

Constitución de usufructo a favor del cónyuge no titular

FALLO

"Crego, Rubén Efraín (h) s/recurso de apelación art. 85 ley N° 12.008 (Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires)".

///la ciudad de La Plata, a los 26 días del mes de mayo de dos mil cinco, reunidos en Acuerdo los señores Jueces de la Excm. Cámara Primera de Apelación, Sala Segunda, Dres. Juan Carlos Rezzónico y Néstor W. Vásquez, para dictar sentencia en la causa caratulada: "**Crego, Rubén Efraín (h) s/recurso de apelación art. 85 ley N° 12.008 (Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires)**", y habiéndose procedido con anterioridad a efectuar el pertinente sorteo de ley el que arrojó el siguiente orden de votación: Dres. **Rezzónico-Vásquez**, resolviendo el Tribunal plantear las siguientes:

Cuestiones

Primera: ¿Son justas las resoluciones apeladas N° 12 y 13 del 2004 dictadas por el Sr. Director Provincial del Registro de la Propiedad Inmueble?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Votación

A la primera cuestión, el Sr. juez Dr. Juan Carlos Rezzónico, dijo:

I. Mediante el recurso de apelación interpuesto a fs. 125 de los presentes, el Sr. escribano Rubén Crego requiere la nulidad de las citadas resoluciones N° 12 y 13 del 2004, en cuanto desestiman la inscripción definitiva de las escrituras N° 722 y 711 del 26 y 16 de diciembre de 2003.

Luego de efectuar una precisa reseña de los antecedentes del caso, el recurrente sostiene en primer lugar que el Registro de la Propiedad ha inscripto sin observación alguna iguales actos notariales a los que motivan esta instancia revisora (ver fs. 72/84).

Agrega también que en autos se encuentra incumplida la obligación de fundar las disposiciones registrales vigentes, habiéndose incurrido en un manifiesto exceso de la función calificadora del Registro de la Propiedad limitada a las formas extrínsecas del documento notarial.

Seguidamente, el notario apelante realiza un minucioso análisis de la resolución registral impugnada, señalando que si bien una interpretación literal de la ley evidenciaría la prohibición para efectuar contratos entre cónyuges en nuestra legis-

lación sustancial -en la que se enmarcaría la reserva de usufructo de marras- tal postura produciría sin más la inmediata violación del estatuto forzoso del matrimonio, con verdadera lesión patrimonial al cónyuge no titular dominial.

Es que no existe un desplazamiento de bienes prohibido legalmente, toda vez que no se registra negociación alguna entre esposos.

Por ello, con cita de diversa doctrina colige que cuando la donación es conjunta con la reserva usufructuaria debe establecerse reversiblemente a favor del cónyuge supérstite a quien procura proteger.

En virtud de todo lo expuesto, solicita entonces el acogimiento del recurso con la cautelar simultáneamente requerida y la inscripción definitiva desestimada.

II. Se anticipa desde ya que dicha queja no merece andamio.

a) Admisibilidad formal

Teniendo en cuenta que **pese a las reiteradas remisiones dispuestas al Registro de la Propiedad Inmueble** no ha sido concedido el recurso de apelación interpuesto por el notario recurrente (ver fs. 164, 174, 175, 176, 177, 178), este Tribunal de Alzada -en cuanto juez de la apelación (SCBA AC. 43.080 esta Sala 218.095 reg. int. 612-94, 223.507 reg. sent. 25-96, 226.408 rsi 810-96 227.263 rsi 72-97)- debe analizar el cumplimiento de los recaudos que hacen a su admisibilidad formal, correspondiendo al efecto ponderar el informe obrante a fs. 178 del citado organismo provincial.

En tal sentido, debe tenerse entonces por interpuesta en tiempo y forma la apelación que abre esta instancia revisora (art. 44 decreto ley N° 11.643/63, t.o. ley N° 12.008).

NOTA A FALLO

Constitución de usufructo a favor del cónyuge no titular

El fallo resuelve el recurso interpuesto por el Not. Rubén A. Grego, contra la resolución del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires, por la cual rechaza la inscripción de un documento notarial que instrumenta la donación de la nuda propiedad de un inmueble, reservándose el donante el usufructo para sí y para su cónyuge no titular del dominio directo enajenado.

El comentario al fallo citado tratará los siguientes temas: 1) La facultad del enajenante para constituir usufructo a favor de su cónyuge; 2) La facultad del Registro para observar el acto.

