



# La donación con reserva de usufructo como método de planificación sucesoria

**Sumario:** I. Introducción.— II. El contrato de donación.— III. Donación con reserva de usufructo.— IV. Las vicisitudes de la donación de bienes gananciales con reserva de usufructo.— V. Consideración final.

**Autores:** Rojo Vivot, Rómulo

**Citas:** TR LALEY AR/DOC/2363/2023

**Publicado en:** LA LEY 04/10/2023, 1 LA LEY 2023-E

[\(\\*\)](#)

## I. Introducción

La donación a herederos de bienes gananciales con reserva de usufructo es un negocio jurídico que suele ser utilizado en el ámbito familiar como método de planificación sucesoria.

El propósito de este trabajo es verificar el alcance de los efectos jurídicos que generan estos institutos en el Derecho sucesorio. Para ello, comenzaré realizando una reseña de la normativa que regula el contrato de donación, para luego analizar las consecuencias que produce la reserva de usufructo sobre los derechos del cónyuge supérstite y de los herederos legitimarios frente a la muerte de uno de los cónyuges.

## II. El contrato de donación

### II.1. Objeto, consentimiento y forma

El contrato de donación es un acto entre vivos cuyo objeto consiste en la transmisión gratuita de una cosa determinada que se encuentra bajo el dominio del donante al tiempo de contratar. Por lo tanto, queda excluida la posibilidad de realizar donaciones de cosas futuras o de cosas ajenas. Tampoco puede realizarse una donación de todo el patrimonio del donante o de una alícuota de este. Si la donación comprende un conjunto de cosas determinadas que forman todo el patrimonio del donante o una parte sustancial de este, solo es válida si el donante se reserva su usufructo, o si cuenta con medios actuales suficientes para su subsistencia (arts. 16, 1542, 1551, y 2415 del Cód. Civ. y Com.).

La donación no tiene efectos legales mientras no sea aceptada por el donatario, la cual debe producirse en vida del donante y del donatario. Por consiguiente, la oferta de donación no puede ser aceptada luego de producirse la muerte de cualquiera de ellos. Asimismo, están prohibidas las donaciones hechas bajo la condición suspensiva de producir efectos a partir del fallecimiento del donante (arts. 976, 979, 1545 y 1546 del Cód. Civ. y Com.).



Una vez que la donación ha sido aceptada por el donatario, solo puede ser revocada o revertida en los casos en que el mismo contrato de donación, o la ley, le atribuyen esa facultad (arts. 1077 y 1569 del Cód. Civ. y Com.). Con relación al modo y la forma de hacer la donación, el ordenamiento legal prevé los requisitos que deben cumplirse según la naturaleza del bien que se transmite (arts. 284, 285, 448, 750, 969, 978, 1017, 1018, 1552 y 1554 del Cód. Civ. y Com.).

Las normas referidas al contrato de donación se aplican subsidiariamente a todos los actos jurídicos a título gratuito (arts. 1543, 1600 y 1614 del Cód. Civ. y Com.).

## *II.2. Donación de bienes gananciales: Asentimiento conyugal*

Cuando los cónyuges adoptan el *régimen patrimonial de comunidad de ganancias*, la administración y disposición de los bienes gananciales corresponde al cónyuge que los ha adquirido, con las restricciones expresamente establecidas por los arts. 456 y 470 del Cód. Civ. y Com. Es así que el asentimiento del cónyuge no titular del bien ganancial es exigido como condición de validez para enajenar o gravar —sea a título oneroso o gratuito— bienes registrables, partes sociales, cuotas o acciones de una sociedad y establecimientos productivos que constituyen una unidad económica (1). También requieren asentimiento las promesas de los actos de enajenación o gravamen de tales bienes, incluyendo la cesión de los derechos y obligaciones emergentes de tales instrumentos (arts. 456, 470, 994 a 996 y 1824 del Cód. Civ. y Com.) (2).

Tratándose de bienes adquiridos por ambos cónyuges en condominio, para enajenar o gravar la porción indivisa de uno de ellos, se requiere el asentimiento del otro cónyuge (3).

El asentimiento conyugal puede ser otorgado a través de un representante convencional con facultades expresas. En relación con la posibilidad de que los cónyuges puedan conferirse poder entre sí para dar el asentimiento conyugal, la doctrina se encuentra dividida. Algunos declaran que el poder para asentir no puede ser otorgado en ningún supuesto, mientras que otros lo consideran válido, excepto para otorgar el asentimiento respecto de la disposición de derechos de la vivienda familiar. En todos los casos debe identificarse el acto jurídico en particular y el bien al que se refiere, no siendo viable el denominado "asentimiento general anticipado". En caso de no lograr obtener el asentimiento por ausencia, incapacidad, impedimento transitorio o negativa injustificada, se habilita la autorización judicial, que deberá ser solicitada con anterioridad a la celebración del acto, ya que el juez no tiene la facultad de confirmar un acto viciado (arts. 375 inc. b), 456 a 459 y 470 del Cód. Civ. y Com.).

Respecto a los bienes materiales no registrables cuya administración ejerce individualmente uno de los cónyuges, pueden ser donados directamente sin requerir asentimiento ni consentimiento alguno (4), excepto que se trate de objetos destinados al uso personal del otro cónyuge o al ejercicio de su trabajo o profesión, o de los muebles indispensables del hogar (arts. 462 y 456 del Cód. Civ. y Com.).

Otro tanto ocurre en el *régimen de separación de bienes* y con relación a los *bienes propios*, ya que su titular puede realizar válidamente una donación con plenitud de efectos, sin que sea necesario el consentimiento, la conformidad ni la intervención del otro cónyuge (arts. 469 y 505 del Cód. Civ. y Com.).



