



MENCIÓN ESPECIAL - XVIII JORNADA NOTARIAL CORDOBESA (2015)

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL CONCEPTO, AL OBJETO Y A LA LEGITIMACIÓN DEL DERECHO REAL DE USUFRUCTO EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Dr. GABRIEL ANÍBAL FUSTER (1) (2)

PONENCIAS

1) En materia de usufructo, al consagrar el Nuevo Código la posibilidad de disposición jurídica de este derecho en el artículo 2129, resulta menester concordar este dispositivo normativo con los artículos 2142 y 2144 del mismo código. Precisamente, el artículo 2142 del Nuevo Código consagra la posibilidad de disposición voluntaria de este derecho, pero limitada temporalmente la duración del mismo a la vida del usufructuario-enajenante y no a la del adquirente, lo que resulta una situación novedosa. Asimismo, es dable concordar el precepto anotado con el artículo 2144 del Nuevo Código, resultando menester señalar que en este artículo nada se dice en torno a la duración temporal del mismo. *Debería funcionar, respecto de la duración del derecho del adquirente, idéntica limitación temporal: la vida del usufructuario-enajenante, tanto para casos de transmisión voluntaria (verbigracia, la compraventa) como forzosa (verbigracia, la subasta judicial), mas la norma específica no lo prevé expresamente así, lo que obliga a una discutible interpretación extensiva.*

1 ABOGADO, NOTARIO Y AUXILIAR DOCENTE DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA.

2 CORREO ELECTRÓNICO: ABGABRIELFUSTER@YAHOO.COM.AR.

2) El Nuevo Código consagra la regla que *el derecho real de usufructo puede tener por objeto tanto cosas como bienes*, a diferencia del Código Civil argentino según el cual la regla es que *el derecho real de usufructo tiene por objeto cosas* (conforme artículo 2838 del Código Civil), temperamento que es ajeno -en principio- al Código Civil argentino de cuño velezano, y más bien evidencia *la tendencia a la “descosificación” de los derechos reales*, que -entendemos- se patentiza expresamente en el Nuevo Código. Creemos pertinente advertir que el legislador ha omitido incluir la cosa objeto del derecho real de condominio, es decir, la cosa poseída a título de condominio, como sí lo prevé expresamente el Código Civil argentino en el artículo 2843. La redacción adoptada en el artículo 2130, objeto de nota, no deja claro -como tampoco lo hace el artículo 2131 del Nuevo Código alusivo a la legitimación sustantiva para su constitución- si el condómino puede constituir usufructo respecto de la cosa sujeta al derecho real de condominio. En cuanto a las “permisiones” del Nuevo Código resultan llamativas dos de ellas, a saber: **a)** en primer lugar, la posibilidad de que una parte material de una cosa sea objeto del derecho real de usufructo (artículo 2130 del Nuevo Código); y **b)** en segundo lugar, que los derechos, aún no instrumentados o documentados, puedan ser objeto del derecho real de usufructo (artículo 2130 –inciso b- del Nuevo Código).

3) Es muy curioso y criticable que habiendo expresamente previsto como derecho real autónomo e independiente al condominio, el Nuevo Código no legitime expresamente al condómino a tales fines. De hecho estaría implícita su inclusión en la poco feliz expresión “(...) ...*los comuneros del objeto sobre el que puede recaer... (...)*”, pero al haber reglado y enumerado independientemente al condominio el artículo debería aludirlo derechamente y sin más rodeos. Por otro lado, es menester enfatizar que el artículo 2131 del Nuevo Código introduce una *enumeración taxativa* acerca de quienes están legitimados para constituir derecho real de usufructo, calidad que queda evidenciada con la utilización del adverbio de



modo “sólo”. Esto es saludable pues evita los regueros de tinta -doctrinaria y jurisprudencial- en torno a si estamos en presencia de una enunciación ejemplificativa o restrictiva. Sin embargo, esto provoca corolarios que parece haber olvidado la comisión reformadora, tal como habremos de señalar seguidamente. Si la enumeración es taxativa los titulares de los restantes derechos reales no están legitimados para constituir usufructo. Así pues sucedería con los titulares de los derechos reales de conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido, cementerio privado, que no aparecen ni mencionados, con lo cual se genera una verdadera laguna normativa.

4) La imposibilidad de prever el derecho de acrecer se funda en la intransmisibilidad del usufructo, y este carácter es esencial de la misma manera que va de la mano del carácter personal del usufructo. Con lo cual tenemos para nosotros que no puede consagrarse la transmisibilidad del usufructo y sujetarlo a la vida del usufructuario en un pretendido carácter personal, ya debilitado por la pérdida de la primera calidad (intransmisibilidad).

5) El artículo 2134 del Nuevo Código no consagra ni los modos (pese a señalarlo en el título) o fuentes ni las formas de constitución, sino los efectos de la constitución y en función de estos formula la clasificación que reflejan los incisos a), b) y c). En este sentido el mismo Salvat lo reconoce implícitamente al decir: “(...) *Tenemos aquí las dos formas cómo el usufructo puede aparecer constituido por este medio: (se refiere a los contratos) (...)*” (lo consignado entre paréntesis nos pertenece). ⁽³⁾

En el Nuevo Código se ha eliminado, lamentablemente, el artículo 2812 del Código de Vélez alusivo a las fuentes de constitución del usufructo y se ha procedido a reglar los efectos de las distintas maneras de

3 Ver Raymundo M. Salvat en “*Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales*” - Cuarto Edición, actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Manuel J. Argañarás Tomo III – Tipográfica Editora Argentina S.A. - Buenos Aires, 1959 - Página 261.

constitución, pero en un único dispositivo eliminando los distinguos entre contratos onerosos (artículo 2813 del Código Civil argentino), contratos gratuitos (artículo 2814 del Código Civil argentino) y por actos de última voluntad (artículo 2815 del Código Civil argentino).

Cabe destacar que tanto los contratos onerosos y los contratos gratuitos, cuanto las disposiciones de última voluntad admiten las tres alternativas que enumera el artículo 2134 del Nuevo Código, y esto ha llevado erróneamente al legislador a una simplificación excesiva, que –cual mutilación impiadosa- nos priva de formular distinguos necesarios, como por ejemplo que las transmisiones por contratos gratuitos y por actos de última voluntad se presumen gratuitos.

6) El artículo 2135 del Nuevo Código contiene una norma resulta harto defectuosa y muy criticable por diversas razones, de las que destacaremos tan sólo tres, a saber: **a)** en primer lugar, porque no se aclara la naturaleza jurídica de la presunción instituida (*iuris tantum* o *iuris et de iure*); **b)** en segundo lugar, porque no respeta las reglas en la materia de presunciones de onerosidad y gratuidad, tanto contractual en general, cuanto usufructuaria en particular la cual está determinada por la *causa del negocio jurídico*; y **c)** la falta de observancia de la regla que reza: “lex staduit deo quod plerumque fit” o –traducida- *la ley regula de lo que comúnmente ocurre*. o de lo que nuestro Maestro el Profesor Doctor Gabriel Ventura nos enseña como “*Principio de la Normal Ocurrencia*”, y que a nuestro entender encuentra recepción jurídica en el Código Civil velezano en el artículo 878 y su nota (especialmente ésta). En efecto, cuando la causa es contractual el usufructo se presume oneroso pues supone una contraprestación, mientras que se presume gratuito cuando la causa es una disposición de última voluntad.

7) El artículo 2135 del Nuevo Código nada dice en torno a cuándo se presume oneroso y cuándo gratuito, es decir a raíz de qué causa se arriba a



tales presunciones, lo que impide definir el concepto de duda. Es decir, nos preguntamos ¿cuándo habrá duda, si la única forma de que haya duda es a partir del análisis de la causa constitutiva y la dificultad en la precisión de sus efectos? Dicho más derechamente, la duda sólo puede fundarse en la causa de constitución del usufructo, y en sus deficiencias, las que impiden establecer si el derecho real ha sido constituido a título oneroso o gratuito. Por tanto, entendemos que esta norma se encuentra divorciada de un sistema jurídico causalista como el nuestro, lo que configurará un semillero de conflictos.

8) El usufructo puede ser constituido de manera pura y simple o modalizada, según las clásicas modalidades de los actos jurídicos: cargo (artículos 354 a 357 el Nuevo Código), plazo (artículos 350 a 353 del Nuevo Código) o condición (artículos 343 a 349 del Nuevo Código). La segunda parte del artículo anotado se corresponde con el artículo 2829 del Código de Vélez con la diferencia que en el primero se ha establecido que la constitución del usufructo sólo es válida si se cumplen la condición o el plazo suspensivos antes del fallecimiento del testador, y no después como reza el artículo velezano. La doctrina dominante critica la prohibición del artículo 2829 del Código de Vélez, en su primera parte, en cuanto –seguidamente- prevé que la misma no funciona en materia de disposiciones de última voluntad siempre que: “(...) ...la condición se cumpla o el plazo se venza después del fallecimiento del testador. (...)”. En éste, sostiene la referida doctrina dominante, hay una contradicción inaceptable. El Nuevo Código adopta, sin embargo, la solución que propiciara Salvat, abanderado de la doctrina dominante, quien tenía por inexistente todo el derecho real y no sólo la condición o el plazo suspensivos, lo que –entendemos- deviene en un verdadero exceso. Pero además colegimos que debería haber consagrado lisa y llanamente la nulidad de la constitución del derecho real de usufructo, como lo han hecho las fuentes de estos artículos, a saber: el artículo 4557 del Esboco de Freitas y el artículo 768 del Código Civil de Chile, y llenando además el vacío legal que nos dejó Vélez quien no estableció la sanción frente al incumplimiento de lo normado en el artículo 2829 de su Código Civil.

