o a favor de una persona y sus herederos. Nulidad absoluta, entonces, y en tanto absoluta, inconfirmable, imprescriptible y alegable por cualquiera con interés legítimo, incluido el juez de oficio.

¿Nulidad total o parcial? Parcial, porque la nulidad de la reserva a favor del cónyuge no se extiende a la reserva del propio donante, ni a la donación de la nuda propiedad. Y no se extiende a ellas porque: a) ninguna de las dos está prohibida; y b) el cónyuge que se ve privado del usufructo no queda desprotegido (reiteremos que si el donante fallece primero la protección se la brinda la ley, colación mediante), lo cual permite decidir que aun sin la reserva a su favor el contrato hubiera sido celebrado.⁷⁴

¿Cuáles son, en definitiva, las consecuencias de esta nulidad parcial? Pues que en relación con la reserva inválida las cosas vuelven al estado anterior, esto es, el 50% del usufructo reservado para el cónyuge retorna al donante, autor de la reserva (con ello, a éste corresponde el 100% del usufructo y al donatario el 100% de la nuda propiedad, como si el donante hubiera reservado el usufructo sólo para sí).

¿Y si se recurrió al doble paso de donar el dominio pleno, para que sea el donataria quien constituya el usufructo a favor de la madre? ¿Puede sostenerse que el usufructo inválidamente constituido a favor de la madre vuelve a quien lo constituyera, el donatario, que consolidaría así el 50% del dominio pleno (en el restante 50%, cuyo usufructo mantiene el padre, conserva la nuda propiedad)? Entendemos que no, porque al contrariarse la intención del donante, claramente dirigida a donar al hijo la nuda propiedad del inmueble, se desemboca en la nulidad total, resultado éste que el derecho, ciertamente, mira con disfavor (Cód. Civil, 18, 1039, 1185, 515 inc. 3º, 2502, 3630, 3670).

Y por eso cabe considerar la posibilidad de interpretar que, inclusive si se recurrió al doble paso, el donatario mantiene el 100% de la nuda propiedad y al donante corresponde el 100% del usufructo (engrosado por retornar a él, y no al donatario, el porcentaje que fuera

⁷⁴ En nuestro derecho la invalidez parcial es la regla, de modo que quien pretende la invalidez total tiene la carga de probar que el negocio no hubiera sido celebrado sin la cláusula viciada. Conf. Zannoni, Eduardo, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Buenos Aires, 1969, pág. 220. Sobre la invalidez parcial del negocio en fraude a la ley, conf. Cariota Ferrara, Luigi, *op.cit.*, págs. 299 a 304 y Messineo, Francesco. *op. y págs. citadas*.

inválidamente constituido a favor de la madre). Se trataría, en definitiva, de ampliar el contenido válido del contrato (constitución de usufructo a favor del donante), para integrar con él la parte viciada. Este tipo de interpretación, que el art. 1198 del Cód. Civil en modo alguno descarta, es expuesto por Betti⁷⁵ en estos términos: "Aquella que se denomina interpretación integradora vierte sobre los puntos de la reglamentación negocial que, pese a no concedérseles cabida en la fórmula, que resultó inadecuada, están sin embargo comprendidos en la idea que ella expresa y, en consecuencia, quedan encuadrados en el contenido del negocio. Estos puntos, a integrar por caminos de interpretación, se derivan siempre del conjunto de la declaración apreciado según cánones de buena fe, usos sociales, etc., y en esta medida son inteligibles e identificables por las partes mismas. En cuanto comprensible por obvia inducción, la idea, más amplia que la fórmula, que se ha obtenido por vía de interpretación, se presenta atribuible al declarante como suya propia. Si bien éste, en el caso concreto, no fue consciente de esta idea, es evidente que, de haber reflexionado sobre el alcance lógico y social de su declaración, hubiera podido advertir aquel significado más amplio que ahora sale a la luz por medio de la interpretación..

EL AUTOCONTRATO: VISION ACTUAL⁷⁶

POR MARINA C. ZUVILIVIA⁷⁷

SUMARIO

⁷⁵ Betty, Emilio, Teoría general del negocio jurídico, traducción de A. Martín Pérez. Madrid. 1969. págs. 243 y siguientes.

⁷⁶ Especial para Revista del notariado.

⁷⁷ Docente de las materias Derecho Civil III, de la Facultad de Derecho de Rosario (UNR); Derecho Civil III, de la Facultad de Derecho de Rosario (UCA), y Consultor Jurídico de la Facultad de Derecho de Rosario (UNR).