



## **JORNADA NOTARIAL BONAERENSE**

### **Una vejez digna: Herramientas de financiación para adultos mayores.**

**Categoría:**

**Trabajo en equipo.**

**Autores:**

**BECERRA VÁZQUEZ, Sofía Victoria**

**CELENTANO, Daniela Micaela**

**RISSO, Federico Walter**

### **Tema III: ADULTOS MAYORES**

**Coordinadores:**

**Not. Gonzalo M. VÁSQUEZ**

**Not. María Cecilia LÓPEZ**

## ÍNDICE

- 1.- [PONENCIAS](#)
- 2.- [SUMARIO](#)
- 3.- [LA VULNERABILIDAD EN LOS ADULTOS MAYORES](#)
- 4.- [INSTRUMENTOS JURÍDICOS EN ANÁLISIS](#)
  - I. Hipoteca inversa.
  - II. Fideicomiso en garantía
  - III. Renta vitalicia
  - IV. Donaciones con cargos especiales
  - V. Donación sin transmisión de dominio
  - VI. Venta desmembrada de nuda propiedad.
- 5.- [CONCLUSIONES FINALES](#)
- 6.- [BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA](#)

## PONENCIAS

- Existen diferentes marcos jurídicos que pueden utilizarse como alternativas propicias para la financiación de los adultos mayores, como son la hipoteca inversa, el fideicomiso de garantía, la renta vitalicia, la donación con cargo, la donación sin transmisión de dominio y la venta de nuda propiedad con reserva de usufructo.
- Resultaría conveniente una regulación especial de la hipoteca inversa ya que su aceptación e implementación conduciría al debido respeto de la autonomía de la voluntad, la concreción del derecho a una vida digna y acceso a una vivienda.
- El fideicomiso en garantía, al ser una garantía auto-liquidable, permite reducir costos y tiempo al evitar el proceso de ejecución judicial y, a su vez, permite que la garantía se realice a valor de mercado, por lo que el inmueble pierde menos valor, consecuentemente, el adulto mayor recibe un préstamo superior y sus herederos, si optan por recuperar el bien, abonarán menos importe en concepto de deuda.
- La renta vitalicia importa decididamente un mecanismo de financiamiento económico de suma utilidad; sin embargo, y no obstante su regulación en

nuestra legislación desde años, su utilización ha sido muy escasa debido a su falta de conocimiento por la sociedad en general. Es necesario el asesoramiento de los operadores jurídicos hacia nuestros requirentes, tendiente a promover el conocimiento por parte de la sociedad, para fomentar su implementación.

- La utilización de las donaciones con cargos especiales resulta de suma utilidad para el caso de financiamiento de adultos mayores, pero es necesario sortear el valladar establecido por el artículo 1965 del CCyCN con respecto a la limitación de diez años para las condiciones resolutorias, analizando la posible implementación de poderes especiales irrevocables a los efectos de reinscribir los cargos respectivos.
- Con respecto a las donaciones sin transmisión de dominio pueden resultar una herramienta de interesante aplicación desde la óptica contractual ya que se puede colocar el cargo que se estime el cual revestirá naturaleza personal hasta el momento de la transmisión de dominio en donde adquirirá carácter eminentemente real.
- En la venta de la nuda propiedad con reserva de usufructo es una figura conocida por la sociedad y de fácil comprensión, siendo esto una ventaja para promover su utilización en adultos mayores. A su vez, la consolidación del dominio pleno en cabeza del nudo propietario tiene lugar de forma automática al momento del fallecimiento del usufructuario, por lo que no será necesaria la ejecución del bien, judicial o extrajudicial, para hacerse de éste reduciendo los costos y tiempo que ello demanda.
- Como ponencia general debemos desligar a la edad avanzada de connotaciones patológicas y partir, como norma general, de la autonomía y capacidad de obrar de toda persona, dando operatividad a la posibilidad de que los adultos mayores puedan planificar su vida patrimonial de manera libre protegiendo sus intereses hasta sus últimos días.

## SUMARIO

A lo largo del presente desarrollo, pretendemos identificar y exhibir las ventajas que pueden proporcionar distintos institutos del derecho a los adultos mayores para llevar adelante sus últimos años de vida de la mejor manera posible.

La situación socioeconómica de nuestro país y el alargamiento de la esperanza de vida, nos hace reconsiderar distintos contratos poco utilizados en la actualidad. Focalizaremos en: la hipoteca inversa, el fideicomiso de garantía, la renta vitalicia, la donación con cargo, la donación sin transmisión de dominio y la venta de nuda propiedad con reserva de usufructo. Analizaremos su posibilidad legal y las características de cada uno, procurando demostrar por qué a nuestro juicio, constituyen una interesante alternativa en favor de los particulares. En este escenario, nosotros como operadores del derecho y ejerciendo una función social encomendada por el Estado, debemos visibilizarlos y hacerlos conocer a nuestros requirentes.

## LA VULNERABILIDAD EN LOS ADULTOS MAYORES

En materia terminológica, el diccionario de la Real Academia Española define el término “*vulnerable*” de la siguiente manera: “(Del lat. *vulnerabilis*) Adj. Que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente.”<sup>1</sup> Entendemos entonces, que *si puede ser herido o recibir lesión* debe ser pasible de una especial protección por parte del ordenamiento jurídico y de los operadores del derecho a los fines de garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas que se encuentran dentro de ese sector.

Ahora bien, la vulnerabilidad puede ocasionarse a raíz de diferentes factores. Uno de ellos podría ser la edad<sup>2</sup>, pero existen otros. Es posible que, además de la edad, confluyan otros factores de vulnerabilidad en el mismo sujeto (género, discapacidad, etcétera). En tal caso, nos encontramos ante lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha denominado “interseccionalidad”<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.7 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [Fecha de la consulta: 7/04/2024].

<sup>2</sup> Ver análisis *ut infra* sobre la edad como factor de vulnerabilidad.

<sup>3</sup> Cfr. Caso Gonzales Lluy y Otros Vs. Ecuador. Corte IDH. Sentencia del 1 de septiembre de 2015.

Hace unos años atrás, en la 42° Jornada Notarial Bonaerense<sup>4</sup> que tuvo lugar en San Pedro, Provincia de Buenos Aires, durante el mes de marzo de 2022, dentro de la Comisión que abordó el tema 2 se propuso lo siguiente: *“Considerar que la vulnerabilidad hace a la esencia de la persona humana, aunque algunas de ellas se encuentren en una especial situación, sea por causas objetivas o subjetivas. Se trata de un concepto amplio, dinámico y en evolución constante. Aquellas personas en situación de vulnerabilidad, por uno o múltiples factores (interseccionalidad), se encuentran impedidas del ejercicio pleno de sus derechos en condiciones de igualdad real. El ordenamiento jurídico establece una protección especial para las mismas.”*

Particularmente, cuando nos referimos a los adultos mayores y a la vulnerabilidad no podemos dejar de advertir que la edad tomada como factor objetivo de vulnerabilidad puede ser discutida ya que, dentro del grupo heterogéneo de los adultos mayores, el grado de vulnerabilidad va a ser diverso en función de otras variables, como puede ser la condición socio-económica, el género, la etnia, la zona de residencia, la discapacidad, etcétera. Estas variables probablemente influyeron, de igual forma, en las etapas anteriores de su vida y continúan haciéndolo durante la vejez. Del mismo modo, el grado de vulnerabilidad variará, también, conforme lo avanzado en la edad del adulto mayor.

No obstante, los adultos mayores presentan una serie de factores de riesgos que potencian su grado de vulnerabilidad con relación al resto de la población. La edad, por sí misma, ocasiona la disminución de la movilidad y de la fuerza física, así como de algunas capacidades físicas, como puede ser la vista, la audición; lo que genera mayor dependencia con quienes los rodean. De igual forma, los ingresos económicos de las personas tienden a disminuir en las últimas etapas de la vida, dado que dejan de producir ingresos como lo hacían antes; sin embargo, tienen mayores gastos en medicamentos, atención médica, necesidad de mayores cuidados personales y respecto de su vivienda.

En la mencionada Jornada Notarial Bonaerense, con relación a las personas mayores se ha concluido en: *“Reconocer el derecho humano a la vivienda digna de los adultos mayores y en consecuencia proponer alternativas para su protección y la satisfacción*

---

<sup>4</sup> 42 Jornada Notarial Bonaerense. Tema 2: LA FUNCIÓN NOTARIAL Y LAS HERRAMIENTAS DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS VULNERABLES. EL ANÁLISIS DE LOS CONCEPTOS DE CAPACIDAD JURÍDICA Y VULNERABILIDAD. Coordinadora: Not. Marcela Viviana SPINA. Subcoordinadora: Not. María Paula ETCHART.

*de sus necesidades especiales.*” Tomando como partida dicha conclusión es que nos embarcamos en el presente trabajo, a los fines de proponer diferentes alternativas para la financiación de los adultos mayores, previendo que tengan garantizada una vivienda digna y, a la vez, posean recursos suficientes para llevar adelante sus últimos años de vida dignamente.

## **INSTRUMENTOS JURÍDICOS EN ANÁLISIS**

### **I. Hipoteca inversa.**

En ciertos países del mundo como Francia, España, Gran Bretaña y Estados Unidos, los particulares recurren a lo que se conoce como “hipoteca inversa” como método de financiamiento para afrontar los últimos años de vida de una mejor manera.