9) El artículo 2137 del Nuevo Código establece que en materia de usufructo convencional o contractual, siendo las personas capaces y mayores de edad pueden usar y gozar de los bienes sin hacer inventario, pudiendo en este caso incluso realizar el inventario por instrumento privado; es decir que se consagra una *dispensa legal*, la cual cede cuando hay incapaces, en cuyo caso deviene obligatoria la facción del inventario y el deber de instrumentarlo por escritura pública. En materia de usufructo testamentario se establece la imposibilidad de dispensar la obligación del inventario, lo que importa consagrar la naturaleza de orden público de esta última. Resulta importante destacar que la nueva norma deja un vacío legislativo importante pues no establece quién debe soportar los gastos del inventario, lo que puede generar conflictos y favorecerá la no realización del inventario (cuando debería propenderse a lo contrario), en desmedro del esencial contenido de este derecho real: el “*salva rerum substantia*”.

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL CONCEPTO, AL OBJETO Y A LA LEGITIMACIÓN DEL DERECHO DE REAL DE USUFRUCTO EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Sumario:

- I. Los verdaderos fundamentos de la regulación adoptada.
- II. El concepto del derecho de usufructo.
- III. El objeto del derecho de usufructo.
- IV. La legitimación del derecho de usufructo:
 - a) Legitimación para la constitución del usufructo.
 - b) Usufructo a favor de varias personas.
 - c) Prohibición del usufructo judicial.
 - d) Modo de constitución del usufructo.
 - e) Presunción de onerosidad.
 - f) Modalidades de constitución.



- g) Inventario.
- h) Presunciones en materia de falta de inventario y de determinación del estado de los bienes.
- i) Garantía suficiente en la constitución y en la transmisión.
- j) Intransmisibilidad hereditaria

I - LOS VERDADEROS FUNDAMENTOS DE LA REGULACIÓN ADOPTADA

Ante todo queremos aclarar que cuando aludamos al El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Ley N° 26.998, texto modificado por la Ley N° 27.077) emplearemos la expresión “Nuevo Código”, mientras que cuando nos refiramos al Proyecto de Código Civil de la República Argentina y unificación con el Código de Comercio de 1998 utilizaremos la frase “Proyecto de 1998”.

A modo de aclaración preliminar, entendemos que la gran novedad del Nuevo Código en materia de usufructo es que mientras el Código Civil argentino consagra *la intransmisibilidad del usufructo por cualquier título*, el Nuevo Código Civil prevé la regla de *la transmisibilidad del usufructo*, excepto en materia hereditaria (artículo 2140 del Nuevo Código).

El Nuevo Código reconoce como antecedente inmediato de su cuerpo normativo el Proyecto de 1998.

Es así que tenemos para nosotros que son los fundamentos de este último Proyecto los que mejor explican los textos normativos adoptados por el Nuevo Código, y es por esta razón que seguidamente los reproducimos literalmente, más allá de que compartamos o no sus consideraciones.

En relación al usufructo en los Fundamentos del Proyecto de 1998 se señala: “(...) A los 141 artículos destinados al usufructo por el Código Civil vigente le suceden sólo 26. La fuerza de los números patentiza la simplificación de la regulación, que sin prescindir de las tendencias históricas, coloca al instituto en los nuevos tiempos. Las múltiples dudas interpretativas e inconsistencias del régimen de Vélez Sársfield, que avivó su agobiante casuismo, se desvanecen con las normas propuestas, cuya redacción se vio facilitada una vez más por el sustento que le otorgan las disposiciones generales vertidas en el Título I de este Libro. Son meros ejemplos de las circunstancias señaladas, la desaparición del Proyecto de criterios insostenibles, como el de plantear obligaciones de quien se califica como usufructuario antes de entrar en el uso y goce, cuando mal puede serlo todavía ante la ausencia de tradición, o describir obligaciones del nudo propietario, cuando ellas no son concebibles por regla para quien está gravado con un derecho real. Se distingue el derecho de efectuar el inventario y de determinar el estado del objeto, que lo tiene cualquiera de los contratantes, de la obligatoriedad de hacerlo y en escritura pública, que pesa sobre el usufructuario en el usufructo de origen testamentario. Se suprime la obligatoriedad de otorgar fianza, sin perjuicio de que se convenga esa u otra garantía suficiente. La escueta regulación de los medios especiales de extinción del usufructo, que se suman a los medios generales, fue bastante hasta para agregar otro medio reclamado por la doctrina: la alteración de la substancia, que se exige sea comprobada judicialmente. (...)” (el subrayado nos pertenece).

II - EL CONCEPTO DEL DERECHO DE USUFRUCTO

En lo que respecta al concepto del derecho de usufructo cabe destacar que el artículo 2129 del Nuevo Código reza: “(...) Usufructo es el derecho real de usar, gozar y disponer jurídicamente de un bien ajeno, sin alterar su sustancia.



Hay alteración de la sustancia, si es una cosa, cuando se modifica su materia, forma o destino, y si se trata de un derecho, cuando se lo menoscaba. (...)”.

A modo de aclaración preliminar es dable señalar que el Código Civil argentino adolece en materia de usufructo de inconsistencias sistémicas, muchas de las cuales obedecen a la multiplicidad de fuentes consultadas y a su reproducción asistémica, patología que -por extensión- se mantiene en el Nuevo Código que al “tomar” varias de estas disposiciones padece de idéntica patologías aunque con matices diferenciadores.

Así, por ejemplo, como fuentes del Código de Vélez podemos citar la tradición romanista ⁽⁴⁾, la doctrina francesa, a través de autores galos de fuste como Demolombe ⁽⁵⁾ y Proudhon ⁽⁶⁾ -entre otros-, y Códigos decimonónicos como el Código de Francia (art. 578), el Código de Nápoles (art. 503), el Código de Holanda (art. 803), o el Código de Luisiana (art. 525), entre otros.

El usufructo es un derecho real principal, autónomo, de uso y goce o –lo que es lo mismo- de disfrute o aprovechamiento, que se ejerce sobre cosa ajena, no propia o limitada (BARASSI), de duración limitada o temporal, divisible e intransmisible por causa de muerte.

Si comparamos la definición que sobre usufructo brindan el Código de Vélez y el Nuevo Código advertimos que este último reemplaza la palabra “cosa” por “bien”, y –especialmente- agrega la facultad de disposición jurídica (transmisibilidad del usufructo) del titular de este derecho real (usufructuario), con lo cual se introduce una modificación sustancial, pues en el viejo Código el usufructo, cual principio, era intransferible por cualquier

4 Ver Digesto, Libro VII, tít. 1, ley 1; Instituta, Libro II, tít. 4, proemio.

5 Ver Demolombe, X, núms. 224 y 228-230

6 Ver Proudhon I, núms. 1-5.

título (sea por actos entre vivos o *mortis causae*) lo que se configuraba en una verdadera limitación personal de este derecho que lo hacía incommunicable. Ahora la regla es la transmisibilidad del usufructo, excepto en materia hereditaria (artículo 2140 del Nuevo Código).

Se mantiene la regla de que las facultades que componen el núcleo de este derecho están limitadas a la no alteración de la sustancia de la cosa (“*salva rerum substantia*”). El viejo Código no definía en qué consistía esta regla, mas el nuevo Código sí lo hace.

En efecto, en el Código de Vélez se debía acudir a sus medulares notas, y es precisamente en la nota al artículo 2807 que Vélez Sársfield nos recuerda que ya en el Derecho Romano se establecía, en la vieja fórmula pauliana, que el “*usufructus est ius alienis rebus utendi, fruendi, salva rerum substantia*”, o sea que *el usufructo es el derecho de usar y gozar de una cosa ajena, sin alterar la sustancia de la cosa*, concepto que está casi literalmente reproducido en dicho artículo del Código Civil velezano.

Cabe destacar que esta definición reproduce, con matices distintivos, las definiciones del Esboco de Freitas (art. 4530) y del Código Civil Francés de 1804 (art. 1988).

Para explicar lo que debe entenderse por sustancia de la cosa, Vélez Sársfield, en la ya mencionada nota, recuerda conceptos del jurisconsulto francés Demolombe, expresando que: “(...) ...es el conjunto de las cualidades esencialmente constitutivas de los cuerpos, de esas cualidades que hacen que las cosas tengan una cierta forma y un cierto nombre... (...)” (sic.).⁽⁷⁾

⁷ Ver Demolombe en “*Cours de Code Napoleon*” - Tomo X - 4ª ed - París, 1870 - N° 224, p. 182.



En el párrafo siguiente de la nota insiste en que: “(...) *El salva rerum substantia de la Ley Romana expresa que el goce y uso de la cosa no debe traer el consumo inmediato de ella. Conservar la substancia de la cosa es una consecuencia necesaria del principio que separa el derecho de gozar, del derecho de disponer... (...)*”; en realidad los autores han dado tres interpretaciones del significado que en el derecho romano tenía la expresión “salva rerum substantia” (8); Vélez Sársfield, en coincidencia con Demolombe, se inclina por la que ese autor expone en tercer lugar.