Ahora bien, cualquiera fuese la calificación legal del bien (ganancial o propio) o el régimen matrimonial (comunidad o separación), ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la cosa, inmueble o mueble registrable, que este destinado a vivienda familiar. Tampoco los muebles indispensables de esta ni transportarlos fuera de ella (5). El asentimiento también es necesario para transmitir y renunciar al derecho real de usufructo sobre un inmueble que fuese la vivienda familiar (6).

La misma solución resulta aplicable a los miembros de la unión convivencial cuando esté inscripta en el Registro Civil o surja del certificado de dominio y/o conste en el título de dominio del enajenante (arts. 255 inc. a), 454, 456, 459, 462, 469, 505 y 522 del Cód. Civ. y Com. y la IT N° 4/2018 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal y art. 4 del DTR 11/16 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires).

Al asentimiento conyugal y a su omisión se aplican las normas de los arts. 456 a 459 del Cód. Civ. y Com., por lo que cualquier acto de enajenación o gravamen realizado sin el asentimiento conyugal queda sujeto a sanción de nulidad (7).

Se trata de un caso de nulidad relativa, por lo que puede ser subsanada por la confirmación posterior o por la caducidad del derecho.

El plazo para demandar la nulidad del acto realizado sin el asentimiento conyugal caduca a los seis [6] meses de haberlo conocido o de la fecha de la extinción del régimen matrimonial, lo que ocurra primero. La nulidad puede ser declarada a solicitud del cónyuge que debió prestarlo o de sus herederos (arts. 388, 435, 456, 462 y 2566 a 2572 del Cód. Civ. y Com.) (8).

Declarada la nulidad, el bien debe volver al mismo estado en que se encontraba antes del acto anulado, lo que implica la restitución del bien y/o el levantamiento del gravamen, sin perjuicio de la protección de los subadquirentes de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso (arts. 390 a 392 del Cód. Civ. y Com.). En este aspecto es dable destacar que los plazos de caducidad no se suspenden ni se interrumpen, y que la suspensión de la prescripción entre cónyuges y la dispensa del plazo no se aplica a los plazos de caducidad (arts. 2543 inc. a), 2550 y 2567 del Cód. Civ. y Com.).

### *II.3. Donaciones entre cónyuges*

El principio general instituido por el ordenamiento jurídico es que los cónyuges que adoptaron el régimen patrimonial de comunidad de bienes no pueden contratar entre sí en interés propio (arts. 1001 y 1002 inc. d) del Cód. Civ. y Com.). Al estar prohibida la contratación entre cónyuges, no pueden donarse el uno al otro los bienes propios ni los gananciales, quedando incluida en la prohibición la transmisión de derechos inmateriales y la constitución de derechos reales (v.gr. usufructo, cesión de derechos o de participaciones societarias) (9).

Tampoco pueden ser otorgados por interpósita persona (v.gr. donar al hijo del otro cónyuge de un anterior matrimonio o a una persona de quien el otro cónyuge sea heredero presunto al tiempo de la donación).



Dentro del régimen de comunidad de bienes, solo resultan válidas las donaciones que se hicieran entre ellos por convenciones matrimoniales realizadas antes de contraer matrimonio, cuya eficacia está subordinada a la celebración del matrimonio (arts. 446 a 453 del Cód. Civ. y Com.). Otro tanto ocurre en la partición por donación de ascendientes casados, cuyo instituto permite la partición de bienes propios siempre que se incluya al otro cónyuge que conserva su vocación hereditaria. En cuanto a la partición de los bienes gananciales, solo puede ser efectuada mediante acto conjunto de los cónyuges y a favor de los descendientes, no pudiendo entre ellos dividirse ni adjudicarse los bienes. Tampoco ser donatarios de los bienes gananciales del otro ni constituir o reservar usufructo a favor del cónyuge no titular (arts. 2411 y 2416 del Cód. Civ. y Com.).

Distinta es la situación de los cónyuges que optaron —antes o durante el matrimonio— por el régimen patrimonial de separación de bienes. En este supuesto, los cónyuges tienen plena capacidad para celebrar todo tipo de contrato y, por lo tanto, pueden celebrar donaciones validas entre ellos quedando sujetas a las acciones sucesorias frente a la muerte del donante. La misma solución rige respecto a los integrantes de la unión convivencial.

Los cónyuges involucrados en el acto prohibido pueden iniciar una acción para obtener la declaración de nulidad fundada en la existencia de alguno vicio de la voluntad o de los elementos estructurales del acto jurídico. Del mismo modo, los terceros cuyos derechos o intereses legítimos son afectados por el acto prohibido pueden demandar su ineficacia, incluso recurriendo a la acción de simulación o fraude (arts. 333 a 342 y 382 a 397 del Cód. Civ. y Com.).

Más allá de lo criticable que pueda resultar la solución legal que restringe la capacidad de los cónyuges para contratar entre sí, debemos aceptar la ley tal como está y no como se cree que debió ser, pues de lo contrario será imposible interpretarla fielmente. No obstante, considero que no se trata de una disposición en cuya observancia esté interesado el orden público o el interés general de la comunidad.

No es razonable pensar que la sociedad concede especial trascendencia al vínculo afectivo de quienes optaron por el régimen patrimonial de comunidad por sobre otras estructuras familiares. Menos aún que su propósito sea evitar el fraude a los acreedores de alguno de los cónyuges ni proteger a los herederos. Si estas fueran las finalidades que la norma intenta tutelar, hubiese correspondido excluir la transmisión gratuita de bienes entre convivientes y entre cónyuges bajo el régimen de separación. También la convención sobre el cambio de régimen, las donaciones por convenciones matrimoniales, la partición por ascendiente y el pacto de herencia futura previsto en el art. 1010 del Cód. Civ. y Com. Además, la facultad de poder optar por el régimen de separación de bienes descarta que la norma tenga por fundamento razones de índole moral o evitar conflictos de intereses en cuestiones patrimoniales dentro del seno familiar.