Es un contrato en virtud del cual, una persona adulta mayor y titular de un inmueble, que no desea desprenderse del mismo, pero necesita de recursos económicos líquidos para costear su manutención, accede a un préstamo cuyo monto final recién se conocerá al momento de su fallecimiento. La característica fundamental de este contrato es que la deuda no resultará exigible hasta ese momento y que el acreedor ve garantizada la devolución del capital y sus intereses, mediante una garantía real, la hipoteca. En otras palabras, se podría decir que consiste en un crédito vitalicio con garantía real.

Generalmente, se trata de un préstamo periódico y vitalicio, en el que las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, pactan la periodicidad de las cuotas (mensuales, semestrales, anuales, etcétera), el monto de cada una y los intereses que devengan. Sin embargo, nada obsta a que se trate de un pago único (se entrega una suma de dinero determinada al inicio del contrato) o pagos periódicos por un tiempo determinado (cuotas mensuales por ocho años, por ejemplo). En cualquier caso, la deuda sólo será exigible producido el fallecimiento del tomador del préstamo.

Atento a que la deuda sólo resultará exigible ante un hecho futuro, pero incierto (la muerte del tomador del crédito se sabe que va a ocurrir, pero no se tiene certeza sobre cuándo), suelen pactarse intereses variables que aumentan en función del paso del

tiempo. En consecuencia, sea que se trate de un préstamo periódico vitalicio o temporal, o un pago único, el monto final de la deuda no se conocerá al inicio de la relación jurídica.

Es por ello que, de manera previa a la celebración del contrato, se efectúa un análisis sobre la esperanza de vida del deudor y el valor del inmueble. Se realiza una estimación sobre el posible monto final de la deuda para conocer si puede ser cubierto por el inmueble. En este contexto, el creciente valor del suelo coadyuva a la concreción de este negocio. Realizando esas estimaciones, el acreedor suministra el crédito al titular de dominio, quien le garantiza el pago del capital y los intereses mediante la constitución de una hipoteca sobre el mismo bien.

Sostenemos que es un contrato donde ambas partes se benefician puesto que el deudor y titular de dominio, accede al préstamo sin desprenderse de la titularidad del bien, manteniendo la posesión y sin someterse al riesgo de pérdida de la vivienda por ejecución, ya que la exigibilidad del pago recién ocurrirá al producirse su fallecimiento. De esta manera, el adulto mayor tiene asegurado el derecho a una vida digna y a una vivienda y, al mismo tiempo, el acceso a un préstamo para su manutención. Por su parte, el acreedor, luego de hacer un análisis sobre la esperanza de vida y el valor del inmueble, entrega las sumas de dinero sabiendo que el crédito a su favor aumentará con el paso del tiempo, obteniendo un rendimiento cada vez mayor y asegurando su cobro con una garantía real.

Por su parte, los herederos del titular del inmueble no se ven perjudicados en absoluto. El debido respeto a la autonomía de la voluntad del titular de dominio impone que, si esta persona quisiera tomar un crédito a pagarse con los bienes dejados al momento de su fallecimiento, deba ser respetado. En este caso puntual, la persona toma un crédito y afecta un inmueble específico al pago de esa deuda, que - y esto es lo trascendental- se espera que sea cubierta totalmente por él ya que, en caso de no considerarse así, el acreedor no accedería a celebrar el contrato. Los herederos en consecuencia no se ven afectados. Es más, ellos tienen la posibilidad de optar por: pagar la deuda y quedarse con el inmueble, o bien, no pagar la deuda y que se ejecute el bien. En este último caso, el acreedor cobra la deuda de lo producido y, de existir un remanente, será heredado.

Vistas las ventajas que proporciona este instituto, es necesario decir que se encuentra discutida su viabilidad en nuestro actual ordenamiento jurídico. Hay quienes consideran que no es posible su concreción atento al *numerus clausus* que caracteriza nuestra regulación actual. Nosotros consideramos que a efectos de determinar ello, hay que distinguir los derechos personales de los reales.

Si nos limitamos a analizar la posibilidad de celebrar un contrato en virtud del cual una persona entrega a otra una suma de dinero sea como pago único o periódico, pero exigible al momento de su muerte, consideramos firmemente que ello es posible ya que forma parte de la esfera de la autonomía de la voluntad y no encuentra un coto en nuestra legislación. Ahora bien, la posibilidad de garantizar el pago de la deuda que emerja del mismo con el derecho real de hipoteca requiere un análisis más profundo. Hoy el Código Civil y Comercial de la Nación permite la constitución de la garantía sobre créditos indeterminados, conforme al artículo 2189. A esos fines, hay que distinguir los créditos indeterminados con causa nacida, de los que no la tienen. En el caso particular, se trataría de un crédito indeterminado con causa nacida. Esto es así ya que existe la causa - el contrato de préstamo - pero resulta indeterminado atento a que al momento de la celebración no se conoce la magnitud de la deuda, que recién se establecerá al producirse el fallecimiento del titular de dominio. A priori, parecería que podría encuadrar en las hipotecas que garantizan créditos indeterminados. Ahora bien, las hipotecas de este tipo presentan dos limitaciones: las obligaciones que se garanticen deben nacer dentro del plazo de diez años contados desde la constitución y el monto del gravamen debe ser de máximo.

En cuanto a la primera limitación, la garantía cubre los créditos nacidos durante ese periodo de tiempo y subsistirá para ellos aún vencido dicho plazo. La restricción temporal se justifica para que el constituyente de la hipoteca no grave su patrimonio sin plazo alguno. Ahora bien, el interrogante que surge es: ¿qué ocurre con las cuotas percibidas una vez cumplidos los diez años de la celebración del contrato?... ¿gozan de garantía real o no?.

Con la regulación actual, pareciera que el acreedor sólo contará con garantía real para el cobro de las cuotas entregadas durante el plazo de diez años y los intereses que éstas devenguen, pero no tendrá la misma seguridad respecto a las que tengan lugar con posterioridad. Esto puede conducir a diferentes problemáticas. Hay que resaltar

que la característica fundamental que hace atractivo a este contrato es que el acreedor goza de una garantía real que le brinda suficiente seguridad de cobro que lo impulsa a celebrar el contrato. Recordemos que el acreedor recién podrá exigir su crédito una vez fallecido el deudor lo que se garantiza con una hipoteca sobre un inmueble que, previo análisis sobre su valuación, se espera que supere con creces el monto final de la deuda. Si el crédito fuese quirografario, difícilmente una persona que cuente con liquidez quiera asumir el riesgo de entregar cuotas periódicas hasta el fallecimiento de una persona y esperar cobrar su crédito como otro acreedor del acervo hereditario. Lo atractivo del contrato es que el acreedor cuente con garantía real. También hay que mencionar que a medida que el tiempo transcurre la deuda se incrementa, no sólo porque se entregan más cuotas de dinero sino porque además se suele pactar que los intereses que devengan las ya entregadas aumenten. En caso que los intereses no fuesen fijos, sino variables, cabe la misma duda, ¿la diferencia de cifra en concepto de interés por cuotas percibidas durante el plazo de diez años cuenta con garantía real o no? Entendemos que sí contará con garantía ya que son producto del crédito ya nacido.

En cuanto a la segunda limitación, la ley establece la obligación de determinar un monto máximo del gravamen, de modo que todo lo que exceda dicho monto podrá existir como crédito, pero sin garantía. En otras palabras, si el crédito excediera dicho monto, la suma excedente podrá ser exigible, pero no gozará de privilegio. Si bien a priori, podría representar un obstáculo para la celebración de este contrato, lo cierto es que la necesidad de establecer un monto de máximo del gravamen no debería causar inconvenientes ya que el acreedor de manera previa a la celebración del mismo, efectúa un análisis sobre el valor del bien, la esperanza de vida del deudor y proyecta un estimado sobre el monto máximo del crédito que debería otorgar. Si considera que puede ser cubierto por ese bien, acepta la garantía. En este contrato el monto máximo del gravamen surgirá de esa estimación.

Dada las ventajas que puede proporcionar su celebración, consideramos que resultaría conveniente regulación especial al efecto ya que su aceptación conduciría al debido respeto de la autonomía de la voluntad, la concreción del derecho a una vida digna y acceso a una vivienda. Todo lo que reporta grandes beneficios frente a la situación socioeconómica del país y el alargamiento de la esperanza de vida.

## **II. Fideicomiso en garantía.**

El fideicomiso en garantía constituye otra forma de financiamiento para adultos mayores, la que, a su vez, tiene la ventaja de ser una garantía autoliquidable.

Pensemos, nuevamente, en los casos donde un adulto mayor es titular de un bien inmueble u otros bienes muebles ilíquidos, y necesita liquidez para poder abonar sus gastos de alimentación, medicación, costear su nivel de vida, etcétera. Podría utilizar este bien ilíquido como colateral para solicitar un crédito que le permita abastecerse. Incluso podría conservar el usufructo de ese bien para continuar viviendo en él y aportar como garantía la nuda propiedad.

A diferencia de otros tipos de garantías, la ventaja que nos aporta el fideicomiso en garantía es que se encuentra dentro de las llamadas garantías autoliquidables, lo que proporciona al acreedor mayor rapidez y menores costos ante la posible ejecución, como veremos.