Tema 1

Dentro de las facultades del titular del dominio se encuentra la de disponer jurídicamente de la cosa. Esa disposición puede ser total o parcial, ya que puede disponer de una porción indivisa, de la nuda propiedad o dominio directo, o de las facultades de uso y goce en mayor o menor extensión. A través del acto documentado y rechazado por el Registro, el titular del dominio pleno de un inmueble, transmite a título de donación la nuda propiedad del mismo a un sujeto y el cincuenta por ciento del usufructo a otro. El acto de enajenación analizado lo clasificamos de este modo, independientemente de

b) Alcance de las resoluciones impugnadas

Asimismo resulta menester señalar cuáles bienes quedan comprendidos en la resolución a dictar por los infrascriptos, a cuyo efecto debe valorarse el informe que el Registro de la Propiedad Inmueble efectuara a fs. 174 en cumplimiento de la medida para mejor proveer requerida por los infrascriptos a fs. 164 del que resulta la inscripción definitiva de la donación con reserva de usufructo relativa al inmueble sito en calle Cataluña N° 5144 de Mar del Plata (Mt. 219.516).

Siendo esto así, y dada la reserva realizada en la escritura rectificadora obrante en fotocopia a fs. 168/171, el presente decisorio habrá de referirse a los siguientes inmuebles: a) Escritura N° 711: **bien inscripto en la Matrícula 46.171**, sito en calle Moreno N° 8934 de Mar del Plata;

b) Escritura N° 722: **1. Bien inscripto en la Matrícula 224.729 (N° 4199/60)**, sito en calle Moreno N° 3387 de Mar del Plata; **2. Bien inscripto en Matrícula N° 4067**, sito en calle Palacios s/n de Mar Chiquita; y **3. Bien anotado en la Matrícula N° 148.318**, sito en calle Bolívar N° 3395/99 de Mar del Plata.

c) Análisis sustancial del recurso

Sentado lo precedente, como antes destacara el debido mérito de los antecedentes del caso traído a juzgamiento sella la suerte adversa de esta reclamación.

1. Accionar del Registro Provincial.

En primer lugar y con relación al planteo referido a la anterior conducta de **clara aceptación a actos escriturarios como los aquí cuestionados** por parte de la Dirección Registral Inmobiliaria, es

los términos utilizados en la redacción del documento notarial, dado que, en forma simultánea a la transmisión de la nuda propiedad e instrumentado en la misma escritura, el donante manifiesta que se "reserva" el usufructo para sí y para su cónyuge no titular del dominio directo transmitido sobre inmueble objeto del acto. Este acto se encuentra dentro de los de disposición jurídica parcial, hallándose el titular del dominio -cumpliendo con los requisitos esenciales del acto-, en principio, plenamente facultado para otorgarlo.

Con relación a la "reserva" de las facultades de uso y goce, haremos dos aclaraciones. La primera es que a partir del momento en que se cumple con los requisitos del título y modo necesarios para transmitir el derecho real, el donante conserva en su patrimonio el usufructo en la forma convenida en el acto de transmisión del dominio directo o nuda propiedad. No es necesario aclarar que el donante se reserva el usufructo, dado que el objeto de la transmisión es una parte de las facultades del dominio pleno, en este caso el dominio directo (*ius abutendi* o facultad de disposición), y por lo tanto el donante sigue conservando el dominio útil (*ius utendi y fruendi* o las facultades de uso y goce) sin necesidad de hacer declaración alguna en el sentido de que se reserva para sí las facultades no transmitidas. Como consecuencia, se produce un cambio en la relación jurídica real del donante con relación al inmueble, un cambio de categoría que va de *dominus* para descender a usufructuario.

La segunda, y reiterando que independientemente de los términos utilizados en la redacción del documento notarial, es que esta reserva a favor del cónyuge no titular implica, en realidad, la celebración de un nuevo contrato. Este nuevo contrato es el atí-

menester recordar por su atinencia al caso que no puede constituirse la doctrina de la cosa juzgada o la de la preclusión procesal, en obstáculo definitivo para hacer prevalecer un patente error de derecho o hecho, sobre lo realmente querido por quien dirige el procedimiento (esta Sala, arg. causa 210.744, reg. int. 134/92 227.590 rsd 88-97 230.435 rsi 97-98 232.322 rsi 409-98 233.141 rsi 68-99; esta Cám., Sala III, 190.803 reg. int. 345/84, art. 1071 del C.C.).

Por consiguiente, si se ha cometido un manifiesto equívoco corresponde su rectificación, sin que dicho accionar autorice por sí a continuar en dicho yerro, legiti-mándolo.