Al respecto Maynz tiene dicho: “(...) *El ejercicio del derecho de usufructo está siempre restringido por la prohibición de alterar las sustancias de la cosa: el usufructuario debe gozar de ella como un buen padre de familia. (...)*”. (9)

Cuadra destacar que al consagrarse la posibilidad de disposición jurídica de su derecho en el artículo anotado del Nuevo Código, resulta menester concordar este dispositivo normativo con los artículos 2142 y 2144 del Nuevo Código. Precisamente, el artículo 2142 del Nuevo Código consagra la posibilidad de disposición voluntaria de este derecho, pero limitada temporalmente la duración del mismo a la vida del usufructuario-enajenante y no a la del adquirente, lo que resulta una situación novedosa.

Asimismo, es dable concordar el precepto anotado con el artículo 2144 del Nuevo Código, resultando menester señalar que en este artículo nada se dice en torno a la duración temporal del mismo. Debería funcionar, respecto de la duración del derecho del adquirente, idéntica limitación temporal: *la vida del usufructuario-enajenante*, tanto para casos de transmisión voluntaria (verbigracia, la compraventa) como forzosa (verbigracia,

8 Ver Demolombe en “Cours de Code Napoleon” - Tomo X - 4ª ed - París, 1870 - Nº 226, p. 185.

9 Ver Carlos Maynz en “Curso de Derecho Romano”, precedido de una Introducción que contiene la Historia de la Legislación y de las Instituciones Políticas de Roma – Traducido al español con la cooperación de varios profesores por D. Antonio José Pou y Ordinas – Tomo I – Jaime Molinas, Editor - Barcelona, España, 1887 - Página 870.

la subasta judicial), mas la norma específica no lo prevé expresamente así, lo que obliga a una discutible interpretación extensiva.

III - EL OBJETO DEL DERECHO DE USUFRUCTO

En cuanto al objeto del derecho de usufructo cabe destacar que el artículo 2130 del Nuevo Código prevé: “(...) *El usufructo puede ejercerse sobre la totalidad, sobre una parte material o por una parte indivisa de los siguientes objetos: a) una cosa no fungible; b) un derecho, sólo en los casos en que la ley lo prevé; c) una cosa fungible cuando recae sobre un conjunto de animales; d) el todo o una parte indivisa de una herencia cuando el usufructo es de origen testamentario. (...)*”.

El Nuevo Código consagra la regla que *el derecho real de usufructo puede tener por objeto tanto cosas como bienes*, a diferencia del Código Civil argentino según el cual la regla es que *el derecho real de usufructo tiene por objeto cosas* (conforme artículo 2838 del Código Civil), sin perjuicio de algunas normas existentes a suerte de excepción tanto dentro (¹⁰) como fuera del Código Civil (¹¹).

Esta regla se enrola en una corriente doctrinaria (ALTERINI), expresamente seguida por el Nuevo Código Civil y Comercial a tenor de lo previsto en el inciso b del presente artículo 2130, en sintonía con su matriz forjadora: el Proyecto de 1998, según la cual los derechos *per se* y no sólo

¹⁰ Verbigracia, los artículos 2875, 2905 2096 del Código Civil argentino; para Lafaille, en posición que compartimos, también el fondo de comercio (artículo 2809 del Código Civil argentino) y los derechos intelectuales.

¹¹ Verbigracias, los artículos 156 y 218 de la Ley N° 19.550.



cuando estén documentados o instrumentados, pueden ser objeto del derecho real de usufructo.

Claramente esta doctrina es ajena al Código Civil argentino de cuño vellezano, y más bien evidencia *la tendencia a la “descosificación” de los derechos reales*, que – entendemos- se patentiza expresamente en el Nuevo Código.

De la lectura tanto del artículo objeto de nota, cuanto de los dispositivos normativos contenidos en la parte general del Nuevo Código surge palmaria y evidente la eliminación de los siguientes bienes como objeto del derecho real de usufructo, a saber: **a)** se ha eliminado el usufructo imperfecto o cuasi usufructo, no permitiéndose que sean objeto del derecho real de usufructo las cosas fungibles, salvo que recaigan sobre un conjunto de animales, inciso c del artículo 2130 del Nuevo Código, con lo cual la eliminación del usufructo imperfecto es tan sólo formal mas no material, ya que conserva efectos jurídicos respecto del supuesto admitido por vía de excepción; **b)** se han eliminado los usufructos especiales (verbigracia bosques, minas, ganados, mercadería, etcétera): artículos 2809, 2827, 2842, 2844, 2866, 2873, 2900, 2902, entre otros, del Código Civil argentino. Cabe recordar aquí que ya Lafaille ⁽¹²⁾ ha señalado que pese a la letra del artículo 2809 en materia de usufructo de mercadería se consagra aquí un cuasi-usufructo, postura que luego fue retomada y profundizada por Pepe ⁽¹³⁾; **c)** los bienes de dominio público del Estado (Nacional, Provincial y Municipal); **d)** los bienes dotales de la mujer (ya suprimidos); **e)** los derechos reales de disfrute o aprovechamiento como el usufructo, el uso y la habitación; **f)** los derechos reales de garantía como la hipoteca, la prenda y la anticresis, separados de los créditos garantizados por ellos (ar-

12 Ver Héctor Lafaille en “Derecho Civil. Tratado de los Derechos Reales” – Tomo IV – 2da edición actualizada y ampliada por Jorge Horacio Alterini – Editorial La Ley - Buenos Aires, 2010 - Página 174.

13 Ver Marcelo A. Pepe en “Usufructo de fondo de comercio” – La Ley 2007-C, Página 1103.

título 2842 del Código Civil argentino); **g)** las servidumbres reales activas separadas de los inmuebles a los que fueran inherentes (artículo 2842 del Código Civil argentino); **h)** las cosas de mero placer (artículo 2844 del Código Civil argentino); **i)** los créditos que fueran intransmisibles (verbigracia los créditos de naturaleza alimentaria) (artículo 2842 *in fine* del Código Civil argentino); y **j)** los fondos absolutamente improductivos (artículo 2845 del Código Civil argentino).

A estas alturas creemos pertinente advertir que el legislador ha omitido incluir la cosa objeto del derecho real de condominio, es decir, la cosa poseída a título de condominio, como sí lo prevé expresamente el Código Civil argentino en el artículo 2843.

La redacción adoptada en el artículo 2130, objeto de nota, no deja claro -como tampoco lo hace el artículo 2131 del Nuevo Código alusivo a la legitimación sustantiva para su constitución- si el condómino puede constituir usufructo respecto de la cosa sujeta al derecho real de condominio.

En cuanto a las “permisiones” del Nuevo Código resultan llamativas dos de ellas, a saber: **a)** en primer lugar, la posibilidad de que una parte material de una cosa sea objeto del derecho real de usufructo (artículo 2130 del Nuevo Código); y **b)** en segundo lugar, que los derechos, aún no instrumentados o documentados, puedan ser objeto del derecho real de usufructo (artículo 2130 –inciso b- del Nuevo Código).



IV - LA LEGITIMACIÓN DEL DERECHO DE USUFRUCTO

A) LEGITIMACIÓN PARA LA CONSTITUCIÓN DEL USUFRUCTO

En lo atinente a la legitimación del derecho de usufructo cabe destacar que el artículo 2131 del Nuevo Código regla lo siguiente, a saber: “(...) *Sólo están legitimados para constituir usufructo el dueño, el titular de un derecho de propiedad horizontal, el superficiario y los comuneros del objeto sobre el que puede recaer. (...)*”.

Sabido es que sólo “el propietario civilísimo” -en palabras de Moisset de Espanés- puede constituirlo, pues el usufructo es un derecho emergente de la desmembración de las facultades que constituyen el haz de éstas, que deviene en el contenido del derecho de dominio, derecho real paradigmático y por excelencia.

Al respecto cabe señalar que en el Código Civil argentino no existe una norma que consagre expresamente y de manera genérica la legitimación sustantiva, como sí lo hace en este artículo objeto de nota el Nuevo Código, por lo que en el Código de Vélez sólo cabe extraer la legitimación o bien por interpretación *a contrario sensu* [usufructo legal (artículo 2818 del Código Civil) o usufructo constituido por prescripción (artículo 2817 del Código Civil) o bien en casos particulares como es el del condómino (artículo 2843 del Código Civil)].

El Proyecto de 1998, en el artículo 2034, reza del siguiente modo, a saber: “(...) **Legitimación.** *Sólo están legitimados para constituir el usufructo el dueño, el propietario horizontal, el superficiario y los comuneros de dichos derechos reales. (...)*”.

Adviértase que la técnica de redacción del Proyecto de 1998, es más depurada que la del Nuevo Código, toda vez que mantiene una redacción

coherente, pues habla del dueño, propietario horizontal y superficiario, mientras que el Nuevo Código habla de dueño por un lado y titular del derecho de propiedad horizontal. En este último caso, sería saludable hablar de titular del derecho de dominio y titular del derecho de superficie, a fin de guardar coherencia lingüística.

Más allá de este reparto terminológico, existe otro de tipo conceptual de mayor relevancia, que consiste en las modificaciones de la referencia a los comuneros. En efecto, en el proyecto de 1998 alude a los comuneros “(...) ...de dichos derechos reales... (...)”, es decir alude a la co-titularidad de los derechos reales mencionados expresamente: dominio, propiedad horizontal y superficie.