Concretamente, este mecanismo de financiamiento se materializaría de la siguiente manera: Por un lado, el adulto mayor, titular del inmueble, solicita un préstamo. Ese préstamo podrá consistir en una única suma o una suma total a abonar en cuotas periódicas. Es decir, vamos a tener un contrato de mutuo de donde surge la obligación principal y donde las partes son el mutuante -acreedor- y mutuario -deudor-.

Por otro lado, vamos a tener lo accesorio que es el fideicomiso de garantía, donde las partes son el fiduciante y el fiduciario. El fideicomiso de garantía es la forma de garantizar el pago de la deuda que nace a partir del mutuo que constituye la obligación principal.

El deudor del mutuo, es decir, el adulto mayor titular del inmueble, es el fiduciante en el contrato de fideicomiso, quien se obliga a transmitir al fiduciario el bien inmueble, en este caso, o el objeto que se pactare.

El fiduciario se elige de común acuerdo entre el deudor y el acreedor del contrato de mutuo. Puede ser cualquier persona de confianza entre ambos. Puede ser una persona humana o jurídica. No es conveniente que el fiduciario sea el mismo acreedor, sino que sea un tercero para evitar que se cuestione luego por conflicto de intereses.

El fiduciario tiene en su cabeza el patrimonio fideicomitido, debiendo ejercer el dominio fiduciario con la finalidad específica y por el plazo o condición estipulados en el contrato de fideicomiso.

¿Quién es beneficiario en el contrato de fideicomiso? El deudor (fiduciante) y el acreedor. Dado que, si se paga conforme lo pactado, el fiduciario retransmite al deudor el bien, pero si no cumple se vende el inmueble y se le paga al acreedor la deuda.

El Fideicomisario resulta ser siempre el deudor porque se llevará el remanente si lo hubiera.

En relación al objeto recordemos que, conforme el artículo 1670 de nuestro CCyCN, *“pueden ser objeto del fideicomiso todos los bienes que se encuentran en el comercio, incluso universalidades, pero no pueden serlo las herencias futuras”*. El fideicomiso de garantía puede tener por objeto cualquier tipo de bienes, por ejemplo, acciones, las que se transmitirán al fiduciario en tal carácter, anotándolas en el registro de accionistas de la sociedad anónima; también pueden ser objeto del contrato de fideicomiso los créditos, como ser facturas de ventas que aún no se abonaron; los derechos intelectuales, como derechos de autor respecto de obras literarias, artísticas, software.

El Plazo o condición está dado por el incumplimiento de la obligación garantizada.

En nuestro caso de análisis particular la deuda que surge a partir del préstamo, muy probablemente, no sea abonada por el deudor-fiduciante, quien justamente necesita el dinero para abonar los gastos que requieran en sus últimos años de vida. Con lo cual, cuando fallezca el deudor-fiduciante, la deuda será parte del pasivo hereditario de sus herederos, quienes podrán optar por abonarla y conservar el inmueble, o bien, se procederá a su realización. Debiendo dejar establecido expresamente estas cuestiones tanto en el contrato de mutuo como en su garantía.

Como ventajas se reducen costos, tiempos y se evita el proceso de ejecución judicial. Por ende, permite que se otorguen préstamos mayores por el mismo inmueble que si se garantizara con una hipoteca, por ejemplo, en razón de que los altos costos en la ejecución suelen ocasionar se concedan préstamos con montos menores y con intereses más altos. De esta forma, a través de una garantía autoliquidable, el inmueble pierde menos valor y, consecuentemente, el adulto mayor recibe un

préstamo superior y sus herederos, si optan por recuperar el bien, abonarán menos importe en concepto de deuda.

A su vez, este instituto permite que la garantía se realice a valor de mercado. Es decir, de producirse la venta del inmueble ante la falta de pago, el precio es mucho más alto que en una venta judicial, por lo que los herederos podrían recuperar un importe mayor de realizarse la venta.

Finalmente, como todo fideicomiso, se conforma un patrimonio de afectación, por el cual, el patrimonio fideicomitado, en este caso, el inmueble, está resguardado dentro del patrimonio del fiduciario con una afectación específica y no va a poder ser agredido por ningún otro acreedor. Es decir, el inmueble se aísla de los patrimonios personales del fiduciante y del fiduciario y no puede ser atacado por sus acreedores. El acreedor goza en consecuencia de pago preferencial sobre los demás acreedores del deudor, no por el hecho de tener un privilegio sobre la cosa, sino porque los bienes no están en el patrimonio del deudor sino en el patrimonio separado del fiduciario.

Ahora bien, nos preguntamos qué sucede si el deudor-fiduciante entra en quiebra. Como dijimos, los bienes conforman un patrimonio de afectación y están fuera del patrimonio del deudor, por ende, no están comprendidos en el principio de universalidad y no son alcanzados por el concurso preventivo o la quiebra de éste. Por otro lado, el fideicomiso en garantía siempre es accesorio de un contrato principal (en este caso el mutuo) que generó un crédito a cobrar por el acreedor. La Ley de Concursos y Quiebras en su artículo 32 nos dice que *“todos los acreedores por causa o título anterior a la presentación y sus garantes, deben formular al síndico el pedido de verificación de sus créditos”* (art. 32 LCQ). En definitiva, el bien no va a ingresar a la masa porque es de titularidad del fiduciario y se encuentra afectado a un fin específico, pero el acreedor debe verificar su crédito, para algunas posturas<sup>5</sup>, porque si el bien no es suficiente para cubrir el crédito el remanente va a ingresar en la quiebra como un crédito quirografario. Además, de existir un sobrante en la venta del inmueble va a ser depositado en la quiebra, de igual manera, si el deudor abonara la deuda.

---

<sup>5</sup> Existen diferentes posturas doctrinarias con relación a ello. Parte de la doctrina considera que resulta innecesaria la verificación del crédito en el concurso del fiduciante-deudor, dado que los bienes del fiduciante-deudor fueron transmitidos en propiedad fiduciaria al fiduciario, por ende, ya no forman parte del patrimonio del concursado. Por otra parte, una posición intermedia, sostiene que deberá verificar si al vencimiento del plazo para verificar el crédito no hubiera sido satisfecho con la ejecución del bien fideicomitado. Contrariamente, parte de la doctrina entiende que conforme lo dispuesto por los arts. 32 y concordantes de la LCQ, debe verificar el crédito el acreedor.

No podemos dejar de mencionar que se ha criticado este mecanismo como garantía autoliquidable en virtud de que violaría el derecho de defensa en juicio del deudor-fiduciante y la garantía del debido proceso (art. 18, C.N.). La postura contraria sostiene que se trata de un contrato y la venta del inmueble no es más que el cumplimiento de lo pactado en ese contrato por la libre voluntad de las partes. En este último sentido, se ha sostenido que: *“En rigor cuando el fiduciario dispone de los bienes para satisfacer la garantía, no hace otra cosa que cumplir con el contrato, más precisamente con el encargo fiduciario. El fiduciario no “ejecuta” la garantía en sentido procesal, sino que cumple con lo que se convino en el pactum fiduciae: pagar la obligación garantizada en caso de incumplimiento de esta última. (...) el fiduciario no resuelve controversia alguna, limitándose a comprobar una situación de hecho: la falta de pago por parte del deudor.”* (LISOPRAWSKI, 1999).

Sin perjuicio de ello, es conveniente prever un procedimiento claro y específico de ejecución para no dar lugar a reclamos, evitando que haya plazos breves de notificación al deudor o que no haya intimaciones fehacientes, para evitar que sea atacado judicialmente el procedimiento ya que, de ser así, se perderían los beneficios de la figura. Se pueden pedir varias tasaciones, dándole publicidad a la venta, establecer un procedimiento claro de baja de precios escalonada ante la falta de compradores.

¿Se le podría dar en pago el inmueble al acreedor?. Con relación a esto hay dos posturas. Hoy, conforme el artículo 2198 del CCyCN, *es nula toda cláusula que permite al titular de un derecho real de garantía adquirir o disponer del bien gravado fuera de las modalidades y condiciones de ejecución previstas por la ley para cada derecho real de garantía* (art. 2198 CCyCN). Parecería que no es posible, habría un conflicto de intereses. Del lado opuesto, existe una postura (KIPER) que está a favor de que se le pueda entregar en bien en pago al acreedor debido a que se está cumpliendo el contrato y el fiduciario ejerce el dominio fiduciario conforme la finalidad para la que le fue transmitida, por ende, se podría. Se nos ocurre que podría preverse específicamente en el contrato esta posibilidad a los fines de que sea conocida y acordada por el deudor desde el nacimiento de la obligación. A lo que deberá adicionarse un procedimiento de venta con mayores recaudos y caridad. De todas formas, es conveniente evitarlo.

Finalmente, en lo que respecta al usufructo para el deudor-fiduciante, en nuestro caso de análisis, este último podrá reservarse el usufructo de forma vitalicia sobre el inmueble a los fines de conservar su vivienda y transmitir, únicamente, la nuda propiedad al fiduciario. Ante el fallecimiento del usufructuario, acrecerá en el dominio pleno y podrá enajenarlo para abonar la deuda al acreedor, de no abonarse por los herederos.