2. Fundamentación legal de la resolución impugnada

Por otra parte, resulta infructuoso el esfuerzo del recurrente en punto a la

deficiencia de fundamentación que expone, por cuando si bien ella ha existido al tiempo de realizarse la observación por el registrador, no ocurre lo propio con la resolución administrativa en recurso, toda vez que de la misma surge en forma manifiesta la fundamentación legal en que se apoya la desestimatoria.

3. Contralor de la legalidad de las formas extrínsecas por parte del Registro de la Propiedad Inmueble

En este orden de consideraciones, no se advierte que la observación registral importe un exceso en la función calificadora del Registro como pretende el recurrente a la luz de lo dispuesto por los arts. 6° y 7° del decreto ley 11.643/63 (ley N° 6736).

En efecto, es sabido que como medio de hacer efectivo el principio de legalidad,

pico de constitución de usufructo (art. 2812, inc. 1), que tiene por partes al enajenante y a su cónyuge, y por objeto transmitir el cincuenta por ciento del usufructo a favor del cónyuge no titular a título gratuito. De conformidad a las normas que regulan las formas en que se puede constituir el usufructo, el art. 2814 del C.C. expresa: "Es establecido por contrato gratuito, cuando el donante... cede a uno el derecho de propiedad, y a otro el de goce de la cosa".

Corresponde ahora analizar las normas que regulan la capacidad requerida entre los otorgantes del contrato innominado de constitución de usufructo. De conformidad a lo normado por el artículo 2831 del C.C. y a los artículos 1358 y 1807, inciso 1 remitidos por el primero, el citado contrato no puede celebrarse entre cónyuges cuando tengan por objeto cosas no fungibles, ya sea a título oneroso o gratuito. Esta imposibilidad para celebrar este tipo de contrato entre cónyuges, es un caso de incapacidad jurídica (art. 1043 del C.C.), y por lo tanto de irremediable ineficacia en razón de los elementos de orden público involucrados.

La constitución del usufructo a favor del cónyuge no titular no puede tener lugar a través de la forma utilizada, dado que el donante transmite, por un lado, la nuda propiedad o dominio directo, y por otro, el cincuenta por ciento del usufructo, a su cónyuge en virtud de los fundamentos esbozados.

Asimismo, no compartimos el planteo hecho por el notario autorizante del documento acerca de que el acto por el cual se transmite una porción de las facultades de uso y goce a su cónyuge, estaría alcanzado por la disposición que regula las liberalidades que no deben considerarse donaciones (art. 1791, inc. 8), en razón de la nota al citado artículo donde VÉLEZ expresa: "... donde no hay enajenación, no hay donación...", y

el registrador ejerce una función de calificación del documento cuya inscripción se solicita.

Y si bien existen posturas antagónicas en cuanto a la extensión o amplitud de tal calificación, nadie niega la existencia de esa potestad de análisis o verificación de la que resultará que la inscripción se practique, se niegue o se suspenda hasta tanto se cumplimente la observación realizada por el funcionario autorizado (SCOTTI, Edgardo. *Derecho Registral Inmobiliario, modalidades y efectos de las observaciones registrales*, pág. 27).

Así, la calificación se presenta como el examen que el registrador efectiviza respecto del documento para determinar si reúne los recaudos exigidos por la ley, acto éste típicamente jurídico que valora lo que resulta de aquél en su confrontación con los respectivos asientos (art. 8°

de la ley N° 17.801 VILLARO, Felipe. *Elementos de Derecho Registral Inmobiliario*, pág. 59).

Ahora bien, el juicio de valor que el registrador emite como resultado de dicho examen supone dos etapas de análisis: a) Estudiar el documento presentado y la solicitud que lo acompaña para verificar el cumplimiento de los recaudos exigidos en cuanto a la competencia del autor, formalización, autenticidad y completividad, todo esto en cuanto resulta del mismo instrumento; y b) Analizar comparativamente el mismo en su relación con las constancias registrales preexistentes (SCOTTI, E. Ob. cit., págs. 94 y ss).

En esa inteligencia, es forzoso colegir que el derecho deber que importa la calificación procura admitir o impedir el acceso de documentos según se ajusten o no a las normas vigentes; practicando,

precisamente la transmisión de una parte de las facultades de uso y goce a favor del cónyuge no titular implica un acto de enajenación¹.

Entendemos que la forma adecuada hubiese sido el otorgamiento de la donación del dominio pleno a favor de la parte donataria, y esta última en forma simultánea en el mismo documento notarial, debería desmembrar el dominio recibido a través de la constitución del derecho real de usufructo a favor del donante y su cónyuge, a título gratuito, por partes iguales y con derecho de acrecer.