En cambio, el Nuevo Código habla de los comuneros “(...) ...del objeto sobre el que puede recaer... (...)”. Ahora bien, la pregunta emerge sola: ¿sobre el que puede recaer qué? La expresión en modo singular y la conjunción copulativa debería llevarnos a entender que se ha pretendido aludir -de manera muy poco feliz- al derecho de superficie, aunque creemos que esa no ha sido la verdadera intención. Muy por el contrario, consideramos que lo que se ha querido prever es la legitimación de los co-titulares de los derechos reales mencionados (dominio, propiedad horizontal y superficie) para constituir el derecho real de usufructo.

Es muy curioso y criticable que habiendo expresamente previsto como derecho real autónomo e independiente al condominio, el Nuevo Código no legitime expresamente al condómino a tales fines. De hecho estaría implícita su inclusión en la poco feliz expresión “(...) ...los comuneros del objeto sobre el que puede recaer... (...)”, pero al haber reglado y enumerado independientemente al condominio el artículo debería aludirlo derechamente y sin más rodeos.

Por otro lado, es menester enfatizar que el artículo 2131 del Nuevo Código introduce una *enumeración taxativa* acerca de quienes están legi-



timados para constituir derecho real de usufructo, calidad que queda evidenciada con la utilización del adverbio de modo “sólo”. Esto es saludable pues evita los regueros de tinta -doctrinaria y jurisprudencial- en torno a si estamos en presencia de una enunciación ejemplificativa o restrictiva.

Sin embargo, esto provoca corolarios que parece haber olvidado la comisión reformadora, tal como habremos de señalar seguidamente. Si la enumeración es taxativa los titulares de los restantes derechos reales no están legitimados para constituir usufructo. Así pues sucedería con los titulares de los derechos reales de conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido, cementerio privado, que no aparecen ni mencionados, con lo cual se genera una verdadera laguna normativa.

B) USUFRUCTO A FAVOR DE VARIAS PERSONAS

En cuanto al usufructo a favor de varias personas el artículo 2132 del Nuevo Código reza: *“(...) El usufructo puede establecerse conjunta y simultáneamente a favor de varias personas. Si se extingue para una subsiste para las restantes, pero sin derecho de acrecer, excepto si en el acto constitutivo se prevé lo contrario. No puede establecerse usufructo a favor de varias personas que se suceden entre sí, a menos que el indicado en un orden precedente no quiera o no pueda aceptar el usufructo. (...)”*.

En primer lugar, es menester señalar que cuando en el artículo 2132 del Nuevo Código se establece lo siguiente, a saber: *“(...) El usufructo puede establecerse conjunta y simultáneamente a favor de varias personas. (...)”*, recepta lo normado por el artículo 2821 del Código Civil argentino cuando dispone: *“(...) El usufructo puede ser establecido conjunta y simultáneamente a favor de muchas personas, por partes separadas o indivisas... (...)”*.

Aquí se mantiene la que, damos en llamar, como *regla de la legitimación amplia para revestir la calidad de usufructuario*. Asimismo, en este mismo dispositivo normativo se conserva la pauta según la cual el derecho real de usufructo se puede establecer a favor de una sola persona, física o jurídica, o de varias personas, de manera conjunta o simultánea, configurándose en este último caso un supuesto de titularidad compartida del derecho real, es decir un “co-usufructo”.

Hacemos nuestra la advertencia de Musto cuando dice que: “(...) ...*la constitución conjunta y simultánea, combinada con el derecho de acrecer que el art. 2823 deja librado a la estipulación de las partes, pueden conducir al mismo resultado de extensión temporal de la desmembración que el usufructo sucesivo. (...)*”.¹⁴

En segundo lugar, es dable enfatizar que cuando en el artículo 2132 del Nuevo Código se establece lo siguiente, a saber: “(...) *Si se extingue (el usufructo) para una (persona) subsiste para las restantes (personas), pero sin derecho de acrecer, excepto si en el acto constitutivo se prevé lo contrario. (...)*” (lo consignado entre paréntesis nos pertenece), se adopta lo reglado por el artículo 2823 del Código Civil argentino cuando prevé: “(...) *Siendo dos o más usufructuarios, no habrá entre ellos derecho de acrecer, a menos que en el instrumento constitutivo del usufructo se estipulare o dispusiere expresamente lo contrario. (...)*”.

Aquí se mantiene la conocida *regla de que en materia de usufructo no existe el derecho de acrecer, salvo pacto expreso en contrario al momento de la constitución*. Por tanto, fallecido un co-usufructuario su cuota parte en el usufructo se extingue y se consolida con la nuda propiedad, y con la muerte del último co-usufructuario se extingue el usufructo y renace el dominio pleno; todo ello, salvo que se haya pactado el derecho de acrecer en el acto constitutivo del usufructo.

¹⁴ Ver Néstor Jorge Musto en “Derechos Reales” - Tomo 2 - Editorial Astrea, de Alfredo y Ricardo Depalma – Buenos Aires, 2000 - Página 38.



A este respecto es dable destacar que la regla de la imposibilidad del derecho de acrecer encuentra fundamento en el carácter personal e intransmisible del usufructo. Por tanto, dado que en el Nuevo Código se consagra la regla de la transmisibilidad del usufructo se elimina la piedra basal de la imposibilidad del derecho de acrecer. Dicho en términos más sencillos el carácter personal e intransmisible del usufructo es el fundamento de la imposibilidad (relativa) del derecho de acrecer, eliminada su imposibilidad de transmisión ¿sobre qué se sustenta la imposibilidad de acrecer?

Para intentar esbozar una respuesta es bueno leer tanto el texto del artículo 1798 del Código Civil argentino (en materia de donación) como la nota al artículo 3812 en materia sucesoria, estableciéndose en esta última lo siguiente, a saber: “(...) *El acrecimiento no es otra cosa en realidad sino un no decrecimiento, no para que el heredero o legatario tengan más de lo que les ha sido dado, sino sólo para que no tengan menos. Este es el principio general aplicable, incluso, en materia de usufructo. (...)*”.

Es decir, para Vélez el derecho de acrecer reviste carácter tuitivo y tiende a mantener la integridad patrimonial, es decir, *el derecho de acrecer importa el derecho a no decrecer*. En esto Vélez Sársfield abreva en Demolombe (citado en la nota al artículo 1794) quien tiene dicho: “*In solidum* y de manera que la no aceptación é incapacidad de uno aproveche á los otros *jure non decrescendi*”.

En conclusión, la imposibilidad de prever el derecho de acrecer se funda en la intransmisibilidad del usufructo, y este carácter es esencial de la misma manera que va de la mano del carácter personal del usufructo.

Con lo cual tenemos para nosotros que no puede consagrarse la transmisibilidad del usufructo y sujetarlo a la vida del usufructuario en un pretendido carácter personal, ya debilitado por la pérdida de la primera calidad

(intransmisibilidad). La transmisibilidad del usufructo no puede fundarse sino en reconocer el carácter real del usufructo, y establecer un límite máximo de duración del usufructo, como sucede con las personas jurídicas.

En tercer lugar, cabe indicar que cuando el artículo 2132 del Nuevo Código dispone lo siguiente, a saber: “(...) *No puede establecerse usufructo a favor de varias personas que se suceden entre sí, a menos que el indicado en un orden precedente no quiera o no pueda aceptar el usufructo. (...)*”, mantiene la regulación contenida en el artículo 2824 del Código Civil Argentino que reza: “(...) *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 (...)*”.

Aquí se sostiene la prohibición de prolongar indefinidamente la desmembración de la propiedad o, más propiamente dicho, del derecho real de dominio.

A nuestro entender la mejor explicación del fundamento de esta regla, de raigambre romanista, se encuentra en la nota al artículo 437 del Proyecto García Goyena. Seguidamente, transcribiremos el artículo 437 en cuestión, que prevé: “(...) Puede constituirse el usufructo á favor de una ó muchas personas ó sucesivamente, con tal que existan al tiempo de morir el constituyente. En todo caso puede constituirse el usufructo desde ó hasta cierto día, puramente y bajo condición. (...)” (sic.) (el subrayado nos pertenece).

Por su parte, la nota al artículo 437 del Proyecto García Goyena reza: “(...) *El 805 Holandes es el único que habla de este particular: “El usufructo puede constituirse á favor de una ó de muchas personas determinadas para que lo gocen conjunta ó sucesivamente.” “En caso de goce sucesivo el usufructo no tendrá lugar sino a favor de las persona que existan al momento de abrirse el derecho del primer usufructuario.” (...)*” (sic.). Y continúa diciendo la nota en cuestión: “(...) El objeto de



artículo es evitar que se eluda por un medio indirecto la prohibición de las sustituciones ó fideicomisos, constituyéndolo por tres, cuatro ó mas generaciones: de aquí vendrían indirectamente y temporalmente los mayorazgos ó fideicomisos de Triboniano: además, es contra la naturaleza del usufructo y contra las regla de buen economía, el estar separado perpétuamente ó por muy largo tiempo de la propiedad. (...)” (sic.) (el subrayado nos pertenece).

Precisamente aquí se advierte la identidad de perspectivas con Vélez Sársfield cuando nos habla que ciertas afectaciones a la propiedad inmobiliaria son una fuente fecunda de complicaciones y pleitos, que embarazan a las propiedades perpetuamente o por largo tiempo. Al respecto resultan muy ilustrativas, entre otras, las notas a los artículos 2502, 2506, 2508, y al Título 4: “De los derecho reales”, del Libro Tercero: “De los derechos reales”, del Código Civil argentino, a autoría de Don Dalmacio Vélez Sársfield.

