

DONACIÓN DE NUDA PROPIEDAD DE UN INMUEBLE GANANCIAL A TERCEROS CON RESERVA DE USUFRUCTO A FAVOR DEL CÓNYUGE NO TITULAR.

¿Un contrato permitido?(*)(520)

JULIO CÉSAR CAPPARELLI

SUMARIO

I. Introducción. II. El régimen de bienes del matrimonio. Alcance de la ganancialidad. III. Contratos entre cónyuges. IV. La prohibición de donar. V. La reserva de usufructo a favor del cónyuge no titular, ¿es una donación? VI. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Frecuentemente los padres consultan acerca de la conveniencia o no de hacer donación de bienes a los hijos. El propósito suele ser el evitarles el trámite de una sucesión a su fallecimiento cuando el único patrimonio lo constituye el inmueble en el que se halla radicado el hogar conyugal. Pero esto no quiere hacerse al punto de quedar desprotegidos.

El derecho otorga una garantía a los donantes, que es la posibilidad de donar la nuda propiedad reservándose el usufructo gratuito y vitalicio. De este modo se logra un doble fin: por una parte, evitar a los hijos la transmisión de los bienes mortis causa efectuando dicha transferencia en vida del propietario y, por la otra, asegurarle el uso y goce del bien durante lo que le reste de vida.

Ordinariamente, esto suele aconsejarse cuando los padres ya son de edad avanzada y no piensan cambiar de vivienda.

Este hecho, que no presenta problemas cuando el inmueble ha sido adquirido por ambos cónyuges en condominio, plantea algunos interrogantes cuando el dominio consta a nombre de uno solo de ellos.

La pregunta es: ¿puede el cónyuge titular de dominio al efectuar la donación hacer reserva del usufructo no sólo a favor de sí mismo sino también a favor del otro cónyuge no titular? Y esta pregunta se plantea porque puede dudarse acerca de la viabilidad legal de la constitución del usufructo a favor del otro cónyuge.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

II. EL RÉGIMEN DE BIENES DEL MATRIMONIO. ALCANCE DE LA GANANCIALIDAD

Decíamos que el problema no se planteaba cuando los cónyuges son condóminos y sí en los demás casos. Por eso conviene reseñar brevemente el régimen vigente y el significado de la ganancialidad.

Se discute en doctrina sobre la naturaleza jurídica del régimen de bienes del matrimonio. Así, hay quien sostiene que se trata de una sociedad, fundándose especialmente en la ubicación del tema en nuestro Código Civil, como Título II "De la sociedad conyugal", y en los artículos 1261, referido al comienzo de la sociedad, el 1262, que se remite a las normas del contrato de sociedad, y el 1263, que se ocupa del capital societario. Algunos autores incluso le atribuyen personalidad jurídica(1)(521).

Otros hablan de un condominio o copropiedad peculiar(2)(522). Si esto fuera así sería la sociedad o bien los condóminos los que se reservan el usufructo, en cuyo caso, no habría dificultad alguna.

Estas teorías y otras más lejanas a nuestra tradición jurídica (como el caso de la Gesamte Hand o patrimonio en mano común) nos dan la pauta de la gran confusión a que se presta el tema(3)(523).

En tratados recientes se habla de una sociedad ad intra, o sea, entre los cónyuges, y un régimen de bienes ad extra, que nada tiene que ver con la existencia de una sociedad(4)(524).

Lo cierto es que nuestro Código, modificado sustancialmente por la reforma de la ley 17711, ha instaurado un régimen de bienes que se caracteriza por la separación del patrimonio de los cónyuges, que siendo así cada uno es titular de los bienes que adquiere, los que administra y dispone libremente, según lo prescribe el artículo 1276, con la sola restricción del art. 1277 en orden a la disposición de aquéllos. Y, salvo esta última restricción al poder dispositivo y el régimen de deudas establecido por ley 11357, el acento está puesto en la separación(5)(525).