Siendo consciente de las dificultades que presenta el tema, pienso que el carácter de orden público es de excepción y de interpretación restrictiva, sin que la nota de imperatividad de la norma sirva para caracterizarla como de orden público (arts. 1066, 1067 y 1068 del Cód. Civ. y Com.). En tal sentido, considero que no es apropiado calificar —de manera general e indiscriminada— como de orden público a las normas relativas a la inhabilidad jurídica de los cónyuges para contratar entre sí o



interpósita persona (10). Sobre todo cuando en los proyectos de reforma de Código Civil del año 1993, 1998 y 2012 no existía norma alguna que prohibiese celebrar contratos entre cónyuges y la mayoría de la doctrina pregona eliminar la restricción por las consecuencias disvaliosas que genera.

Por ello pienso que, al igual que los intereses del cónyuge que asiente, de los menores, incapaces e inhabilitados y los derivados de los vicios de violencia, error, dolo, lesión, simulación y fraude, se trata de actos afectados de nulidad relativa. Máxime cuando la finalidad tuitiva que persigue la norma respecto a los derechos de los acreedores y los herederos, motivo último de defensa a la prohibición de esta especie de contrato, se logra por medio de su imperatividad, que otorga a quien no participó del acto el derecho de atacar el negocio por afectar su interés privado.

No puede partirse del prejuicio de presumir la mala fe de los cónyuges y sus intenciones de defraudar a sus acreedores o herederos. Menos aún que existe un interés general de la comunidad. Al fraude no debe combatírsele en abstracto y a costa de la libertad como valor jurídico. Sobre todo teniendo en consideración las consecuencias sustanciales que derivan del supuesto de declarar la nulidad absoluta de los actos celebrados entre cónyuges, provocando que la acción para invocar su invalidez sea imprescriptible, inconfirmable y de pronunciamiento oficioso. Asimismo, los acreedores y los herederos de fecha posterior al acto estarían legitimados para ejercer la acción de nulidad, sin estar obligados a probar que el acto está viciado de fraude. Es indudable que ello conspiraría contra la estabilidad de los derechos adquiridos y que afectaría al tráfico generando una gran inseguridad jurídica.

### **III. Donación con reserva de usufructo**

El donante puede transmitir un objeto material no fungible ni consumible, reservándose el usufructo gratuito y vitalicio sobre la totalidad, una parte material determinada o una cuota parte indivisa de la cosa. La transmisión gratuita y el usufructo también puede recaer sobre un derecho, cuando la ley expresamente así lo autoriza (v.gr. derecho que se ejerce sobre acciones de una sociedad, marcas, inventos, derechos de autor, derechos hereditarios, el beneficio de un fideicomiso, alícuota de un condominio, etc.).

Este tipo de negocio jurídico permite limitar el acto de disposición a la nuda propiedad, conservando para sí el uso, el goce y la disposición jurídica de todo o parte del bien, dentro de los límites previstos por la ley. También se admite la constitución de usufructo a favor de una persona y la transmisión de la nuda propiedad a otra distinta (arts. 1543, 1614, 1883, 2129 a 2134, 2141 a 2143 y 2416 del Cód. Civ. y Com. y arts. 156 y 218 de la LGS).

El usufructo puede ser establecido pura y simplemente, sujeto a condición o plazo resolutorios, o con cargo, pero en ningún caso puede sujetarse a condición o plazo suspensivo ni superar los plazos máximos legales. Es así que el usufructo no puede ser constituido para durar después de la muerte de la persona humana usufructuaria, pues necesariamente se extingue con su fallecimiento, siendo intransmisible a título hereditario. En el caso que el usufructuario fuese una persona jurídica, el usufructo no puede superar los cincuenta (50) años desde su constitución (arts. 2136, 2140, 2142, 2152 y 2153 del Cód. Civ. y Com.).



Tampoco pueden constituirse "usufructos sucesivos" (v.gr. usufructo a favor del donante y a su muerte a favor de otra persona). Sin embargo, puede constituirse a favor de varias personas en forma conjunta y simultánea, quienes ejercerán su derecho sobre una parte indivisa del bien. Incluso con derecho de acrecer, en cuyo caso, al morir uno de los co-usufructuarios, los restantes acrecentarán su porción en forma proporcional y el usufructo se extinguirá totalmente con la muerte del último usufructuario ([11](#)).

El derecho de acrecer debe estar expresamente establecido en el negocio jurídico causal, no pudiendo ser constituido con posterioridad. En caso de no haber instituido el derecho de acrecer, el uso y goce correspondiente al causante es recuperado por el nudo propietario (arts. 1547, 1984, 2132, 2140, 2152 y 2153 del Cód. Civ. y Com.).

El usufructuario puede constituir derechos reales (v.gr. servidumbre, anticresis, uso y habitación) y derechos personales de uso o goce (v.gr. locación, comodato o ceder el ejercicio del usufructo). Asimismo, por acto entre vivos, puede ceder en plena propiedad el derecho de usufructo a favor de otra persona, a título oneroso o gratuito, con el límite máximo de la subsistencia de la persona física o jurídica titular del derecho real que se transmite. Esto es, el usufructo se extinguirá al fallecer el usufructuario original o el usufructuario adquirente, lo que ocurra primero, sin que exista reversión del usufructo a su titular original.

En ninguno de estos casos el usufructuario original se exime de sus responsabilidades frente al nudo propietario por los daños que pueda llegar a provocar el adquirente (art. 2142 del Cód. Civ. y Com.). En cualquier caso, habría que atender a la posibilidad de pactar la prohibición de enajenar, ceder o transmitir el ejercicio o el derecho de usufructo por cualquier causa o título (arts. 398, 1616, 1884, 1906, 1972, 2142 y 2153 del Cód. Civ. y Com.).