Tema 2

En cuanto a la extensión de las facultades del Registro para calificar los documentos que ingresan a los fines de su inscripción, existen principalmente dos posturas que surgen de la interpretación del artículo 8° de la ley N° 17.801.

Una sostiene que el Registro sólo tiene competencia para calificar el aspecto formal o el continente del documento, sin poder analizar el contenido que representa; en cambio, la otra entiende que estas facultades incluyen también el análisis del contenido.

Las dos posturas antagónicas surgen de la interpretación que se hace del citado artículo y de su fuente, el art. 18 de la ley hipotecaria española. En el citado artículo de la legislación española se incluyen expresamente, dentro de las facultades del registrador, la posibilidad de analizar en el proceso de calificación, además de las formas extrínsecas, "... la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas..."², haciendo con esta forma de técnica legislativa, una clara distinción entre los aspectos formales y sustanciales del acto documentado,

denegando o suspendiendo/condicionando la registración del instrumento en cuestión (SCOTTI, E. Ob. cit., págs. 144) a cuyo efecto el impedimento debe entenderse en un sentido amplio como todo vicio u obstáculo, apreciable en el mismo documento o resultante de las constancias registrales, que obsta la inmediata registración (Cámara Segunda Departamental Sala Primera 92166 RSI-216-1 I 18-10-2001 96737 RSD-177-4 S 26-8-2004).

En dicha hipótesis de trabajo, entiendo que el análisis efectuado por el organismo provincial al observar las escrituras mencionadas no ha hecho más que ajustarse a la función encomendada, sin incurrir en exceso alguno como esgrime el notario.

Es que, la capacidad o legitimación para obrar de las partes es calificable en cuanto resulta del documento, incluso por su comparación con los asientos

antecedentes, deviniendo así en un medio eficiente para asegurar el tráfico jurídico, que mal puede significar la invasión de la competencia del notario (SCOTTI, E. Ob. citada, pág. 80).

4. Contratación entre cónyuges.

Debiéndose presumir conocida la normativa aplicable al caso (art. 20 del Código Civil) más aún ante lo dispuesto por el art. 902 del mismo Código, es oportuno recordar que nuestro Superior Tribunal Provincial ha señalado en forma reiterada que cuando el texto de las normas es claro y expreso debe aplicárselo estrictamente y en el sentido que resulta de sus propios términos (S.C.B.A., B-47.600 del 13/6/78; Ac. 39.014 del 12/4/89; Ac. 45.868 del 27/8/91; esta Sala, causas 209.623, reg. int. 297/91, 214.481, reg. int. 93/93, 220.577, reg. int.

ambos susceptibles de calificación. Además, estas facultades del registrador español se encuentran en armónica relación con los efectos convalidantes de la inscripción definitiva del documento³. Consagrando de esta manera, lo que consideramos una premisa fundamental del derecho registral inmobiliario, "el proceso de calificación registral del documento notarial debe guardar una rigurosidad proporcional a los efectos que alcanza la inscripción definitiva del mismo".

En nuestro sistema, en cambio, no se verifica la aplicación del citado principio, dado que una armónica interpretación de los arts. 9º, 15, 23 y ccs. de la ley N° 17.801, nos lleva a compartir la postura de destacada doctrina registralista⁴ que incluye, dentro de las facultades del registrador, la posibilidad de analizar aspectos sustanciales en el proceso de calificación, aunque los efectos de la inscripción son meramente declarativos, de conformidad al art. 4º del citado cuerpo legal.

Consideramos que en este aspecto, la ley registral inmobiliaria argentina no es equitativa, y que el registrador no debería contar dentro de su competencia, con las facultades que actualmente ostenta en el proceso calificadorio. Ello, en virtud de que nuestro sistema originario ha delegado en el notario la competencia de calificar si el/los sujeto/s se encuentran legitimados para otorgar el acto para el cual es requerido. No solamente por su idoneidad, sino además por la inmediatez con los sujetos y los derechos involucrados y con la que indiscutiblemente no cuenta el registrador.

146/95 226.451 rsd 45-97, 231.936 rsi 424-98 entre otras).

Y si la aplicación de la norma lleva a situaciones que pueden llegar a considerarse inequitativas, la modificación debe provenir necesariamente de una reforma legislativa (S.C.B.A., Ac. 46.336 del 19-10-93; esta Sala, causa 219.882, reg. int. 20/95 222.585 reg. int. 796-95 223.999 rsd 76-96) dado que al intérprete de la ley no puede acordársele el poder de variar el contenido mismo del texto legal interpretado al grado de prescindir de él (S.C.B.A., Ac. 41.480 del 4-7-89; esta Sala, causa 218.859, reg. int. 629/94 226.451 rsd 45-97 231.936 rsi 424-98).