Finalmente, en la nota al artículo 436 del Proyecto García Goyena se señala: “(...) El párrafo 2.º del artículo es el 580 Frances, seguido en todos los Códigos, y conforme con las leyes 4, título 1, 4, título 6, libro 7, 16, párrafo 2, título 2, libro 10, y 13, libro 33 del Digesto: la ley 20, título 31º, Partida 3, solo dice: “Para en toda su vida, ó á tiempo cierto.” (...)” (sic.).¹⁵

Con lo cual queda evidenciada claramente la raigambre romanista y su influencia en el paradigma de los Códigos Decimonónicos: *el napoleónico Código Civil Francés de 1804*, fuente normativa ineludible e innegable de los Códigos Nacionales del Siglo XIX.

¹⁵ Ver Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español, por Excmo. Sr. D. Florencio García Goyena – Reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Prof. Lacruz Berdejo y una tabla de concordancias con el Código civil vigente . Zaragoza, 1974 - Página 228.

C) PROHIBICIÓN DEL USUFRUCTO JUDICIAL

En cuanto a la prohibición de la constitución del usufructo por vía judicial cabe recordar que el artículo 2133 del Nuevo Código dispone: “(..) *En ningún caso el juez puede constituir un usufructo o imponer su constitución. (...)*”.

Cabe destacar que la fuente del artículo 2818 del Código Civil argentino -y por extensión del aquí anotado- es la doctrina francesa [DEMANTE / TOULLIER / DURANTON / MARCADÉ / DEMOLOMBE -entre otros-] y el Código Civil Francés (artículo 579), habiéndose apartado Vélez Sársfield de la tradición romanista ⁽¹⁶⁾ que admitía las particiones judiciales por la autoridad del juez, como por ejemplo sucedía en la “actio communi dividuendo” o la “actio familiae escircundae”.

Resulta muy ilustrativa la nota al artículo 2818 del Código de Vélez en el que el insigne codificador explica los alcances de esta prohibición.

En efecto, allí se expresa: “(..) *Podría decirse en tal caso que el usufructo era constituido por convención entre las partes. Lo que importa el artículo es, que el juez no pueda de oficio, o a solicitud de una de las partes ordenar una partición de esa clase, contra la voluntad de las otras. (...)*” (el subrayado nos pertenece) (segundo párrafo de la nota al artículo 2818 del Código Civil argentino).

Entendemos por ello ajustada la redacción de la norma y clara en cuanto a sus alcances y efectos. E incluso colegimos superior el hecho de haber reemplazo por la palabra “juez” el término “Tribunal” que para esta norma utiliza el Proyecto de 1998.

¹⁶ Ver L. 6, Tít. 1, Lib. 7, Digesto.



Queda clara entonces con la redacción de la norma adoptada en el artículo anotado que no se prohíbe, por ejemplo, que al momento de la partición de bienes se pueda convenir una división bajo esta modalidad (judicial) pero que a la postre será convencional, conforme lo prescripto por el artículo 3462 del Código Civil argentino y el artículo 2369 del Nuevo Código.

D) MODO DE CONSTITUCIÓN DEL USUFRUCTO

En lo atinente al modo de constitución del usufructo el artículo 2134 del Nuevo Código regla los siguientes, a saber: “(...) *El usufructo puede constituirse: a) por la transmisión del uso y goce con reserva de la nuda propiedad; b) por la transmisión de la nuda propiedad con reserva del uso y goce; c) por transmisión de la nuda propiedad a una persona y el uso y goce a otra. (...)*”.

La norma bajo estudio no consagra ni los modos (pese a señalarlo en el título) o fuentes ni las formas de constitución, sino los efectos de la constitución y en función de estos formula la clasificación que reflejan los incisos a), b) y c). En este sentido el mismo Salvat lo reconoce implícitamente al decir: “(...) *Tenemos aquí las dos formas cómo el usufructo puede aparecer constituido por este medio: (se refiere a los contratos) (...)*” (lo consignado entre paréntesis nos pertenece). (17)

Si regulase las formas el artículo debería expresar cuáles son las solemnidades a observarse, y -por tanto- en materia inmobiliaria, por ejem-

17 Ver Raymundo M. Salvat en “Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales” - Cuarto Edición, actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Manuel J. Argañarás Tomo III – Tipográfica Editora Argentina S.A. - Buenos Aires, 1959 - Página 261.

plo, debería exigir su instrumentación por escritura pública, lo que más la tradición y la registración inmobiliaria, produciría la constitución efectiva del derecho real de usufructo.

Si regulase, como declama, los modos de constitución o –más precisamente- las fuentes de constitución, debería enumerar que se constituye por contrato, disposición de última voluntad, y prescripción, como lo hace el artículo 2812 del Código Civil velezano, el que agrega la ley como fuente de constitución en concordancia con el artículo 2816 del Código Civil argentino.

En el Nuevo Código se ha eliminado, lamentablemente, el artículo 2812 del Código de Vélez alusivo a las fuentes de constitución del usufructo y se ha procedido a reglar los efectos de las distintas maneras de constitución, pero en un único dispositivo eliminando los distinguos entre contratos onerosos (artículo 2813 del Código Civil argentino), contratos gratuitos (artículo 2814 del Código Civil argentino) y por actos de última voluntad (artículo 2815 del Código Civil argentino).

Cabe destacar que tanto los contratos onerosos y los contratos gratuitos, cuanto las disposiciones de última voluntad admiten las tres alternativas que enumera el artículo 2134 del Nuevo Código, y esto ha llevado erróneamente al legislador a una simplificación excesiva, que –cual mutilación impiadosa- nos priva de formular distinguos necesarios, como por ejemplo que las transmisiones por contratos gratuitos y por actos de última voluntad se presumen gratuitos.

Pero analicemos concretamente el artículo 2134 del Nuevo Código bajo estudio, que en su acápite señala: “(...) *Modos de constitución* (...)” y en su encabezado reza: “(...) *El usufructo puede constituirse: (...)*”.

En el inciso primero del artículo 2134 del Nuevo Código se dispone: “(...) *a) por la transmisión del uso y goce con reserva de la nuda propiedad;*



(...). Aquí se consagra lo que los romanos denominaban el *usufructo* “*Per translationem*”, que implica aquellos actos por los cuales el dueño del inmueble se desprende del usufructo a favor del usufructuario, y se reserva la nuda propiedad, deviniendo en nudo propietario.

En el Código Civil argentino esta forma de usufructo respecto de los contratos, onerosos y gratuitos respectivamente, se puede vislumbrar tanto en la primera parte del artículo 2813, cuanto en la segunda parte del artículo 2814 que rezan -respectivamente- del siguiente modo: “(...) *Es establecido por contrato oneroso, cuando es el objeto directo de una venta, de un cambio, de una partición, de una transacción, etc., etc. ... (...)*” y “(...) *Es establecido por contrato gratuito, cuando el donante no enajena sino la nuda propiedad de la cosa, reservándose el goce; o cuando no da más que el usufructo... (...)*” (el subrayado nos pertenece).

En el segundo inciso del artículo 2134 del Nuevo Código se prevé: “(...) *b) por la transmisión de la nuda propiedad con reserva del uso y goce; (...)*”. En este apartado se instituye el usufructo que los romanos nominaban como *usufructo* “*Per deductionem*”, que supone aquellos actos por los cuales el dueño transmite la propiedad desnuda (nuda propiedad) de la cosa y se reserva el usufructo, deviniendo en usufructuario.

En el Código de Vélez esta forma de usufructo respecto de los contratos onerosos y gratuitos, se puede vislumbrar en la segunda parte del artículo 2813 y en la primer parte del artículo 2814 que prevén -respectivamente- de la siguiente manera: “(...) *o cuando el vendedor enajena solamente la nuda propiedad de un fundo, reservándose su goce. (...)*”, y “(...) *Es establecido por contrato gratuito, cuando el donante no enajena sino la nuda propiedad de la cosa, reservándose el goce; (...)*”.

Finalmente, en el tercer inciso del artículo 2134 del Nuevo Código se dispone lo siguiente, a saber “(...) c) *por transmisión de la nuda propiedad a una persona y el uso y goce a otra. (...)*”.

Este supuesto está previsto en el Código Civil argentino de autoría de Vélez Sársfield sólo en materia de donación (es decir, de las liberalidades) y no en materia de contratos onerosos; más precisamente, en el artículo 2814 -tercera parte- cuando prevé: “(...) *Es establecido por contrato gratuito, cuando el donante no enajena sino la nuda propiedad de la cosa, reservándose el goce; o cuando no da más que el usufructo, o cuando cede a uno el derecho de propiedad, y a otro el de goce de la cosa. (...)*” (el subrayado nos pertenece).

Claramente, en este último caso, estamos ante un supuesto de *usufructo Per translationem*, de raigambre romanista, previsto en materia de contratos a título gratuito, mas la pregunta que fluye es la siguiente: ¿ahora será extensible este efecto a los contratos a título oneroso?; destáquese, antes de aventurar una respuesta, que no existe norma prohibitiva al respecto, y que el usufructo es ahora transmisible por actos entre vivos. De responder afirmativamente, debemos señalar que se estaría introduciendo una innovación en la materia.