Si el usufructuario no cumple con las obligaciones que le impone la ley o el contrato, el nudo propietario puede requerir la extinción del usufructo; incluso por las mismas causas previstas en materia de donaciones (arts. 1543, 1939, 2050, 2075 y 2148 del Cód. Civ. y Com.).

#### **IV. Las vicisitudes de la donación de bienes gananciales con reserva de usufructo**

La transmisión de la nuda propiedad de bienes gananciales con reserva de usufructo a favor de los cónyuges puede generar controversias, que suelen surgir a partir de los efectos que produce el fallecimiento de alguno de los sujetos que participaron del negocio jurídico. Las diferentes situaciones pueden sintetizarse de la siguiente manera:

##### *IV.1. Reserva de usufructo a favor del cónyuge titular del bien donado*

Para el supuesto que nos interesa, pongamos por caso que el padre, con el asentimiento conyugal, donó a sus dos únicos hijos la nuda propiedad de un inmueble rural de carácter ganancial reservándose para sí el usufructo gratuito y vitalicio de la totalidad del inmueble. Si bien el negocio jurídico celebrado es válido y eficaz, resulta relevante determinar cuál es la situación jurídica de la madre frente al fallecimiento del padre y, por otro lado, la de los hijos frente al fallecimiento de su madre y la sobrevivencia de su padre.



(a) *Fallecimiento del usufructuario*: En caso de fallecer el padre, el usufructo se extingue y los hijos consolidan el dominio pleno del inmueble, pues la vida cuya duración sirve como término al usufructo es la del padre fallecido (arts. 2140 y 2152 del Cód. Civ. y Com.).

Respecto al cónyuge supérstite, siendo que con la donación el inmueble salió definitivamente del patrimonio del causante, queda excluido de la comunidad de ganancias, por lo que no tendrá derecho a exigir que su valor sea integrado a la masa ganancial partible [\(12\)](#).

Tampoco podrá invocar el derecho real de habitación ni la atribución legal de la vivienda, aun cuando hubiese sido el último hogar conyugal (arts. 1894 y 2383 del Cód. Civ. y Com.). Por el mismo motivo, no podrá ejercer el derecho a la atribución preferencial establecido por los arts. 499, 2380 y 2381 del Cód. Civ. y Com. ni la indivisión prevista en los arts. 2332 y 2333 del Cód. Civ. y Com. Menos aún, ejercer la acción de colación, porque solo es debida por el heredero a su coheredero y, con relación a los gananciales, el cónyuge no tiene vocación hereditaria.

(b) *Fallecimiento del cónyuge del usufructuario*: El fallecimiento de la madre no altera la situación, pues los hijos mantendrán la nuda propiedad y deberán respetar la carga real que pesa sobre el inmueble a favor del padre, quien conservará la posesión y el "dominio útil" del bien [\(13\)](#).

En este aspecto es dable destacar que el derecho de usufructo no ingresa en la masa común sujeta a partición de la comunidad ni integrará el acervo hereditario del causante. Ello por cuanto que el derecho real de usufructo es intransmisible por causa de muerte o a título hereditario, y solo se extingue total o parcialmente por los medios establecidos en el ordenamiento jurídico (arts. 398, 1024, 1616, 1884, 1906, 1907, 2140, 2151 y 2280 del Cód. Civ. y Com.).

Una solución en contrario importaría desnaturalizar el derecho real de usufructo, creando por vía de analogía un modo de extender el usufructo a favor de otras personas llamadas a gozarlo sucesivamente los unos después de los otros o un co-usufructo cuya eficacia estaría diferida al fallecimiento del cónyuge no titular del usufructo. También impondría un medio de extinción, de transmisión o de adquisición legal o forzosa del derecho real de usufructo no previsto en el ordenamiento. En este aspecto, no puede soslayarse que la estructura de los derechos reales (elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción) solo puede ser establecida por la ley y que su modificación es sancionada con nulidad absoluta (art. 1884 del Cód. Civ. y Com.). En este contexto, siendo que la ley prohíbe expresamente la transmisibilidad por causa de muerte y solo puede ser cedido por el usufructuario por acto entre vivos, el fallecimiento del cónyuge no titular no puede ser fuente legal de transmisión del derecho real de usufructo.

#### *IV.2. Reserva de usufructo a favor del cónyuge no titular del bien donado*

Cuando el matrimonio está sometido al *régimen de comunidad de ganancias*, no está permitido que, en la transmisión del dominio, el cónyuge titular exclusivo de la propiedad se reserve el usufructo para sí y para su cónyuge, por cuanto no puede hacer reserva a favor de quien no es titular del bien (DTR 9/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal y art. 15 ley 17.801). Asimismo, en virtud



de la prohibición contenida en los arts. 1001 y 1002 inc. d) del Cód. Civ. y Com., no puede constituir usufructo ni transmitir su derecho a favor del otro cónyuge.

Ahora bien, para procurar el derecho pretendido por el donante a favor del cónyuge no titular, sin tener que poner fin al régimen de comunidad y pasar al de separación [\(14\)](#), resulta válido donar a sus descendientes la plena propiedad del dominio del inmueble o de los derechos sobre las participaciones societarias y, en forma simultánea, que los donatarios constituyan usufructo a favor del donante y su cónyuge, a título gratuito, por partes iguales y con derecho a acrecer. El mismo resultado también podría lograrse donando el inmueble a una sociedad integrada por los herederos, para luego constituir usufructo de las participaciones societarias a favor de ambos cónyuges.

