

REVISTA



REVISTA
REGISTRAL

HIPOTECA SOBRE INMUEBLE AFECTADO CON USUFRUCTO

Se recibe en este Registro de la Propiedad la consulta de un escribano acerca de la posibilidad de constituir contrato mutuo con garantía hipotecaria, sobre un inmueble afectado con derecho de usufructo; tratándose, en el caso, de una propiedad adquirida por donación de los padres a favor de sus hijos.

En principio se plantea el conflicto porque el potencial acreedor a través del mutuo, exige que la hipoteca a constituirse posibilite, en caso de incumplimiento del mutuario, la ejecución del inmueble libre de usufructo.

En el punto importa citar al doctor Guillermo Borda: "(...) lo que el artículo 2916 dispone es cuando el inmueble se encuentra gravado con derechos de usufructo que no puede ser objeto de hipoteca, con los efectos normales de este último derecho real. Pero no hay ningún inconveniente en que se hipoteque la nuda propiedad, lo que significa que en caso de ser ejecutado el inmueble, el usufructuario mantendrá íntegramente sus derechos cualquiera fuera el adquirente (...) cuando sobre un inmueble pesa un derecho de usufructo, no se puede hipotecar la plena propiedad sino con la condición de que la hipoteca tendrá efectos al extinguirse el usufructo; en cambio, no hay inconveniente alguno en que se hipoteque la nuda propiedad (...)" (*Tratado de Derecho Civil – Derechos Reales*, Editorial Perrot, Buenos Aires, N° 1141).

Dable es destacar que en los casos objeto de consulta, el usufructuario acepta perder el usufructo en el supuesto de ejecución, tal como si el usufructo se hubiere constituido con posterioridad a la hipoteca.

Sin embargo, el problema a dilucidar presenta algunos interrogantes que vale la pena clarificar; así:

- a) Si el usufructuario puede ceder su prelación con relación al acreedor hipotecario;
- b) Si el derecho real de usufructo puede renunciarse: condicionado (suspensivamente) a la eventual ejecución;
- c) Si el usufructuario debe renunciar a su derecho.

Sucede que se han presentado en este Registro de la Propiedad las inquietudes más diversas al respecto: desde aquellas que plantean la necesaria intervención de donante y donatario a efectos de modificar la escritura traslativa de dominio, estableciéndose que, para el caso de ejecutar el acreedor la garantía hipotecaria, el usufructo se extinguiría; hasta las que plantea la necesidad de renuncia del derecho real de usufructo el que, luego de anotada la hipoteca, podría inscribirse nuevamente.

Ninguna de las alternativas se erigen en soluciones aceptables. Dado la primera importa una renuncia al derecho real de usufructo sujeta a una condición suspensiva (la ejecución del crédito), prohibida por el artículo 2829 del Código Civil, y la segunda por ser excesiva.

En la actualidad el artículo 19 de la Ley 17.801 admite se establezca por las partes el orden de prelación de sus derechos reales, con independencia de la fecha de su constitución, siempre y cuando se respete el principio de especialidad y se brinde la debida publicidad al acuerdo (conf. Moisset de Espanes, Luis, **Publicidad Registral**, Córdoba 1991, p. 75; Cornejo, Américo Atilio, **Derecho Registral**, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 133; y también Expte. Adm. Nº 2307-4942, Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires).

De lo explicitado debe concluirse que la autonomía de la voluntad puede regular libremente el orden de prelación de los derechos reales, siempre y cuando se dé el expreso consentimiento de todos los titulares de derechos con prioridad o rango, anotados sobre el inmueble.

Por lo tanto, en el caso sub-exámene, debe contarse con el expreso consentimiento del usufructuario (Art. 19 de la Ley 17.801), para procederse a la cesión de rango, de acuerdo a las posibilidades que admite la citada normativa.

Bien de Familia

En este Registro de la Propiedad se ha planteado la siguiente consulta: ¿Es posible la afectación de un inmueble, sobre el que se encuentra constituido derecho de usufructo, al "Régimen de Bien de Familia" (Ley 14.394, Cap. IV) sin el expreso consentimiento del usufructuario?

Debe adelantarse en general la respuesta negativa; ello, dado dos supuestos:

- a) Si pudiere probarse el "estado de familia" del usufructuario (Art. 36 de la Ley citada), no sería necesario tal consentimiento para la afectación del inmueble como Bien de Familia;
- b) Si tal "estado" no existiera, corresponde rechazar toda pretensión de afectación al régimen de "Bien de Familia", toda vez que en tal supuesto el usufructuario revistiría el carácter de tercero. Una solución distinta impediría en los hechos a los beneficiarios del bien de familia el ejercicio del derecho de usar y gozar de la cosa; casualmente aquél que hace a la esencia de dicho régimen especial.