¿Cuál es, entonces, el alcance de la ganancialidad? La ganancialidad es el derecho en expectativa que tiene el cónyuge no titular de percibir el cincuenta por ciento de los bienes así denominados, una vez disuelta la sociedad conyugal. Por eso los autores que así lo han comprendido hablan de un régimen de comunidad diferida. Paradójicamente, el régimen de bienes del matrimonio establece una separación patrimonial que sólo se unifica al momento de la disolución para su posterior liquidación.

III. CONTRATOS ENTRE CÓNYUGES

El régimen establecido nos lleva a comprobar que cada cónyuge es dueño de lo suyo, tiene su propio patrimonio (compuesto - de bienes propios y gananciales, según el caso) y desde el punto de vista patrimonial es completamente extraño al otro cónyuge. De ahí que no ha de llamarnos la atención que ellos puedan contratar entre sí.

La ley fija los límites a la libertad de contratar mediante prohibiciones expresas para todos aquellos actos que puedan alterar el régimen de bienes previsto por las normas. el principio, entonces, es la libertad de contratar, y las excepciones requieren un análisis riguroso.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En primer lugar, el art. 1219 sanciona con la nulidad a todo contrato celebrado con posterioridad a la celebración del matrimonio que altere lo pactado en las convenciones matrimoniales previstas por el art. 1217, principio aplicable a todo contrato que vulnera el régimen legal.

Luego, entre las prohibiciones expresas, encontramos la de efectuar donaciones entre cónyuges - art. 1807, inc. 1º - y, por extensión, la compraventa para evitar negocios simulados encubridores de una donación - art. 1358 - . En la misma línea están las prohibiciones de los arts. 1441 y 1420, referidos a la cesión de derechos y a la permuta.

Dejaremos de lado el tema de la compraventa y nos circunscribiremos al supuesto de la donación, que es el que está directamente relacionado con el tema en análisis.

IV. LA PROHIBICIÓN DE DONAR

El art. 1807I inc. 1º prohíbe las donaciones entre cónyuges durante el matrimonio. Su alcance, sin embargo, no es absoluto.

El art. 1791 se refiere a liberalidades que no son donaciones. En sus incisos se enumeran una serie de actos de naturaleza análoga a la donación que, sin embargo, no son considerados tales.

La donación supone, en primer lugar, una transferencia de dominio, la que se efectúa a título gratuito mediante un acuerdo de voluntades (art. 1789).

En el supuesto que nos interesa, la donación se efectúa a favor de un tercero, usualmente un hijo, con la conformidad del cónyuge no titular, lo cual es perfectamente viable.

Lo que no podría hacer un cónyuge es donar el bien o la nuda propiedad al otro cónyuge, puesto que caería en el caso expresamente prohibido por la ley en el art. 1807, inc. 1º.

V. LA RESERVA DE USUFRUCTO A FAVOR DEL CÓNYUGE NO TITULAR ¿ES UNA DONACIÓN?

En el mismo instante en que se dona la nuda propiedad a un tercero, el donante hace reserva del usufructo a favor de sí mismo y del cónyuge no titular. Esto equivale a constituir un usufructo gratuito por el cincuenta por ciento a favor del otro cónyuge. Por tratarse de un acto gratuito efectuado a favor del otro cónyuge, la reacción espontánea del intérprete es pensar que se trata - de un acto prohibido. No lo creemos así. Es cierto que el acto es gratuito, pero ello no lo introduce automáticamente en el ámbito de la prohibición.

En las liberalidades previstas en el art. 1791, en el inc. 8º se dice que no son donaciones los actos realizados a título gratuito si no media transferencia de dominio. De ahí que sean considerados actos que están fuera del alcance de la prohibición.

El dominio en el caso es adquirido por un tercero, y el usufructuario sólo adquiere el uso y goce de la cosa. Esta diferencia esencial hace que el usufructo gratuito se aproxime por su naturaleza al comodato, y el usufructo oneroso, a la locación(6)(526).

