

Cesión recíproca entre condóminos del derecho real de usufructo sobre parte indivisa.

Por Nicolás Soligo Schuler

Escribano. Abogado. Doctor en Derecho Notarial y Registral. Profesor Titular de la Universidad Notarial Argentina y de la Universidad Católica de La Plata.

Con motivo del dictado de la Instrucción de Trabajo número 3 del año 2023 por parte de la Dirección General del Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que determina el rechazo de los documentos que contengan la cesión recíproca entre condóminos del derecho real de usufructo sobre parte indivisa, en los términos del artículo 9°, inciso "a", del decreto-ley 17.801/68, se abre la reflexión al análisis de este supuesto y el camino a seguir en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires y las restantes jurisdicciones del país.

Se trata del supuesto en que los condóminos constituyan recíprocamente derecho real de usufructo entre sí, cada uno por su parte indivisa y a favor del restante cotitular. El criterio resulta también aplicable al uso y a la habitación por remisión normativa del derecho de fondo (2155 y 2159).

Suele ser un planteo frecuente en sede notarial por parte de condóminos que se encuentren en unión convivencial y que persigan la protección recíproca frente al fallecimiento de uno de ellos, con el mantenimiento del superviviente en el uso y goce de la totalidad del inmueble.

Durante la vida de ambos, cada condómino ostenta el uso y goce global sobre la cosa (art. 1986, CCCN). Frente a la muerte de uno de los copropietarios, la nuda propiedad de la mitad indivisa del causante se transmitirá a sus herederos, quienes en principio deberán respetar el usufructo existente, salvo que se vulnere la legítima hereditaria [1]. Se trataría de una previsión contractual celebrada al amparo del principio de la autonomía de la voluntad, que dotaría al conviviente de un derecho más extenso que la atribución de la vivienda familiar supletoria-

mente prevista en el artículo 527 del Código Civil y Comercial [2].

En materia de servidumbres, el principio romanista *nemine res sua servit* ("nadie puede tener una servidumbre sobre cosa propia") fue plasmado tanto en el Código derogado (art. 2970) como en el vigente (art. 2163). Esta línea directriz determina que no se pueda concebir una servidumbre sobre un inmueble propio, ya que el derecho real de dominio perfecto implica la potencialidad de realizar todos los actos comprendidos en una servidumbre (art. 1941, CCCN). El carácter absoluto del dominio implica que el titular posea la mayor cantidad de facultades sobre la cosa, entre las que se incluyen todas las que cualquier derecho real de disfrute pudiera otorgarle. Por dicha razón, este principio no sólo se aplica a las servidumbres, sino también a las demás prerrogativas reales sobre cosa ajena. Cuando el derecho real de condominio se examina desde la perspectiva global de la totalidad de los copropietarios, el haz de facultades resulta semejante a las del dominio. Así, los condóminos por unanimidad pueden cambiar el destino de la cosa y disponer jurídica o materialmente de su totalidad o de una parte material (arts. 1985 y 1990, CCCN). Bajo el régimen de propiedad horizontal, los propietarios también pueden por acuerdo conjunto establecer el derecho a sobreedificar (arts. 2052 y 2053, CCCN) [3]. Bajo esta óptica, el usufructo recíproco violaría la prohibición de constituir una desmembración de dominio propio a favor de sí mismo [4].

La jurisprudencia ha receptado este criterio y ha determinado la nulidad de la constitución recíproca de usufructo entre condóminos, por la misma

razón que el titular de dominio pleno no puede ostentar una servidumbre o cualquier otro iure in re aliena sobre su propia cosa. De esta manera, se ha decidido que "...no se concibe la cesión recíproca del usufructo de un condómino al otro, puesto que el objeto de la misma sería el derecho que ya se posee, si bien limitado por igual derecho del otro comunero, y la contraprestación estaría dada por la cesión de las mismas facultades del otro condómino, que también actualmente se poseen, y están limitadas del mismo modo. Es decir, no podría existir reserva recíproca con vigencia simultánea, porque, por no recaer dichas facultades sobre una parte material de la cosa sino sobre la totalidad de la misma, se estaría cediendo lo que el otro ya posee y recibiendo del otro lo que ya se tiene" [5].