En definitiva, deviene inconcebible el ejercicio simultáneo de tales derechos, habida cuenta, más allá de lo fáctico, resulta legalmente inaceptable el disfrute de un inmueble afectado como bien de familia por terceros. Esto se explica teniendo en consideración que el "estado de familia" es la posición que ocupa una persona dentro de la familia; criterio que ha tenido en miras el legislador al sancionar la creación del Instituto, como forma de amparar la comunidad familiar.

La jurisprudencia y doctrina aplicable al caso es clara al respecto; así: "El bien de familia constituye una auténtica institución especial que puede coexistir con el régimen patrimonial del matrimonio, aunque en prioridad, opera anteriormente y se rige por normas propias (...)" (E. A. Zannoni, **Tratado de Derecho de Familia**, tomo 1, p. 558).

Basados en los argumentos explicitados, va de suyo que, sin el consentimiento del usufructuario, no podrá afectarse el inmueble de tal derecho al Régimen de Bien de Familia; circunstancia que torna tal supuesto en abstracto, dada la incompatibilidad ut supra señalada.

BIEN DE FAMILIA – INMUEBLE LOCADO

Se consulta la posibilidad de afectación al Régimen de Bien de Familia de un inmueble que se encuentra locado. El propietario funda tal petición en el hecho de no poder habitarlo por razones de estricta índole familiar.

A priori cabe destacar que el instituto del bien de familia tiene por objeto la protección del núcleo familiar y, concomitantemente, el de satisfacer el sustento del mismo (conf. Arts. 34, 37, 41 y concs. Ley 14.394); estableciendo el Art. 41 la obligación de "(...) habitar el bien o explotar por cuenta propia (...)" (salvo excepciones que podrá acordar la autoridad de aplicación).

Objeto de merituación es si nos encontramos, o no, frente a una petición encuadrable dentro de las excepciones que el Registro de la Propiedad, como autoridad de aplicación, puede admitir.

Va de suyo que la ley prohíbe la posibilidad de locar el inmueble, por lo tanto, conforme lo establecido en la Constitución Nacional (Art. 19 in fine), lo solicitado deviene viable. Refuerza el criterio la doctrina aplicable para interpretar la naturaleza y objeto del Bien de Familia, así: "(...) Consiste en la afectación de un inmueble urbano o rural a la satisfacción de las necesidades de sustento y de la vivienda del titular y su familia y, en consecuencia, se lo sustrae a las contingencias económicas que pudiera provocar, en lo sucesivo, su embargo o enajenación (...)" (E. A. Zannoni, *Derecho Civil – Familia*, tomo 1, p. 559, Editorial Astrea).

En cuanto a la jurisprudencia es pacífica al respecto, manifestando que las excepciones a la utilización como vivienda, de inmuebles afectados como bien de familia, pueden ser acordadas por la autoridad de aplicación por causas debidamente justificadas (conf. Cam. C. C., Bell Ville, 24-04-83; autos "Ruggiero c/Tamborín"; L.L. 984-477-34R).

Por lo expuesto, concluimos diciendo que, de acuerdo a lo previsto y normado en el artículo 41 de la Ley 14.394, última parte, resulta viable la afectación solicitada, siempre y cuando se acrediten debidamente las causales invocadas mediante documentación que las avale.

SUPERPOSICIÓN DE LOS ROLES DE FIDUCIARIO Y FIDEICOMISARIO

Este tema fue debidamente analizado en el expediente administrativo N° 2307-3098/2001, que se inició a raíz de la presentación del interesado recurriendo de la calificación del registrador, lo que originó el dictado de la respectiva Resolución Contencioso Registral N° 83, de fecha 17/10/2001, que no hizo lugar a la inscripción definitiva del documento notarial atento que en el contrato se establecía que el "fiduciario" percibiría en concepto de remuneración unidades resultantes (...) en virtud de las fundamentaciones que a continuación se expresan:

Una cuestión similar -la posibilidad de que los roles de fiduciario y beneficiario recayeran en una misma persona- se planteó en otro expediente administrativo N° 2307-3020/96, que fue remitido en consulta a la Asesoría General de Gobierno, dictaminando el Organismo Asesor, que comparte la doctrina restrictiva, que no pueden acumularse en un mismo sujeto los roles de fiduciario y beneficiario, criterio que sostuvo este Registro en la Resolución Contencioso Registral N° 25 de fecha 26/8/97.

CONTRATO DE FIDEICOMISO

La ley distingue cuatro sujetos diferenciados: fiduciante, fiduciario, beneficiario y fideicomisario; mientras el beneficiario es la persona respecto de la cual se ejerce el fideicomiso y que podrá a su vez ser fideicomisario, el fideicomisario es el destinatario final de los bienes fideicomitidos.