Se trata, ciertamente, de un derecho real. Pero la constitución de un

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derecho real entre cónyuges no es por sí misma un acto jurídico prohibido. Sí lo es la transferencia de dominio onerosa o gratuita nacida de la donación o de la compraventa por la prohibición que pesa sobre estos contratos entre cónyuges. En cambio, el art. 1296 prevé la constitución de un derecho real de garantía, como es la hipoteca de un cónyuge en su carácter de deudor a favor del cónyuge acreedor. Si bien este artículo responde al sistema originario del Código Civil en lo referente a la separación de bienes, prueba que, como acto, no fue prohibido. Por otra parte, si se acepta el mutuo entre cónyuges, no hay razón para rechazar la constitución de hipoteca como derecho real de garantía (7)(527).

¿Resta alguna otra causa por la cual podamos pensar que se trata de un contrato prohibido? Llegamos así al punto más difícil de la cuestión.

El Código, en su art. 2831, dice que "no siendo fungible la cosa fructuaria, no tiene capacidad para constituir usufructo por contrato oneroso, quien no la tenga para vender; o por contrato gratuito, quien no la tenga para donar".

Esto nos remite al art. 1804, que dice: "Tienen capacidad para hacer y aceptar donaciones, los que pueden contratar, salvo los casos en que expresamente las leyes dispusiesen lo contrario".

Y el artículo 1807, inc. 1º, por su parte, prohíbe la donación entre cónyuges durante el matrimonio. ¿Es de aplicación también a la constitución del usufructo?

Del simple juego de las remisiones legales podría pensarse que sí(8)(528). Pensamos, en cambio, que la restricción se refiere exclusivamente a la donación, así como el art. 1358 lo dice con respecto a la compraventa.

El art. 2831, al hablar de la capacidad para constituir usufructo gratuito sobre bienes no fungibles, se remite a la capacidad de donar porque supone en el constituyente la capacidad de realizar actos de disposición a título gratuito. Pero no establece la restricción entre cónyuges. Cuando el legislador ha querido hacerlo así, lo ha efectuado en forma expresa.

Podría pensarse que, no obstante lo expuesto, la sola remisión del art. 2831 al art. 1804 hace aplicable, además, el artículo 1807, inc. 19, que dice: "No pueden hacer donaciones: 1º Los esposos el uno al otro durante el matrimonio, ni uno de los cónyuges a los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio, o a las personas de quien éste sea heredero presunto al tiempo de la donación".

Se refiere, en consecuencia, a tres prohibiciones: la de efectuar donaciones entre cónyuges; la de donar al hijo del otro cónyuge de un matrimonio anterior, y la de donar a una persona de quien - el otro cónyuge sea heredero presunto al tiempo de la donación.

Mediante esta triple limitación, el codificador quiso evitar la transferencia dominial gratuita, fuera ésta directa (inc. 1º) o por interpósita persona, puesto que, en los supuestos citados en la segunda parte del mismo inciso, tiene in mente la posibilidad de que por vía sucesoria el otro cónyuge reciba lo que no puede recibir durante el matrimonio.

¿Son estos supuestos aplicables al caso del usufructo gratuito y vitalicio? Evidentemente: no, puesto que, en el caso del usufructo constituido a favor del hijo del otro cónyuge de diverso matrimonio o a favor de la persona de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

quien el otro cónyuge fuera heredero presunto al tiempo - de la donación, producido el fallecimiento - el derecho de usufructo no se transmitiría al otro cónyuge, ya que él se extingue con la muerte del usufructuario (art. 2825). No tendría sentido prohibir lo que no puede acaecer.

Esto nos refuerza en la convicción de que el art. 1807, inc. 1° no es aplicable al caso del usufructo constituido a favor del hijo del otro cónyuge de diverso matrimonio o a favor de la persona de quien el otro cónyuge fuera heredero presunto al tiempo de su constitución.

Por lo tanto, como no es pensable la vigencia parcial del inciso, llegamos a la conclusión de que el art. 1807 no es de aplicación al caso sub examine.

Hasta aquí el argumento hermenéutico. Cabe analizar si la constitución de usufructo a favor del cónyuge no titular entra en colisión con el régimen de bienes del matrimonio.

El legislador prohibió el contrato de donación entre cónyuges y por extensión, la compraventa. Quiso evitar así fundamentalmente la transferencia de bienes del patrimonio de uno de los cónyuges al del otro, impidiendo el influjo de un cónyuge en detrimento del otro o en perjuicio de los acreedores.