### **III. Renta vitalicia.**

El contrato oneroso de renta vitalicia importa decididamente otro mecanismo de financiamiento económico de suma utilidad. Sin embargo, y no obstante su regulación en nuestra legislación desde hace muchos años, su utilización ha sido muy escasa. El código de Vélez dedicaba un apartado exclusivamente a este contrato sin que, a nuestro parecer, adoleciese de defectos que respondan a su falta de celebración. Consideramos que esa ínfima aplicación no ha sido consecuencia de una falencia de la legislación sino a la situación socioeconómica y demográfica del país al momento de su regulación inicial, acompañada por su falta de conocimiento por la sociedad en general. Hoy contamos con otro escenario.

Desde el punto de vista social, la esperanza de vida se ha prolongado, la tasa de natalidad se redujo notablemente y el costo del nivel de vida resulta cada vez más elevado. Desde el punto de vista normativo, el Código Civil y Comercial de la Nación, al igual que su código antecesor dedica un capítulo exclusivo a este contrato y su regulación lo hace permeable a distintas situaciones, que el contexto social y económico imponen que deba recordarse.

En este contrato, hay que distinguir por un lado, el constituyente de la renta y por el otro, el deudor de la renta. El primero es quien se obliga a transmitir el capital al deudor de la renta y el segundo es quien recibe el capital y se obliga a abonar sumas de dinero de manera periódica al acreedor de la renta -el constituyente de la renta o un tercero-, por el término de vida de una persona (cabeza de renta) que puede ser un tercero o alguno de los ya mencionados. Es muy importante resaltar que las figuras del “acreedor de la renta” y el “cabeza de renta”, deben encontrarse previstos, pero no necesariamente deben coincidir con las partes del contrato.

En cuanto al acreedor de la renta, puede ser el constituyente de la renta o un tercero. El derecho al cobro es un derecho de contenido patrimonial que se transmite por causa de muerte, en tanto no exista identidad entre este sujeto y el cabeza de renta.

En cuanto a la cabeza de renta, podrá ser cualquiera de las partes del contrato, el acreedor de la renta o un tercero. Esta persona debe existir al momento de la celebración del contrato y debe designarse en él, ya que el término de su vida causa la extinción del mismo.

Se trata de un contrato oneroso ya que las ventajas y sacrificios de cada parte tienen como correlato las ventajas y sacrificios de la otra. El deudor de la renta se obliga a abonar periódicamente cierta suma de dinero a cambio de la transmisión del capital en su favor y, correlativamente, el constituyente de la renta, se obliga a transmitir el capital al deudor de la renta, a cambio de que éste abone la renta. Es por ello que no se debe confundir este contrato con una donación de prestaciones periódicas vitalicias.

Aunque suele ser lo más habitual, no debe identificarse necesariamente al capital con un bien inmueble. La doctrina considera que puede tratarse de cualquier bien susceptible de apreciación económica, como ser dinero, acciones, créditos, herencias, entre otros. Nosotros entendemos que puede consistir en cualquier bien susceptible de apreciación económica como cuadros, joyas, autos, entre otros bienes, pero siempre que su valuación cause la onerosidad del contrato, caso contrario no estaríamos ante un contrato oneroso de renta vitalicia. Es decir, debe tratarse de bienes cuya valuación se adecúe al alea asumido por el deudor de la renta y a la estimación global de la renta. Respecto a los inmuebles, el capital puede consistir en el dominio del bien, la nuda propiedad o el usufructo, por ejemplo. En este último caso, es muy importante recordar que el usufructo se extingue por muerte de su titular original. Esto significa que si el constituyente de la renta, decide transmitir el derecho de usufructo al deudor de la renta en concepto de capital, ante su fallecimiento se extingue el usufructo y con ello se produce la pérdida del capital.

Ahora bien, este contrato se caracteriza por ser aleatorio ya que se desconoce al momento de la celebración, la cantidad de cuotas a abonar por el deudor y, por ende, la totalidad de dinero a invertir. Generalmente, se toma especial consideración la esperanza de vida del cabeza de renta para estimar la cantidad de cuotas que podrían

devengarse y determinar el capital a transmitir al acreedor de la renta como contraprestación. Coincidimos con Lorenzetti, en que es posible que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, incluyan cláusulas para reducir el alea por ejemplo un plazo máximo para abonar la renta. Pero, no obstante ello, el monto que finalmente invertirá el deudor de la renta jamás se sabrá con precisión por depender de un acontecimiento futuro, pero incierto (la muerte del cabeza de renta). Esta característica lejos de ser disvaliosa, es lo que impulsa a los deudores de la renta a contratar ya que gracias al alea que asumen, el valor de adquisición del capital resulta inferior, al valor del mismo bien en el mercado.

Este contrato posee un carácter previsional donde la renta cumple un efecto alimentario. Sostenemos que constituye una herramienta muy atractiva para quienes habiendo alcanzado determinada edad o por alguna circunstancia particular de su vida, no cuentan con liquidez necesaria para su manutención, pero sí con un capital de considerable valor inmovilizado, ya que les permite la obtención de recursos financieros. El contrato oneroso de renta vitalicia presenta una solución a dicho escenario y gracias a su gran permeabilidad resulta adaptable a distintas situaciones que plantearemos sucintamente de modo ejemplificativo.

Imaginemos el escenario en que una persona de avanzada edad que cuenta con un inmueble, pero carece de liquidez para costear su manutención y la de su hijo. Existe la posibilidad legal de obtener sumas de dinero de manera periódica que le permitan satisfacer dichas necesidades por el plazo de vida suya y/o la de su hijo, transmitiendo el inmueble a una persona que se obliga a abonar periódicamente las sumas de dinero. Aquí, la persona titular del inmueble revestirá la calidad de constituyente de la renta y, la persona que cuenta con recursos económicos líquidos y le interesa el inmueble referido, será el deudor de la renta. El capital puede consistir en el dominio del bien o, por ejemplo, la nuda propiedad. En este último caso, el constituyente de la renta podrá conservar el usufructo del inmueble o constituir de manera simultánea el derecho de usufructo a favor de su hijo, o reservarse el usufructo sobre la mitad indivisa del bien y constituir el derecho de usufructo sobre la restante mitad indivisa a favor de su hijo. De esta manera, el constituyente de la renta y/o su hijo, en su caso, podrán conservar el derecho al uso y goce de la propiedad de manera vitalicia y mantener la posesión del mismo, asegurándose el derecho a la vivienda.

En cuanto al acreedor de la renta, generalmente coincide con el constituyente de la renta, es decir, la persona que es titular del inmueble, pero no cuenta con liquidez para su manutención. Al revestir la calidad de acreedor de la renta, será quien tendrá derecho al cobro de la misma. Ahora en ese mismo escenario imaginemos que el hijo padece de una enfermedad cuyo tratamiento es de un costo muy elevado. Dado que la ley permite que el acreedor de la renta sea un tercero, se puede establecer que el acreedor de la renta sea el hijo. Gracias a su gran permeabilidad, también es posible que tanto el constituyente de la renta como su hijo adquieran dicha calidad, de modo que ambos tengan derecho al cobro de la renta.

En cuanto a la cabeza de renta, puede ser el constituyente de la renta, el acreedor de la renta, el deudor de la renta o un tercero. La identificación del acreedor de la renta y el cabeza de renta será coherente cuando la persona que necesita de la prestación periódica de dinero sea exclusivamente ésta. Sin embargo, nada obsta a que sea un tercero o que sea más de uno. En el ejemplo que se viene dando, bien puede establecerse que sea el constituyente de la renta, su hijo o ambos. En caso que se establezcan ambos, la muerte del último causará la extinción del contrato, pero mientras ello no ocurra el acreedor de la renta mantendrá su derecho al cobro y con ello, seguir solventando su manutención. También se puede prever que sea el deudor de la renta. Esto es jurídicamente posible, y en caso que así se establezca, probablemente responda a un deseo del deudor de la renta de excluir de su acervo sucesorio una deuda de prestación periódica.

En base a lo expuesto, es un contrato donde ambas partes se benefician y puede resultar sumamente útil como mecanismo de financiamiento. El constituyente de la renta encuentra su beneficio porque recibe liquidez por el plazo de vida suyo y de su hijo, sin desprenderse de la posesión del inmueble para mantener el usufructo. Esto importa al mismo tiempo el derecho a una vivienda y el derecho a una vida digna ya que mantendrán la ocupación del inmueble y gozarán de manera periódica las sumas de dinero de la renta para solventarse. Por su parte, el deudor de la renta encuentra su beneficio por recibir la nuda propiedad del inmueble, sabiendo que en el futuro adquirirá el dominio pleno del bien, por un costo posiblemente inferior al que tuviera dicho bien en el mercado. Dicha diferencia, como se dijo, se justifica por la aleatoriedad del contrato.