En el caso jurisprudencial citado se ventiló una demanda de nulidad incoada por la heredera del condómino fallecido que había constituido usufructo recíproco con su conviviente.

En un precedente judicial más reciente, resuelto por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, Sala II, en autos "E., H. c/A., P. s/ división de condominio", con fecha primero de octubre de 2015, expediente 50.414, también citado por la Instrucción de Trabajo en el tercer párrafo de los considerandos, se determinó la cancelación del usufructo en el marco de una subasta ordenada en el juicio de división de condominio, con similares fundamentos [6].

Ambos fallos destacan que el acuerdo de voluntades incurre en fraude a la ley, por violar normas de orden público relativas a las cláusulas de inalienabilidad (actuales arts. 1999 y 2000, CCCN) o a la creación de derechos reales prohibidos (equiparación de la convivencia al matrimonio, con efectos virtualmente similares al art. 3573 bis del Código Civil derogado, que en determinadas condiciones confería al cónyuge superviviente el derecho real de habitación vitalicio) [7].

El fallo bonaerense sugiere como solución alternativa que "En tal sentido, podría concebirse un pacto de tal naturaleza, como acto destinado a producir efectos una vez ocurrido el fallecimiento de los integrantes de la pareja, en cuyo caso el sentido de la cláusula fincaría en procurar obtener la solución contenida en el art. 3573 bis del C.Civil. Pero como acto de última voluntad, debió hacerse por testamento, no siendo la forma elegida -vía una cláusula en la escritura de adquisición del inmueble por condominio- apta para tal finalidad" [8].

En este sentido, el legado de usufructo sobre una parte indivisa podría pactarse válidamente en sendos testamentos otorgados recíprocamente por los condóminos en unión convivencial, logrando así *vía mortis causae* lo que se encuentra implícitamente prohibido por acto entre vivos. La vigencia de tales mandas testamentarias quedará supe- ditada a que no se perjudique la porción legítima

de los herederos forzosos o legitimarios, quienes podrán reducir dichos legados de usufructo sobre parte indivisa en la medida en que excedan la porción disponible de cada causante, sin perjuicio de la opción que les confiere el artículo 2460 del Código Civil y Comercial, que permite a los legitimarios optar por cumplir el legado de usufructo o entregar al beneficiario la porción disponible [9].

En lo que respecta a la naturaleza de la nulidad de la constitución recíproca entre condóminos, entendemos que ésta tiene carácter absoluto por contravenir el orden público (art. 386, CCCN) y las normas imperativas que regulan los derechos reales (arts. 1884 y 12). Por tanto, dicha invalidez no podría sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción (art. 387), sin perjuicio de que pueda calificarse como nulidad parcial, por no afectar otras disposiciones válidas (art. 389).

Nos preguntamos qué ocurriría si la constitución recíproca entre condóminos se realizara en forma escalonada. Por ejemplo, si en un primer momento se constituyera usufructo sobre una de las mitades indivisas a favor del otro condómino y, un tiempo después, se realizara lo propio sobre la restan-

La Dirección General del Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad de Buenos Aires rechaza documentos que contengan la cesión recíproca entre condóminos del derecho real de usufructo, basándose en la Instrucción de Trabajo número 3 del 2023. Esta decisión abre un debate sobre cómo proceder en otras jurisdicciones del país.

te mitad. En este caso, la primera constitución no transgrediría el ordenamiento vigente, dado que el usufructuario reuniría la exclusividad de la relación de poder sobre la cosa. Sin embargo, entendemos que la segunda constitución lo tornaría nulo a causa de la reciprocidad y el fraude a la ley (arts. 12 y 385, CCCN).

El fallo citado en primer lugar deja a salvo la constitución recíproca de usufructo entre condóminos cuando su objeto recae sobre partes materiales o físicamente determinadas de la cosa. Entendemos que se trata de un acuerdo válido que permite limitar las facultades materiales de cada uno, evitan-

do la superposición de facultades emergentes del usufructo y del condominio. Este contrato alternativamente se podría encuadrar como una partición provisional del uso y goce (arts. 1987, 1996 y 2370, CCCN).

