

## Usufructo. Forma: instrumento privado

por

Luis Moisset de Espanés

Zeus, T. 80, D - 59

### I.- Introducción.

La mayor parte de nuestros autores al referirse a la forma de constituir el usufructo se limitan a breves referencias a los artículos 2830 y 1184, inciso 1º del Código Civil <sup>1</sup>. La primera de las normas mencionadas establece que **"las condiciones requeridas para la validez de los títulos destinados a transferir la propiedad, son igualmente necesarias para la validez de aquellos que tengan por objeto la constitución del usufructo. ..."** y finaliza excluyendo el usufructo legal, que **"no tiene dependencia de ningún acto de adquisición"**.

Por supuesto que esta norma debe vincularse con el artículo 2812 que, en cuatro incisos, nos dice que el usufructo puede constituirse: a) por contrato; b) por actos de última voluntad; c) por prescripción y d) en los casos que la ley designa, hipótesis esta última que -como hemos visto más arriba- no requiere formalidad alguna, siendo suficiente que se de el supuesto de hecho que la ley considera básico para que exista el usufructo, como sucede con los bienes de los hijos que están bajo el denominado "usufructo legal" de los padres que se encuentran en ejercicio de la patria potestad (artículo 287) <sup>2</sup>.

El usufructo constituído por disposición de última voluntad requerirá las formas correspondientes al tipo de testamen-

---

<sup>1</sup>. Ver, por ejemplo, Guillermo A. Borda, Reales, T. II, N° 841, p. 26.

<sup>2</sup>. Art. 287.- El padre y la madre tienen el usufructo de los bienes de sus hijos matrimoniales, o de los extramatrimoniales voluntariamente reconocidos, que estén bajo su autoridad, con excepción de los siguientes:

1. Los adquiridos mediante su trabajo, empleo, profesión o industria aunque vivan en casa de sus padres.

2. Los heredados por motivo de la indignidad o desheredación de sus padres.

3. Los adquiridos por herencia, legado o donación, cuando el donante o testador hubiera dispuesto que el usufructo corresponde al hijo. (texto según ley 23.264.)

to en que se lo estipulase; y la prescripción adquisitiva se ajustará a la normativa que regula esta institución, según se trate de cosas muebles o inmuebles, y que exista o no justo título y buena fe.

Nosotros, en estas breves líneas, nos limitamos al análisis del usufructo establecido por vía contractual, y especialmente al que tiene por objeto a bienes inmuebles.

## II.- **Usufructo establecido por contrato.**

Ya el artículo 2812 menciona que el contrato constitutivo puede tener carácter oneroso o gratuito, y a continuación, en los artículos 2813 y 2814 se ocupa respectivamente de los que nacen de un contrato oneroso, o de uno gratuito; la primera norma mencionada expresa que:

**"Es establecido por contrato oneroso, cuando es el objeto directo de una venta, de un cambio, de una partición, de una transacción, etc., etc., o cuando el vendedor enajena solamente la nuda propiedad de un fundo, reservándose su goce".**

Por supuesto que esta norma no pretende asimilar ese contrato con una compraventa o una permuta, etc., sino que remite supletoriamente a la aplicación de las normas de esos contratos típicos, en lo que sea pertinente, y lo mismo podemos decir de lo previsto en el artículo 2814, cuando habla del "donante"<sup>3</sup>; lo que significa simplemente que en cada caso, y en lo que a nuestro estudio interesa, deberán aplicarse las mismas formas que el Código exige para los correspondientes contratos de compraventa, permuta, donación, etc.<sup>4</sup>, de manera similar a lo que sucede con respecto a

---

<sup>3</sup>. "Art.2814. Es establecido por contrato gratuito, cuando el **donante** no enajena sino la nuda propiedad de la cosa, reservándose su 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".

<sup>4</sup>. En sentido coincidente Mariani de Vidal afirma que "no estaríamos frente a una venta, una permuta, una transacción, una partición, etc., sino a un contrato atípico de constitución de usufructo, al que se le aplican, en cada caso, las reglas de la institución con la que guarde mayor semejanza" (Curso de Derechos Reales, Zavalía, Buenos Aires, ed. 1993, T. III, p. 20).

la capacidad para constituir el usufructo<sup>5</sup>.