Ahora imagínese, el caso en que una persona de avanzada edad que no cuenta con liquidez para solventar los gastos de su manutención y es titular de un inmueble susceptible de explotación comercial, pero no desea inmiscuirse en un negocio comercial. Esta persona tiene hijos y desea que ese inmueble permanezca en el patrimonio familiar. Es posible que transmita a sus hijos la nuda propiedad y posteriormente, como constituyente de la renta, transmita el usufructo a un tercero, quien a cambio se obliga a abonarle una renta periódica y vitalicia, por el plazo de su vida. En este caso, el padre reviste la calidad de constituyente de la renta, acreedor de la renta y cabeza de renta. Esta estructura puede resultar sumamente atractiva para ambas partes. Dado que el padre reviste la calidad de cabeza de renta y acreedor de la renta, se asegura su manutención de manera vitalicia. Ahora bien, dado que él era el titular originario del usufructo, al producirse su fallecimiento, al mismo tiempo se extingue el contrato oneroso de renta vitalicia y el derecho de usufructo. De esta manera, al producirse el deceso, el deudor de la renta ya no podrá ejercer los derechos del usufructo pero también cesará su obligación de abonar la renta. Al grupo familiar, le puede resultar sumamente atractivo ya que permite conservar el inmueble dentro del patrimonio familiar puesto que los hijos adquieren el dominio pleno del bien al fallecer su padre. Respecto el deudor de la renta, dado que adquiere el derecho de usufructo goza de la facultad de explotar comercialmente el inmueble y de lo producido, deducir la renta para abonarla al acreedor.

Una pequeña variante del caso anterior que tendrá efectos diferentes es invertir el orden de los actos. Si en el caso anterior, el padre primero celebrara el contrato oneroso de renta vitalicia, y como capital constituye usufructo a favor del deudor de la renta, es posible que el usufructo se establezca por un plazo de tiempo o de manera vitalicia en favor del usufructuario – deudor de la renta. En este escenario, si el cabeza de renta fuera el padre, al producirse su fallecimiento, se extingue el contrato oneroso de renta vitalicia, y con ello, las obligaciones del deudor de la renta, pero el usufructo no se extinguirá hasta tanto no se cumpla el plazo estipulado en su constitución o fallezca, en su caso.

Si bien lo más usual es que el constituyente sea una persona de avanzada edad, no debe dejar de analizarse la aplicabilidad del contrato a otros escenarios. Supongamos el caso de una persona joven que padece de una enfermedad cuyos tratamientos devengan gastos elevados, que no cuenta con la liquidez necesaria para solventarlos,

pero sí con un inmueble a su nombre. Tal vez una persona de su confianza le puede proporcionar recursos pero, no desea donárselos. Puede pensarse en la celebración de este contrato. La persona joven puede, como constituyente de la renta, transmitir el dominio del inmueble o la nuda propiedad, a cambio de la obtención de una renta periódica, para costear sus tratamientos y así financiarlos. En este caso, él revestirá la calidad de constituyente y acreedor de la renta. Dada la temprana edad de aquel, probablemente al deudor no le resulte atractivo que también sea designado cabeza de renta. En este caso, tal vez el deudor de la renta desee ser el cabeza de renta. De este modo, se obliga a abonarle al joven una suma de dinero de manera periódica, pero por el término de su propia vida. De esta manera, producido el fallecimiento del deudor de la renta, el contrato se extingue, por lo que sus herederos no deberán abonar suma alguna al joven. Siguiendo a Lorenzetti, tal vez en este contrato a las partes les interese incluir una cláusula que imponga un límite temporal a las obligaciones del deudor de la renta.

Para concluir con el análisis, dado que el constituyente de la renta cumple su obligación al inicio del vínculo jurídico y su prestación que se agota instantáneamente, mientras que la obligación asumida por el deudor es de ejecución continuada y por un plazo incierto, se aconseja prever mecanismos de seguridad en favor del constituyente. Por un lado, hay que procurar que la renta mantenga el carácter previsional que la caracteriza. Esto es de suma trascendencia en un país con grandes problemas inflacionarios como el nuestro. A fin de evitar ello es posible pactar la renta en moneda extranjera o con relación al valor de otro bien al momento del vencimiento del periodo de renta a abonar. En este último caso, por ejemplo, se puede establecer que cada cuota a abonar será el equivalente a la cantidad de pesos que fueran necesarios para adquirir cierta cantidad de quintales de trigo en el mercado de Rosario al día del vencimiento de la obligación. De todos modos, si aun así, por una depreciación extraordinaria de la moneda, la cuota resultara totalmente insuficiente o desproporcionada, es posible invocar la teoría de la imprevisión, no obstante, el carácter aleatorio del contrato. Esto es así en tanto dicha circunstancia se produjo por circunstancias extraordinarias, ajenas a las partes y al alea propio del contrato -la duración de la vida del cabeza de renta-. Por otro lado, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones de su contraparte, se puede incluir, por ejemplo, un pacto

comisorio expreso, una condición que torne al dominio revocable, una hipoteca de máximo o un fideicomiso de garantía.

#### **IV. Donaciones con cargos especiales.**

Sin adentrarnos en la naturaleza jurídica y los pormenores del contrato de donación, señalamos que no deja de ser una opción a los institutos anteriormente nombrados la donación con el establecimientos de cargos especiales con el objeto de que el adulto mayor que transmite el dominio del bien pueda garantizarse un ingreso mensual en dinero u otros beneficios como puede ser el pago de una vivienda o de un hogar con comodidades determinadas, cobertura de salud o en sí también por ejemplo de una cuota determinada en concepto de alimentosa su favor o de un tercero.

Esta modalidad de las donaciones posee notas, similitudes y puntos de conexión con las diferentes opciones que venimos detallando en esta ponencia, pero podemos entender que se asemeja a aquellas figuras que establecen eminentemente un dominio revocable sobre los bienes como en el caso del fideicomiso en garantía.

En estos casos la cuestión de incidencia resulta ser el cargo establecido, entendiendo este como una obligación accesoria que puede ser determinado o impuesto en beneficio del adulto mayor donante (o incluso un tercero) y más en concreto en los casos de financiamiento del donante consistirán en efecto en una contraprestación (recordemos que también los cargos pueden determinarse en el empleo o destino específico de la cosa donada). Conforme es principio jurídico, estos cargos deben poseer un objeto que sea lícito y posible y en cuanto a su forma, por el principio de accesoriedad recordamos que debe sujetarse a las mismas exigencias formales que la donación que reviste el carácter de acto principal (STERN, 2018).

Así como pueden ser establecidas simplemente por un acto jurídico como es la donación con cargo, también pueden instrumentarse mediante la figura de la partición por ascendientes cuando es realizada mediante la modalidad de donación<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Esta tiene por objeto actos inter vivos y con efectos patrimoniales directos no pudiendo contener disposición de bienes futuros, siendo ello expresamente vedado como señalamos por el actual artículo 1010, rigiendo en lo restante que se atiene a derechos transmitidos un criterio amplio, en tanto el ascendiente puede transmitir la plena propiedad de los bienes, reservarse el usufructo de los mismos o pactar una renta vitalicia, recordando que no sería razonable la mera transferencia de la totalidad del patrimonio sin reserva de parte del mismo por la calidad alimentaria de este. Se concede por el Art. 2417 la acción de reducción al descendiente omitido, el nacido luego

(recordando que la opción de realizarla por testamento no tendrá efectos hasta el fallecimiento del ascendiente, por lo que no reviste de interés en esta ponencia).

Con relación al plazo, puede estar establecido o no de acuerdo a la naturaleza del mismo. En general si hablamos de planificación patrimonial con miras a la ancianidad por parte del donante (adulto mayor) entendemos que será determinado por la vida del mismo o incluso la de un tercero para el caso de que hablemos de un matrimonio y/o pareja en la cual se pretenda extender el beneficio del cargo a la persona no titular que revestirá el carácter de tercero interesado en la relación sustancial jurídica entre partes.

Entendemos que, si bien reviste de utilidad la presente figura en numerosas ocasiones, encontramos dos problemas claros al momento de su implementación: el primero en relación al plazo y el segundo orientado a la ejecución judicial ante el incumplimiento y/o generación de una causal de indignidad.

Quién adquiere la titularidad del inmueble por intermedio de una donación con cargo, posee un dominio imperfecto o revocable habida cuenta de estar sometido el mismo a una condición o plazo resolutorio que ante su cumplimiento acarrea como efecto que el bien vuelva en cabeza del donante, lo que deriva en que se vea afectada la perpetuidad de ese derecho patrimonial.

La primera cuestión surge en relación entonces al plazo en que puede ser exigido ese cargo. Aquí tenemos una primera situación: el plazo genérico de prescripción. Ante el caso de la inacción del acreedor del cargo rige el principio general de que cumplido el plazo de cinco años desde la constitución en mora al deudor el cargo prescribe por imperio del artículo 2560 del CCyCN. Entendemos que si el donante permitió que transcurriese el lapso temporal señalado es que no ha tenido necesidad de que el obligado por el cargo cumpla con su prestación o ha perdonado el incumplimiento de la misma<sup>7</sup>.

---

de la partición o el que ha recibido un lote menor a lo que corresponde a su legítima. La acción puede ser ejercida siempre y cuando no existan al momento de la apertura de la sucesión del causante otros bienes que puedan cubrir su cuota, lo que se denota como razonable ya que actuar de otra forma implicaría un claro abuso del derecho.

<sup>7</sup> Debe haberse constituido en mora al deudor en los términos de los Arts. 886 y 887 del CCyCN, entendiéndose que la misma no puede ser automática, sino que debe ser notificada de manera fehaciente al deudor del cumplimiento de la obligación.