El beneficiario tiene derecho actual con relación al fiduciario, siendo el destinatario final de la administración de la propiedad fideicomitada, es decir, quien recibe la utilidad durante el contrato, el fideicomisario a quien se destinará el bien, tiene el derecho a obtener la titularidad al tiempo de la extinción del fideicomiso, en expectativa.

En la XXX Jornada Notarial Bonaerense (Villa Gesell, noviembre de 1995), en las conclusiones del Tema I se dejó sentado que "(...) 4) El fiduciario no puede ser beneficiario ni fideicomisario (...). 6) Los bienes fideicomitidos forman un patrimonio afectado al cumplimiento de un fin determinado. Es independiente y distinto de los patrimonios de fiduciante y fiduciario (...)" (*Revista Notarial* N° 923, pág. 260-261).

El artículo 7º prohíbe al fiduciario que adquiera para sí los bienes fideicomitidos y en caso de coincidencias de las calidades de fiduciario y fideicomisario en una misma persona, no se diesen los supuestos de los artículos 1º y 26º por lo cual dejaría de ser un dominio sujeto a retribución (o transmisión), desvirtuándose el instituto.

Fernández López de Zavalía, en su obra *Fideicomiso, Leasing, Letras Hipotecarias, Ejecución Hipotecaria, Contratos de Consumición*, Editorial Depalma, 1996, refiriéndose a las prohibiciones determinadas por el artículo 7º de la Ley 24.441, señala que "(...) estamos ante tres cláusulas imperativas. Estimamos que si el contrato las contradijera, ello traería la nulidad de la cláusula, permaneciendo el resto en pie. Alternando el orden de enunciación del texto, examinamos primero el caso de prohibición de adquirir los bienes fideicomitidos. Si bien nadie adquiere de sí mismo, la posibilidad práctica de que el fiduciario adquiera de sí mismo deriva del hecho de que es titular de dos patrimonios: el general que tenía antes de contratar y el especial que le es encomendado en fideicomiso. Como

para el patrimonio especial su posición es muy parecida a la de un mandatario, si no existiera la prohibición especial "sub-exámene", podría caber la pretensión de aplicar los principios generales de la auto-contratación, concluyendo que en ningún caso habría impedimento si la posibilidad fuera prevista en el negocio de encomienda (...)"

A contrario sensu, existiendo la prohibición expresa de la Ley, la posibilidad queda vedada.

Silvio Lisoprawski y Claudio Kiper, en su obra *Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización*, Editorial Depalma, 1995, expresan: "(...) Derecho a retribución. En principio, el fiduciario no puede recibir los beneficios del fideicomiso, pues la ley prevé la designación de un beneficiario en el contrato o en el testamento, el cual puede coincidir o no con la calidad del fideicomisario o del fiduciante (arts. 1 y 2). A su vez, el art. 7 establece la prohibición para el fiduciario de adquirir para sí los bienes fideicomitados. En cambio, sí tiene derecho al cobro de una retribución por su trabajo y al reembolso de los gastos, salvo estipulación en contrario (art. 8) (...) Es dable suponer que dicha retribución consistirá en una comisión, equivalente a cierto porcentaje sobre el valor de los bienes sujetos a fideicomiso, o sobre el valor de las utilidades y beneficios que obtenga en provecho del beneficiario. Nos inclinamos por esta última, para evitar la lamentable situación de que sea mayor la retribución del fiduciario que el provecho del beneficiario. Si la retribución del primero depende de las utilidades que obtenga, seguramente su incentivación será mayor (...)", Prohibición "(...) Surge del art. 7 una prohibición, indisponible por las partes, consistente en que el fiduciario no puede adquirir para sí los bienes fideicomitados. Esto significa, por un lado, que al extinguirse el fideicomiso la cosa o los otros bienes que los integren deben, necesariamente, ser transmitidos a otra persona, que puede ser el fideicomisario, el beneficiario, o el fideicomitente. Por otro lado, la prohibición se vincula con la creación del patrimonio separado o especial, de modo que las cosas o bienes que en este carácter tiene el fiduciario, no pueden ingresar en su patrimonio personal, distinto del afectado (...) Imaginemos que una persona dueña de un terreno baldío, se lo transmite fiduciariamente a una empresa constructora para que levante un edificio de departamentos y, una vez terminada la obra, le pague transfiriéndole una o más unidades y conserve la propiedad plena de las restantes. Según los términos de la ley, dicho negocio no podría realizarse mediante un fideicomiso, a menos que se designe fiduciario a una persona distinta de las mencionadas, lo cual puede exceder la intención de los interesados. La prohibición también está vinculada con la creación del patrimonio especial, de manera que el fiduciario no puede, de manera directa o indirecta, hacer pasar los bienes fideicomitados a su patrimonio común. Tampoco podría hacerlo con los frutos o con los bienes que reemplacen a los afectados, pues de ser así se burlaría la prohibición (...)"