Si bien la solución propuesta tiene su grado de sensata razonabilidad, no puede soslayarse que esta clase de negocios con derecho de acrecer puede llegar a perjudicar al nudo propietario y/o a sus herederos legitimarios. Tanto es así que al morir uno de los cónyuges, el "dominio útil" sobre todo el bien quedará consolidado en el otro, quien pudo haber contraído nuevo matrimonio, tener otros hijos y vivir hasta los 98 años. Además, por acto entre vivos, pudo haber transmitido su derecho de usufructo en forma gratuita, constituido servidumbre, anticresis, uso, habitación y haber celebrado contrato de locación y comodato. En el supuesto dado, la donación en vez de beneficiar a su heredero lo perjudicó, ya que de no haber aceptado la donación y constituido el usufructo con derecho de acrecer, a la muerte de su padre, le hubiera correspondido la mitad del bien, pudiendo usar, gozar y disponer material y jurídicamente de la porción que le correspondía al causante [\(15\)](#).

Por otro lado, también hay que destacar que la liberalidad establecida a favor de sus ascendientes puede quedar sujeta a la acción de reducción por parte de los herederos legitimarios del dueño de la nuda propiedad que existían al tiempo de constituir el usufructo [\(16\)](#). El mismo derecho podría ejercer el acreedor y el cesionario de los derechos hereditarios del heredero legitimario perjudicado [\(17\)](#).

Asimismo, los herederos legitimarios tendrían la facultad de ejercer la opción de librarse del usufructo constituido por el causante, entregando al beneficiario del usufructo un importe equivalente al valor de la porción disponible de la herencia (art. 2460 de Cód. Civ. y Com.) [\(18\)](#).

Para excluir las posibles pretensiones de los herederos legitimarios del nudo propietario, cabría acudir a la donación del dominio pleno efectuada con el cargo impuesto al donatario de constituir usufructo a favor de ambos cónyuges o a favor de una persona jurídica constituida por los dos cónyuges.

#### *IV.3. Reserva de usufructo a favor de ambos cónyuges con derecho de acrecer*

(a) *Condóminos de un inmueble*: Los cónyuges que donan a sus dos únicos hijos la nuda propiedad de un inmueble rural de carácter ganancial y de titularidad conjunta, están legitimados para reservarse el usufructo vitalicio y gratuito en forma conjunta y simultánea por partes indivisas idénticas. Ahora bien, en virtud de la prohibición contenida en los arts. 1001 y 1002 del Cód. Civ. y Com., surge el interrogante acerca de si los cónyuges pueden reservarse el derecho de acrecer entre sí [\(19\)](#).



Al respecto podría resultar razonable sostener la invalidez del acrecimiento en virtud de la existencia de un pacto entre cónyuges celebrado en interés propio. También podría ser considerado inválido por implicar una transmisión gratuita de uno a otro de los cónyuges bajo "condición suspensiva" de producir efectos a partir del fallecimiento de uno de ellos. Otra buena razón sería involucrar el derecho de acrecer con el instituto de la partición por ascendiente, la cual debe realizarse con arreglo a las normas que rigen el derecho sucesorio recibiendo los herederos su porción legítima sin ninguna condición o gravamen (arts. 1546 y 2447 del Cód. Civ. y Com.). En tales supuestos, el nudo propietario estaría legitimado para demandar la nulidad del pacto de acrecimiento instituido entre cónyuges, en cuyo caso recuperaría el uso y goce de la parte indivisa correspondiente al difunto y el cónyuge supérstite conservaría el usufructo sobre la porción restante.

En el caso de que no se compartiera la visión expuesta y se admitiera la validez del pacto de acrecer establecido entre los cónyuges, hay quienes declaran la existencia de un conflicto entre la libertad de una persona de decidir sobre sus bienes y la institución de la legítima hereditaria, que trae aparejado una colisión de intereses contrapuestos cuando los descendientes aceptaran la herencia (arts. 958, 962, 1565, 2386, 2444, 2447 y 2449 del Cód. Civ. y Com.). En tal sentido declaran que el derecho de acrecer entre los co-usufructuarios impediría al descendiente consolidar el dominio pleno sobre la mitad indivisa del inmueble, no pudiendo recibir ningún beneficio económico de los que le hubiese correspondido como heredero universal, lesionando el goce de su legítima hereditaria e implicando una renuncia a la porción legítima de una sucesión aún no abierta. En cualquier caso, la donación no podría ser invalidada y toda disputa sobre la afectación a la legítima debería resolverse mediante la acción de colación, reducción o complemento, según corresponda.

Con base en este criterio, sería coherente afirmar que el acrecimiento del usufructo a favor del cónyuge supérstite implicó una liberalidad instituida a favor del cónyuge supérstite, cuyo ejercicio estuvo diferido al fallecimiento del causante. Siendo ello así, los herederos legitimarios podrían demandar su reducción hasta que queden cubiertas sus legítimas afectadas. Sin embargo, la dificultad en realizar el cálculo para determinar el valor exacto de un usufructo vitalicio y probar que excede la cuota disponible limita la posibilidad de acudir a la acción de reducción.

En el caso de que no pueda intentarse esta acción o fuese considerada improponible, la solución podría resultar del art. 2460 del Cód. Civ. y Com., que confiere a los legitimarios [\(20\)](#) la facultad de optar por extinguir el usufructo entregando al beneficiario un importe equivalente al valor de la porción disponible de la herencia. Esta misma facultad también podría ser ejercida si el acrecimiento fuese reconocido como una suerte de "legado de usufructo".

Las soluciones propuestas lucen razonables, equitativas y justas al armonizar los intereses y los derechos de todos los protagonistas involucrados. Tan así es que los herederos recuperarían el pleno uso y goce de la porción indivisa correspondiente al causante y, a su vez, el usufructuario supérstite obtendría el beneficio del valor de la porción disponible manteniendo el usufructo sobre la restante porción indivisa.

Sin embargo, hay quienes consideran que la acción de reducción [\(21\)](#) y el derecho de opción [\(22\)](#) no puede ser ejercido por quien participó y consintió el acto que originó el gravamen. El argumento sustancial es que quien prestó su consentimiento conoció y aceptó las condiciones del negocio jurídico, quedando obligado por sus



términos, a menos que invoque y demuestre la existencia de vicios de la voluntad al momento de la celebración del acto. En tal sentido declaran que es contraria al principio de buena fe la posición de quien pretende objetar el acto entre vivos y extinguir el usufructo en contradicción con sus propios actos (arts. 9, 961, 1061 y 1067 del Cód. Civ. y Com.).