La doctrina ha interpretado que esta prohibición se extiende también a otros contratos que guardan relación o semejanza con éstos fundándose en los artículos que remiten a los contratos de donación y de compraventa. Así, la permuta, la cesión de crédito, la renta vitalicia.

Discrepa, en cambio, con respecto a la locación. Borda y Belluscio interpretan que la remisión del art. 1441 hace aplicable el régimen de incapacidad de la compraventa(9)(529). Guaglianone, Mazzinghi y Zannoni entienden que se trata de un contrato de naturaleza distinta, puesto que implica un acto de administración y aceptan su validez. Por los mismos fundamentos se acepta el comodato entre cónyuges, dado que no choca con el régimen de bienes del matrimonio(10)(530).

Citamos estos casos para comprender más el del usufructo. Este supuesto se asemeja al comodato, cuando es gratuito, y a la locación cuando es oneroso. Todos ellos nacen de un acuerdo libre de voluntades, reconocen el dominio en cabeza del titular, adquiriendo el no titular el uso y goce del bien. Se diferencian en cuanto a su duración y en cuanto al carácter de derecho real del usufructo.

Algunos se preguntan cuál es la necesidad de que un cónyuge otorgue al otro el uso y goce de un bien (ocurra esto por vía de locación, comodato o de los derechos reales de uso, habitación o usufructo). ¿No lo tienen siempre los cónyuges sobre los bienes gananciales? No es así. El régimen de comunidad diferida otorga un derecho en expectativa, no un derecho actual. Puede ser que de hecho un cónyuge use y goce de los bienes gananciales e, incluso, propios del otro, pero no de derecho.

Guaglianone enseña que desde el punto de vista patrimonial, cada uno usa y goza de sus propios bienes, propios y gananciales y dice que un cónyuge podría excluir inclusive al otro del uso y goce de un bien ganancial con todo derecho. Así, por ejemplo, podría impedirle el uso de su consultorio o la entrada en su campo. Esto es lícito en el régimen de separación(11)(531).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Es más; en lo que hace al régimen de administración, el cónyuge que ha sido apoderado para administrar los gananciales del otro tiene obligación de restituir lo percibido en ejercicio del mandato y deberá responder por incumplimiento ante el cónyuge propietario.

Es cierto que el que prohíbe al otro cónyuge la entrada en su campo o el incumplidor del deber de restitución está originando problemas que afectan al régimen de derechos y deberes personales que existen entre los cónyuges y con su actitud podrá caer en la causal de injurias graves de la ley 2393, art. 67, inc. 5°. Pero ello no nos debe hacer confundir el campo de las obligaciones personales con las de orden patrimonial.

¿Cuál es el perjuicio al admitir la constitución de usufructo? Si el cónyuge no titular no tiene derecho al uso y goce de los gananciales del otro, puede adquirirlo por esta vía. Ello no altera el régimen patrimonial, no disminuye el patrimonio de uno en favor del otro y no perjudica a terceros.

Podrá decirse que el usufructo resta valor al bien en cabeza del nudo propietario. También el mutuo con garantía hipotecaria crea este problema y no por ello se sostiene la invalidez de la constitución de hipoteca de un cónyuge a favor del otro.

Por otra parte, en ciertos casos como el que planteamos, ofrece marcadas ventajas. No se ve, entonces, por qué razón estaría impedido el cónyuge titular de otorgar el usufructo vitalicio y gratuito al otro cónyuge sobre un determinado bien.

VI. CONCLUSIÓN

Sostenemos que la constitución de usufructo vitalicio y gratuito no es una donación sino que está incluido en las liberalidades del art. 1791 y que para su constitución se requiere la capacidad para otorgar actos a título gratuito sin que por ello le sean aplicables las prohibiciones del art. 1807 previstas para las donaciones, siendo, por lo tanto, un acto jurídico permitido entre cónyuges.

Confiamos en que estas líneas ayuden a una mejor comprensión y a una ulterior reflexión sobre este tema de tanta importancia práctica.