Frente a una escritura de constitución recíproca de usufructo inscrita con anterioridad al criterio vertido en la Instrucción de Trabajo 3/2023, cabe realizar las siguientes consideraciones:

a) Si ambos usufructuarios se encontraran fallecidos, las desmembraciones de dominio podrían cancelarse con el certificado de defunción, sea a través de la presentación al registro con una nota rogatoria o a través de una escritura pública (art. 36, segundo párrafo, ley 17.801). La nulidad no declarada no afectaría la cancelación, pues el usufructo se extingue inexorablemente por el fallecimiento de todos los titulares [10];

b) Si ambos usufructuarios estuviesen vivos, entendemos que la renuncia simultánea o el distracto del derecho real de disfrute recíproco sanearía la cuestión [11];

c) Si sólo uno de los usufructuarios se encontrara vivo, la renuncia a su derecho también sanearía la escritura, que podría instrumentarse junto con la cancelación del usufructo extinguido por el previo fallecimiento del otro titular.

En conclusión, la Instrucción de Trabajo bajo examen ha plasmado un criterio jurisprudencial basado en la teoría general de los derechos reales, que impide el ingreso al Registro de documentos inválidos, por padecer una nulidad absoluta y manifiesta en los términos del artículo 9°, inciso "a", del decreto-ley 17.801/68.

Posiblemente este sea el camino a seguir por las restantes jurisdicciones, requiriendo que la normativa lo recepte de manera expresa.

NOTAS

1. En este caso, el derecho de acrecer sería improcedente (art. 2132, CCCN), pues la muerte de uno provocaría la extinción de su usufructo y el cotitular sobreviviente ya ostentaría el uso y goce sobre su parte indivisa (cuyo usufructo se extinguió) a título de condómino pleno (art. 1986).

2. Que no puede exceder de dos años, mientras que el derecho real de usufructo, uso o habitación son vitalicios, salvo que se haya establecido un plazo inferior (arts. 2136 y 2152, inciso a, CCCN).

3. Sobre las partes comunes de propiedad horizontal existe un condominio de indivisión forzosa entre los propietarios, cuya parte indivisa está de-

terminada por el porcentual de dominio previsto en el Reglamento.

4. En forma similar, el artículo 1943 del Código Civil y Comercial establece que quien adquiere la cosa por un título no puede en adelante adquirirla por otro, si no es por lo que le falta al título.

5. CNCiv, Sala E, 29/9/1980 – "Piñeyro, Elsa c. Casal, Saul L. s/ sucesión", E.D. 91-235. El citado fallo se encuentra transcrito textualmente en los dos primeros párrafos de la Instrucción de Trabajo. Entendemos que el empleo de la voz "cesión" resulta errónea, y hubiese sido preferible referirse a "constitución", ya que no se trata de la transmisión de un usufructo existente entre los condóminos, sino de uno creado a través del mismo documento inscribible.

6. Erreius, IUSJU003711E.

7. Actual artículo 2383, CCCN

8. El primer fallo citado también sugiere tal posibilidad, aunque la descarta inmediatamente por violatoria de la prohibición del testamento recíproco (art. 3618, Código Civil derogado). No compartimos este criterio, dado que la citada norma se refiere propiamente a la forma de los testamentos y no a su contenido en sí.

9. Irónicamente, una solución alternativa consistiría en la celebración del matrimonio, con la eventual adopción del régimen patrimonial de separación de bienes (art. 446, inciso "d", CCCN). Sin embargo, esta posibilidad escapa de la esfera meramente patrimonial, resultando frecuentemente inviable.

10. Se trata de un caso similar a la cancelación del usufructo reservado a favor del cónyuge no titular fallecido, que según los criterios registrales actuales no se trata de un acto válido bajo el régimen patrimonial matrimonial de ganancialidad (art. 1002, inc. d, CCCN).

11. Con la previa solicitud de certificados registrales por los bienes y por las personas cuando se trate de usufructos (DTR. 11/2016 de CABA y DTR 13/2010, Prov. Bs.As.). Cabe destacar que para un sector de nuestra doctrina, la nulidad sólo puede ser declarada en sede judicial (arg. arts. 387, 390, y concordantes, CCCN). En este sentido, alternativamente podría entablarse una demanda y contestación conjunta por ambos usufructuarios, prevista en los ordenamientos adjetivos (por ejemplo, art. 335, CPCCBA) y la cuestión se resolvería de puro derecho, por fundarse en el documento auténtico presentado.