Estas soluciones implican que lo que prevalece es el usufructo, el cual permanecerá inmutable hasta que ambos cónyuges mueran. Ello importa una pérdida económica para el nudo propietario, quien deberá soportar la carga real y esperar que el usufructo llegue a su fin para poder usar, gozar y percibir los frutos propios del bien.

Luego de lo hasta aquí expuesto, *¿cuál de las visiones es la que se ajusta a derecho?* Su determinación no solo es teórica, sino también de trascendencia práctica, pues, en función del criterio que se adopte, derivan consecuencias sustanciales que se reflejan en todo el análisis del instituto.

Por mi parte pienso que cuando se trata de bienes de titularidad conjunta, el derecho de acrecer instituido entre ellos es válido y eficaz. No se trata de una contratación autónoma celebrada entre cónyuges, sino que forma parte de un único negocio jurídico celebrado bajo una modalidad expresamente admitida por el ordenamiento jurídico, a través del cual el adquirente acepta la donación de la nuda propiedad con el derecho de acrecer entre los co-usufructuarios. Además, conforme lo normado por el art. 2140 del Cód. Civ. y Com., el derecho de acrecer no importa transmisión hereditaria, sino que obedece a la vocación por el todo en virtud de una relación obligatoria actual sujeta a un plazo determinado incierto: la muerte de uno de los usufructuarios.

Por lo demás, el consentimiento de todas las partes es suficiente para que el contrato genere efectos vinculatorios, no pudiendo ser extinguido ejerciendo el derecho de opción previsto por el art. 2460 del Cód. Civ. y Com. Por derivación necesaria e inmediata del principio de buena fe que obliga al proceder leal, es inadmisibles que los sujetos de la relación jurídica sustancial intenten favorecerse descalificando el efecto jurídico del derecho de acrecer en contradicción con aquello que consintieron al celebrar un acto jurídico plenamente eficaz y jurídicamente relevante. Del mismo modo, la teoría de los actos propios ha sido identificada como una limitación o restricción al ejercicio de una pretensión que, en otro caso, podría hacer valer.

De lo que se trata es de garantizar que el intercambio de bienes se desarrolle en un marco de seguridad jurídica para satisfacción de la comunidad y sus integrantes. Máxime cuando el derecho de usufructo hubiese sido transmitido a terceros y/o se hubieran constituido derechos reales o personales de uso y goce sobre el bien objeto del derecho real (art. 2153 del Cód. Civ. y Com.).

(b) *Cesión gratuita de participaciones accionarias*: Distinta es la situación en la que los cónyuges, en un intento de planificar su herencia y mantener la unidad de la empresa familiar, hubieran cedido gratuitamente a sus dos únicos hijos por partes iguales la nuda propiedad de las acciones que cada uno de ellos tenía en una sociedad, reservándose el usufructo y el ejercicio de los derechos políticos de las acciones (arts. 1890 y 1893 del Cód. Civ. y Com., arts. 156, 213, 215 y 218 de la LGS y art. 48 de la ley 27.349) [\(23\)](#).



Si bien están legitimados para reservarse para sí el usufructo de sus propias acciones, no pueden establecer la reserva en forma conjunta y simultánea con derecho de acrecer entre sí sobre la totalidad del capital accionario, en tanto no está permitida la reserva del usufructo —con o sin derecho de acrecer— a favor de quien no es titular de las acciones. Además, pretender extender el usufructo de sus propias acciones a favor del otro cónyuge implicaría una transferencia gratuita de contenido patrimonial a favor del cónyuge no titular de las acciones.

Ahora bien, cuando se trata de cesión de acciones de una sociedad anónima, la prohibición de contratar entre sí o de reservar el usufructo a favor del cónyuge no titular no siempre logra impedir la celebración de este tipo de negocios. Máxime cuando el directorio de la sociedad no se encuentra legitimada para calificar u observar el negocio jurídico documentado ni el acto jurídico causal en sentido sustancial, debiendo inscribir la transmisión en el libro de registro de acciones cuando recibe la notificación prevista por el art. 215 de la LGS.

Para estos casos en los que, no obstante la prohibición para contratar entre sí en interés propio, hubiesen hecho reserva del usufructo con derecho de acrecer, el nudo propietario podría demandar la nulidad del derecho de acrecer instituido entre ellos. A todo evento, podría encuadrar su pretensión de extinguir el usufructo sobre las acciones del causante mediante la opción prevista en el art. 2460 del Cód. Civ. y Com., reconociendo el derecho del cónyuge supérstite a la porción disponible del causante [\(24\)](#).

Sin embargo, una defensa basada en la teoría de los propios actos y en el principio de buena fe se ajustaría a derecho y obstaría al progreso de la acción, pues el acrecimiento del usufructo que se pretende revisar se constituyó con la expresa conformidad y entera aceptación del nudo propietario de las acciones.

## V. Consideración final

Lo expuesto no pretende aconsejar una postura escéptica acerca de la conveniencia de realizar donaciones de bienes gananciales con reserva de usufructo, sino simplemente indicar en qué medida deberán extremarse las precauciones a fin de no desproteger al cónyuge supérstite ni perjudicar a los herederos legitimarios. Incluso al propio donatario, quien podría encontrarse con la carga de tener que mantener un bien costoso que no produce las rentas esperadas, que conlleve al empobrecimiento del donante y a la necesidad de renunciar al usufructo.

La utilización de estos institutos como método de planificación sucesoria impone la necesidad de extremar los recaudos para despejar la posibilidad de futuros conflictos que puedan poner en peligro la unidad económica y la estabilidad familiar.