Pero la principal problemática no deriva del plazo genérico, sino en este caso del plazo específico introducido por el artículo 1965 del CCyCN que señala: “...*Las condiciones resolutorias impuestas al dominio se deben entender limitadas al término de diez años, aunque no pueda realizarse el hecho previsto dentro de aquel plazo o éste sea mayor o incierto. Si los diez años transcurren sin haberse producido la resolución, el dominio debe quedar definitivamente establecido. El plazo se computa desde la fecha del título constitutivo del dominio imperfecto...*”. Como puede observarse, el régimen general es aplicable en caso de la existencia de plazo más breve, pero lo novedoso en la reforma al Código de Vélez es la existencia de un plazo tope que no admite el establecimiento de un plazo mayor de duración del dominio revocable. De aquí que nos genera un grave problema en la implementación de la figura ya que el plazo máximo de vigencia limita las posibilidades de utilizar la figura a solo casos de adultos mayores de edad sumamente avanzada, ya que no sería lógico asesorar a un requirente de por ejemplo 65 años de edad a utilizar este instrumento jurídico a su favor para financiarse con una cuota de alimentos o un beneficio determinado de naturaleza económica que perdería la principal garantía real en el transcurso de los diez años.

Aquí realizamos una aclaración: el donante no pierde el derecho establecido en el cargo, ya que mantiene la acción personal (si venía cumpliéndose el mismo y no cayó en el régimen prescriptorio del artículo 2560 ut supra referenciado). Lo que pierde el acreedor es la garantía de que el dominio retorne a su titularidad por haberse ya consolidado el mismo en cabeza del titular del dominio revocable - donatario por el transcurso del tiempo máximo del artículo 1965, ya que se produce en ese momento la caducidad de la acción de reversión. Esta cuestión por sí misma genera una complicación para la implementación de la figura, salvo que se piense a futuro la posibilidad de generar poderes especiales irrevocables a favor del donante que permitan el restablecimiento de cargos al momento del cumplimiento del plazo máximo legal de diez años.

El segundo tema de incidencia es el relativo a la ejecución judicial. Podemos tener dos vertientes en este caso, una primera en el caso de incumplimiento del cargo respectivo y una segunda en el caso del avenimiento de una causal de ingratitud por parte del donatario.

Como es sabido en nuestro país los procesos judiciales suelen ser tediosos por el tiempo que insumen para su finalización, lo que atenta aún más en los casos en que el reclamante se trata de un adulto mayor en dónde el factor tiempo suele ser esencial por la necesidad de la premura de la finalización del pleito que será generado en la mayoría de los casos porque no se cumple con la obligación establecida que tenía como objeto principal la planificación de vida y jubilación del donante – beneficiario del cargo.

En el caso del incumplimiento del cargo es de aplicación el artículo 1570 del CCyCN que permite la acción judicial por el incumplimiento. La norma es sumamente casuística indicando que:

-Puede ser interpuesta la acción por el donatario y/o sus herederos. Los terceros beneficiarios solo pueden exigir el cumplimiento del cargo.

-La revocación no perjudica a los terceros en cuyo beneficio se establece el cargo.

-Los terceros adquirentes de los bienes solo deben restituirlos si son de mala fe<sup>8</sup>, pero pueden impedir ello si ofrecen ejecutar las obligaciones del cargo (excepto que hayan sido intuitu personae).

-El donatario que enajenó los bienes o imposibilita su devolución debe resarcir económicamente al donante con el valor de las cosas al momento de entablar la acción judicial más sus respectivos intereses.

El sistema establecido se orienta en la protección al donatario, pero tratando de que prevalezca la posibilidad del mantenimiento del acto y las sucesivas transferencias permitiendo a los adquirentes (sean o no de buena fe) cumplir con el cargo respectivo. Incluso existe cierta doctrina y jurisprudencia que flexibilizan la posibilidad del derecho

---

<sup>8</sup> Con respecto a la mala fe en los casos de que el cargo no se encuentra publicitado en los registros de la propiedad respectivo en el XVIII Congreso Nacional de Derecho Registral (Rosario, 2015), se resolvió por mayoría: "... El carácter revocable del dominio resulta oponible a toda clase de terceros, sin distinción, si surge del instrumento registrado. No es necesario, para lograr esa oponibilidad, que dicho carácter revocable surja de las constancias registrales. Todos los terceros deben informarse del alcance de la situación registrada a través de la consulta del instrumento registrado o de su matriz, según el caso. Si no procedieran de esa manera, carecerían de la buena fe exigida por el ordenamiento jurídico (arts. 9 y 961 CCyCN); y de manera específica, los arts. 1893 y 1166 CCyCN y 12 y 33 de la Ley Nacional Registral Inmobiliaria corroboran esta interpretación. Esta conclusión es concordante con lo resuelto al respecto en el XV Congreso Nacional de Derecho Registral, celebrado en la Ciudad de Santa Fe, provincia homónima, en el año 2009...". (STERN, 2018, Pág. 6).

de revocación en situaciones de cumplimiento imparcial<sup>9</sup>, lo que entendemos inaceptable en estos casos. El problema reiteramos surge ante la situación de insolvencia del donatario y/o los terceros adquirentes de los bienes, y en esos casos pese a que se mantenga el carácter reipersecutorio de la acción producto del dominio revocable, el tiempo será un factor determinante y el incumplimiento ya de por sí generará un daño irreparable al adulto mayor y su proyecto de vida.

En lo que respecta a la existencia de una causal de ingratitud posterior a la donación (no obstante la existencia del cargo) estas están establecidas de manera taxativa en el artículo 1571 del Código<sup>10</sup>. Si pensamos en la implementación de las donaciones con cargo de la manera que lo hacemos en este trabajo puede darse un doble juego de incumplimientos, ya que la causal en el punto c) es para el caso de privación injusta del donatario de bienes que integran el patrimonio del donante y la d) rehusar alimentos a este.

La diferencia principal en el marco de la acción judicial en relación al incumplimiento del cargo está dada en que:

-La acción solo puede ser entablada por el donante contra el donatario. Si promovió el donante la demanda pueden continuarla sus herederos y así también puede ser continuada contra los herederos del donatario si la acción estaba iniciada en vida de este.

-Existe un plazo de caducidad de un año para accionar cuando se toma conocimiento del hecho tipificador de la ingratitud.

-Puede existir perdón del donante al donatario.

-En estos casos la acción tiene solamente carácter personal (no carácter reipersecutorio ante eventuales transmisiones de dominio por parte del donatario).

---

<sup>9</sup> CSJN, 16/3/1920 (Jurisprudencia Argentina, t. 4, p. 90); citado en Borda, Guillermo A., Tratado de derecho civil. Contratos (actualizador: Alejandro Borda), t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2008, § 1597.

<sup>10</sup> Señala la norma: "...Ingratitud. Las donaciones pueden ser revocadas por ingratitud del donatario en los siguientes casos: a) si el donatario atenta contra la vida o la persona del donante, su cónyuge o conviviente, sus ascendientes o descendientes; b) si injuria gravemente a las mismas personas o las afecta en su honor; c) si las priva injustamente de bienes que integran su patrimonio; d) si rehúsa alimentos al donante. En todos los supuestos enunciados, basta la prueba de que al donatario le es imputable el hecho lesivo, sin necesidad de condena penal...".

La problemática en los casos en que la cuestión deriva en los tribunales en su resolución continúa siendo la misma: el donatario tiene en su poder el bien (aunque sea un dominio revocable) y ante el incumplimiento o la ingratitud el donante debe demandar al mismo para hacer valer sus derechos normalmente en un proceso que será de carácter ordinario o sumario, con la pérdida de tiempo consecuente.

Pensamos como posibilidad para poder dotar de mayores elementos y atractivos a la figura que permitan su rápida ejecución –y consecuente utilización-, el establecimiento de poderes especiales irrevocables a favor del donante para en el caso de considerar el incumplimiento del cargo o una causal de ingratitud debidamente notificado sea el donatario pueda recuperar la posesión o tenencia del bien y/o establecer una serie de renunciaciones y manifestaciones entre las partes y cómo deberán comportarse ante el caso de que deba judicializarse la cuestión, estableciendo por ejemplo un acuerdo de que ante el pedido de medida cautelar anticipada por el donante por incumplimiento o denuncia de causal de indignidad el juzgado que intervenga podrá dictar como medida preventiva la restitución del bien al mismo hasta la finalización del proceso acreditando la verosimilitud del derecho y entendiéndose que el peligro en la demora se encuentra configurado por ser el donante un adulto mayor y haber utilizado esta figura de manera exclusiva para asegurarse un beneficio económico para su jubilación.

El principal problema de los procesos está dado porque muy probablemente el tiempo configure un factor extorsivo contra los derechos del adulto mayor. Por ello debemos ver estas cuestiones, si los tribunales tienen criterios sumamente restrictivos para el dictado de medidas que prevengan el daño, somos los más calificados para repensar desde la órbita contractual de este instituto una protección mayor en el principio del “pacta sunt servada”.

## **V. Donación sin transmisión de dominio.**

Lo tratado en el punto anterior en relación a los cargos establecidos en las donaciones es de aplicación directa también al caso de que la figura a tratar sea la celebración al contrato de donación por escritura pública sin transmisión de dominio, considerada hoy un elemento de interesante aplicación en sustitución de la oferta de donación la

que no puede ser aceptada post mortem por la posterior reforma del CCyCN del artículo 1545.