Finalmente cabe destacar que en materia de usufructo constituido por disposición de última voluntad (usufructo testamentario) (artículo 2815 del Código Civil argentino) caben los tres supuestos contemplados en los incisos a), b) y c) del artículo 2134 del Nuevo Código, al igual de lo que acontece en materia de usufructos constituidos por contratos gratuitos, y a diferencia de lo que sucede en materia de usufructos constituidos por contratos onerosos que sólo admiten los supuestos previstos en los incisos a) y b) del referido artículo.



E) PRESUNCIÓN DE ONEROSIDAD

En materia de presunción de onerosidad acerca del título de constitución del usufructo sea menester destacar que el artículo 2135 del Nuevo Código dispone: “(...) En caso de duda, la constitución del usufructo se presume onerosa. (...)”.

La norma analizada resulta harto defectuosa y muy criticable por diversas razones, de las que destacaremos tan sólo tres, a saber: **a)** en primer lugar, porque no se aclara la naturaleza jurídica de la presunción instituida (*iuris tantum* o *iuris et de iure*); **b)** en segundo lugar, porque no respeta las reglas en la materia de presunciones de onerosidad y gratuidad, tanto contractual en general, cuanto usufructuaria en particular la cual está determinada por la *causa del negocio jurídico*; y **c)** la falta de observancia de la regla que reza: “*lex statuit deo quod plerumque fit*” o –traducida- *la ley regula de lo que comúnmente ocurre*. o de lo que nuestro Maestro el Profesor Doctor Gabriel Ventura nos enseña como “*Principio de la Normal Ocurrencia*”, y que a nuestro entender encuentra recepción jurídica en el Código Civil velezano en el artículo 878 y su nota (especialmente ésta).

En efecto, cuando la causa es contractual el usufructo se presume oneroso pues supone una contraprestación, mientras que se presume gratuito cuando la causa es una disposición de última voluntad.

Recordemos que ello ha sido así receptado por Augusto Texeira de Freitas en su Esboco –fuente directa del artículo 2819 del Código Civil velezano-, más precisamente en su artículo 4609 -tercer párrafo- que reza del siguiente modo, a saber: “(...) *En la duda, debe presumirse oneroso el usufructo constituido por contrato (art. 4531, núms. 1.º y 2.º), y gratuito el constituido por disposición de última voluntad (art. 4531, núm. 3.º). (...)*”. (18)

18 Ver A. T. de Freitas en “Código Civil. Obra fundamental del Código Civil Argentino – Traducción Castellana – Tomo

La explicación del distinguido la brinda claramente el brillante exégeta correntino Lisandro Segovia quien tiene dicho: “(...) *Las liberalidades son mucho más naturales y presumibles que las cargas en el hombre que dispone de sus bienes para cuando ya no exista. Por el contrario, los actos entre vivos son inspirados con harta frecuencia por el interés y el lucro (y de allí deviene la presunción de onerosidad), y por esto las donaciones no se presumen (art. 1820). (...)*” (el subrayado y lo consignado entre paréntesis nos pertenece). (19)

Adviértase, incluso, la curiosidad que el propio artículo 2037 del Proyecto de 1998, matriz del anotado, sí respeta (aun con críticas a formularle) las reglas señaladas, al decir: “(...) **Art. 2037.- Onerosidad y gratuidad.** *En caso de duda se presume oneroso el usufructo constituido por contrato, y gratuito el constituido por disposición de última voluntad. (...)*”. (20) Dicho en términos más sencillos la norma subyacente presume que el usufructo es oneroso cuando la causa de su constitución es un contrato, pues “lo que comúnmente ocurre” es que en estos casos hay una contraprestación y se persigue un fin de lucro (en este sentido LLAMBÍAS / ALTERINI / AREÁN -entre otros-).

Por otro costado, la norma presume que el usufructo es gratuito cuando es constituido por disposición de última voluntad, pues allí -por regla general- no hay contraprestación ni se persigue un fin de lucro, sino que la intención es beneficiar [en este sentido LLAMBÍAS / ALTERINI / AREÁN -entre otros-].

11 – Buenos Aires, 1909 - Página 619.

19 Ver Lisandro Segovia en “El Código Civil de la República Argentina” (copia de la edición oficial íntegra con su explicación y crítica bajo la forma de notas) – Nueva edición – Tomo Segundo que contiene los libros tercero y cuarto del Código Civil – Librería y Editorial “La Facultad” Juan Roldán y Cía. - Buenos Aires, 1933 - Página 218 - nota a pie de página n° 29.

20 Ver “Proyecto de Código Civil de la República Argentina. Unificación con el Código de Comercio” - Redactado por Héctor Alegria, Atilio Anibal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman – Introducción Enrique L. Abatti e Ival Rocca (h) Director Editorial Joaquín García Alonso Coedición con Librería “El Foro” S.A. - Editorial San Isidro Labrador - Buenos Aires, 1999 – Página 452.



El artículo 2135 del Nuevo Código nada dice en torno a cuándo se presume oneroso y cuándo gratuito, es decir a raíz de qué causa se arriba a tales presunciones, lo que impide definir el concepto de duda. Es decir, nos preguntamos ¿cuándo habrá duda, si la única forma de que haya duda es a partir del análisis de la causa constitutiva y la dificultad en la precisión de sus efectos?

Dicho más derechamente, la duda sólo puede fundarse en la causa de constitución del usufructo, y en sus deficiencias, las que impiden establecer si el derecho real ha sido constituido a título oneroso o gratuito.

Por tanto, entendemos que esta norma se encuentra divorciada de un sistema jurídico causalista como el nuestro, lo que configurará un semillero de conflictos.

F) MODALIDADES DE CONSTITUCIÓN

En cuanto a las modalidades de constitución de usufructo el artículo 2136 del Nuevo Código reza: “(...) *El usufructo puede ser establecido pura y simplemente, sujeto a condición o plazo resolutorios, o con cargo. No puede sujetarse a condición o plazo suspensivos y si así se constituye, el usufructo mismo se tiene por no establecido. Cuando el testamento subordina el usufructo a una condición o a plazo suspensivos, la constitución sólo es válida si se cumplen antes del fallecimiento del testador. (...)*”.

El usufructo puede ser constituido de manera pura y simple o modalizada, según las clásicas modalidades de los actos jurídicos: cargo (artículos 354 a 357 del Nuevo Código), plazo (artículos 350 a 353 del Nuevo Código) o condición (artículos 343 a 349 del Nuevo Código). El Código de Vélez preveía la libertad de los modos de constitución en el artículo 2821, más allá

de algunas críticas doctrinarias ⁽²¹⁾ formuladas a este último artículo cuando permite establecer el usufructo “(...) ...a partir de un cierto día... (...)” y su aparente contradicción con el artículo 2829 del Código de Vélez.

La segunda parte del artículo anotado se corresponde con el artículo 2829 del Código de Vélez con la diferencia que en el primero se ha establecido que la constitución del usufructo sólo es válida si se cumplen la condición o el plazo suspensivos antes del fallecimiento del testador, y no después como reza el artículo velezano.

La doctrina dominante critica la prohibición del artículo 2829 del Código de Vélez, en su primera parte, en cuanto –seguidamente- prevé que la misma no funciona en materia de disposiciones de última voluntad siempre que: “(...) ...la condición se cumpla o el plazo se venza después del fallecimiento del testador. (...)”. En éste, sostiene la referida doctrina dominante [ALLENDE / GARRIDO - ANDORNO / SALVAT-ARGAÑARÁS / PAPAÑO / KIPER, DILLON / CAUSE / MARIANI DE VIDAL -entre otros-], hay una contradicción inaceptable.

Señala la doctrina dominante [MACHADO / ALLENDE / SALVAT-ARGAÑARÁS -entre otros-] que con ello se ha querido, por un lado, evitar que el propietario deje de realizar las mejoras en una propiedad a raíz del contrato de usufructo sujeto a un plazo incierto a una condición suspensiva, y, por otro lado, impedir que se desnaturalice la limitación temporal de origen legal en torno a la duración del usufructo, o bien más allá de la vida del usufructuario en el caso de personas físicas (artículo 2825 del Código Civil argentino; artículo 2152 -inciso a)- del Nuevo Código), o bien más allá de los veinte años (artículo 2828 del Código Civil argentino) o de los cincuenta años (artículo 2152 -inciso b)- del Nuevo Código) en el caso de personas jurídicas.

21 Ver Raymundo Salvat en “Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales” - Tomo III (anotado por Argañarás) - Páginas 272/274.



Con matices diferenciadores seguimos a Musto ⁽²²⁾, quien nos brinda una particular visión de estos artículos, asumiendo una posición que reconoce, al igual que la doctrina dominante, que la diversidad de fuentes consultadas por Vélez llevaron a normas difíciles de armonizar. Pero luego señala este autor que la manera correcta de interpretar ambos artículos (arts. 2821 y 2829 del Código de Vélez) es diferenciando entre establecimiento y constitución de usufructo.

Así pues concluye diciendo que cuando se constituye un usufructo, y se sujeta su ejercicio a un plazo o condición suspensivos, son éstos los que se tienen por ineficaces, mas no la constitución del usufructo que se mantiene incólume. Ello así, pues colige Musto que el artículo 2829 del Código Civil velezano prohíbe que una vez constituido el usufructo quede sujeto (en su ejercicio) a una condición suspensiva.