---

(\*) Abogado (UCA). Magíster en Derecho Empresario Económico (UCA). Posgrado en Derecho Empresario (Univ. Austral). Socio del Estudio Berdaguer, Rojo Vivot, Silvero, Canziani & Uriburu.

(1) CS Santa Fe, “V., M. c. V., M. L.”, 04/04/2017, LA LEY, 2017-E, 233: “(...) el asentimiento conyugal (...) no transforma al cónyuge no titular en donante, de modo que en cualquier caso la donación debe reputarse efectuada por quien según la ley revestía la titularidad del bien”.



(2) MAZZINGHI, Jorge, “Disposición sobre la vivienda y otros bienes gananciales: asentimiento conyugal, nulidad, caducidad y fraude”, ED 376-591: “(...) quisiera formalizar un contrato con un tercero contemplando la posibilidad de que, en determinadas condiciones, tuviera que dar en pago o presentar en garantía ciertos bienes inmuebles o bienes registrables de naturaleza ganancial, no podría firmarlo sin el asentimiento del otro cónyuge”. RACHID, Martín - SÁENZ, Pedro, “Asentimiento conyugal anticipado y poder para asentir”, *Revista del Notariado* N° 926, (oct - dic 2016), p. 89: “(...) la exigencia del asentimiento conyugal para los actos de cesión de los boletos de compraventa inmobiliaria por tener la virtualidad jurídica de sustraer del patrimonio del cedente todo derecho sobre el inmueble”.

(3) GUASTAVINO, Elías, “Bienes gananciales adquiridos conjuntamente por los esposos”, LA LEY 145-629: “(...) fueron adquiridos por los dos esposos para usufructuarlos en común: la disposición ha de realizarse del mismo modo y no cabe una actitud individual y separada que coloque al cónyuge en indivisión con un extraño respecto de esos bienes”.

(4) MÉNDEZ COSTA, María, “Donación de gananciales”, *Revista del Notariado* N° 735, p. 827: “(...) las donaciones de cosas muebles no registrables, cualquiera sea su valor, están sustraídas al requisito del asentimiento conyugal (...) no requieren asentimiento (...) la de sumas de dinero, la de joyas y obras de arte, incluso, tal vez, adquiridas por el no donante”.

(5) PERACCA, Ana, “Comentario al art. 456”, en HERRERA, Marisa - CAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Infojus, Buenos Aires, 2015, t. II, p. 98: “(...) “la disposición de derechos”, término comprensivo de todos los derechos reales y personales: venta, permuta, donación, constitución de derechos reales de garantía o actos que impliquen desmembramiento del dominio, y la locación”. MOLINA de JUAN, Mariel, “Comentario al art. 456”, en KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2014, t. I, p. 627: “(...) la locación (...) impide que el cónyuge arrendatario pueda, por su solo voluntad, rescindir el contrato, traspasarlo o cederlo en contra del interés familiar”.

(6) CASAL, Patricia Marcela, “El asentimiento conyugal y convivencial en un escorzo”, *Revista del Notariado* N° 935 (enero-marzo 2019), p. 66: “(...) ampara a todos aquellos que, no siendo propietarios, detentan sobre el inmueble asiento de la vivienda familiar un derecho real de disfrute (usufructo, uso, habitación) o un derecho personal (locación, comodato) (...) la cesión de un boleto de compraventa cuando el inmueble individualizado en el mismo constituye sede de la vivienda familiar (...) cesión de derechos hereditarios sobre bien determinado”.

(7) CNCiv., sala K, “Bresca, Alicia c. Said, Rafael”, 21/08/2011: “(...) solo requiere la prueba de la falta de asentimiento en los casos previstos por la ley, sin necesidad de acreditar la mala fe, la negligencia o el fraude del cónyuge administrador”. CNCiv., sala F, “Gigglerberger, Mónica”, 07/12/2000: “(...) para su declaración no se requiere la existencia de un perjuicio”.

(8) MOLINA de JUAN, Mariel, “Comentario al art. 456”, en KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, t. I, p. 632. RACHID, Martín - SÁENZ, Pedro, “Asentimiento conyugal anticipado y poder para asentir”, *Revista del Notariado* N°



926 (oct - dic 2016), p. 89. VIDAL TAQUINI, Carlos, "Asentimiento conyugal y nulidad", LA LEY, 2011-F, 539.

(9) CNCiv., sala F, "Lovegrove, Marcela c. Zartman, Silvia", 02/05/2008, LA LEY, 2008-D, 68: "(...) no es posible constituir entre cónyuges el derecho real de usufructo (...) el esposo no puede vender ni donar bienes a su cónyuge (...) afirmar lo contrario implicaría tanto como aceptar que el cónyuge tenga la posibilidad de realizar el contrato de usufructo respecto de todos los bienes que integran el patrimonio transmisible por causa de muerte y que resulten además generadores de frutos, transmitiendo solo a su herederos la nuda propiedad".

(10) CIFUENTES, Santos, "Comentario al art. 1037", en BELLUSCIO, Augusto - ZANNONI, Eduardo, Código Civil y leyes complementarias Comentado, Anotado y Concordado, Astrea, Buenos Aires, 1982, t. IV, p. 686: "(...) en la duda, debe prevalecer la solución consistente en permitir la validez del acto (...) hay que juzgar que la nulidad es relativa".

(11) VÁZQUEZ, Gabriela, "Usufructo: Estructura y dinámica en el Código Civil y Comercial", RCCyC 2020 (diciembre), p. 5: "(...) p. ej., si A da en usufructo un campo a B y a C en forma conjunta y simultánea, por partes indivisas idénticas (50% a cada uno) (...) si muere C y existía derecho de acrecer, entonces B podrá ejercer el usufructo por el todo (...) ya que se beneficia con el 50% indiviso del co-usufructuario fallecido. Hay que advertir que (...) no hay cotitularidad en los usufructos constituidos de manera independiente sobre distintas partes materiales de una cosa, p. ej., sobre distintos sectores de un campo o de una casa, por lo que, si fallece alguno de los usufructuarios de una parte material, el uso y goce es recuperado por el propietario".