El dictamen del Organismo consultor, antes referenciado, señaló que "(...) del análisis del contexto normativo (artículos 1 al 18, 25 y 26 de la Ley 24441) se puede inferir la voluntad contraria del legislador a la posibilidad de que una misma persona reúna al mismo tiempo el carácter del fiduciario y beneficiario. En la misma tesitura se considera que tampoco puede reunir la condición de fiduciario y fideicomisario".

Respecto a las facultades de calificación del registrador el Dr. Felipe Pedro Villaro, en su obra *Elementos de Derecho Registral Inmobiliario*, 2da. Edición actualizada, expresa que podemos definir a la calificación como "una función registral típicamente jurídica, que consiste en inscribir o anotar, por lo que de ellos resulta y por su confrontación con los

asientos respectivos tendientes a establecer si reúnen los requisitos necesarios para su registración definitiva o si, por no reunirlos, deben ser registrados provisionalmente, o condicionados por la existencia de prioridades que los afectan, o rechazados por no tratarse de documentos registrables, dentro de los límites establecidos por la ley (...)", agrega mas adelante "(...) los límites que adjudicamos a la función calificadora del Registro van más allá de las "formas extrínsecas" y penetran en la validez de los actos dispositivos a través de los que resulte de los respectivos documentos... y no por una mera pretensión de ampliar los límites de la calificación para invadir esferas que no corresponden, sino porque ese es el resultado al que no puede dejar de arribar una interpretación coherente y armónica de las normas legales y porque en el fundamento de esa interpretación (...) campea el principio superior de la seguridad jurídica (...)".

El artículo 7º de la Ley 24.441 es categórico y no hace distinciones al señalar que el contrato no podrá dispensar el fiduciario de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos.

USUFRUCTO A FAVOR DE LA CÓNYUGE PARA DESPUÉS DEL FALLECIMIENTO DEL DONANTE QUIEN A SU VEZ HABÍA RESERVADO EL USUFRUCTO PARA SÍ

- El usufructo es un derecho real esencialmente temporario y vitalicio. El plazo máximo de duración es la vida del usufructuario, en el caso del constituido a favor de personas de existencia visible o el de 20 años, en el constituido a favor de personas jurídicas y es intransmisible a los herederos del usufructuario (art. 2920 del Código Civil).
- El artículo 2829, inspirado en las doctrinas de Freytas y el Código Civil chileno establece: "el usufructo no puede ser constituido bajo una condición suspensiva o plazo suspensivo a menos que siendo hecho por disposición de última voluntad, la condición se cumpla o el plazo se venza después del fallecimiento del testador".
- La ley prohíbe pues, en principio, las condiciones o plazos de carácter suspensivo en materia de usufructo. El fundamento de esta prohibición es el peligro de la separación indefinida de la nuda propiedad y el usufructo.
- Con idéntico criterio el artículo 2822 establece: "cuando no se ha fijado término para la duración del usufructo, se entiende que es por la vida del usufructuario". El legislador considera que el usufructo debe tener un carácter esencialmente temporario a fin de evitar los inconvenientes de una desmembración ilimitada de la propiedad; después de un cierto tiempo la desmembración debe desaparecer y la nuda propiedad y el usufructo deben quedar consolidados en la propiedad plena, por ser ésta la que más favorece y estimula la mejor explotación económica de los bienes, base de la fortuna pública: se trata pues de una disposición de orden pública.
- Hay una limitación al principio de autonomía de la voluntad y concordante con ello el artículo 2825 agrega: "el usufructo no puede ser constituido para durar después de la vida del usufructuario, ni a favor de la persona y sus herederos (...)".

- Apartándose del derecho francés nuestro Código Civil en el artículo 2821 establece que puede constituirse el usufructo a favor de varias personas en forma conjunta y simultáneamente. Pero el usufructo no puede ser establecido con carácter sucesivo como lo dice el artículo 2824: “el propietario no podrá constituir el usufructo a favor de muchas personas llamadas a gozarlo sucesivamente las unas después de las otras, aunque estas personas existan al tiempo de la constitución del usufructo”.
- El artículo 2823 en igual sentido expresa: “Siendo dos o más los usufructuarios no habrá entre ellos derecho a acrecer, a menos que en el instrumento constitutivo del usufructo se estipulare o dispusiere expresamente lo contrario”.
- En el caso planteado y en mérito a los argumentos vertidos que son de índole estrictamente legal, es dable concluir que el presente es un típico caso de constitución de usufructo sucesivo (prohibido por el artículo 2824) o en su caso sujeto a la condición suspensiva de la muerte del titular (prohibido por el artículo 2829), hipótesis únicamente válida en los actos de disposición de última voluntad.

Juana María Graciani