El Nuevo Código adopta, sin embargo, la solución que propiciara Salvat, quien tenía por inexistente todo el derecho real y no sólo la condición o el plazo suspensivos, lo que –entendemos- deviene en un verdadero exceso. Pero además colegimos que debería haber consagrado lisa y llanamente la nulidad de la constitución del derecho real de usufructo, como lo han hecho las fuentes de estos artículos, a saber: el artículo 4557 del Esboco de Freitas y el artículo 768 del Código Civil de Chile, y llenando además el vacío legal que nos dejó Vélez quien no estableció la sanción frente al incumplimiento de lo normado en el artículo 2829 de su Código Civil.

22 Ver Néstor Jorge Musto en "Derechos Reales" – Tomo 2 - Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma – Buenos Aires, 2000 - Páginas 30/34.

G) INVENTARIO

En cuanto al inventario en materia de usufructo el artículo 2137 del Nuevo Código prevé lo siguiente, a saber: *“(...) Cualquiera de las partes contratantes tiene derecho a inventariar y determinar el estado del objeto del usufructo, antes de entrar en su uso y goce. Cuando las partes son mayores de edad y capaces, el inventario y determinación del estado del objeto del usufructo son facultativos y pueden hacerse por instrumento privado. En caso contrario, son obligatorios y deben ser hechos por escritura pública. Si el usufructo se constituye por testamento, quien ha sido designado usufructuario está obligado a inventariar y determinar el estado del objeto, en escritura pública. Esta obligación tampoco es dispensable. La parte interesada puede reclamar en cualquier momento el cumplimiento de la ejecución no efectivizada. (...)”*.

Conocidas son las críticas en torno a que Vélez Sársfield previó, en el artículo 2846 del Código Civil argentino, el deber del usufructuario de *“(...) ...hacer inventario de los muebles, y un estado de los inmuebles sujetos al usufructo... (...)”*.

Al respecto, y en primer lugar, se señala que si antes de la tradición (léase modo) de la cosa el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real (conforme artículo 577 del Código Civil argentino), mal puede hablarse de un usufructuario cual titular de un derecho real, cuando no se ha verificado la faz modal necesaria para su constitución.

En segundo lugar, es dable recordar la división doctrinaria en torno a si el inventario sólo se verifica en materia de muebles o si también incluye a los bienes inmuebles, discusión que entendemos bizantina pues en el resto del articulado Vélez Sársfield utiliza indistintamente la palabra inventario, tanto respecto de cosas muebles como inmuebles; aunque el



debate podría no ser bizantino si vemos que podría impactar directamente en el ámbito de dispensa de la obligación de inventario.

En tercer lugar, tenemos para nosotros que resulta impropio hablar de “partes” en materia de usufructo, pues en realidad en materia de derechos reales no hay partes: lo que sí tenemos en un titular del derecho de usufructo y una cosa objeto del mismo. Hablar de “partes” supone confundir el contrato de constitución con el derecho real resultante del mismo. La fuente de este yerro velezano, que se mantiene en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, hunde sus raíces en el Derecho Francés, y en particular, cuadra destacar que se encuentra en el sistema consensualista consagrado por el Código Civil Francés de 1804.

Lo dicho resulta avalado a poco que repasemos las notas a los artículos del Código Civil argentino en donde se nombra a reconocidos juristas franceses tales como Demolombe, Demante y Aubry y Rau.

En realidad tenemos para nosotros que el artículo 2137 del Nuevo Código aquí anotado, tiene en realidad dos partes (o dos normas jurídicas) diferentes entre sí.

La primera parte se corresponde con el primer párrafo del artículo objeto de nota, el que alude a los actos entre vivos. Allí se establece que es facultativa la facción del inventario y que puede hacerse por instrumento privado, salvo que no todas las partes sean capaces y mayores de edad en cuyo caso es obligación tanto el inventario, cuanto la forma escrituraria.

La segunda parte del artículo se refiere a los actos de última voluntad, y allí se establece que es obligatorio el inventario y la instrumentación por escritura pública. Sin embargo, cabe destacar que resulta poco feliz la siguiente expresión: “(...) *Esta obligación tampoco es dispensable.* (...)”, pues nos deja la duda

si la obligación es la del inventario o de la escritura pública, e incluso si se aplica a los actos de última voluntad solamente, o también a los actos entre vivos.

En realidad lo que el legislador ha querido es señalar que así como es obligatoria la escritura pública y ello no es dispensable, lo mismo sucede con el inventario y su instrumentación formal (escritura pública).

El párrafo final o tercer párrafo plantea la duda si alude al primer o al segundo párrafo solamente, o a ambas normas (párrafos). A nuestro entender se aplica a ambos párrafos en cuanto sea procedente por exigible.

Para entender este distingo normativo que se formula en el marco del artículo anotado es dable recordar las distintas posturas que se han acuñado en torno a la naturaleza de la obligación de inventariar y su correlato en cuanto a la posibilidad de ser dispensada.

En materia testamentaria no cabe duda de la naturaleza de orden público de la obligación de inventariar, y -por tanto- de la imposibilidad de su dispensa, toda vez que ello podría afectar la legítima de un heredero forzoso, con motivo de la falta de certeza provocada por la ausencia del inventario, semillero de conflictos entre herederos (forzosos o no) y usufructuarios.

Ahora bien, la discusión aparece más sustentada y sólida en sus distintas facetas, en materia de usufructo contractual o convencional. Así pues, hay quienes entienden que la obligación de inventariar es de orden público y -por tanto- no puede ser dispensada [MACHADO / SALVAT / ALLENDE MARIANI DE VIDAL / HEREDIA -entre otros-], mientras que por otro costado hallamos a quienes coligen que se trata de una obligación de orden privado o que compromete el interés particular y en consecuencia sí resulta dispensable [LAFAILLE / MOLINARIO / BORDA / GARRIDO-ANDORNO / PAPAÑO / KIPER / DILLON / CAUSSE -entre otros-].



En conclusión, el artículo 2137 del Nuevo Código intenta zanjar esta cuestión estableciendo que en materia de usufructo convencional o contractual, siendo las personas capaces y mayores de edad pueden usar y gozar de los bienes sin hacer inventario, pudiendo en este caso incluso realizar el inventario por instrumento privado; es decir que se consagra una *dispensa legal*, la cual cede cuando hay incapaces, en cuyo caso deviene obligatoria la facción del inventario y el deber de instrumentarlo por escritura pública.

En materia de usufructo testamentario se establece la imposibilidad de dispensar la obligación del inventario, lo que importa consagrar la naturaleza de orden público de esta última. Resulta importante destacar que la nueva norma deja un vacío legislativo importante pues no establece quién debe soportar los gastos del inventario, lo que puede generar conflictos y favorecerá la no realización del inventario (cuando debería propenderse a lo contrario), en desmedro del esencial contenido de este derecho real: el “*salva rerum substantia*”.

H) PRESUNCIONES EN MATERIA DE FALTA DE INVENTARIO Y DE DETERMINACIÓN DEL ESTADO DE LOS BIENES

En materia de presunción por la falta de inventario y de determinación del estado de los bienes el Nuevo Código dispone en el artículo 2138 lo siguiente, a saber: “(...) *La falta de inventario y de determinación del estado de los bienes hace presumir que se corresponden con la cantidad indicada en el título y que se encuentran en buen estado de conservación, excepto que se haya previsto lo contrario. (...)*”.

La exigencia del inventario debe engastarse con la médula espinal de este derecho real que se acuña en el latinazgo: “salva rerum substantia”. En efecto, si es esencial y connatural al derecho real de usufructo el hecho de que el usufructuario no pueda ni deba modificar o alterar la sustancia de la cosa, es menester antes de ejercer este derecho real lograr una enumeración y descripción minuciosa de los bienes muebles y de las calidades o condiciones físicas de los bienes inmuebles objeto del usufructo; y para ello es menester el inventario y -precisamente- en esto último consiste.

La fuente positiva directa de este artículo es el artículo 600 del Código Civil francés que, luego de señalar que el usufructuario toma las cosa en el estado en que están, prevé que no puede entrar en su uso y goce sino después de haber hecho formar -en presencia del propietario o citándole formalmente- un inventario de los muebles y un estado de los inmuebles sujeto al derecho real de usufructo.

Debemos diferenciar la dispensa del inventario en materia de usufructo de los efectos de la falta de inventario. Lo que la norma anotada prevé es esto último.

Cabe recordar que en el Código Civil argentino de cuño velezano se consagra: **a)** en el artículo 2848 los efectos de la falta de inventario practicado en tiempo y forma; **b)** en el artículo 2849 la posibilidad de exigir la facción del inventario, aun luego de haber tomado posesión de la cosa el usufructuario, e incluso sin oposición alguna del nudo propietario; y **c)** en el artículo 2850 la prohibición de la dispensa del inventario en el usufructo testamentario.

En fin, el artículo 2138 del Nuevo Código exige la realización del inventario pues es esencial y -por tanto- indisponible, toda vez que afecta el orden público connatural a los derechos reales. Éste puede verse afectado, por ejemplo, ante la eventualidad de la violación de la legítima de los here-



deros forzosos, la posibilidad de hurtos y fraudes, entre otras situaciones, y de allí la necesidad del inventario.