Si el usufructo tiene como objeto cosas muebles, no existirá ningún problema de formalidad; en cambio cuando se trate de inmuebles, será de aplicación el inciso 1º del artículo 1184, que menciona de manera expresa no solamente la transmisión de la propiedad, sino también la del usufructo<sup>6</sup>.

### III.- **Usufructo de inmuebles e instrumento privado.**

Hay general consenso en la doctrina -e incluso en la jurisprudencia- que si se formaliza en un instrumento privado un contrato que requiere como forma la escritura pública, ese contrato -al que se denomina de manera genérica "boleto de compraventa", vale como "promesa de escriturar", es decir que genera una obligación de hacer, y sirve también, en el caso de las compraventas inmobiliarias, a una entrega legítima de la posesión del bien.

La literatura sobre el tema es copiosa pero gira casi exclusivamente sobre la hipótesis de la "compraventa" y son muy pocos los casos en que los autores o los tribunales se han ocupado de instrumentos privados por los que se prometiese constituir un usufructo sobre inmuebles.

#### a) **Jurisprudencia.**

Nuestra búsqueda se ha reducido al fichaje que particularmente hemos efectuado de la Revista Zeus, de Rosario, y a las bases de datos de Jurisprudencia Argentina, y de la Corte de Provincia de Buenos Aires.

Uno de los primeros casos que hemos podido hallar corresponde a un incidente de desalojo, en el marco de un concurso civil<sup>7</sup>, donde el ocupante del inmueble pretende esgrimir un

---

<sup>5</sup>. Ver artículos 2831 a 2833.

<sup>6</sup>. "Art. 1184. Deben ser hechos en escritura pública, con excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública:

1) Los contratos que tuvieren por objeto la transmisión de bienes inmuebles, en propiedad o usufructo, o alguna obligación o gravamen sobre los mismos, o traspaso de derechos reales sobre inmuebles de otro;..."

<sup>7</sup>. "Carenzo Pérez, Carlos s/ Concurso civil s/ inc. desalojo", Cam. Comercio de la Capital, sala A, 26 noviembre 1981.

usufructo y el dictamen del Fiscal de Cámara se pronuncia por su improcedencia, recordando que para la validez de un usufructo sobre inmuebles se requiere que se haya otorgado por escritura pública (arts. 2830 y 1184, inciso 1º), "e inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble para poder ser opuesto a terceros", exigencia ineludible, a nuestro criterio, en virtud de lo dispuesto de manera general por el artículo 2505 del Código Civil, a partir de las reformas que le introdujo la ley 17.711<sup>8</sup>.

Reflexiona luego el fiscal que si ese contrato se efectúa en contrato particular, "podría hacerse valer en ejecución individual contra el titular del dominio", pero "no resulta de aplicación al existir la norma expresa del artículo 150 LC., que establece una solución concursal para el caso de promesas de contratos o contratos celebrados sin la forma requerida por la ley"<sup>9</sup>.

En definitiva, en este caso los jueces admiten que podría haberse instrumentado en un "boleto privado" una promesa de constituir un usufructo, pero consideran que ella no surte efecto frente a la quiebra.

Poco tiempo después se resuelve en Córdoba, por la Cámara Civil 3ª, un juicio de desalojo, donde los ocupantes se oponían al progreso de la acción alegando su carácter de "poseedores"<sup>10</sup>. En primera instancia se hizo lugar al desalojo<sup>11</sup>, expresando el magistrado que la constitución de un usufructo inmobiliario debe efectuarse por escritura pública, y "al no haberse celebrado ésta, la supuesta constitución de usufructo podrá valer, en su caso como obligación de hacer (artículo 1185) pero no surtir los efectos del contrato de usufructo", y que, "por lo tanto, la posesión que emergería de dicho contrato, al carecer de sustento, pierde todo valor, revistiendo en consecuencia el carácter de meros tenedores

---

<sup>8</sup>. Borda también menciona como requisito de oponibilidad la inscripción registral (obra y lugar citados).