Tiene dicho la doctrina más relevante de nuestro país en relación que: "... La legislación argentina reconoce y permite el inmediato y válido otorgamiento del contrato de donación de bienes registrables por una primera escritura pública, con entrega de posesión o sin ella, y simultáneo otorgamiento de representación irrevocable, con validez post mortem, para transmitir el dominio. (arts. 1542, 1552, 1017 inc. a. y 380 inc. b. del Código Civil y Comercial de la Nación), y exige, a su vez, una posterior escritura de transmisión de dominio (art. 1892 del Cód. Civ. y Com. y art. 2º ley 17.801)..." (ETCHEGARAY, 2022).

En este caso, la figura del contrato de donación sin transferencia de dominio se utiliza en las situaciones en que no se cuenta con el tiempo o elementos necesarios para efectuar la transmisión del dominio. Puede suceder que se deba realizar algún acto pre escriturario para poder formalizar la donación, como por ejemplo mensuras, reglamentos de copropiedad y administración, realización de planos, sucesiones, y todo un sinfín de causales que pueden llevar a que el acto no se realice de manera instantánea. Bajo el régimen del Código Civil de Vélez Sarsfield la utilización de la oferta de donación salvaba esta situación, pero lamentablemente hoy por imperio del CCyCN esto resulta imposible si no se encara por esta vía en estudio.

El contrato de donación posee carácter consensual y la obligación de otorgarlo bajo pena de nulidad por escritura pública (artículo 1017 CCyCN). La cuestión de forma es clara, se necesita la escritura pública y el acuerdo entre partes de dar una cosa y la respectiva aceptación, con esos elementos básicos nos encontramos ante un contrato de donación. La posesión (entrega material de la cosa) puede ocurrir en dos momentos: al formarse el consentimiento entre partes con la celebración del contrato o de manera posterior, la que podrá ser efectivizada por el propio donante o con la utilización de un poder especial irrevocable a sus efectos. El dominio por su parte quedará transmitido por el cumplimiento de título y modo suficiente al momento de formalizar la segunda escritura respectiva de transmisión de dominio una vez que se hayan cumplimentado las cuestiones preliminares que debían cumplirse, la que podrá darse también bajo las dos modalidades señaladas para la entrega de la posesión.

La utilización de esta figura puede ser de interés para la planificación patrimonial de los adultos mayores ya que les permite de manera casi inmediata realizar la donación sin necesidad de contar con todos los elementos necesarios para ello o realizar una inversión económica de importancia. En el contrato pueden establecerse todos los cargos que sean considerados con miras a financiarse al momento de su jubilación. Teniendo carácter personal el cargo comenzará a ser exigible de manera automática desde la configuración del consentimiento originario sin necesidad de que se realice la transferencia de dominio, pudiendo entrar el donatario en posesión del bien al momento de la celebración del contrato primigeniamente o a posteriori con la aceptación y transmisión de dominio (ya sea en vida del donante o post mortem).

El cargo impuesto tendrá carácter personal, como así también la obligación de transmitir el dominio hasta tanto no se efectivice. En este punto creemos que quizás en materia contractual pueden analizarse cuestiones interesantes con respecto a los cargos:

-En primer término, si el cargo es a favor del donante y/o un tercero, si fallecen la totalidad de los beneficiarios del mismo previo al otorgamiento de la escritura de aceptación, el dominio ya se tornará en perfecto en cabeza del donatario con utilización del poder post mortem.

-El establecimiento de un cargo en nada empece la utilización del poder especial irrevocable para el caso de que el donante o tercero beneficiario no hayan fallecido, ya que se realizará la escritura respectiva transmitiéndose el dominio que tendrá carácter revocable.

-El plazo de prescripción del cargo para su cumplimiento de manera personal comenzará a correr desde la celebración originaria del contrato de donación, es decir a los cinco años (artículo 2560). En cambio, el plazo del artículo 1965 de diez años de caducidad de la acción de reversión comenzará a correr una vez efectivizada la escritura de transmisión del dominio en cumplimiento del contrato.

Lo interesante para pensar en esta modalidad de establecimiento de cargo en el ámbito personal (hasta tanto se transmita el dominio) es la posibilidad de establecer contractualmente que ante el incumplimiento de los cargos respectivos o ante la existencia de una causal de indignidad el donante se pueda disparar de manera

automática una cláusula que permita la revocabilidad del poder otorgado en los términos del artículo 380 inciso 2 del CCyCN a efectos de que el donatario no pueda hacerse de la posesión del bien o transmitirse el dominio.

En estos casos al no haberse transmitido el dominio eventualmente el que deberá realizar las acciones judiciales de cumplimiento (en caso que considere que se han vulnerado sus derechos) será el donatario, permitiendo ya que el tiempo no corra en detrimento del adulto mayor – donante sino de quién debía cumplir con la prestación del cargo. Volvemos a recalcar que tenemos que analizar estas cuestiones contractuales y la posibilidad de que ante judicialización la acción preventiva esté a favor de la parte más débil del contrato.

## **VI. Venta desmembrada de la nuda propiedad.**

El último de los institutos que nos queda por analizar es, a su vez, uno de los más sencillos: la venta de la nuda propiedad con reserva de usufructo.

En este caso, la persona mayor se desprende de la nuda propiedad del inmueble a cambio de un precio en dinero, conservando el usufructo vitalicio sobre el mismo. De este modo, tiene la posibilidad de obtener una suma de dinero líquida en la inmediatez, lo que le permitiría disfrutar de una parte del producido durante su vida en vida y, a la vez, conservar el uso y goce del inmueble, el *ius utendi* y el *ius fruendi* sobre la cosa<sup>11</sup>. En tal sentido, podrá habitar en él, o bien, podrá darlo en locación percibiendo los frutos. Este último caso será de utilidad si el adulto mayor ya posee otro bien donde habita, o bien, si se trata de un inmueble con destino comercial o de un campo.

En la actualidad, se ve más frecuentemente que los adultos mayores, sin llegar a la vejez avanzada, decidan migrar al interior del país y/o al exterior, para viajar y disfrutar sus últimos años antes de ser aún mayores; en estos casos puede serles de utilidad conservar el usufructo vitalicio para dar en locación los bienes que posean y así poder costear sus gastos durante la migración. En estos casos, el adulto mayor aún no tiene la necesidad de habitar en el inmueble, pero sí de percibir sus frutos. Una vez avanzada la edad, probablemente sí utilice el mismo con fin habitacional propio.

---

<sup>11</sup> *Ut infra* comentaremos lo relativo a la disposición jurídica del usufructo, la que se encuentra prevista expresamente en la normativa vigente.

A su vez, el adulto mayor conserva la disposición jurídica del usufructo, pudiendo transmitirlo. En el Código Civil velezano el su artículo 2870 contemplaba solo la cesión del ejercicio del derecho de usufructo, a título oneroso o gratuito, permaneciendo el usufructuario directamente responsable al propietario<sup>12</sup>; hoy el Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 2142 admite expresamente la transmisión del usufructo. En tal caso, será su vida y no la del adquirente la que determine el límite máximo de duración del usufructo.

Por otro lado, el precio que el comprador abona por la nuda propiedad es menor al que pagaría por la compra del dominio pleno, lo que podría ser atractivo para quien decida invertir en un inmueble ya que lo adquiere a un precio bastante menor, debiendo respetar el usufructo vitalicio del adulto mayor, lo que no resultaría un obstáculo si es que el adquirente no pretende utilizar el inmueble de forma inmediata, sino que tiene por fin realizar una inversión a largo plazo. De esta manera, una vez acontecido el fallecimiento del usufructuario, obtendría el dominio pleno de un inmueble por un valor menor al de plaza.

No podemos dejar de mencionar el alea que existe en este mecanismo de financiamiento, ya que no se conoce cuánto tiempo vivirá el adulto mayor. Por ende, el comprador está sujeto a la posibilidad de que el adulto mayor viva muchos años más y tenga que esperar a que ocurra el fallecimiento de éste para poder disfrutar del inmueble, o bien, podrá acontecer el fallecimiento a los pocos años de la venta, obteniendo un rédito mucho mayor. A su vez, el usufructuario tampoco sabe cuántos años más va a vivir, por ende, quizás se desprenda del inmueble a un precio mucho menor si vive pocos años, o bien, le sacará un rédito mayor si es que vive muchos años más. En este sentido, el valor que se le asignará al usufructo estará ligado a la edad, avanzada o no, del usufructuario, pero siempre habrá un cierto alea en la figura.

En cuanto al precio, podrá pactarse que sea un pago único, o bien, podría haber un saldo de precio a abonar en cuotas periódicas por el comprador. En tal caso, se garantizará el cumplimiento del pago del saldo de precio por la garantía que las partes convengan. El pago periódico puede ser una ventaja para el adulto mayor, quien podrá

---

<sup>12</sup> En el código velezano se discutía la “cesión del usufructo” o bien, la “cesión del ejercicio del usufructo”. Borda se encontraba en el último caso, mientras que Lafaille afirmaba que siendo la regla la negociabilidad de todo

Derecho y no estando prohibida la cesión del usufructo, debía colegirse que el titular del derecho podía transmitir a terceros el usufructo mismo. Hoy la cuestión queda zanjada ya que se prevé expresamente la transmisibilidad.

percibir una suma periódica que le permita costear sus gastos sin la necesidad de contar con la totalidad del dinero en un solo pago, lo que podría ocasionar riesgos en cuanto a la seguridad y/o mala administración. Ante el fallecimiento del usufructuario con anterioridad a percibir la totalidad del saldo de precio adeudado, los herederos tendrán derecho a percibir dicho capital, el que formará parte de los créditos a cobrar en el patrimonio relicto del causante.