Tan imperioso resulta que el artículo 600 del Código de Napoleón lo impone en términos rigurosos y sin distinciones de ningún tipo, mientras que en el artículo 601 del Código Civil francés sí se permite la dispensa pero sólo de la fianza y al momento de constitución del usufructo, con lo cual queda clara la esencial y mayor importancia del inventario en comparación con la de la fianza.

I) GARANTÍA SUFICIENTE EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LA TRANSMISIÓN

En lo atinente a la garantía suficiente para la constitución y transmisión del usufructo en el artículo 2138 del Nuevo Código se prevé lo siguiente, a saber: “(...) *En el acto de constitución puede establecerse la obligación previa al ingreso en el uso y goce, de otorgar garantía suficiente, por la conservación y restitución de los bienes, una vez extinguido el usufructo. (...)*”.

La exigencia del inventario, presupuesto necesario para verificar el cumplimiento de la *no alteración de la sustancia* de la cosa fructuaria (“*salva rerum substantia*”), supone consecuentemente la exigibilidad de una caución o garantía suficiente tanto de la conservación de los bienes, como de su restitución en tiempo y forma una vez extinguido el usufructo.

Cabe señalar que esta garantía en el Código Civil argentino consistía en una fianza, y que la misma tenía por fin tutelar al nudo propietario frente a los eventuales abusos en el uso y goce de la cosa fructuaria en que pudiera incurrir el usufructuario. El mérito del artículo objeto de nota no está en

permitir todo tipo de garantías, sino en haber habilitado la posibilidad de echar mano de la hipoteca a tales fines, la que fue expresamente excluida en el Código de Vélez como caución suficiente en materia de usufructo.

En efecto, si bien el Código Civil argentino sola admite de manera expresa a la fianza como garantía, la doctrina y la jurisprudencia han entendido que ello debía interpretarse con un criterio amplio, extendiendo la posibilidad de utilizar otro tipo de garantías tales como las prendas y los depósitos en bancos públicos, mas no las hipotecas por expresa prohibición legal.

Es menester destacar que Vélez Sársfield, siguiendo a Aubry y Rau, justifica la proscripción de la hipoteca como garantía, en la duración limitada de la inscripción de hipoteca ⁽²³⁾, lo que consideramos errado ⁽²⁴⁾ toda vez que si el nudo propietario puede dispensar al usufructuario de dar garantía no existe obstáculo ni reparo alguno para admitir una garantía limitada en el tiempo. Pero para más, la exclusión de la hipoteca no encuentra razón alguna, e inclusive priva al nudo propietario de la posibilidad de contar con la garantía por excelencia, que aseguraría que la cosa le será restituida indemne (en el supuesto del usufructo propiamente dicho) o que se le devolverán íntegramente los valores en juego (en el caso del denominado cuasi-usufructo).

Con el reconocimiento de la libertad precautoria, y especialmente con la admisibilidad de la hipoteca como caución suficiente en materia hipotecaria, entendemos que se ha superado una inconsecuencia lógica en nuestro sistema jurídico que excluía la posibilidad de contar con la hipoteca.

23 Ver nota al artículo 2854 del Código Civil.

24 En este sentido ya el mismo ZACHARIE criticaba esta opinión y admitía la hipoteca; entre nosotros admiten la hipoteca: SEGOVIA / SALVAT / LAFAILLE / BORDA.



teca, que es la garantía más plena y brindaba al nudo propietario el mayor reaseguro, posición que es contradictoria con el régimen que en materia de fianzas legales adoptara el Código de Vélez.

Ya hemos visto hasta aquí el mérito de este dispositivo. Veamos seguidamente cuáles son las falencias que nos deja la regulación normativa adoptada. En primer lugar, no se regulan las consecuencias en el retardo de dar fianza, que sí contempla el artículo 2853 del Código de Vélez siguiendo a Demante. Y en segundo lugar, no se prevé qué sucede si las partes no se ponen de acuerdo sobre la seguridad elegida para responder, como sí lo hace Vélez en el artículo 2855 *-in fine-* del Código Civil argentino

En tercer lugar, no se contempla formalmente si el usufructuario que no ha dado fianza puede reclamar al juez, bajo caución juratoria la entrega de los muebles necesarios para el uso, como sí lo hace Vélez en el artículo 2857 del Código Civil argentino. Y en cuarto lugar, no se regula expresamente la posibilidad de exigir fianza cuando ha sido inicialmente dispensada, como lo prevé Vélez en los artículos 2860 y 2861.

Finalmente y en quinto lugar, cabe señalar que los derechos reales desmembrados dejan en poder del dueño sólo algunas de las facultades propias del dominio, mientras que las restantes quedan en cabeza de otra persona.

Pues bien, en el momento de producirse esa desmembración, pueden darse tres maneras diferentes de que ello acontezca, a saber: **a)** que el dueño retenga la propiedad, y transmita los derechos de uso y goce; **b)** que el dueño transmita, en el mismo acto, a uno la nuda propiedad, y a otro los derechos de uso y goce; y **c)** que el dueño retenga para sí el uso y goce, y transmita la propiedad. En este sentido, cuadra destacar que los artículos 2851 a 2857 del Código de Vélez vinculados a la fianza, solamente se refieren a los casos en que a alguien se le transmite el uso y

goce de los bienes, es decir a alguna de las dos primeras formas que hemos descripto, y no a la tercera, que es aquella en la que el dueño se reservó para sí el goce de la cosa (usufructo *per deductionem*).

J) INTRANSMISIBILIDAD HEREDITARIA

En cuanto a la intransmisibilidad hereditaria del derecho de usufructo el Nuevo Código reza: “(...) *El usufructo es intransmisible por causa de muerte, sin perjuicio de lo dispuesto para el usufructo a favor de varias personas con derecho de acrecer. (...)*”.

El derecho real de usufructo es temporario, pudiendo durar como máximo en materia de personas físicas hasta la finalización de la vida (muerte) del titular de este derecho (conforme art. 2822 del Código Civil argentino y artículo 2152 -inciso a)- del Nuevo Código), mientras que tratándose de personas de existencia ideal o jurídica no puede extenderse más allá de veinte años en el Código Civil velezano (artículo 2828) o de cincuenta años (conforme artículo 2152 -inciso b)- del Nuevo Código) de la persona.

Por tanto, podemos concluir diciendo que el artículo 2140 del Nuevo Código consagra, siguiendo claramente a Salvat, al derecho real de usufructo como un derecho intransmisible por causa de muerte o a título hereditario.



MENCIÓN ESPECIAL - XVIII JORNADA NOTARIAL CORDOBESA (2015)

ANÁLISIS DE LAS CONVENCIONES PREMATRIMONIALES Y MATRIMONIALES EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

LUCÍA MEINERO, LORENA PAOLA TEVES y MARÍA NOEL TINELLO
(Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, 1° Circunscripción)

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO COMPARADO

El derecho comparado ha venido aceptando desde hace algunos años la autonomía de la voluntad en relación al régimen patrimonial del matrimonio previendo también un régimen supletorio. En general existen tres regímenes que regulan las relaciones patrimoniales del matrimonio:

I. *Comunidad de bienes*: conocido también como régimen “comunitario” o “societario”. Su rasgo característico es la creación de una masa de bienes que extinguida la comunidad deberá ser compartida entre los cónyuges o entre el supérstite y los herederos del otro cónyuge. Este régimen puede clasificarse en cuanto a su extensión en: a) universales: cuando se abarcan todos los bienes, o b) limitado o restringido: integrados por ciertos bienes, o las ganancias, o bienes futuros, etc.

2. *Separación de bienes*: La celebración del matrimonio no altera la administración y disposición de los bienes de cada cónyuge. Cada uno conserva la titularidad de los bienes que tenía antes de casarse y adquiere para sí los incorporados después del matrimonio por cualquier título. En consecuencia, el matrimonio no produce cambio alguno en la propiedad de los bienes, ingresando al patrimonio de cada cónyuge todos los bienes que adquieran. Esta separación de patrimonio se traslada al sistema de gestión y de responsabilidad frente a terceros. Cada cónyuge tiene plena libertad para celebrar actos de administración y disposición sobre los bienes que integran su patrimonio, como también responderán y no comprometerán al otro por las obligaciones que contraigan frente a terceros acreedores. Sin embargo, advertimos que en la mayoría de las legislaciones que regulan la separación de bienes dejan a salvo ciertas deudas que por responder al interés familiar tienen que ser soportadas por ambos cónyuges, como las necesidades del hogar, asistencia recíproca entre ellos y hacia los hijos, entre otras. Este régimen se integra, en las legislaciones de un grupo importante de países, al catálogo de regímenes permitidos dentro de un sistema que consagra la libertad de elección (Francia; España; Italia; Inglaterra; Alemania; Bélgica; Austria; Portugal; Turquía; Uruguay; Brasil; Chile; México; Paraguay; Perú; Panamá; Venezuela; Honduras; Guatemala; Nicaragua; El Salvador; entre otros).

3. *Participación en las ganancias*: Este régimen surge en la segunda mitad del siglo xx. Es una combinación del régimen de comunidad y separación de bienes, situación que conduce a pensarlo como un régimen mixto. Desde la celebración del matrimonio el régimen funciona como una separación de bienes, situación que cambia después de la disolución. En este sentido, durante la vigencia no se forma una masa común de bienes, sino que nos encontramos frente a dos masas diferenciadas bajo la titularidad de cada cónyuge. Al disolverse, no se constituye una masa partible (como en el régimen de comunidad), sino que nace un derecho de crédito