<sup>9</sup>.- Ver "Informática Jurídica" de Jurisprudencia Argentina, Documento N° 210412, caso citado en nota anterior.

<sup>10</sup>. "Gutiérrez de Maier, Olga y otros c/ Argüello, María D. y otro", Cam. 3ª Civil y Comercial Córdoba, 28 mayo 1982, J.A. 1983-III-516.

<sup>11</sup>. El fallo de primera instancia, del juez Rolando D.R. Beverina, se publica también en J.A., en el lugar citado en nota anterior.

precarios con obligación de restituir".

El caso tiene aristas muy particulares, pues quienes demandaban el desalojo eran los herederos declarados del titular registral, y entre ellos su ex esposa, de quien se encontraba divorciado y, sin embargo, había sido declarado heredera. Por otra parte el instrumento privado contenía una promesa de usufructo vitalicio y **gratuito**, a favor de quien fue la compañera del causante que, luego de su fallecimiento, había contraído matrimonio con un tercero, con quien vivía en el inmueble.

El tribunal de alzada revoca la sentencia de 1ª instancia, y rechaza la demanda de desalojo. Considera que la ocupante no es una mera tenedora, sino que ese instrumento que contiene la promesa de usufructo, sumado a la entrega de la posesión del inmueble, demuestran claramente que es una poseedora, aunque esa posesión pueda calificarse de ilegítima, razón por la cual la acción entablada para reclamar la entrega del inmueble, no es la vía procesal apta.

El fallo tiene una nota<sup>12</sup>, cuyos razonamientos y conclusiones no compartimos de manera total, pero que afirma acertadamente que "la posesión puede adquirirse sin necesidad de ningún título, como en el caso típico del usurpador", lo que justifica que no se haga lugar al desalojo por "tenencia precaria".

Sin embargo, aunque no lo dice con claridad, parece deducirse que el autor de la nota piensa que el ocupante, al contar con el instrumento privado por el cual se le prometía el usufructo, tenía derecho a exigir que se celebrase la respectiva escritura pública, que consolidase su situación<sup>13</sup>, sin tomar en cuenta que en el caso se trataba de un usufructo **gratuito**, que debe regirse por las reglas de la donación, que niegan fuerza obligatoria a la promesa efectuada en instrumento privado.

Algunos años después encontramos un fallo de la Corte

---

<sup>12</sup>. Jorge Belmaña Juárez: "Demanda de desalojo y posesión", J.A. 1983-III-520.

<sup>13</sup>. Dice Belmaña Juárez: "En el caso de autos la demandada se encontraba en posesión del inmueble en virtud de un acto jurídico idóneo para adquirirla, el boleto; como así también su posesión será de buena fe (art. 2355 C.C.), con todas las consecuencias que esto implica para la persona del poseedor..." " ... su posesión será ilegítima por faltarle el título y, por lo tanto, **no ser aún** titular del derecho real de usufructo".

Suprema de Justicia de la Nación en el que habla de un boleto de compraventa en el que se ha hecho reserva del "usufructo parcial del inmueble"<sup>14</sup>. De este fallo surge de manera clara que nuestro más alto tribunal acepta la eficacia del instrumento privado como causa tanto de la compraventa, como del usufructo.

#### b) Doctrina

El tema está tratado con sobriedad y solvencia por MUSTO, en su prolija obra sobre Derechos Reales<sup>15</sup>. Distingue allí, acertadamente, entre los contratos onerosos y gratuitos. En ambos, sin duda, cuando el objeto sea un bien inmueble, se exigirá la escritura pública, en virtud de lo previsto en el inciso 1º del artículo 1184; pero, al referirse a los contratos onerosos señala que esa disposición se encuentra complementada por los arts. 1185 y 1187, ya que: **"si no se hubiera cumplido con este requisito, no quedan concluidos como tales, pero quedan concluidos como contratos en que las partes se han obligado a hacer escritura pública, y que esta obligación será juzgada como de hacer y la parte que se resistiere podrá ser demandada para que otorgue la escritura"** <sup>16</sup>.