Siendo esto así, ante la denuncia efectuada a fs. 133, segundo párrafo, respecto de la subsistencia del matrimonio de quienes comparecieron a los actos escriturarios hoy en revisión (Escrituras N°

711 y 722), cobran operatividad las prohibiciones estatuidas por los arts. 1218, 1219, 1358, 1807 y 2831 del Código sustantivo.

Esta última norma expresamente señala en lo aquí pertinente que no siendo fungible la cosa fructuaria no tiene capacidad para constituir usufructo por contrato gratuito quien no la tenga para donar.

Y no teniéndola el cónyuge respecto de su consorte en los términos previstos por el art. 1807, inc. 1, de igual ordenamiento, no otra solución que la confirmación de las resoluciones impugnadas debe imponerse.

Sólo resta señalar que la interpretación que propone el recurrente a partir de fs. 135 hasta fs. 139 (punto VI) luego de reconocer la efectiva prohibición contractual antes analizada, en cuanto resulta

El sistema de constitución de derechos reales inmobiliarios sigue siendo en nuestro medio, a través del título y modo suficientes, aunque a partir de la modificación del art. 2505 del C.C. y hasta la registración del documento en sede registral, los citados derechos patrimoniales sólo cuentan con una oponibilidad relativa, de conformidad a lo dispuesto por el art. 20 de la ley registral inmobiliaria, solución similar a la prevista por DALMACIO VÉLEZ SARFIELD en el art. 3135 del C.C. para el caso del derecho real de hipoteca.

Consideramos incorrecta la postura que introduce a la publicidad registral como elemento constitutivo de los derechos reales sobre cosas inmuebles⁵.

Toda introducción de un nuevo elemento a un sistema que sigue funcionando esencialmente igual, debe ser hecho de forma armónica, sin provocar iniquidades y contradicciones, materia aún pendiente para el tema comentado.

Patricio Gabriel Galiano

¹ En el mismo sentido Salvat, Raymundo en *Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuentes de las Obligaciones*, tomo III, pág. 10.

² Art. 8° Ley Hipotecaria Española.

³ Art. 34 Ley Hipotecaria Española.

⁴ VILLARO, Felipe, *Elementos de Derecho Registral Inmobiliario*, pág. 64 y ss.

⁵ HIGHTON, Mosset Iturraspe, Paolantonio, Rivera, *Reformas al Derecho Privado Ley 24.441*, pág. 19.

contraria a la norma, no puede ser atendida a tenor de la doctrina legal de nuestro Superior Tribunal Provincial, a la que corresponde dar acatamiento maguer cualquier criterio disidente (art. 279 del C.P.C.).

Finalmente y sin dejar de poner de resalto que la calificación legal de los bienes como propios o gananciales sólo resulta relevante a la fecha de la disolución de la sociedad conyugal y no durante su vigencia (arts. 1272, 1291, 1315 del C.C.) tiempo este en el que cada cónyuge resulta titular dominial de los bienes que adquiera (art. 1276 del C.C.) la constitución de usufructo que se requiere tampoco puede ser considerada como una liberalidad autorizada con el alcance establecido por el art. 1791 del Código Civil.

En definitiva, teniendo en cuenta todo lo expuesto anteriormente se concluye en el rechazo del recurso intentado.

En consecuencia, **voto por la afirmativa.**

El Sr. Juez Dr. Néstor Walter Vásquez, adhirió al precedente voto por aducir iguales fundamentos.

A la segunda cuestión, el Sr. Juez Dr. Juan Carlos Rezzónico, dijo:

En atención a lo expuesto precedentemente debe rechazarse el recurso en lo que fuera materia del presente.

Así lo voto.

El Sr. Juez Dr. Néstor Walter Vásquez, adhirió al precedente voto por aducir iguales fundamentos, con lo que se dio por finalizado el Acuerdo, dictándose por el Tribunal la siguiente:

SENTENCIA

La Plata, 26 de mayo de 2005.

Autos y Vistos:

Considerando:

Que las resoluciones apeladas N° 12 y 13 del 2004 dictadas por el Sr. Director Provincial del Registro de la Propiedad Inmueble son justas (arts. 20, 218, 219, 902, 1276, 1291, 1315, 1358, 1791, 1807, 2831 y ccs. C.C.; arts. 8° y 9°, ley N° 17.801; arts. 6°, 7°, 44, decreto ley N° 11.643 ley N° 6736, art. 279 del C.P.C.).

Por ello: Se rechaza el recurso traído en lo que fuera materia del presente.