(12) MÉNDEZ COSTA, María, "Donación de gananciales", Revista del Notariado 735, p. 827: "(...) el derecho de un consorte sobre los gananciales del otro nace al fin del régimen y sobre los gananciales que existen en el patrimonio de este a la disolución, pero no sobre los gananciales que salieron del mismo por un acto válido, así sea a título gratuito". CS Santa Fe, "V., M. c. V., M. L.", 04/04/2017, LA LEY, 2017-E, 233: "(...) los bienes que no subsisten en el patrimonio de los cónyuges a tiempo de extinguirse la sociedad resultan ajenos a la partición por mitades en la masa de valores gananciales".

(13) CNCiv., sala k, "Ketelhohn, María c. Ger de Ketelhohn, Emma", 12/05/2015.

(14) ROVEDA, Eduardo, "Contratos entre cónyuges", JA 2016-II, 1092: "(...) si este es el ánimo de los cónyuges, les bastara con cambiarse de régimen al de separación de bienes y con ello recuperar la capacidad para contratar entre sí".

(15) RAGGI, María, "La donación de nuda propiedad con reserva de usufructo como parte del protocolo de la empresa familiar y la legítima", Revista del Notariado N° 908, p. 97: "Se considera la donación de nuda propiedad con derecho de acrecer entre los donantes el regalo de una caja vacía, en la medida en que el donatario es dueño de algo pero no dispone de ello".

(16) GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo, "La colación y las liberalidades colacionables", LA LEY, 1993-D, 876: "La donación de usufructo estaría comprendida, pues si bien no se transmite la nuda propiedad, el usufructuario recibe los frutos naturales,



industriales o civiles de las cosas objeto del mismo (...). GIL DI PAOLA, Jerónimo, “Estructura legal del derecho real usufructo”, RCCyC 2015 (septiembre), p. 169: “(...) un usufructo constituido gratuitamente es un contrato atípico, pero análogo al de donación, y justamente por esa analogía es de estricta lógica jurídica regir la institución por las normas propias de la donación”.

(17) CNCiv., sala B, “Salaya, Sergio c. Azizeh, Alí”, 29/06/1990, JA 1990-IV-450.

(18) IGLESIAS, Mariana, “Comentario al art. 2460”, en HEREDIA, Pablo - CALVO COSTA, Carlos, Código Civil y Comercial comentado y anotado, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2022, t. VIII, p. 466: “El beneficiario no tiene derecho a oponerse a que le entreguen la porción disponible en reemplazo de la liberalidad originariamente prevista”.

(19) Distinta sería la situación en la que transmitan la plena propiedad del dominio del inmueble y, en forma simultánea, el donatario constituye usufructo a favor de ambos cónyuges a título gratuito, por partes iguales y con derecho a acrecer, pues, en tal caso, habría dos negocios jurídicos independientes (Donación del dominio pleno y la constitución de usufructo) y el pacto de acrecer sería establecido por el nudo propietario con cada uno de los usufructuarios. En tal supuesto, el derecho de acrecer configura una modalidad de constitución del usufructo concedida por el propietario en favor de los usufructuarios.

(20) ROLÓN, Avelino, “Legados y donaciones de usufructo, uso, habitación y renta vitalicia: su tratamiento en el nuevo Código”, RCCyC 2017 (junio), 137: “(...) frente a un evidente conflicto de interés, imponen la abstención de este en el cómputo de las voluntades para el ejercicio de la opción. Ello se daría, por ejemplo, cuando un legitimario reúne al mismo tiempo la condición de beneficiario (...) de un usufructo”.

(21) IGLESIAS, Mariana, “Comentario al art. 2461”, en HEREDIA, Pablo - CALVO COSTA, Carlos, Código Civil y Comercial comentado y anotado, La Ley, Buenos Aires, 2022, t. VIII, p. 470. LLOVERAS, Nora - ORLANDI, Olga - FARAONI, Fabián, “Comentario al art. 2461”, en HERRERA, Marisa - CAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián, Código civil y comercial de la Nación Comentado, Infojus, Buenos Aires, 2015, t. VI, p. 203. RAGGI, María, “La donación de nuda propiedad con reserva de usufructo como parte del protocolo de la empresa familiar y la legítima”, Revista del Notariado N° 908, p. 97. ETCHEGARAY, Natalio, “Donaciones a legitimarios con reserva de usufructo, uso o habitación”, LA LEY, 2019-A, 1013. SC Buenos Aires, “Ocampo, Néstor c. Farella, Elisa”, 06/04/2016. CNCiv, sala k, “Ketelhohn, María c. Ger de Ketelhohn, Emma”, 12/05/2015.

(22) FERNÁNDEZ, María José, “Planificación sucesoria, negocios jurídicos y desencuentros familiares”, RDF 2020-V, 231.

(23) CNCiv., sala F, “Macchi, Cecilia c. Merello de Macchi, Ángela”, 02/11/2010: “(...) el propio art. 218 LS habilita al nudo propietario a conferirle al usufructuario su derecho de voto”. DI CHIAZZA, Iván, “¿Un socio sin derecho de socio? Usufructo de acciones y planificación sucesoria de la empresa familiar”, LA LEY, 2011-B, 445. ALTERINI, Francisco, “Estructura del usufructo sobre acciones”, LA LEY, 2018-A, 1058. URBANEJA, Marcelo, “Usufructo de acciones y cuotas sociales”, RCCyC 2020 (mayo), 201.



THOMSON REUTERS

(24) ST Corrientes, “Macchi, Fernando Luis c. Merello de Macchi, Ángela”,  
02/03/2020, RDF 2020-V, 221.