Cuando se trate, en cambio, de un contrato gratuito, señala Musto que **"la remisión opera en este caso con relación a lo dispuesto para el contrato de donación"**<sup>17</sup>, y que allí no rige el artículo 1185, razón por la cual estima -a nuestro entender con acierto- que si se efectuase una promesa de usufructo de inmuebles a título gratuito en instrumento privado, la omisión del requisito

---

<sup>14</sup>. "Si las partes dejaron expresamente establecido que la vendedora se reservaba el "usufructo parcial", pero inequívocamente asentada también la obligación de los compradores de permitir la habitación permanente en la vivienda de la vendedora y la vida en común de los tres signatarios del contrato, la referencia al "usufructo parcial" no puede ser interpretada con un alcance que deje inoperante la estipulación respectiva, ni procede aceptar la existencia del derecho real en términos que impliquen la ocupación total de la vivienda", C.S.N., 7 junio 1988, "Herrera, Héctor Alceo y otra c/ Herrera Villegas de Marini, Milna A., Fallos T. 311, p. 945 (Informática Jurídica de J.A., Documento N° 104907).

<sup>15</sup>. Néstor Jorge Musto: Derechos Reales, ed. Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1983, T. III, p. 205 y 206.

<sup>16</sup>. Musto, obra citada, p. 205.

<sup>17</sup>. Musto, obra citada, p. 206.

de la escritura pública hará que no surja ninguna obligación a cargo del "donante".

Señala también de manera concisa que la exigencia de la escritura pública "no rige para las fundaciones (artículo 6º de la ley 19836), ni para las donaciones hechas al Estado que pueden acreditarse por las actuaciones administrativas (artículo 1810, in fine)",

Quizás el tema de las fundaciones requiera alguna explicación más extensa. El artículo 3 de la ley de fundaciones permite que el acto fundacional se realice por escritura pública, "o por instrumento privado con firmas autenticadas por escribano"<sup>18</sup>. Lo importante es que una vez aprobada la creación de la fundación por la autoridad administrativa, esas promesas de donación son irrevocables<sup>19</sup>, y la fundación podrá reclamar, tanto al donante, como a sus herederos, si tal fuese el caso, el cumplimiento de la promesa y la formalización de la escritura pública correspondiente<sup>20</sup> si lo que se hubiese prometido fuese la constitución de un usufructo sobre bienes inmuebles.

#### IV.- Conclusiones

1) El usufructo sobre inmuebles constituido por contrato debe realizarse, como regla, por escritura pública.

2) La promesa de constituir un usufructo oneroso sobre inmuebles, documentada en instrumento privado, es exigible, y vale como obligación de hacer escritura pública.

3) La promesa de usufructo gratuito sobre inmuebles, efectuada

---

<sup>18</sup>. Art. 3 (ley 19.836) **Estatuto**.- Las fundaciones se constituyen por instrumento público, o privado, con las firmas certificadas por escribano público. Dicho instrumento debe ser otorgado por los fundadores o apoderado con poder especial, si la institución tiene lugar por acto entre vivos..."

<sup>19</sup>. "Art. 5 (ley 19.836) **Promesas de donación**. Las promesas de donación hechas por los fundadores en el acto constitutivo serán irrevocables a partir de la resolución de la autoridad administrativa de control que autorice a la entidad para funcionar como persona jurídica. Si el fundador falleciere después de firmar el acto constitutivo, las promesas de donación no podrán ser revocadas por sus herederos a partir de la presentación a la autoridad administrativa de control solicitando la autorización para funcionar como persona jurídica".

<sup>20</sup>. "Art. 6 (ley 19.836) **Cumplimiento de las promesas**. La fundación tendrá todas las acciones legales para obtener el cumplimiento de tales promesas, a las que no serán oponibles excepciones fundadas en los artículos 1793 y 1810 del Código Civil".

en instrumento privado, carece de validez, y es inexigible.

Si el beneficiario de una promesa de este tipo recibe el bien, deberá ser considerado como poseedor ilegítimo.