Una de las ventajas que nos proporciona esta figura, en particular, a diferencia de otros mecanismos de financiación más complejos, es que la sociedad en su conjunto suele comprender a qué nos referimos cuando hablamos de compraventa y también suele comprender a qué nos referimos cuando hablamos de conservar el usufructo de un inmueble. Ahora bien, tengamos en cuenta, que estas figuras se plantean para ser utilizadas por adultos mayores, por ende, es fundamental que comprendan los efectos del acto a otorgar. Si bien, el asesoramiento y el contacto directo cobra especial relevancia en los casos en los que intervienen adultos mayores, se torna más sencillo que comprendan la figura fácilmente si ya tenían conocimiento de ella con anterioridad. Por consiguiente, también es más sencillo probar la comprensión del otorgante si es que ello se discutiera *a posteriori*, de forma judicial, por los herederos, como suele acontecer con este tipo de actos.

En cuanto al objeto, si bien en el ejemplo que tomamos se trata de un inmueble, conforme al artículo 2130 del CCyCN, podrá versar sobre la totalidad, una parte material o una parte indivisa de una cosa no fungible; un derecho, en los casos en que la ley lo prevé; o bien, una cosa fungible, cuando recae sobre un conjunto de animales. Cabe destacar que el usufructo sobre una parte material podrá ser de utilidad cuando el adulto mayor posee un inmueble de gran tamaño, el cual no utiliza en su totalidad, con lo cual, podría transmitirse el dominio pleno respecto de una parte del inmueble y, respecto de la parte restante, materialmente determinada, reservarse el usufructo. Para ello deberá establecerse claramente la determinación de la parte material respecto de la cual se reservará el usufructo. Asimismo, al venderse una parte en dominio pleno podrá obtenerse un precio mayor.

Otra posibilidad es que haya pluralidad de usufructuarios, esto se puede dar cuando hay dos adultos mayores, que pueden ser cónyuges o convivientes, ambos titulares del bien. En tal caso, el usufructo se constituirá a favor de ambos, pudiéndose pactar

el derecho de acrecer entre sí. De lo contrario, de encontrarse el bien en cabeza de uno solo de los adultos mayores, podrá optarse por la venta de la mitad indivisa con reserva del usufructo respecto del titular y, a su vez, con la venta del dominio pleno de la otra mitad indivisa con el cargo de constituir usufructo a favor del cónyuge o conviviente, siempre con derecho de acrecer entre sí.

Es dable mencionar que existe la posibilidad de ejecución del usufructo por acreedores del usufructuario. En tal caso, si ello aconteciera, quien adquiera el usufructo debe dar garantía suficiente al nudo propietario de la conservación y restitución de los bienes. Asimismo, el plazo seguirá siendo la vida del usufructuario primogénito.

Finalmente, otra ventaja de esta figura es que la consolidación del dominio pleno en cabeza del nudo propietario tiene lugar de forma automática al momento del fallecimiento del usufructuario, por lo que no será necesaria la ejecución del bien, judicial o extrajudicial, para hacerse de éste. Restará únicamente rogar la cancelación del asiento registral respectivo al Registro de la Propiedad que corresponda, la que podrá efectuarse por medio de una rogatoria autónoma, o bien, juntamente con la realización de otro acto. En este sentido, el precio que se obtendrá por la venta será mayor que en otros de los mecanismos planteados, ya que contemplará la falta de necesidad de tramitar la ejecución por parte del comprador para poder hacerse del bien.

## **CONCLUSIONES FINALES**

Según datos proporcionados por la Organización Mundial de la Salud, *“entre 2015 y 2050, el porcentaje de los habitantes del planeta mayores de 60 años casi se duplicará, pasando del 12% al 22%. (...) En 2030, una de cada seis personas en el mundo tendrá 60 años o más. En ese momento, el grupo de población de 60 años o más habrá subido de 1000 millones en 2020 a 1400 millones. En 2050, la población mundial de personas de 60 años o más se habrá duplicado (2100 millones). Se prevé que el número de personas de 80 años o más se triplique entre 2020 y 2050, hasta alcanzar los 426 millones. Este cambio en la distribución de la población de los países hacia edades más avanzadas —lo que se conoce como envejecimiento de la población— empezó en los países de ingresos altos (en el Japón, por ejemplo, el 30%*

*de la población ya tiene más de 60 años), pero los cambios más importantes se están viendo actualmente en los países de ingresos bajos y medianos". (OMS, 2022)*

La esperanza de vida ha crecido enormemente en los últimos años y, como vemos, lo seguirá haciendo. Los sistemas jubilatorios no son suficientes a nivel mundial.

Teniendo en cuenta ello, existe la necesidad de replantearse esta situación y adoptar medidas que garanticen a los adultos mayores una vida digna. Particularmente, como operadores del derecho debemos ofrecer marcos jurídicos que recepten esta realidad y permitan a la sociedad contar con un abanico más amplio de posibilidades a la hora de planificar los últimos años de vida.

Es por ello que, a través del presente trabajo, nos propusimos analizar diferentes figuras jurídicas para la financiación de los adultos mayores. Para ello, planteamos diferentes propuestas que consideramos viables. El asesoramiento y el contacto directo del notario con el adulto mayor, nos permitirá adoptar la figura que más se adapte a cada caso concreto.

*Debemos desligar a la edad avanzada de connotaciones patológicas y partir, como norma general, de la autonomía y capacidad de obrar de toda persona (ROMEO CASABONA, 2021).*

Parafraseando las conclusiones de la JNB de San Pedro, sostenemos que es necesario *"...Reafirmar que la capacidad jurídica se presume y que no existe ningún límite etario a la misma. Desde la aprobación de la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos de las personas mayores ratificada por ley 27.360 se encuentra reconocido y asegurado el pleno ejercicio de los derechos humanos y las libertades esenciales de los adultos mayores fortaleciendo su autonomía e independencia..."*.

## **BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA**

AICEAGA, M. V., “El fideicomiso de garantía en el Código Civil y Comercial de la Nación. Modificaciones y algunos aspectos conflictivos de la figura”. La Ley. 2017.

ALTERINI, J. H., “Código Civil y Comercial comentado”. Tratado exegético. Tomo X. 2º edición. La Ley. 2016.

ARNIBAL, P. Acercamiento conceptual a la situación del adulto mayor en América Latina. Proyecto Regional de Población CELADE-FNUAP. Naciones Unidas. 2001.

BORDA, G. A. “Tratado de Derecho Civil – Sucesiones- “, Tomo II, Lexis Nexis- Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003.

BRAGA FUSTA, M.M., “Hipoteca inversa”. Revista Notarial 979. 2015.

CASABONA, C. M. R. “Tratado de Derecho y Envejecimiento. La adaptación del Derecho a la nueva longevidad”. 1º edición. Fundación Mutualidad Abogacía. 2021.

D’ALESSIO, C.M., “Teoría y Técnica de los contratos, instrumentos públicos y privados”, 2da Ed. La Ley, 2015.

ETCHEGARAY, N.P., “La legislación argentina permite el inmediato y válido contrato de donación de bienes registrables”. Diario La Ley Tomo 2022-D.

GONZÁLEZ, G., GUTIERREZ, E. y ARNAUDO, M. G., Salud y vulnerabilidad en el adulto mayor. Aproximaciones conceptuales. CONICET. IIESS. 2018.

LISOPRAWKI, S. V., “Intervención notarial en el fideicomiso de garantía en casos de financiación y crisis empresaria”, XXXVII Seminario Laureano A. Moreira, 1999.

LORENZETTI, R., “Código Civil y Comercial Comentado”, Tomo VII. Rubinzal Culzoni Editores. 2016.

MARIANI DE VIDAL, M. y ABELLA, A., “Derechos reales en el Código Civil y Comercial”. Tomo 2. 1º edición. Zavalía. 2016.

MAZZINGHI, J., “La partición de la herencia realizada por los ascendientes”, sin editor, año 2017, publicación consultada el 12 de julio del 2022 en la web: <https://estudiomazzinghi.com.ar/publicaciones/la-particion-de-la-herencia-realizada-por-los-ascendientes/>.

MOURELLE DE TAMBORENEA, M. C., "Partición por los ascendientes: partición por donación y partición por testamento: dos institutos de poco uso"; v. 6, p. 625-636 en CALVO COSTA, C. A., dir. Doctrina y estrategia del Código Civil y Comercial; 6 v. -- Buenos Aires: La Ley; 2016.

ROMEIO CASABONA, C. M., "Tratado de Derecho y envejecimiento. La adaptación del derecho a la nueva longevidad". Fundación Mutualidad Abogacía. Escuela de Pensamiento. 2021.

SCHULER, N. A. S., "Contrato oneroso de renta vitalicia. Práctica Notarial". Revista del Notariado 897. 2009.

STERN, A.J., "Donación con cargo. Eficacia temporal. Prescripción. Revocación". Revista del Notariado 931. 2018.

#### **Sitios web consultados:**

-Envejecimiento y salud. Organización Mundial de la Salud. Consulta: abril 2024.

<https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/ageing-and-health>

-Tratado de Derecho y envejecimiento. Consulta: abril 2024.

<https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/justicia/Documents/2021/201021-Tratado-de-Derecho-y-envejecimiento.pdf>